

REVISTA DA

ISSN: 1415-112X

ESMAPE



VOLUME 11 • n. 23 • janeiro a junho 2006



P-01

1607

20060203



**ESCOLA SUPERIOR DA
MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**

Des. Cláudio Américo de Miranda

Rua Imperador Pedro II, n.º 221 - Santo Antônio - Recife - PE. CEP: 50010-240

Site: <http://www.esmape.com.br>

ISSN 1415-112X



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO
Des. Cláudio Américo de Miranda

REVISTA DA ESMAPE

*Volume 11 – Número 23
janeiro/junho – 2006*

Recife

Semestral

ESMAPE - BIBLIOTECA
Tomb. FA 20060203
Local P-01
Ch. 00001807 E

© Copyright by ESMape

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente: Jorge Américo Pereira de Lira

Membros

Juíza Ana Carolina Fernandes Paiva Juiz Haroldo C. Leão Sobrinho
Juiz Antenor Cardoso Soares Júnior Juiz Luiz Carlos V. de Figueiredo
Juíza Blanche Maymone Fortes Matos Juiz Sérgio Paulo R. da Silva
Juíza Cintia Daniela B. de Albuquerque Juiz Teodomiro N. Cardozo

Coordenação Técnica, Planejamento gráfico e Editorial:

Bel. Joseane Ramos Duarte Soares
(Bibliotecária - CRB4/1006)

Revisão: Maria Auxiliadora Paes

Editoração eletrônica: Joselma Firmino de Souza
(Diagramadora - DRT 3741-FE)

A REVISTA DA ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião da Comissão Editorial.

A Revista da ESMape cumpre a Lei nº 1.825 de 20/12/1907 (Depósito Legal) sendo enviada para a Biblioteca Nacional.

DIREITOS RESERVADOS A ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO - E S M A P E

Tiragem: 1200 exemplares

Solicita-se permuta/exchange disued/on demande échange

esmape@esmape.com.br

biblioteca@esmape.com.br

Revista da ESMape / Escola Superior da Magistratura de Pernambuco
- Ano 1, n.1 (1996-) - Recife :
ESMAPE, 1996 -
v. Semestral

I. Direito-Periódico. I. Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

CDD 340.05

Impresso no Brasil • Printed in Brazil • 2006



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO - ESMape

Des. Cláudio Américo de Miranda

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, conforme Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª sessão de 23/03/87.
Rua Imperador Pedro II, n.º 121, Santo Antônio - Recife - PE. CEP: 50010-240
Site: <http://www.esmape.com.br>

DIRETORIA

Biênio 2006 - 2007

Diretor

Desembargador JONES FIGUEIRÊDO ALVES

Vice-Diretor

Desembargador EDUARDO AUGUSTO PAURÁ PERES

Supervisor

Juíz JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

Coordenador dos Cursos de Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados e Servidores

Juíz VIRGINIO MARQUES CARNEIRO LEÃO

Coordenador dos Cursos de Pós-graduação e Extensão

Juíz LUIZ MÁRIO GÔES MOUTINHO

Coordenadora do Curso de Preparação à Magistratura e das demais Carreiras Jurídicas

Juíza ANA LUIZA WANDERDEY DE MESQUITA SARAIVA CÂMARA

*Coordenadora de Pesquisa, Divulgação Científica e Cultural da
Assessoria Jurídica Virtual*

Juíza CÍNTIA DANIELA BEZERRA DE ALBUQUERQUE

Coordenadores de Comunicação Social

Juíz ALEXANDRE GUEDES ALCOFORADO ASSUNÇÃO
e Juíz SAULO FABIANNE DE MELO FERREIRA

Coordenador de Estudos Internacionais

Desembargador FERNANDO CERQUEIRA NOBERTO DOS SANTOS

Coordenador de Estudos Penais e Controle da Violência

Desembargador MARCO ANTONIO CABRAL MAGGI

Coordenador de Direitos Fundamentais

Desembargador LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIREDO

Subcoordenadora da Infância e Juventude e do Idoso

Juíza SONIA STAMFORD MAGALHÃES MELO

Subcoordenadora de Direitos Difusos do Consumidor e do Meio Ambiente

Juíza ANNA REGINA LEMOS ROBALINHO DE BARROS

Coordenador de Práticas Jurídicas Cível em Serviço e em Sala de Aula

Juíz FÁBIO EUGÊNIO DANTAS DE OLIVEIRA LIMA

*Coordenadora de Práticas Jurídicas Criminal em Serviço
e em Sala de Aula*

Juíza BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS

Corpo Docente

Cursos de Preparação à Magistratura

Equipe de Professores

1º PERÍODO

Direito Constitucional I

Prof. André Régis de Carvalho
Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa

Direito Administrativo I

Juíza Catarina Vila-Nova
Profa. Mariza Crasto Pugliesi

Direito Civil I

Juíz Estadual Jorge Américo Pereira de Lira

Direito Penal I

Prof. Msc. José Durval de Lemos Lins Filho
Juíz Luís Carlos Vieira de Figueiredo

Direito Processual Civil I

Prof. Doutor Sérgio Torres Teixeira
Prof. Doutor Lúcio Grassi de Gouveia
Juíza Ismína Rocha

Direito Processual Penal I

Promotora de Justiça Patrícia Carneiro Tavares
Advogado João Olímpio Valença de Mendonça

Direito Tributário I

Prof. Dr. Hélio Sílvio Ourem Campos
Prof. João Hélio de Farias Moraes Coutinho

Direito Empresarial I

Advogado Eduardo Montenegro Serur
Advogado Ricardo José Souto Maior Borges

Administração Judiciária

Juiz Estadual Eurico de Barros Correia Filho
Des. Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Responsabilidade Civil

Profª Dra. Larissa Maria Leal
Profª Dra. Fábíola Santos Albuquerque

2º PERÍODO

Direito Processual Penal II

Juiz Estadual Carlos Alberto Berriel Pessanha
Juiz Estadual Honório Gomes do Rego Filho

Direito Processual Civil II

Juiz Estadual Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima
Advogado Mozart Borba Neves Filho

Direito Civil II

Profª Larissa Maria Leal
Advogado Hebron Costa Cruz de Oliveira

Direito Penal II

Promotora de Justiça Joana Cavalcanti de Lima
Juiz Estadual Laiete Jatobá Neto

Direito Empresarial II

Juiz Estadual Silvio Romero Beltrão

Direito Tributário II

Juiz Estadual José Viana Ulisses Filho
Prof. João Hélio de Farias Moraes Coutinho

Direito Administrativo II

Profª Mariza Crasto Pugliesi
Profª Ticiania Andrea Sales Nogueira

Direito Constitucional II

Profª Sabrina Araújo Feitosa Fernandes Rocha
Prof. Romoaldo Reis Goulart

Técnica de Elaboração de Decisões Cíveis

Juiz Estadual José André Machado Barbosa Pinto

3º PERÍODO

Direito da Criança e do Adolescente

Juiz Estadual Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Direito Eleitoral

Juiz Estadual Mauro Alencar de Barros

Direito Penal III

Procurador da República Antônio Carlos de V. Coelho Barreto Campello

Direito Processual Civil III

Des. Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Direito Processual Penal III

Juiz Estadual Sandra de Arruda Beltrão

Teoria Geral do Direito

Prof. Emilio Paulo Pinheiro D'Almeida
Prof. Fabiano Melo Pessoa

Técnica de Elaboração de Decisões Penais

Juiz Estadual Teodomiro Noronha Cardozo

Direito Civil III

Juiz Estadual Alberto Flávio Barros Patriota
Des. Leopoldo de Arruda Raposo

Direito Empresarial I

Advogado Eduardo Montenegro Serur
Advogado Ricardo José Souto Maior Borges

Administração Judiciária

Juiz Estadual Eurico de Barros Correia Filho
Des. Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Responsabilidade Civil

Profª Dra. Larissa Maria Leal
Profª Dra. Fabíola Santos Albuquerque

2º PERÍODO

Direito Processual Penal II

Juiz Estadual Carlos Alberto Berriel Pessanha
Juiz Estadual Honório Gomes do Rego Filho

Direito Processual Civil II

Juiz Estadual Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima
Advogado Mozart Borba Neves Filho

Direito Civil II

Profª Larissa Maria Leal
Advogado Hebron Costa Cruz de Oliveira

Direito Penal II

Promotora de Justiça Joana Cavalcanti de Lima
Juiz Estadual Laiete Jacobá Neto

Direito Empresarial II

Juiz Estadual Sílvio Romero Beltrão

Direito Tributário II

Juiz Estadual José Viana Ulisses Filho
Prof. João Hélio de Farias Moraes Coutinho

Direito Administrativo II

Profª Mariza Crasto Pugliesi
Profª Ticiane Andrea Sales Nogueira

Direito Constitucional II

Profª Sabrina Araújo Feitosa Fernandes Rocha
Prof. Romualdo Reis Goulart

Técnica de Elaboração de Decisões Cíveis

Juiz Estadual José André Machado Barbosa Pinto

3º PERÍODO

Direito da Criança e do Adolescente

Juiz Estadual Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Direito Eleitoral

Juiz Estadual Mauro Alencar de Barros

Direito Penal III

Procurador da República Antônio Carlos de V. Coelho Barreto Campello

Direito Processual Civil III

Des. Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Direito Processual Penal III

Juiz Estadual Sandra de Arruda Beltrão

Teoria Geral do Direito

Prof. Emílio Paulo Pinheiro D'Almeida
Prof. Fabiano Melo Pessoa

Técnica de Elaboração de Decisões Penais

Juiz Estadual Teodomiro Noronha Cardozo

Direito Civil III

Juiz Estadual Alberto Flávio Barros Patriota
Des. Leopoldo de Arruda Raposo

Medicina Legal
Médico Legista Clóvis César de Mendoza

Direito do Consumidor
Procuradora Rosana Grimberg

Cursos de Pós-Graduação

Direito Processual Civil

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel
Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa
Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Prof. Msc. Silvio Romero Beltrão
Prof. Dr. João Ferreira Braga
Prof. Msc. Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Prof. Msc. Roberto Moreira de Almeida
Prof. Dr. Lúcio Grassi
Prof. Esp. Aluisio Aldo da Silva Júnior
Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara
Prof. Dr. João Mauricio Adeodato

Direito Civil e Processual Civil (Empresarial)

Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira
Prof. Msc. Larissa Leal
Prof. Fabiola Santos
Prof. Dr. Sady Torres
Prof. Msc. Eduardo Serur
Prof. Msc. Silvio Romero Beltrão
Prof. Dr. Rodrigo Toscano
Prof. Luiz Mário de Góes Moutinho
Prof. Esp. Ivanildo Figueiredo
Prof. Msc. Leonardo Cunha

Prof. José Expedito Lima
Prof. Dr. Lúcio Grassi
Prof. Dr. Fredie Didier
Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa
Prof. Msc. Frederico Ricardo de Almeida Neves
Prof. Msc. Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Prof. Msc. Ronnie Preuss Duarte
Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara
Prof. Dr. João Mauricio Adeodato

Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário)

Prof. Msc. Maria Betânia Silva
Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa
Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Prof. Walber de Moura Agra Min. José Delgado
Prof. Manoel Erhardt
Prof. Dr. Gustavo Just
Prof. Dr., Marcos Antônio Rios da Nóbrega
Prof. Esp. Honório Gomes do Rego Filho
Prof. Esp. João Hélio de Farias M. Coutinho
Prof. Dr. Francisco Alves
Prof. Dr. Fernando Araújo
Prof. Msc. Roberto Moreira
Prof. Msc. José Lopes
Prof. Dr. Hélio Ourém Campos
Prof. Esp. Oswaldo Moraes
Prof. Msc. José Viana misses Filho
Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara
Prof. Msc. Marclio Souza Júnior
Prof. Dr. João Mauricio Adeodato
Prof. Dr. Artur Stamford

Direito Penal e Processual Penal

Prof. Dr. Ricardo de Brito
Prof. Dra. Marília Montenegro
Prof. Dr. Cláudio Brandão
Prof. Msc. Teodomiro Noronha Cardozo
Prof. Msc. Thiago Carvalho
Prof. Msc. Paulo César Maia Porto
Prof. Dr. Antônio Scarance Fernandes
Prof. Msc. Flávio Fontes
Prof. Esp. Nildo Nery
Prof. Esp. Honório Gomes do Rego Filho
Prof. Dr. Hélio Ourém Campos
Prof. Dra. Érica Lopes
Prof. Dr. Nilzardo Carneiro Leão
Prof. Msc. Carlos Berriel Pessanha
Prof. Msc. Marcílio Souza Júnior
Prof. Dr. João Maurício Adeodato
Prof. Dra. Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves

Direito Privado (Civil e Empresarial)

Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira
Profa. Msc. Larissa Leal
Profa. Fabíola Santos
Prof. Dr. Geraldo Neves
Prof. Dr. Sady Torres
Prof. Msc. Ruy Trezena Patú Júnior
Prof. Msc. Silvio Romero Beltrão
Profa. Msc. Maria Rita de Holanda Silva Oliveira
Prof. Dr. Rodrigo Toscano
Prof. Esp. Ivanildo Figueiredo
Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara
Prof. Dr. João Maurício Adeodato

MBA - Administração Judiciária

Prof. Msc. Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Profa. Msc. Zélia Mendonça
Prof. Msc. Silvio Romero Beltrão
Prof. Dr. Almir Menelau
Prof. Msc. Joaquim Bezerra
Prof. Msc. Issac Seabra
Prof. Msc. Bento Albuquerque
Prof. Msc. Luciano Carvalho Ventura
Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel
Profa. Msc. Suzana Sampaio
Prof. Msc. Carlos Maurício
Prof. Msc. Otto Benar
Prof. Msc. Hermenegildo Pádua
Profa. Dra. Maria Marly Oliveira

Sumário

Editorial 19

Teoria

REFORMA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Ana Paula Costa e Silva 23

A SISTEMÁTICA RECURSAL DAS LEIS 9.099/95 E 10.259/01 E A POLÊMICA PROPOSTA DE UNIFORMIZAÇÃO DE DECISÕES NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS

Blanche Maymone Pontes Matos 57

GLOBALIZAÇÃO E ÉTICA

Hélio Sérgio Ourem Campos 85

O JUIZ COMO JUSTIÇA VIVA: ESBOÇO DE DISCURSO POR UMA JURISDIÇÃO ETICIZANTE E INCLUSIVA

Jones Figueiredo Alves 115

A REFORMA DA EXECUÇÃO FISCAL

José Lázaro Alfredo Guimarães 149

CRIMES ELEITORAIS

Leonardo de Medeiros Fernandes 177

UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL À LUZ DA REFORMA DO JUDICIÁRIO E DA LEI DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS ("PPPS")

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme 215

POR UMA VISÃO DIALÉTICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Marcelo Casseb Continentino 231

INCONSTITUCIONALIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO FACE AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CELERIDADE PROCESSUAL

Renato Vasconcelos Maia 259

DO NÃO CONHECIMENTO DOS ACLARATÓRIOS MERAMENTE PROTETATÓRIOS POR FALTA DE ADEQUAÇÃO

Ricardo de Oliveira Paes Barreto 289

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo 307

IMPUGNAÇÃO - INSTITUTO INSERIDO NO CPC PELA LEI Nº 11.232 DE 23/12/2005 - COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Talita Rodrigues Mendonça 325

A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: CRISE E DESPENALIZAÇÃO (A questão do feto anencefílico)

Toledomiro Noronha Carriço 349

AGRAVOS RETIDOS E DE INSTRUMENTO

Teresa Arnuda Alvim Wambier 377

Artigos de alunos

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO ANTE OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: GARANTIA DO DIREITO DO PRESO NÃO PERIGOSO AO CUMPRIMENTO DA PENA E À RESSOCIALIZAÇÃO

Débora Dayse Tavares da Costa 425

VALIDADE JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

Janaína de Lima Veiga 451

A LIVRE ASSOCIAÇÃO SINDICAL E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Martina Jackelyne Nunes 489

ASPECTOS PROCESSUAIS DA PRESCRIÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL: INTERRUÇÃO E DECRETAÇÃO EX OFFICIO

Marta Jussara Vila-Nova Alves de Lima 511

O CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI E OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO Nº 71/2005 DO SENADO FEDERAL

Maurício Barboza de Melo 531

Prática

SENTENÇA CRIMINAL. DA POSSIBILIDADE DE DECRETARÇÃO DA ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO EM CASO DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO <i>Abner Apolinário da Silva</i>	545
---	-----

SENTENÇA CÍVEL. INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. FETO ANENCÉFALO. DEFERIMENTO <i>Ana Carolina Avellar Diniz</i>	557
--	-----

SENTENÇA CÍVEL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. <i>Catarina Vila-Nova Alves de Lima</i>	571
---	-----

SENTENÇA CÍVEL. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO <i>Frederico Augusto Leopoldino Koehler</i>	577
---	-----

Editorial

Livro ou revista? Esta é a pergunta que todos fazem no lançamento de cada novo número da *Revista da Esmape* pelos motivos que vão desde a quantidade de páginas, que teima em aumentar a cada nova edição, ou pelo formato físico, que se assemelha a um livro. É revista sim, devido à sua periodicidade regular e sua apresentação numérica. E, editá-la, não representa apenas um compromisso assumido por todos os dirigentes que assumem a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco a cada dois anos, mas representa uma dívida de nossa instituição, como grande centro acadêmico, com os autores pernambucanos.

Dívida essa que se traduz pela dificuldade dos autores, não só pernambucanos, mas brasileiros, de terem acesso às editoras e publicarem suas pesquisas, com raras exceções. Daí por que muitos bancam as próprias edições e enfrentam um processo penoso porque, somando-se ao alto custo de um processo editorial, mesmo que em tiragem reduzida, os escritores enfrentam a questão da logística, já que a maioria das gráficas que se intitulam editoras não se responsabiliza pela distribuição da obra nos principais pontos de venda da cidade e nas livrarias fora do Estado.

Devido a esses obstáculos, muitos trabalhos, frutos de longos e exaustivos anos de pesquisas, terminam engavetados ou são publicados parcialmente em revistas especializadas.

Diante desta triste realidade do mercado editorial brasileiro, que beneficia poucos autores e *bestsellers* estrangeiros, a *Revista da Esmape*, conquanto não tenha a pretensão de preencher essa lacuna editorial, propõe-se a continuar servindo de instrumento apto a contribuir para tornar esse abismo menor, sob a perspectiva de que um trabalho com vinte a trinta laudas seja o pontapé inicial para motivar aqueles que estão iniciando o caminho das letras jurídicas.

Assemelhando-se a um dos pilares da música nordestina, nosso eterno Rei do Baião - Luiz Gonzaga -, que, usando gibão, indumentária própria de vaqueiro, e carregando sua sanfona - motivos que ilustram a nossa capa -, revelou ao mundo a identidade do povo nordestino, sendo intérprete e veículo de seus sofrimentos e alegrias, a *Revista da Esmape* pretende revelar a identidade de nossos escritores.

Des. Jones Figueirêdo Alves
Diretor



Teoria

REFORMA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO*

Ana Paula Costa e Silva

Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, membro do Conselho Científico da mesma Faculdade, autora de várias obras no campo do Direito Processual Civil, do Direito Civil, do Direito Comercial e do Direito dos Valores Mobiliários. Além de centenas de artigos publicados em revistas de renome, em Portugal, vem publicando pareceres jurídicos em revistas científicas alemãs e italianas.

O tema que me traz hoje aqui é essencialmente a reforma da ação executiva em Portugal, porque eu conheço mal a reforma da ação executiva no Brasil. Vi que aqui também há problemas e, nomeadamente, há um que nós também temos lá, que é de uma reforma feita aos bochechos; em vez de ser uma reforma global do sistema, uma reforma sistemática do sistema.

Em Portugal nós temos uma reforma recente, 2003, que entrou em vigor em setembro do mesmo ano, com algumas dificuldades estruturais. Esse é o primeiro marco histórico no processo legislativo, mas hoje, 2006, muitos diplomas já modificaram a reforma da ação executiva, porque não tinha

* Palestra proferida na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco em 20 de fevereiro de 2006.

todas as virtualidades para ela pensadas. E, agora, temos que contar ainda com outro fator dentro da reforma da ação executiva em Portugal, pois vivemos integrados na União Europeia, e grande parte da legislação que começa a ser efetivamente relevante em matéria de discussão é aquela imposta pela União Europeia.

A respeito do Título Executivo Europeu, espera-se a publicação a muito breve prazo. Já está pronto o Regulamento Comunitário sobre a Injunção Europeia do Pagamento. Na Europa, 80% (oitenta por cento) da litigância é absorvida com a cobrança de créditos, e isso ocorrerá em qualquer Estado-membro, por qualquer um destes dois instrumentos fundamentais: Injunção Europeia e Título Executivo Europeu. Portanto, a reforma tem um impacto minorado porque as grandes reformas, as grandes revoluções vêm de fora do nosso sistema e entram diretamente, uma vez que a União Europeia já não aprova diretivas, que dão muita margem de manobras aos Estados-membros; Então, é a técnica do regulamento, em que o Estado-membro não tem hipótese de sair dos parâmetros definidos.

A reforma de 2003, é uma tentativa de desjudicializar o processo de execução. Havia uma excessiva intervenção dos juizes, que eram poucos e caros, então o legislador procurava encontrar mecanismos para conseguir evitar uma intervenção abusiva do magistrado, situação existente até então, sem, com isso, pôr em causa as garantias fundamentais do processo.

Os grandes momentos de bloqueio antes da reforma eram a citação do executado, quando a ação executiva tinha total autonomia, ou seja, quando o título executivo era extrajudicial, a citação do executado era um drama; quando se conseguia fazer a citação do executado, ele já sabia que ia ter uma

execução, então, quando se chegava à citação, praticamente já não tinha bens. Quando chegava a fase da apreensão do patrimônio, já não tinha bens nenhum, como é evidente. Então, o primeiro problema: a citação do executado, a demora da citação e a lesão do crédito do exeqüente, que não conseguia ressarcir-se. Segundo grande problema: a penhora em si. O mecanismo era muito complexo: primeiro, o direito de nomeação de bens à penhora; portanto, quem escolhia os bens a atingir era o executado; o executado, regra geral, não escolhia, de todo modo tinha um prazo de trinta dias para fazer a escolha. Findo o prazo de trinta dias, o direito era devolvido ao exeqüente. Então, o exeqüente começava as buscas, e ia pedindo prazo ao juiz, mais 60 dias, mais 60 dias, até conseguir encontrar bens que fossem suscetíveis de penhora.

Depois, era o despacho de penhora. A penhora ordenava judicialmente. Depois de feita indicação pelo exeqüente, havia um despacho de nomeação de bens à penhora. Esse despacho, como realmente a magistratura em Portugal está completamente bloqueada - como em todas as partes do mundo - levava imenso tempo a proferir. E, então, já tinham sido 30 dias de nomeação do executado, que não nomeava bens à penhora, mais 60 dias, mais 60 dias, mais 60 dias, infundavelmente pedidos pelo exeqüente. E depois, ainda outro despacho do juiz, nomeando os bens que o exeqüente teria efetivamente indicado: a penhora era uma *via crucis*. Verdadeiramente, era difícil, conseguir concretizar penhoras que permitissem, depois - sucedendo essa penhora, a venda executiva - ressarcir o crédito exeqüente. Esses os grandes problemas antes da reforma.

Havia dois modelos de execução: a execução mediante sentença condenatória, que determinava o pagamento de quantia certa; e outro tipo para todos os títulos extrajudiciais. E

dentro da execução aquela que interessava, a execução para pagamento de quantia certa. Havia um modelo de execução em que o título executivo, que fundava a execução, era uma decisão judicial, portanto, uma sentença condenatória, e havia um outro tipo de execução para todos os títulos que não títulos judiciais. Isso era importante porque havia uma inversão na tramitação preliminar da ação executiva, que dependia do tipo de título executivo.

Quando o título era uma sentença, o primeiro ato de execução era a entrada do requerimento inicial, a distribuição do requerimento inicial. O primeiro ato da execução converte a penhora que antecedia à notificação do executado, quando o título era extrajudicial. É evidente que isto tinha uma certa vantagem. Como se atingiam os bens antes de alguém saber que estava a ser executado, conseguia, de algum modo, preservar o seu património. Agora, com uma evidência, tendo sido condenado antes, já sabia que iria se seguir uma execução, e, portanto, continuava a poder destratar o seu património. Mas era o primeiro modelo: requerimento, penhora, e, só depois da penhora, a notificação do executado, para que este, querendo, se opusesse simultaneamente à execução e à penhora.

Já no segundo modelo, em que o título executivo era um título extrajudicial, entendia-se que, como não tinha havido contraditório prévio à formação do título, havia que assegurar esse contraditório antes de atingir o património do executado. E, então, a execução começava pela citação do executado. É tal que tinha como finalidade dizer ao executado que viesse nomear bens à penhora, viesse a pagar, e, se quisesse, viesse se opor à execução. E, portanto, nessas situações, assegurava-se um contraditório prévio ao executado. Só depois desse contraditório, quando já contraditório não tinha

efeito suspensivo, é que se podia atingir os bens do executado, e, portanto, a penhora corria depois em simultâneo com a tramitação da oposição.

A reforma contemplou esses dois paradigmas: título formado com o contraditório, título formado sem o contraditório. Num caso, expeça-se contraditório prévio à penhora, e, no outro caso, necessidade de contraditório prévio à penhora.

O legislador mentiu ao dizer: "agora a execução só tem uma forma única, já não há execução sumária, que é a que se aplica à execução de sentença, e execução ordinária para os outros títulos, agora, é uma execução única", entretanto, se formos ver como o julgador estruturou a fase inicial da ação executiva, percebemos que a forma única afinal não é única. Há três, pelo menos. E são duas, aquelas que existiam. Temos distinção, ainda, hoje em dia, na fase liminar da execução, entre execução fundada em título judicial e execução fundada em título extrajudicial, e, portanto, continuamos a ter, em um caso, contraditório prévio, e, no outro caso, não temos contraditório prévio.

Depois, temos uma atenuação das hipóteses de contraditório prévio, em que a lei permite que, se o exeqüente fundamentadamente requerer ao juiz, o juiz possa dispensar a citação prévia do executado, e, então, nesses casos, atinge-se primeiro o património do executado, e, só depois, cita-se o executado para a execução.

Na tentativa de agilizar os processos, a citação deixou de ser um ato judicial; passou a ser um ato estrito da secretaria. Isso significa que, a maioria dos processos de execução, hoje, em Portugal, sequer passa pelo juiz; quer dizer, a secreta-

ria recebe o requerimento inicial que, se não apresentar vícios ostensivos, dispensa o despacho liminar. Quando não há despacho liminar, não há citação prévia do executado. Não havendo citação prévia do executado, a penhora antecede o momento em que o executado sabe da pendência da execução. Portanto, o tipo de frequência hoje em dia em Portugal é de fato esse, em que a penhora antecede a citação de executado e, portanto, da sua intervenção na execução. O que significa, também, que em simultâneo tramitam por apenso ao processo de execução; é defesa que o executado deduz contra a execução e é defesa que o executado deduz contra a penhora.

Ademais, como o despacho de penhora levava muito tempo a ser realizado, a penhora também, era ordenada de forma lenta, suprimiu-se, então, a intervenção do magistrado. Apenas o caso de penhora dos depósitos bancários ou depósitos de valores imobiliários depende do despacho do magistrado judicial. E só depende, nesse caso, por causa da pressão do sistema bancário. É a penhora dos depósitos bancários, ou depósitos dos valores imobiliários em que os bancos disseram: *depósitos penhorados, sem ser por ordem do juiz, a banca não faz*. E, portanto, o legislador na reforma teve que pôr uma disposição em que, a única situação em que a penhora é ordenada pelo magistrado é a penhora de depósitos bancários.

Essa reforma levou à introdução de uma personagem existente do Direito Francês, no qual o legislador português se inspirou, o *officier de justice*. Então, nós temos hoje em dia uma personalidade que tem quase mais poderes na execução do que o próprio juiz: o agente da execução. É ele, inclusive, que escolhe os executados a serem atingidos pela penhora. É o agente de discussão, e, agora, avançando para outra fase dentro da execução, que escolhe a modalidade de venda dos bens. É o agente de execução que tem que se sujeitar ao exeqüente,

executado e credores reclamantes, portanto, credores que gozem de garantias reais sobre os bens penhorados e ao escrutínio do agente de execução, que tem que sujeitar estas partes e os entremeios processuais, quando querem, por exemplo, requerer a adjudicação. É o agente de execução que preside, por exemplo, a venda executiva. Tanto que hoje em dia já não há mais venda a leilão. Era um sistema sujeito a muita corrupção, tanto que o sistema hoje em dia é de carta fechada; mesmo assim, segundo alguns continua a mesma corrupção existente no sistema anterior.

O estranho é que esse agente de execução é um profissional liberal que não tem responsabilidade disciplinar, não responde disciplinarmente perante o juiz. O juiz tem um controle difuso do processo, mas quem toma efetivamente as decisões é o agente de execução. As decisões urgentes de execução são reclamáveis perante o juiz. Esse é o problema de inversão do contraditório. É preciso reclamar perante o juiz para se pôr em causa o ato onde haja a execução. A reclamação não tem efeito suspensivo, portanto entrou no processo esta figura que vem do Direito Francês, que não está em Portugal, pelo seu estatuto, munido das garantias de isenção, de imparcialidade, de que está munido o *officier de justice*. Temos, portanto, agora, este super-homem dentro da ação executiva.

Outra medida adotada com fins de acelerar o processo de execução em Portugal, foi a alteração do efeito do recurso da apelação que, de acordo com a regra geral, tinha, quando cabia, efeito suspensivo, portanto bloqueava a execução. O legislador inverteu, pura e simplesmente, o efeito do recurso de apelação, que hoje não tem mais efeito suspensivo, significa, portanto, que a execução é imediatamente possível. Na reforma do processo de execução no Brasil, prevê-se uma responsabilidade do exeqüente. O exeqüente que vai executar

provisoriamente, se provocar danos ao executado, se vier a verificar que a decisão afinal foi mal proferida - não era aquela, devia ser outra, coisa que diz o Tribunal Superior -, então, o exeqüente pode ser responsabilizado pelos danos que provoca ao executado, porque executa provisoriamente. É muito difícil justificar dogmaticamente essa responsabilidade, uma vez que a decisão judicial foi proferida por um magistrado.

Outro grande problema era o da liquidação, obrigação exeqüenda que, perante o título executivo, não era líquida. Se a liquidação dependia de simples cálculo aritmético, era fácil fazer a conta - aplicar a taxa de juros legal e fazer a conta. Há muitos casos, porém, em que a liquidação não depende de simples cálculo aritmético; é um procedimento mais complexo. Se o título executivo é uma sentença, a liquidação hoje em dia é uma espécie de um incidente póstumo na ação declarativa. Pode ter ocorrido trânsito em julgado da decisão, reabre-se o procedimento de declaração para se fazer a liquidação dentro do procedimento de declaração. Portanto, o título, quando chegar à execução, já deu consta, porque já está liquidada, uma obrigação líquida.

Se o título é extrajudicial, não é possível fazer a liquidação na ação declarativa, porque ela não existiu. Faz-se uma liquidação dentro da própria execução. Isto desbloqueia com mais uma medida que vai com a reforma, uma medida de cúpula. Foram criados tribunais que têm competência exclusiva, e são, dentro da área para a qual são estritamente competentes, os únicos que têm essa competência, para tramitar em todos os incidentes declarativos que surjam na pendência da execução. E, portanto, o exeqüente teria a vida facilitada, porque esse exeqüente tem, hoje em dia, ou deveria ter, à sua disposição, juízes de execução que, rapidamente tramitariam os incidentes declarativos que surgissem durante a ação execu-

tiva. Isso provocaria um fosso abissal entre o Direito Positivo e, depois, a possibilidade da implementação da reforma. E é claro, em prejuízo à execução. E pior do que isso, a magistratura reagiu horrivelmente à criação dos juízes de execução. Os magistrados fizeram uma pressão terrível, e ameaçaram entrar em greve, porque não queriam passar a vida a fazer liquidações e a julgar oposições às execuções e a julgar à penhora.

Após uma complexa fase de negociações, conseguiram instalar juízes de execução em Portugal; eram dois em Lisboa e um no Porto. Em 2005, foi instalado mais um juiz de execução em Lisboa e mais um no Porto.

Anunciaram primeiro a reforma, depois a pendência. Uma das grandes manchetes de todos os jornais, evidente, era a seguinte parangona: *a execução será muito rápida, porque todos terão direito a computador, e, portanto, agora é tudo informatizado. O processo é todo automatizado. O requerimento executivo já não há a escrever no papel; advogados prolixos não pode ser. Causa de pedir complexa não entra na execução, tem que ser no formulário. Portanto, nós regredimos quase ao processo romano. Tem que ser daquela forma mesmo, senão não há direito. Então, toda a gente tinha que buscar os requerimentos executivos na internet, e preenchia lá os quadradinhos, colocava-se o nome do exeqüente e do executado. Hoje em dia não há requerimentos de execução que possam ser escritos em uma folha de papel branco. Pior. Não há requerimentos de execução que possam dar entrada na secretaria do Tribunal. Entram no site da secretaria do Tribunal.*

No dia 15 de setembro, foi distribuído o Diário da República com o modelo do requerimento executivo. E nesse mesmo dia, 10 milhões de portugueses foram à internet ver como era o requerimento executivo. O Ministério da Justiça

não tinha como atender todas as consultas; alguns que perseveraram conseguiram preencher os requerimentos, mas, mesmo assim, muitos tentavam ir com o papel à secretaria, que se recusava a receber o documento.

Após seis meses da reforma em vigor, havia, nos tribunais de Lisboa, oitenta e cinco mil execuções pendentes. Só os requerimentos entrados; nada mais tinha acontecido. No Porto, eram mais ou menos sessenta mil; e, portanto, em curtíssimo espaço de tempo, em seis meses, havia cento e cinquenta mil execuções paradas, só com requerimento executivo.

Isso foi decorrente de um Conflito de Competência entre o Juízo de Execução e os Tribunais, fato que repercutiu negativamente tanto na Relação de Lisboa, como na Relação do Porto. Solicitou-se uma espécie de acórdão como se fosse uma cláusula contratual geral que se aplicasse a todas as execuções, a decisão proferida por um Colégio de Magistrados da Relação de Lisboa e um Colégio de Magistrados da Relação do Porto, que se aplicasse a todas as execuções e definissem, finalmente, qual era o Tribunal competente para julgar aquelas execuções; se era o Juízo de Execução, se era a magistratura ordinária.

O maior problema é que o legislador quis implementar uma reforma sem preparar os meios humanos que poderiam aplicar àquela reforma. E não vale a pena copiar modelos, porque na França comem *croissants* e nós, em Lisboa, comemos pastéis de nata, portanto não é a mesma coisa. Não vale a pena copiar modelo, importar o modelo, e, se importar o modelo, tem que preparar a mentalidade durante muito tempo, até que aquele modelo possa efetivamente surtir algum efeito.

A estrutura pensada pelo legislador é boa, mas, não a curto prazo; o resultado positivo, até então, aconteceu com a

inversão do contraditório e, portanto, a regra geral da nossa execução ser hoje em dia a dispensa de citação prévia do executado, portanto o executado é surpreendido com a penhora.

O executado em dívidas de pequeno valor, tem de pagar imediatamente. As outras execuções efetivamente não têm andado. O Ministério da Justiça tem tentado implementar soluções alternativas, fazer mais treinamentos, mas efetivamente a execução não está a dar os seus grandes frutos.

Agora, teremos um instrumento que vem de fora, o título executivo europeu, e vamos contar, a muito breve prazo, com um novo regulamento comunitário sobre a injunção europeia.

Em 2002, tentou saber-se se em todos os Estados membros havia processos rápidos de criação de títulos executivos de créditos que se presumia não serem contra os Estados. E há um tipo de litigância em que se sabe que a contestação é baixíssima. Regra geral, não há oposição. E então, em praticamente todos os sistemas há soluções, só que dispares, para resolver este problema. Só para lidar com o problema da necessidade de criação rápida de um título executivo, quando se sabe que nem do tipo de litigância o crédito não é contestado em praticamente todos os Estados membros, havia soluções para este problema. Por exemplo, em Portugal, havia já um procedimento de injunção.

A União Europeia teve que encontrar um esquema que permitisse ir buscar um pouco nos diferentes sistemas de base, para criar um procedimento uniformizado e aplicar em toda União Europeia de criação de títulos executivos. O que se pretende com esse procedimento é criação rápida de título

executivo e, depois, uma outra vantagem, porque o título executivo uma vez criado, seja executível em toda União Europeia, sem procedimento do reconhecimento ou de condição do executado, e, portanto, com supressão de todos os procedimentos intramédios que permitem a execução de um título em Estado diferente daquele a que o título foi criado - Estado de destino, diferente de Estado de origem.

Para que o título possa circular livremente em todo o espaço da União, e este processo uniformizado, além dos passos do procedimento serem uniformizados, tem que ter uma outra coisa: assegurar em si as garantias mínimas do executado. Portanto, o direito da ação não lhe dá direito de defesa. As garantias mínimas têm que ser acauteladas, e essa injunção vai funcionar com essas garantias acauteladas; criação rápida do título e circulação do título no espaço comunitário, no espaço da União Europeia. Este título é criado à margem de um magistrado, não há necessidade de intervenção do magistrado uma vez que o crédito não é litigioso, só há necessidade de exercício de função judicial e, portanto, de intervenção de magistrado quando há contestação, quando há oposição. Quando não há oposição, não há necessidade de magistrado e portanto até pode ser o computador; e vai ser o computador, efetivamente, a tramitar esta injunção europeia.

Portanto, nós estamos perante um título que não é um título judicial; isso significa que o contraditório na execução devia ser muito amplo, deviam ser admitidos todos os meios de defesa que poderiam ter sido induzidos se tivesse havido contraditório numa ação coletiva. Só que o próprio regulamento veda que possa haver oposição à injunção europeia, portanto ao título executivo em injunção europeia, que por este ter sido induzido durante o procedimento da própria injunção. E, portanto nós vamos ter dentro dos nossos

ordenamentos jurídicos, uma claríssima distinção entre títulos judiciais e títulos extrajudiciais; vamos ter aqui uma espécie de um híbrido; vamos ter um título sem origem judicial, porque não é formado num processo, julgado por um magistrado; não estamos a falar de uma decisão condenatória, vai ter um esquema de execução que é parecido com o título judicial. Não haverá problema porque as garantias do executado foram todas apuradas no processo de injunção. Só que isto implica que se possa confiar em todos os Estados membros na aplicação durante o procedimento de injunção dessas garantias mínimas do executado. Este é um dos grandes problemas que tanto o regulamento do título executivo europeu como o regulamento da injunção europeia vem sustentando na União Europeia. Sabe-se que há diferentes níveis da magistratura no espaço europeu; aquilo que se dá como conteúdo mínimo, apesar de se dizer exatamente as mesmas palavras, assume sentidos diferentes em lugares diferentes.

Muito obrigada!

DEBATES

Des. Jones Figueirêdo Alves

Diretor da Esmape

Antes de abrir o espaço dos debates, cujas perguntas poderão ser formuladas no microfone, é mais interativo, desde que objetivas, eu gostaria de imediato agradecer a magna aula proferida pela nossa Professora Paula Costa e Silva, que, dispensando toda a leitura do currículo, pelo conteúdo de sua exposição, faz revelar exatamente a notícia mais atual com relação à reforma do processo de execução em Portugal.

Agradecer de forma muito particular a dois eminentes amigos, juristas, professores, Dayse Mayer e Ronnie Duarte, responsáveis pela presença da nossa eminente jurista que aquiesceu em comparecer a esta Escola no momento em que a nova gestão da ESMAPE pretende aprofundar os estudos também no âmbito de direito comparado, e ninguém melhor que a eminente jurista para, aqui, perante esse seleto auditório, trazer informações bem próprias do que diz respeito ao processo de execução, mormente quando estamos nas vizinhanças de uma nova lei processual sobre a execução de título extrajudicial.

Agradeço, eminente professora, a sua presença nesta Escola e digo que todos nós estamos realmente empenhados em fazer esse contraponto com a reforma processual civil portuguesa porque, afinal, nós também temos no berço das origens essa identidade não apenas afetiva, mas cultural, e no ponto de vista da cultura jurídica, com o vosso país. De modo que sua presença é eloqüente na história desta Escola.

Gostaria, para já dar início aos debates, de fazer duas indagações que me parecem pontuais, quando foi referida a figura do agente de execução.

Eu vejo com muita simpatia a figura do agente de execução, o que poderia, a meu sentir, corresponder ao serviço público delegado quando se trata de dar uma forma fora do processo judicial comum, nessa forma de fazer com que a execução se faça fora do Juízo no que diz respeito exatamente aos títulos de crédito.

É bem de ver que a reforma da ação executiva passou por uma situação crítica quando esses agentes de execução, que não integravam o sistema judicial português, permitiam

se receber ou não títulos em função dos valores. Então é como se fosse um Cartório de Protestos onde ficasse ao alvedrio do agente de execução aceitar ou não determinados títulos, cujos valores não seriam interessantes, e o que aconteceu é que uma grande parte dos títulos executivos ficaram sem um processo executivo informal à conta exatamente do fato de serem expressões insignificantes. Não sei como o problema foi resolvido nesse nível, em decorrência exatamente da demanda de credores.

Dra. Ana Paula Costa e Silva

A reforma da ação executiva, um dos diplomas em que apareceram disposições da reforma da ação executiva camufladas, foi o Código das custas judiciais. O valor das custas é tão estapafúrdio hoje em dia, que os bancos, por exemplo, decidiram um *plafon* abaixo do qual não executam; não compensa. Portanto, a execução, hoje, é cara; a litigância é cara. Foi pré-estimada uma figura que se aplicava aos magistrados: as espórtulas. Os magistrados não recebiam vencimento público, mas de parte; a parte que perdia pagava as espórtulas.

Os valores a receber pelo agente de execução saíram, a princípio, das custas. Agora, como é que muitas vezes lá vamos chegar, o agente de execução seleciona; vai escolher aquele que sabe que paga, mesmo que depois não consiga ver-se ressarcido pelo executado. E depois escolhem, porque tem um sistema em que recebem por percentagem as execuções que interessam. É esse é outro dos problemas porque o serviço de agente de execução não foi devidamente preparado. A reforma entrou em vigor, aliás, é muito curioso verificar aqui, quando a reforma entrou em vigor e quando foi anunciada a reforma, registraram-se centenas de agentes de execução, depois disseram que não tinha trabalho. Ficaram dois ou três, quatro ou cinco que

tinham trabalho, exatamente os que já eram solicitadores de bancos e de companhias de seguros que concorreram e ficaram como agentes de execução; foram os únicos que se agüentaram financeiramente; os outros fecharam os seus serviços de agentes de execução. Realmente não temos hoje em dia uma execução preparada para todo tipo de crédito, temos uma execução preparada para o crédito e o valor do montante.

Não é de estranhar porque praticamente em simultâneo com a reforma da ação executiva e, portanto, a expressão singular, foi publicada a reforma da insolvência; era falência, mas agora é insolvência; já não se chama mais de falência, é tudo Insolvência. É claríssimo o paralelismo da opção política nos dois diplomas.

O Código da insolvência abre dizendo o seguinte: "A Insolvência é um processo universal, destinado à satisfação dos créditos dos credores". Não há uma palavrinha relativa ao insolvente. Há que o processo é destinado à liquidação para efeito dos pagamentos dos credores, mais nada.

Há claramente aqui, também, uma intenção de triar o tecido nacional. O Estado fica a fazer declarações no sentido de que a reforma está sendo implementada e com grande sucesso, na prática nós sabemos que os títulos, as execuções de baixo valor não andam, os títulos de baixo valor determinativos de exeqüente nem sequer nos executa e as custas, quando a execução tem alguma relevância, são perfeitamente astronômicas. Portanto litigar é muito caro, hoje em dia, em Portugal.

Des. Jones Figueirêdo Alves
Diretor da Esmape

Eu quero registrar a presença dos eminentes Desembargadores Marco Maggi, Cândido Saraiva e Fernando Cerqueira,

este último responsável pela Coordenadoria dos Estudos Internacionais da Escola.

E, ainda, aviventando o debate e fazendo um contraponto com a nossa reforma do processo de execução, há uma quebra de dogmas em relação aos paradigmas do processo de execução anterior, quando o Projeto de Lei nº 4.497 de 2004, ele reformula o processo de execução do título extrajudicial, e um dos aspectos que me pareceu interessante foi exatamente a possibilidade da penhora do bem de família, quando esse bem tem um valor superior a mil salários mínimos, ou seja, aquilo que exceder ao valor do imóvel que seja bem de família para além dos mil salários mínimos será objeto de construção judicial e, com a alienação desse bem em hasta pública, o devedor recebe apenas os mil salários mínimos relativamente ao bem de família e o que exceder será para a garantia, para a realização de crédito.

Como está essa postura da lei portuguesa em relação à impenhorabilidade dos bens?

Dra. Ana Paula Costa e Silva

Nós temos três tipos de improbabilidades. Temos impenhorabilidade absoluta e, portanto, uma execução inatingível em qualquer circunstância. São situações muito escassas, túmulos, jazigos, coisas desse tipo; bens do culto. Temos a impenhorabilidade relativa, são bens que só podem ser penhorados quando houver determinada causa para o crédito, por exemplo: o fornecedor pode pedir a penhora de uma cadeira de rodas, se estiver em cumprimento o valor do fornecimento. E, por fim, temos impenhorabilidade parcial, que se aplica essencialmente a salários, pensões, rendas, e nesse caso a penhora pode atingir até, dois terços desses rendimentos.

Poderá atingir mais ou menos, dependendo das circunstâncias de vida do executado e deverá ser feita pelo juiz. Portanto, se for levantado o problema, se figurarem os dois terços, e ficar menos do que o salário mínimo nacional, não pode ser. Se porventura um terço que resta for muito mais do que aquilo que chega para a vida condigna do executado, pode atingir mais de dois terços.

E ainda temos uma outra cláusula geral relativa aos bens parcialmente penhoráveis; o juiz pode dispensar os de penhora. Já era assim antes da reforma. Portanto, o juiz podia dispensar integralmente a penhora de vencimentos, rendas, salários. Só que a reforma veio estabelecer um limite temporal, hoje em dia é possível a dispensa de penhora, mas por um período máximo de um ano. Ao fim de um ano, então, pode-se atingir esses vencimentos, salários e, portanto, tem ali uma trégua. Agora, não temos uma regra que determine essa preservação do bem de família com a afetação de um valor à cabeça do executado e só o restante ao exequente.

Des. Jones Figueirêdo Alves

Diretor da Esmape

- A reforma processual nossa já contempla a possibilidade de penhora sobre os vencimentos e salários desde que acima de vinte salários, podendo ser penhorável até quarenta por cento desse valor que exceda; já em sintonia com a lei portuguesa.

Eu considero aberto os debates.

OUTROS DEBATEDORES

Dr. Jorge Américo Pereira de Lira

Supervisor da Esmape

Professora Ana Paula, um dos problemas, hoje, enfrentados por nós, juízes, na execução de título judicial, diz respeito à possibilidade de a penhora recair sobre bens particulares de sócios, não tendo esse mesmo título sido constituído em relação a eles. Isto é, a ação cognitiva foi endereçada apenas contra a pessoa jurídica, sobrevivendo a formação do título e instaurada a lide executória, não são localizados bens penhoráveis da pessoa jurídica. O credor, então, nos casos em que é possível, pela lei de regência, especialmente nas ações resultantes de relações de consumo ou, no âmbito do direito privado, quando houver abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, requer ao juiz da execução que desconsidere a personalidade da pessoa jurídica devedora, de modo a consentir que o patrimônio pessoal dos sócios responda pela obrigação inadimplida.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica também está presente na legislação portuguesa. O debate hoje, no Brasil, é saber se o juiz, considerada a circunstância de que se o título não foi constituído em relação à pessoa física ou às pessoas físicas dos sócios, poderá deferir a penhora sobre bens particulares daqueles sem infringir o princípio dos limites subjetivos da coisa julgada, isto é, quem não integrou o processo de conhecimento não pode ser alcançado por atos executórios. Indago da senhora se, em Portugal, é possível o atingimento de bens particulares dos sócios sem ofensa aos limites subjetivos da coisa julgada, porque no Brasil já se discute a possibilidade de se instituir um incidente no processo de execução

em caso da espécie para que o sócio seja citado e possa defender o seu patrimônio pessoal; isto é, sem rediscutir mais a obrigação titulada, mas haveria a formação do incidente no processo de execução para ele defender o seu patrimônio da execução fundada em título judicial.

Dra. Ana Paula Costa e Silva

Em primeiro lugar, sabe que nós temos a figura da desconsideração, mas é muito pouco aplicada. É muito restritivamente aplicada. Portanto, dificilmente, nós teríamos na lei uma solução que pré-supusesse a possibilidade de desconsideração. São pouquíssimas as situações do Direito Positivo em que se admite a desconsideração, e a doutrina e a judicatura são muito restritivas na ampliação dos limites da figura. Agora, o problema é o seguinte: nós não teríamos um caso paralelo igual a esse porque não aceitamos a desconsideração com grande amplitude. Em segundo lugar, não temos um fanatismo da tutela do consumidor, como eu vejo aqui. Eu vi regras, nomeadamente a inversão do ônus da prova, por exemplo, que eu achei uma coisa tão esquisita, mesmo. É ir longe demais. É passar realmente quase um atestado de *capitis diminutio* ao consumidor, não é? Porque temos que distinguir. Há consumidor e consumidor. Mas também não temos. Agora, nós temos uma coisa parecida com essa, mas que jamais se aplica quando o título é um título judicial. O caso que nós temos parecido com esse, que é o de tramitação de um incidente que permita a criação de um título durante a própria execução, é nas dívidas dos cônjuges, título extrajudicial contra um dos cônjuges, em que se pretenda atingir patrimônio comum do casal, porque se entende que a dívida é comunicável, porque o exequente entende que a dívida é comunicável. Então, o que é que o exequente pode fazer que não podia até aqui? Deduz um incidente de intervenção do cônjuge que não

figura no título, cita-o para a execução, para que venha a dizer se aceita ou não a comunicabilidade. Agora, o que é engraçado é que, entretanto, se porventura o agente de execução atingiu bens comuns, estes bens comuns ficam à espera, portanto, a penhora fica feita. E, entretanto, na execução, cria-se o título. Agora, eu diria que com títulos judiciais isso é altíssimamente problemático, mas também temos que pensar outra coisa. Se calhar, a partir do momento em que o legislador disser que a execução é possível dentro de determinados limites, nós temos que rever as constituições que tínhamos, os limites subjetivos da coisa julgada, que é a última *vaca sagrada* do processo, porque o processo tem umas poucas *vacas sagradas*, e a última a cair está a ser a coisa julgada. Ela vai sendo atacada de todos os lados.

Há uma situação muito curiosa, dos problemas relacionados com a coisa julgada, porque alguns autores querem segurança, outros autores dizem que segurança é importante, mas que querem justiça, e, depois da justiça, queria-se a segurança. Portanto, os institutos também vão andando aqui. Reforço doutrinário da segurança, reforço doutrinário da Justiça, isso significa restrição dos recursos de revisão, ampliação do recurso de revisão.

Um dos problemas que na Alemanha se vem discutindo há alguns anos é o seguinte: a evolução científica permitiu que resultados de determinados tipos de ação fossem postos em causa por novos tipos de prova, por exemplo: ações de paternidade - as presunções. Tratava por filho, escrevia cartas, bom, tudo bem, pode ter tudo isso. Primeira pergunta: o sistema jurídico quer filiação biológica ou filiação social? Se a resposta for filiação biológica, então escrever carta, tratar por filho não justifica, ainda não, só nos permite presumir. A única coisa que permite, efetivamente, chegar com alguma seguran-

ça é um texto científico, que hoje em dia tem em elevadíssimo grau, não de certeza, mas de probabilidade, que nos dá indicações com elevadíssimo grau de probabilidade.

Foi requerida a revisão de decisões de ações de conhecimento de paternidade na Alemanha com fundamento na possibilidade de realização do texto da ADN. Qual é o problema? A prova que fundou aquelas decisões foi bem avaliada, era a prova possível, ali o resultado foi correto. Não estamos perante novos documentos. Nós estamos é perante novos meios de prova. E são esses que permitem, eventualmente, inverter o resultado daquela decisão que tinha sido proferida há muitos anos.

Outras situações: acidente de aviação. A evolução tecnológica científica também permite, hoje em dia estão a ser com o maior rigor, qual é a causa exata daquela incapacidade, e se havia uma outra causa concorrente com aquela ou não. Então, a equidade do julgamento é muito superior. As seguradoras querem revisão de decisões que impuseram pagamento de pensões, e por aí afora, porque dizem que não é possível hoje em dia, com novas provas, pôr em causa aquela coisa julgada, e dizer que não foi aquela a causa principal para ocorrer aquela incapacidade, ou qualquer grau de incapacidade.

Portanto, nós temos de fato o caso julgado, a última *vaca sagrada* do processo, que vai esmorecendo, vai ficando cada vez mais pequenino. É porque, de fato, já não é *vaca sagrada*. Mas, de todo modo, eu diria: a partir do momento em que o legislador, num outro ponto do sistema, tem uma solução que conflitua com aquilo que nós entendíamos ser os limites, nós temos que ponderar os limites, ou seja, se calhar o limite, passa a ser um limite muito mais amplo, porque admite uma eficácia externa, e, admitindo uma eficácia exter-

na, é muito mais situações do que aquelas em que se admitia antes. Agora, eu acho que é um caminho altamente perigoso e a justificação, inconsistente.

Des. Jones Figueirêdo Alves

Diretor da Esmape

Em outras palavras, deve-se relativizar a própria relativização da coisa julgada.

A Deputada Denise Frossard tem um projeto de lei que relativiza a coisa julgada, em face das ações de Investigação de Paternidade, exatamente diante de novos meios de prova, como o exame genético. Esse projeto já está em fase conclusiva no Congresso Nacional, para que possam ser revistas as decisões nas ações onde não produzido o exame de DNA.

Mas eu queria uma indagação antes do nosso professor Doutor Lúcio Grassi formular, é quando a professora se referiu à questão de, em não sendo aceita a comunicabilidade, em face do cônjuge não devedor, esse bem comum será ou não suscetível de penhora? Porque, no nosso sistema, tenho até visto isso com uma certa perplexidade, a defesa do cônjuge não devedor é apenas a defesa de sua meação. Mas isso não inibe que o bem imóvel, integrante do acervo patrimonial do casal, não deixe de ser levado à hasta pública, e reserva-se àquele cônjuge, não devedor, apenas ao resultado econômico da venda do bem, e ele perde o direito de dispor do bem que ele quer seu, em detrimento, exatamente, de circunstâncias em que se impõe a venda do bem para satisfação do crédito daquele que não é credor do outro cônjuge.

Eu entendo que nesses casos seria a hipótese de que este bem não pudesse ser suscetível de hasta pública, porque,

evidentemente, que desnatura o direito personalíssimo do outro cônjuge. A eminente professora tocou de passagem nisso, e eu acho que é importantíssimo esse aspecto de, em não havendo a comunicabilidade, este bem ficar imune à constrição, e, no direito português, é assim?

Dra. Ana Paula Costa e Silva

Fica. Agora, fica imune, mas não responde aos bens como responde aos bens próprios. O Cônjuge que não aceitar comunicabilidade – previa, inventava a penhora, decretava sobre o bem comum – tem que ser um delator. Tem que vir dizer quais são os bens próprios do outro cônjuge que são suscetíveis à penhora. Portanto, ele consegue levantar a penhora que foi realizada sobre o bem comum, indicando bens próprios do outro cônjuge, e, portanto, salva-se o credor, mas divorcia-se o casal. É o equilíbrio possível, nós temos que ver, pronto! Se é o equilíbrio melhor do ponto de vista legislativo, não sei!

Dr. Lúcio Grassi

Professor-Doutor de Direito Processual Civil

Professora, Dra. Paula, quando estive em Lisboa, minha questão é a respeito de princípios, fiquei muito impressionado com a importância que a reforma portuguesa havia dado a dois princípios: o princípio da cooperação intersubjetiva e o princípio da adequação formal, e notei, para falar em magistratura, que foi muito bem falada a reação da magistratura às reformas. Notei, na época, uma reação muito forte da magistratura portuguesa, achando que isso iria cair no vazio, e que não era possível um processo civil daquela forma para a sociedade da época, como aqui, muita gente acha que não seria possível um processo regido dessa forma, por esses princípios

aqui no Brasil. Eu gostaria de saber da senhora se devemos desistir dessa concepção de processo, regida pela cooperação, pela adequação formal, se realmente em uma sociedade como a brasileira e como a portuguesa, se os doutrinadores já desistiram de defender a validade e a importância desses princípios, ou se devemos continuar lutando, e pensando que o processo civil pode vir a ser algo melhor, longe daquele processo visto como uma luta, como uma briga sem limites, ou algo desse tipo.

Dra. Ana Paula Costa e Silva

Os princípios de que falam são da Reforma de 95/96, não é?

Dr. Lúcio Grassi

Professor-Doutor de Direito Processual Civil

Como está a coisa hoje?

Dra. Ana Paula Costa e Silva

Está parada também. A situação formal caiu completamente no esquecimento. Mas eu já digo o que é que o legislador fez, porque eu não quero que caia no esquecimento. Portanto que a situação formal não se aplica, pura e simplesmente não se aplica.

A cooperação intersubjetiva aplica-se pouco neste sentido. Ela foi consagrada, com a reforma com enorme amplitude. Não se aplica com a amplitude desejada pelo legislador, aplica-se com a amplitude com que já era aplicada antes da reforma porque nós já tínhamos cooperação intersubjetiva antes da reforma.

Talvez exista uma visão meio terrorista. Para funcionar a cooperação intersubjetiva, nós temos que pensar de que plano estamos a falar: entre as partes, ou entre o tribunal e as partes. E depois temos que perguntar adiante: o que é que acontece quando não acontece a compreensão intersubjetiva? Por exemplo, falta de cooperação das partes em sede probatória. O legislador diz que tem que haver, mas, e depois, se não houver? Enquanto não houver, no fundo, enquanto a parte não tiver a apreciação exata de que algum grande mal lhe vai acontecer, se ela não cooperar, ela tende a não cooperar, como é evidente; desde logo por causa do princípio da inércia.

Cooperação intersubjetiva com os magistrados, não funciona. É uma questão de mentalidade. A cooperação intersubjetiva foi introduzida com uma outra reforma, que foi a previsão de uma audiência preliminar com funções importantíssimas de saneamento e condensação do processo. Nós já tínhamos, e funcionava, porque o juiz decidia no gabinete. Mas ele agora tem que tomar a decisão no confronto das partes e portanto tem que justificar, por exemplo, matéria já comprovada e matéria que vai para a base instrutória. Eu discuto isso com as partes. Isto implica um domínio do processo numa altura em que regra geral do magistrado ainda não tinha domínio do processo. Primeiro problema.

Segundo problema, isto implica que o magistrado não possa estar a decidir e diga "se tiver mar, corra". Não. Ele está tendo que discutir ali e as partes: - "Não, mas não pode ser dessa maneira. - Então, pensa aquilo, aquilo e aquilo outro, então e não foi dito isso, então, e o artigo tal da petição inicial e o artigo tal da contestação, não pode ser assim -". Bom, isto é difícil, como é evidente.

Há um outro problema depois. É que regra geral e, portanto, o que é que acontece? Não se convoca audiência preliminar. O juiz tende a dizer: - "A causa é simples, não requer essa audiência, eu tenho outras coisas muito importante, pendência de tantos processos e tal, tal, tal e eu dispense a audiência preliminar".

O magistrado que está na primeira instância passa para a relação no momento em que está absolutamente preparado. O fundamental no processo é a prova, é o fato e a prova do fato. É isto requer uma maturidade gigantesca. E eu, como também exercia advocacia, percebo exatamente o que era fazer um julgamento com vinte e poucos anos e fazer um julgamento agora. É completamente diferente. E se é diferente para mim, há de ser diferente para o magistrado.

Qual é depois o problema? O magistrado passa para funções que não implicam a realização das audiências preliminares, muito jovem, e confronta-se, em grande parte dos processos, com advogados que são muito mais experientes, e o magistrado tem uma certa insegurança, que é natural, portanto tendem a dizer que não há necessidade da audiência preliminar, mas o legislador é punitivo e é repulsivo, então não quer isso. Ele diz: - "eu quero cooperação intersubjetiva e quero a adequação formal".

Então, fiz uma coisa de que eu ainda não falei. É que nós em Portugal vamos ter vários processos cíveis em vigor. Vamos ter um em vigor em determinados tribunais de Lisboa e em determinados tribunais do Porto que vão fazer uma espécie de piloto onde se vai aplicar uma espécie de um código alternativo, não é o direito alternativo, é o código alternativo; e depois o resto do país, onde se aplica o Código de Processo Civil, este que tenho aqui na mão.

Esse processo alternativo tem previsão de dois articulados: petição e contestação. A partir daí é a disposição formal. O processo terá os atos que forem determinados pelo magistrado; não foi a bem, vai a mal. Vai na experiência piloto e a lei só diz que tem que ter petição contra sentença; como é evidente, não foi tão longe; sentença também convém que tenha agora, o resto é a disposição formal.

Cooperação intersubjetiva. Um dos princípios retirados de aplicação necessária nesses processos tramitados nesses tribunais de Lisboa e do Porto vai ser o da cooperação intersubjetiva, e com possibilidade de sancionamento da conduta das partes, como é evidente, que não vá no sentido da aplicação do princípio da cooperação intersubjetiva.

O Governo anunciou o projeto, dizendo que entraria em vigor em janeiro, mas recuou; não sabemos até onde, sabemos, entretanto que o projeto continua a ser discutido. Desconfia-se da validade deste projeto, uma vez que, em breve, vão fazer um Código de Processo Civil; pode, portanto, ocorrer um processo alternativo com a disposição formal, e vai ter de funcionar.

Dra. Nilcéia Maggi

Como se procede a execução contra a Fazenda Pública em Portugal? Só essa curiosidade. Qual a figura, em Portugal, semelhante ao nosso precatório?

Dra. Ana Paula Costa e Silva

Isso não sei dizer. Se me disser para que serve, eu digo.

Dra. Nilcéia Maggi

A execução contra a Fazenda Pública, como é que se procede?

Dra. Ana Paula Costa e Silva

É uma execução fiscal. Não tem os desvios que tem aqui. Tem uma coisa, tem uma série de impenhorabilidades. Agora, o que é que tem? Tem apenas, se eu estou a averbar é porque é uma execução alternativa, não é uma execução que corra, sequer, pelos tribunais judiciais, é uma execução que corre por tribunais fiscais. Se bem que os tribunais judiciais muitas vezes tenham competência para aplicar a execução fiscal, é uma execução alternativa extra. Agora, daquilo que me recorde, o que acontece é que há uma alteração nas fases neste sentido, nós temos, portanto, em primeiro lugar, intervenção do executado, penhora, depois da penhora a confiscação dos credores, depois da confiscação dos credores, venda. E o que nós temos na execução fiscal é que não há distinção se é a Fazenda ou se é contra a Fazenda; aí não tem distinção; o que tem é uma alteração da fase porque é venda antes de ser a fase da confiscação dos credores. Portanto, primeiro, venda e depois é que convocam os credores. Para que não haja tão rápida precisão e por aí afora, não carece considerações, portanto, antecipa sempre a venda à citação dos demais credores, mas não tem outras particularidades.

Agora, era o precatório, era?

Dra. Nilcéia Maggi

Em Portugal qual a figura que se assemelha ao nosso precatório?

Dra. Ana Paula Costa e Silva

Tem que me dizer qual a finalidade ou função.

Des. Jones Figueirêdo Alves

Diretor da Esmape

Em Portugal, o Estado não é devedor, ele cumpre a decisão.

Dra. Ana Paula Costa e Silva

É o pior devedouro.

Des. Jones Figueirêdo Alves

Diretor da Esmape

E qual é o instrumento, então, para que o Estado realize o pagamento das dívidas por via de decisões judiciais?

Dra. Ana Paula Costa e Silva

Condena e executa, como digo. Executa numa execução normal.

Des. Jones Figueirêdo Alves

Diretor da Esmape

Em bens públicos?

Dra. Ana Paula Costa e Silva

Sim, sim, sim.

Des. Jones Figueirêdo Alves

Diretor da Esmape

A penhora no caixa? A penhora é exatamente do dinheiro?

Dra. Ana Paula Costa e Silva

Eu suponho que isso possa acontecer, não é? Que tenha depósito e que se possa fazer.

Durante muito tempo, eu fiz execução fiscal, mas eu estou muito afastada de execução fiscal porque eu fazia execução fiscal porque era advogada de um Banco cujas execuções tinham o benefício das execuções fiscais, mas, já ocorreu reforma também do esquema e eu não tenho. Hoje em dia não faço execução fiscal e não estudo execução fiscal. É uma coisa que está à margem das minhas preocupações. O Estado não paga, portanto também não me preocupo.

Des. Jones Figueirêdo Alves

Diretor da Esmape

Eu gostaria de recomendar aos eminentes colegas presentes uma visita ao site da Almedina, "Almedina.net", onde estão observados os livros de autoria da nossa Professora Paula Costa e Silva, inclusive sobre os valores mobiliários que foi a tese de cátedra para qualidade de Professora Associada à Faculdade de Direito de Lisboa. É um trabalho belíssimo que todos devem conhecer e além dos já referidos sobre a reforma da ação executiva e o título executivo europeu.

Dr. Ronnie Duarte

Professora, a propósito da situação da tal vaca sagrada da coisa julgada, ao que me parece uma situação, salvo erro, assemelhada ao que se passa na Alemanha, é defendida pelo Professor Teixeira de Souza na hipótese da Ação Popular, onde, havendo uma decisão de improcedência e surgindo meios tecnológicos que forneçam novos subsídios probatórios, haveria uma possibilidade de revisitação daquilo que foi anteriormente decidido, não é?

Dra. Ana Paula Costa e Silva

É, mas penso que a posição originária não é nesse sentido. O original não é esse o problema. Está na própria lei, portanto se a decisão de improcedência se funda em falta de prova, é possível nova ação; se a decisão de improcedência se funda em outra razão que não falta de prova, não é possível uma nova ação. Portanto aí eu diria que não há brecha possível, não é? A própria distinção é feita na lei, e o que é engraçado porque é uma coisa julgada que depende do fundamento e do sentido do julgamento. Do fundamento do julgamento e do sentido do julgamento, porque sendo procedente, está resolvido; só na improcedência é que depois tem que distinguir qual é o fundamento da improcedência, se é falta de prova ou se é independentemente da prova, improcedência da própria abstenção.

Des. Jones Figueirêdo Alves

Diretor da Esmape

Não havendo mais intervenções, e antes de passar a palavra ao Cerimonial, gostaria de reiterar os nossos agradecimentos em nome da Escola à eminente Professora Dra. Ana

Paula Mota Costa e Silva, pela magna aula proferida nesta noite na Escola, que sempre colocamos à disposição da eminente mestra para essa troca de idéias e a interação permanente no Estudo do Direito Luso-Brasileiro onde Vossa Excelência pontifica.

A SISTEMÁTICA RECURSAL DAS LEIS 9.099/95 E 10.259/01 E A POLÊMICA PROPOSTA DE UNIFORMIZAÇÃO DE DECISÕES NOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS

Blanche Maymone Pontes Matos

Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca do Paulista; Coordenadora de Prática Jurídica Criminal em serviço e em sala de aula da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 - O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS. 1.1 - O princípio do duplo grau de jurisdição em nosso ordenamento jurídico; 1.2 - O binômio segurança jurídica x celeridade sob a ótica do rito tradicional (CPC) e sumaríssimo. 2 - O SISTEMA RECURSAL NOS JUIZADOS CÍVEIS ESTADUAIS. 2.1 - Os recursos previstos taxativamente na Lei nº 9.099/95. 2.2 - O princípio da concentração dos atos em audiência - a vedação de recursos contra decisões interlocutórias. 3 - A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA E O (S) MEIO (S) DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES. 3.1 - A concessão de tutelas de urgência (satisfativa ou cautelar). 3.2 - O (s) meio (s) de impugnação das decisões proferidas em sede de tutelas de urgência; 4 - OS RECURSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS FEDERAIS. 4.1 - A aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95. 4.2 - O agravo de instrumento como recurso cabível das decisões interlocutórias. 4.3 - O pedido de uniformização de lei federal. 4.3.1 - Natureza jurídica e finalidade do instituto - críticas. 4.3.2 - A polêmica proposta de uniformização de decisões dos juizados especiais estaduais. 5 - CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

Este ensaio pretende analisar a nova figura da uniformização da jurisprudência prevista no artigo 14 da Lei nº 10.295/01, diploma que instituiu os juizados especiais federais, e trazer à baila, para discussão, a proposta legislativa em andamento para a inclusão do mesmo instituto nos juizados estaduais. Para tal, faz-se necessário um exame comparativo entre os sistemas recursais dos juizados especiais cíveis estaduais e federais, abordando, inicialmente, de uma forma sintática e geral, o princípio do duplo grau de jurisdição e sua aplicação nos juizados especiais, os meios de impugnação das decisões proferidas no âmbito estadual e federal, tratando rapidamente dos recursos previstos taxativamente na legislação especial, para enfim adentrar especificamente no ponto principal da análise a que nos propomos, neste particular. Por fim, em linhas conclusivas, após demonstrar no corpo do trabalho as posições doutrinárias e jurisprudências em torno das questões postas, daremos nosso entendimento, sabendo de antemão que estamos correndo o risco de sermos repetitivos, uma vez que alguns dos assuntos aqui tratados, apesar de controversos, já foram por diversas vezes debatidos.

A escolha do tema justifica-se pela preocupação com a manutenção dos princípios regentes dos juizados especiais, mormente o da celeridade, sem descuidar da garantia da segurança jurídica, mas também sem levar a estrutura do sistema recursal - também regido pelo mesmo princípio - a ceder ao emaranhado de recursos existentes no rito tradicional.

O método empregado para a elaboração do trabalho foi o de compilação, com consulta à doutrina (livros e artigos publicados na Internet), à legislação apropriada e aos projetos de lei em tramitação pertinentes.

1 - O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA SISTEMÁTICA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

1.1 - O princípio do duplo grau de jurisdição em nosso ordenamento jurídico

O duplo grau de jurisdição é um modelo de organização processual presente na maioria dos países ocidentais e que prevalece no nosso ordenamento jurídico, mesmo não tendo sido expressamente previsto na Carta Federal de 1988. Tem como objetivo, bem intencionado não resta dúvida, a garantia da realização da justiça o tanto quanto mais perfeita possível pelo reexame da decisão do juiz de instância inferior por órgãos julgadores diversos, na maioria das vezes de instância superior, fazendo a adequação entre a realidade no contexto social de cada país e o direito à segurança e à justiça das decisões que todos têm de acordo com a constituição federal (JÚNIOR, 1990, p. 124).

Dentre as constituições brasileiras, apenas a Carta outorgada de 1924 previu textualmente o duplo grau de jurisdição, de forma absoluta. As posteriores apenas mencionavam, como a presente, a existência de tribunais, atribuindo-lhes competência recursal.

Dai é que surgem alguns posicionamentos acerca do caráter absoluto ou não do princípio do duplo grau de jurisdição.

Para alguns doutrinadores, existe, no texto constitucional vigente, previsão implícita decorrente de seus princípios regedores, notadamente o princípio do devido processo legal, disposto expressamente no artigo 5º, LV, da Constituição de

1988, o qual assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Argumentam também que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário, assegura a toda pessoa o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Para outros, entretanto, o princípio do duplo grau de jurisdição não se encontra previsto constitucionalmente, nem é decorrente do devido processo legal e que o fato de a lei maior ter disposto sobre a possibilidade de recurso não implica que todas as decisões possam ser impugnadas por esta via (LASPRO, 1995, p. 94).

O fato é que o sistema jurídico brasileiro - como é sabido - acabou por adotar o duplo grau de jurisdição, e, uma vez que assim o fez, inserindo-o no rol de princípios constitucionais implícitos (como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade, amplamente aceito na doutrina), tornou-se garantia de ordem pública, segundo a qual toda a decisão tem a possibilidade de um reexame por uma segunda instância.

1.2 - O binômio segurança jurídica x celeridade sob a ótica do rito tradicional (CPC) e sumaríssimo (LJE)

Várias são as vantagens apontadas pelos defensores do duplo grau de jurisdição. A primeira delas é a possibilidade de maior certeza de exatidão da sentença obtida com o seu reexame. Aponta-se também que o sistema proporciona uniformidade jurisprudencial, uma maior observância da lei e que erros individuais de valoração dos fatos ou de aplicação do direito possam ser revistos e evitados (a questão da falibilidade humana). Tudo isso se resume a uma maior segurança

jurídica acerca das decisões proferidas. Acrescentam, ainda, a necessidade do duplo grau de jurisdição como forma de revisão dos atos estatais, de controle da legalidade e da justiça das decisões de todos os órgãos do poder público (natureza política do princípio).

As vantagens acima apontadas vão sendo desmistificadas por algumas posições contrárias ao duplo grau. Segundo estas, a recorribilidade, de direito do jurisdicionado (e não uma obrigatoriedade), passou a ser como uma regra obrigatória, mesmo quando improvável o êxito ou certo o insucesso da revisão, assumindo-se a cultura do recurso meramente protelatório, estimulado por nosso próprio sistema recursal, o qual prevê uma infinidade de recursos e nenhum desestímulo ao desvirtuamento da garantia do duplo grau de jurisdição. Além disso, observa-se que nada garante que a última decisão seja a mais correta e mais legítima que a do julgador originário, porquanto este teve o contato direto com as partes e a prova, e a decisão proferida em grau de recurso, neste aspecto, padece de deficiências em virtude do afastamento (cada vez maior a depender do número de recursos utilizados) e que há tal sistema desprestigia os juízos de primeiro grau - em contrapartida de uma grande valorização dos juízos recursais - na medida em que suas decisões normalmente ficam destituídas de força executiva e há um novo juízo sobre a matéria já amplamente analisada.

Mas o principal problema apontado pelos processualistas diz respeito à duração excessiva dos procedimentos recursais que se choca com a própria ideia de acesso à justiça, na medida em que, além de opor-se às exigências de rapidez da vida contemporânea, resulta prejudicial sobretudo para a parte economicamente menos forte, que tem maior urgência em obter o que lhe é eventualmente devido, donde a demora ex-

cessiva na duração do processo oferece geralmente à parte mais abastada uma posição de privilégio frente ao adversário, ferindo, portanto, o caráter democrático a qualificar o sistema processual (CAPELLETTI, 1974, p. 276).

O congestionamento dos tribunais com grande número de recursos é fato concreto e incontestável, debatendo-se a sociedade e o legislador em propostas para a resolução deste conflito existente entre celeridade/efetividade da justiça e segurança/certeza jurídica. Nesta órbita, concluiu aquele último ser possível, em alguns casos, ante a ponderação dos valores da certeza jurídica e brevidade processual, atribuir maior valoração a esta última, e concluir por restringir os meios de impugnação de decisões, com o objetivo de alcançar uma maior efetivação dos direitos, não estando, assim, ferindo o princípio do duplo grau de jurisdição.

Nesse ponto devemos fazer um aparte para destacar que, em relação ao rito comum previsto no Código de Processo Civil, o princípio em tela possui ainda muita amplitude, tendo em vista um procedimento recursal formal, diferentemente da estrutura procedimental dos juizados especiais cíveis, onde a informalidade e celeridade são princípios regedores inclusive na fase recursal.

O Código Instrumental Civil pátrio elenca um sem número de recursos, dispostos em seu artigo 496, característica inerente do rito tradicional, apontados como uma das principais causas de ineficácia da prestação jurisdicional. Várias vezes se fazem ouvir no sentido de limitar a possibilidade de apresentação de recursos, em prol de uma real efetividade das decisões. Não é nosso objetivo, aqui, fazer uma análise detalhada dos diversos tipos de recurso existentes em nosso ordenamento jurídico, nem demonstrar os acertos ou erros

das propostas restritivas e sim analisar o sistema recursal dos juizados cíveis estaduais e federais, o que ora passamos a fazer.

2 - O SISTEMA RECURSAL NOS JUIZADOS CÍVEIS ESTADUAIS

2.1 - Os recursos previstos taxativamente na Lei nº 9.099/95

Assente em nosso ordenamento jurídico que a dupla revisão do julgado é garantia constitucional implícita, a Lei dos Juizados Especiais não tinha outro caminho senão prever pelo menos um caminho recursal, sob pena de pecha de inconstitucionalidade. No entanto, atento ao espírito norteador do microsistema dos juizados, o legislador empenhou-se em impedir a proliferação de recursos, prevendo apenas um, impugnativo da sentença, além dos embargos declaratórios - quando das decisões do juiz ou da turma recursal exista obscuridade, contradição ou omissão - e o recurso extraordinário constitucional.

O recurso cabível da sentença não recebeu a denominação de apelação e sim de recurso inominado, claro intuito do legislador de desentrelaçar a sistemática recursal dos juizados da do CPC. Deve ser ele interposto no prazo de 10 (dez) dias, contados da ciência da sentença (que, no caso, normalmente se dá na própria audiência concentrada) e possui alguns requisitos de admissibilidade (as partes devem estar assistidas por advogado, diferentemente do que ocorre no "primeiro grau", a petição deve ser escrita, contendo as razões do recurso e o pedido de reforma da decisão e tem de haver o depósito recursal - salvo se for o caso de gratuidade da justiça - após quarenta e oito horas da interposição). Ao final, o recorrente vencido arcará com os honorários advocatícios. Tem este recurso, em regra, efeito apenas devolutivo, podendo o juiz emprestar efei-

to suspensivo para evitar lesão irreparável (art. 43, Lei nº 9.099/95).

Deve ele ser julgado por uma turma recursal, integrada por três juízes togados de primeiro grau. Não se trata, portanto, de instância recursal de grau superior, mas sim de um órgão interno. É uma situação peculiar e adaptada ao rito sumaríssimo, na qual os juízes componentes da turma recursal exercem função revisora, mas estão no mesmo grau de jurisdição do magistrado que prolatou a sentença.

2.2 – O princípio da concentração dos atos em audiência – a vedação de recursos contra decisões interlocutórias

A oralidade prevista na prática dos atos processuais nos juizados traz, dentre outras vantagens, a concentração dos atos em audiência de instrução e julgamento. Segundo este princípio basilar dos juizados, o juiz deve ter contato direto com as partes e todas as provas em um só momento, o da audiência, na qual devem ser solucionados todos os incidentes ou, ainda, na própria sentença, a ser proferida, de regra, naquela oportunidade. Dentro dessa sistemática não se fez cabível a apresentação de recursos contra as decisões interlocutórias, posto que levariam a constantes paralisações do processo, ferindo os objetivos do sistema, decorrendo, daí, outro princípio, qual seja, o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

A regra é, pois, a de que as decisões interlocutórias não transitam em julgado e poderão ser impugnadas através do recurso inominado interposto ao final contra a sentença.

3 – A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE TUTELAS DE URGÊNCIA E O(S) MEIO(S) DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES

3.1 – A concessão de tutelas de urgência (satisfativa ou cautelar)

É sabido, no entanto, que, em algumas situações não raras, o titular do direito, ao acionar os mecanismos dos juizados, acreditando que realmente terá rapidez na entrega da prestação jurisdicional, muitas vezes pode se surpreender com o lapso temporal entre a audiência de conciliação e a prolação da sentença, podendo haver, inclusive, por algum motivo relevante, o fracionamento da audiência e a conclusão do processo muitos meses após a propositura da ação. E, em determinadas situações, caso a tutela pretendida não seja antecipada, sofrerá o jurisdicionado sérios e graves riscos de não obter a desejada efetividade do seu direito. Em outros casos não menos raro, a decisão positiva (acolhimento) também pode, da mesma forma, resultar em sérios gravames para a parte contrária.

A lei especial silenciou no tocante ao cabimento ou não de tutelas de urgência (concessão de liminares satisfativas ou cautelares) nos juizados especiais estaduais. Por este motivo surgiram alguns posicionamentos no sentido de que a ausência de expressa disposição legal, por contrariar sua sistemática processual, leva à não-admissibilidade de medidas cautelares ou antecipações dos efeitos da tutela.

A par dos argumentos em contrário e das divergências existentes, o entendimento majoritário - ao qual nos agregamos - é pela possibilidade de concessão de tutelas de urgência, desde que requeridas, inclusive na sentença, não havendo incompatibilidade com o rito imposto aos juizados, partindo-se do princípio do amplo e efetivo acesso à justiça e não ape-

nas ao Judiciário, não podendo, portanto, o princípio da irrecorribilidade, ser recepcionado em termos absolutos.

Dai exsurge a questão de saber qual o recurso apropriado para impugnar a decisão interlocutória correspondente, quando dela se vislumbrar a possibilidade de gerar danos irreparáveis a direito.

3.2 – O (s) meio (s) de impugnação das decisões proferidas em sede de tutelas de urgência

Nesse passo, avulta a questão da possibilidade ou não de utilização subsidiária do Código de Processo Civil, nos casos de omissão da lei especial, porquanto se o legislador não previu a concessão de tutelas de urgência, também não dispôs, por óbvio, do recurso cabível das decisões concessivas, apesar de, como já foi dito, terem sido elas majoritariamente admitidas no microsistemas dos juizados. E, ainda: a lei especial não aponta o Código Adjetivo Civil como norma supletiva de interpretação, salvo em algumas exceções (art. 30, *in fine* e *caput* do artigo 51).

Há, igualmente, algumas posições favoráveis e contrárias à possibilidade de aplicação subsidiária do CPC nos casos de lacuna na legislação especial.

Contrariamente, posicionou-se a Ministra Nancy Andrighi, ao lecionar em palestra nos seguintes termos:

Vou fazer uma colocação que, tenho certeza, vai deixar os senhores um pouco preocupados ou assustados, mas ousou fazê-lo. Não há aplicação subsidiária do CPC nos juizados especiais. É erro crasso quando não se tem na Lei n. 9.099, como resolver a questão processual ou

procedimental, buscar subsídio no Código de Processo Civil. Toda vez que isso for feito vai haver um desvirtuamento da lei. Vai sair, vai haver uma desobediência aos princípios norteadores da Lei n. 9.099. Porque, quando eu vou para o Código de Processo Civil, eu vou para o tecnicismo e para o formalismo.”

Os que se posicionam favoravelmente argumentam a qualidade reconhecida ao CPC como macrosistema de aplicação subsidiária às normas de natureza instrumental (microsistemas), nos casos de omissão. Assim, consideram que a Lei nº 9.099/95 estabelece uma espécie de subsistema processual e disto decorre a aplicação supletiva de normas do Código de Processo Civil ao rito por ela criado, devendo, por isso, o juiz, na solução e condução do processo, na hipótese de lacuna, adotar, sempre que necessário e possível, os princípios e normas previstos naquele Diploma Legal, desde que em consonância com os princípios orientadores dos juizados especiais.

Amplamente majoritário o segundo posicionamento - ao qual nos filiamos - não obstante o respeito ao entendimento contrário esposado pela ilustre ministra - ressaltando a importância do discernimento do juiz na utilização subsidiária do CPC apenas naquelas hipóteses em que a omissão possa trazer danos irreparáveis aos litigantes, uma vez que o procedimento diferenciado previsto legalmente para os juizados é nitidamente distinto do previsto naquele diploma processual, tendo em vista seus princípios informativos, que não podem ser desprezados, sob pena de desnaturar a essência do microsistema.

Partindo deste pressuposto - aplicação subsidiária do CPC nos juizados e que a lei pertinente a estes é omissa acerca do recurso cabível das decisões interlocutórias chegar-se-ia à

conclusão de que o meio de impugnação adequado é o previsto naquele diploma processual, qual seja, o agravo de instrumento (art. 522). No entanto, a questão, mais uma vez, não é pacífica.

A maior parte das decisões pretorianas inadmitte a interposição de agravo de instrumento, ao argumento de ausência de previsão legal e de que o rito deste recurso não é compatível com os princípios informativos da lei especial, entendendo que o meio de impugnação cabível é o mandado de segurança, sempre que houver abusos, decisões teratológicas e decisões não fundamentadas (BACELLAR, 2004, p. 167). Nesta direção o Enunciado 15, formulado no XVI Encontro Nacional de Coordenadores de Juizados Especiais do Brasil, em novembro de 2004 e o Enunciado nº 10 do I Colégio Recursal Cível de Pernambuco.

Uma segunda corrente, de outra parte, entende ser o agravo de instrumento o recurso cabível, aduzindo que, se a doutrina majoritária admite a importação do Código de Processo Civil, do provimento antecipatório para os juizados especiais, devem importar, também, o antídoto quando o remédio não tenha sido ministrado adequadamente, que não pode ser outro senão o agravo de instrumento. (ALVIM, 2002, p. 176). Nestes termos poucas decisões, mas podemos citar o Enunciado nº 01 do I Encontro de Colégios Recursais de São Paulo, realizado em 17 de novembro de 2000: "Nos Juizados Especiais Cíveis cabe recurso de agravo de instrumento".

Adotamos essa última idéia, acrescentando que os argumentos esposados pelos que utilizam o mandado de segurança como meio (anômalo) de impugnação das decisões interlocutórias em sede de juizados especiais podem ser utilizados contra sua própria teoria.

Primeiro porque não há também previsão legal para o uso do mandado de segurança na legislação especial e nem como uma decisão que concede ou denega a tutela de urgência ser sempre considerada ilegal ou dali se extrair um direito líquido e certo para a obtenção da revisão da decisão.

Segundo porque o rito daquela ação constitucional é muito mais incompatível com o sistema dos juizados, bem mais vagaroso do que o do agravo de instrumento. Neste raramente há necessidade de parecer ministerial - notadamente porque as causas submetidas aos juizados são de cunho patrimonial privado - enquanto que no mandado de segurança a atuação do *parquet* é indispensável, implicando abertura de vista e maior gasto de tempo no processo. No agravo de instrumento, o relator pode ou não pedir informações ao juiz, ao passo que no caso do mandado de segurança, é obrigado a oficial, requerendo-as, uma vez que, aí, a autoridade coatora é o próprio magistrado. Sem falar na maior demora no julgamento do writ e nos problemas de competência que não cabe aqui nos determos.

Note-se, ainda, que esse argumento - incompatibilidade de rito - serviu de esteio para que, antes da Lei nº 9.139/95, o Superior Tribunal de Justiça se mostrasse avesso ao uso do agravo de instrumento de decisões interlocutórias proferidas em sede de mandado de segurança. Com o caráter um pouco mais célere imprimido pela supramencionada lei ao agravo de instrumento, o Pretório Excelso modificou sua posição, entendendo, agora predominantemente, que o recurso cabível de decisão interlocutória em mandado de segurança é o agravo de instrumento. Os mesmos argumentos - de que o agravo de instrumento ganhou contornos mais simples - podem e devem ser utilizados para consolidar o entendimento de ser este recurso o cabível para impugnar decisões inter-

locutórias concessivas de tutelas de urgência nos juizados especiais.

4 - OS RECURSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS FEDERAIS

Faremos a seguir uma breve análise comparativa dos sistemas recursais previstos na Lei nº 9.099/95 e 10.259/01, a qual instituiu os juizados especiais no âmbito federal.

4.1 - A aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95

De acordo com o expressamente disposto no artigo 1º da Lei nº 10.259/01, cabe a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95, no que não conflitar com os seus dispositivos. A ressalva se faz conter por se tratar de direitos relativos ao patrimônio e interesses públicos.

Assim, o recurso cabível da sentença de mérito cível, por aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95, é o recurso inominado, no mesmo prazo ali disposto, recebido apenas no efeito devolutivo, podendo, entretanto, o juiz dar-lhe eficácia suspensiva para evitar dano irreparável à parte (art. 43, LJE). Também são admitidos embargos de declaração, transportados da lei geral, e o cabimento do recurso extraordinário, que, além de decorrer da própria Constituição Federal (art. 102, inciso III) está disposto no artigo 15 da LJEF. Eliminou, a Lei nº 10.259/01, o recurso de ofício, injustificável em se tratando de lesões de pequena monta, além de não haver prazo em dobro para as partes, colocando, neste particular, os entes públicos em posição de igualdade perante o cidadão.

4.2 - O agravo de instrumento como recurso cabível das decisões interlocutórias

Na esteira do entendimento majoritário exposto alhures, a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01) admite expressamente - diversamente da Lei nº 9.099/95 - em seu artigo 4º, a concessão de medidas cautelares no curso do processo, para evitar dano de difícil reparação. A tutela antecipada, apesar de mais uma vez silente a legislação especial, também é admitida pela doutrina e jurisprudência, nos mesmos moldes da esfera estadual. E no seu artigo 5º, dispõe, pelo que dali se extrai, de forma excepcional, ser cabível impugnação daquelas decisões, não ao final, na sentença, mas por meio de recurso, afastando, assim, a solução de admitir o mandado de segurança como sucedâneo recursal, para impugnação de decisões interlocutórias, como ainda acontece na esfera estadual (ALVIM, 2002, p. 96), sendo pacífico que o recurso cabível, apesar de não nominado na lei, é o agravo de instrumento.

Desse modo, o agravo de instrumento é cabível de forma excepcional, na hipótese de dano irreparável ou de difícil reparação. Fora tal situação, o questionamento acerca das decisões interlocutórias deve ser feito no recurso interposto da decisão final, como nos juizados estaduais.

4.3 - O pedido de uniformização de lei federal

O artigo 14 da Lei dos Juizados Federais criou o instituto do "pedido de uniformização de lei federal, o que está provocando várias controvérsias. Tem ele cabimento, segundo o texto legal, a) quando houver divergência entre turmas recursais da mesma região, acerca de questões de direito material (*caput*), e aí o pedido de uniformização será julgado por turmas reunidas compostas por integrantes de turmas da mes-

ma região, sob a presidência do Juiz Coordenador dos Juizados (parágrafo 1º); b) quando houver divergência entre turmas de regiões diversas ou proferida em contrário à Súmula ou jurisprudência dominante do STJ, sendo o pedido de uniformização julgado por uma Turma de Uniformização, integrada por juizes de turmas recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal (parágrafo 2º) e c) quando houver divergência entre a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, e Súmula ou jurisprudência dominante do STJ (se a questão for de direito processual não caberá o pedido), sendo o Pretório Excelso quem dirimirá a divergência (parágrafo 4º).

4.3.1 – Natureza jurídica e finalidade do instituto - críticas

Cabe de logo analisar a natureza jurídica deste instituto, novidade introduzida no âmbito federal nos juizados especiais.

A lei não utiliza o vocábulo "recurso", e sim "pedido" de uniformização. Por isso, alguns doutrinadores entendem tratar-se de mero incidente que pode ocorrer na fase de julgamento do recurso pelas Turmas Recursais (PEREIRA, 2004, p. 196). No entanto, a maior parte da doutrina - posicionamento por nós adotado - entende tratar-se realmente de um novo tipo de recurso, posto cuidar-se de uma impugnação no próprio processo em que a decisão foi proferida (ALVIM, 2002, p. 100).

Além disso, a nova decisão substitui a decisão divergente, donde fica dispensada a devolução à Turma de origem para retratação. Neste sentido a Turma de Uniformização dos Juizados Especiais Federais decidiu, no dia 12 de novembro de 2002, que o julgado constituído no pedido de uniformiza-

ção de jurisprudência substitui decisões divergentes, ficando dispensada a devolução à Turma de origem para retratação. A decisão foi tomada na segunda sessão de julgamento da Turma na sede do Conselho da Justiça Federal (CJF), em virtude de dúvida sobre a natureza jurídica do julgado constituído em pedido de uniformização de jurisprudência, residente no fato do pedido ser um simples incidente, e, neste caso, uma decisão da Turma teria de retornar à Turma Regional e ser por esta reformada, ou se substitui automaticamente a decisão anterior divergente, tendo sido, por unanimidade, decidido daquela forma.

Não se trata, portanto, de meio autônomo de impugnação que se dá num processo distinto daquele em que foi proferida a decisão açoitada (como a ação rescisória) ou mero incidente - pois, nestes casos, a decisão do órgão julgador da divergência teria que voltar à Turma de origem para retratação - e sim de nova figura recursal, semelhante aos embargos de divergência, cuja finalidade é manter a uniformidade na interpretação do direito material de interesse federal (MARINONI, ARENHART, 2004, p. 776).

A finalidade do instituto foi assim posta pelo Eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Quando da elaboração do projeto, houve diversas reuniões no STJ com a colaboração e participação de juizes federais, reuniões do Conselho e com a Advocacia Pública. Esta manifestou a preocupação da União, de todos os seus órgãos de um modo geral, de que não poderia ela, sendo a ré, nas diversas instâncias e nos diversos Estados, responder pelo mesmo fato mas condenada de modo diverso em cada um deles, tendo de pagar dez no Amazonas e cinquenta em São Paulo. Daí a necessidade de uni-

formizar esses julgamentos. Uma das soluções seria admitir o recurso especial diretamente ao STJ, o que significaria trazer para a vala comum, isto é, incluir nas dificuldades próprias do procedimento ordinário, todas as causas em que houvesse a delegação de divergência ou de ofensa à lei. Tal solução nos pareceu inconveniente do ponto de vista do Juizado, porque atrasaria de modo infundo as demandas e representaria um acréscimo significativo no número de recursos a serem julgados pelo STJ. A solução que nos pareceu mais conveniente, portanto, foi a de, permitindo de algum modo essa uniformização de interpretação da lei em todo o País, mantê-la dentro do próprio sistema dos Juizados, tanto quanto possível. E sob essa perspectiva foi normatizado o incidente na nova lei. (...) Nesse esquema, o julgamento somente sairá do sistema quando a decisão, tomada pela turma de uniformização nacional, tiver contrariado orientação firme do STF ou do STJ. (...) Pode-se argumentar que o procedimento introduz várias fases no processamento do incidente de uniformização dentro do Juizado. Realmente isso acontece, mas foi a única forma encontrada para compatibilizar a possibilidade de uniformização com a idéia de que poderia ser feita dentro do próprio sistema.

Em que pese o objetivo razoável acima exposto - resguardar a uniformidade exegética da lei federal (JUNIOR, 2002, p. 84) - o instituto é alvo de várias críticas, sendo a principal delas exatamente a reconhecida pelo ministro, qual seja, o perigo de tornar excessivamente burocrático o julgamento da ação nos juizados especiais, indo de encontro à sua essência, inclusive pelo fato de a lei não o regular como devia, não estabelecendo regras processuais como prazos para interposição, forma, legitimidade e outras questões que foram relegadas aos tribunais. Ademais, a afirmação da necessi-

dade da regra ora sob análise em virtude dos interesses em jogo (patrimônio público) não chega a convencer, ponderando, a doutrina, que a divergência em relação ao direito federal não justifica a previsão de uma nova instância recursal.

Outras apreciações se seguem, todas elas, no nosso entender, apropriadas, que demonstram o grau de reprovação em relação ao instituto.

Destacamos, aqui, a crítica que se faz do parágrafo 4º, do artigo 14, da LJEF, que trata da possibilidade de a parte interessada provocar a manifestação do Superior Tribunal de Justiça quando, em questão de direito material, a orientação acolhida pela Turma de Uniformização contrariar súmula ou jurisprudência dominante daquele Tribunal, o qual deverá se pronunciar sobre a matéria.

A doutrina dominante entende que o legislador instituiu uma nova espécie de recurso especial, disfarçada em mera regra legal, em hipótese não abarcada pela Constituição Federal, e, por isso, flagrante a inconstitucionalidade do supramencionado dispositivo legal (ALVIM, 2002, p. 107). (JUNIOR, 2002, p. 367).

Outros, diferentemente, entendem que os pressupostos do recurso especial e do pedido de manifestação do STJ são diferentes, pois, no segundo caso (pedido de manifestação) o STJ não atua para dirimir controvérsia jurisprudencial entre tribunais, e sim para garantir que prevaleça o entendimento que ele próprio fixou para determinada questão de direito material, decorrente do julgamento de vários recursos especiais. Afirmam, ainda, encampando as justificativas dadas pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que, tendo em vista a divisão territorial da Justiça Federal, sem essa providência,

correr-se-ia o risco de os Juizados Especiais Federais de diferentes regiões interpretarem diferentemente uma mesma questão de direito material, o que tornaria letra morta as normas e princípios concernentes à missão constitucional atribuída ao STJ. (PEREIRA, 2004, p. 200).

Posicionamo-nos a favor da primeira teoria. Realmente a crítica é pertinente em virtude da incoerência como se trataram institutos semelhantes (apesar de nominados de forma diferente), quais sejam, o recurso especial e o "pedido" de manifestação sobre divergência acerca de questão de direito pelo STJ.

Ora, é sabida a inadmissibilidade de interposição de recurso especial contra decisão final de turma recursal, em sede de juizados estaduais, sob o argumento de que esta não se confunde com tribunal e, nos termos do artigo 105, III, da CF/88, aquele recurso somente é cabível contra decisões de tribunais. Nessa via de entendimento, da mesma forma nem a turma recursal federal, nem a turma de uniformização é tribunal e, portanto, afastado aquele meio de impugnação também na esfera federal. Este foi posicionamento adotado pacificamente, tendo em vista a Súmula nº 203 do STJ, mesmo com alguns poucos alegando que, como as turmas recursais foram introduzidas com a Lei nº 9.099/95, por óbvio a Constituição de 1988 não poderia prever o cabimento do recurso especial contra decisão final daqueles órgãos. E assim não se concebe porque o STJ, em não admitindo o cabimento do recurso especial em sede de juizados estaduais, onde também acontecem divergências sobre aplicação de lei federal, admitiu, sob sua orientação, a inclusão na Lei dos Juizados Federais de uma figura com a mesma finalidade, ante a justificativa de estarem envolvidos interesses patrimoniais públicos, fazendo novamente retornar a questão dos privilégios dos entes públicos.

4.3.2 – A polêmica proposta de uniformização de decisões dos juizados especiais estaduais

Enquanto os juristas ainda discutem a (in)constitucionalidade do parágrafo 4º, do artigo 14, da Lei nº 10.259/01 e/ou adequação do pedido de uniformização da jurisprudência à sistemática dos juizados federais, foi apresentado pelo Poder Executivo, em data de 27.12.2004, o Projeto de Lei nº 4.723/2004, o qual cria regras de uniformização das decisões dos juizados especiais estaduais, com o objetivo de impedir que as ações julgadas nos juizados tenham decisões divergentes, na mesma linha do dispositivo supramencionado, colocando "mais lenha nessa fogueira"

Na exposição de motivos do projeto, pelo Ministro Márcio Thomaz Bastos, a justificativa foi a de que o sistema proposto é adequado para harmonizar a aplicação e interpretação da legislação referente às causas cíveis de menor complexidade, e para conferir celeridade ao rito, pois prevê medidas importantes de economia processual, como aquelas previstas no § 1º do artigo 50-B, que impede o processamento de casos idênticos, e no § 6º do mesmo artigo, que confere efeito vinculante às decisões.

O Projeto de Lei nº 4.723/2004 encontra-se tramitando em regime de prioridade e desde 21.02.2005 foi recebido pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

É, entretanto, repudiado pela maioria dos juizes dos juizados estaduais, membros do FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais Cíveis e Criminais – que, no dia 10.03.2005, iniciaram um movimento para alterar o projeto de lei em pauta. Neste encontro, os juizes, expressando sua

a essência dos juizados, o primordial é privilegiar a segurança jurídica supostamente advinda das revisões das decisões judiciais, ou uma maior rapidez das soluções dos litígios.

Relembramos que a *Small Claims Court* norte-americana, que serviu de modelo para a criação dos juizados especiais, cria vários obstáculos para a apresentação de recursos e é praticamente inviável pedido de reexame de uma sentença por ela prolatada para a Suprema Corte ou mesmo para outro Tribunal de nível intermediário. É certo que não podemos simplesmente transplantar tal sistema para o nosso ordenamento jurídico, posto que as diferenças são notáveis. Entretanto, não se deve entender o duplo grau de jurisdição como absoluto e, principalmente nos juizados, como uma forma excessiva de garantia. Em prol da celeridade, devemos valorizar um cuidadoso juízo de primeiro grau no que concerne às questões de fato, cabendo apenas impugnação por erro de direito, e não prestigiar sempre um verdadeiro reexame do litígio.

Reconhecemos a importância da unificação da interpretação do direito material que se pretende com o pedido de uniformização da jurisprudência, mormente num sistema jurídico complexo como o nosso, onde as alterações são constantes. Entendemos, no entanto, ser possível, valendo-se de criatividade e experiência dos juízes em exercício nos juizados especiais estaduais e federais, buscar soluções paraprocessuais, mecanismos que melhor se adaptem aos seus objetivos, afastando-se, se possível, a criação de mais instrumentos recursais, sob pena de, se não forem tratados com cuidado e de forma dimensionada, causarem um verdadeiro retrocesso na sistemática recursal simplificada, tornando-a parecida com a do rito tradicional, o que por certo é um dos motivos do enfraquecimento do Poder Judiciário perante a sociedade e o que

já está se tentando, através de propostas legislativas bem intencionadas, timidamente modificar, numa tentativa de proporcionar uma prestação jurisdicional mais célere.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Juizados Especiais Federais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 95-109.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais. A nova mediação para processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 145-167.

BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *Considerações sobre o duplo grau de jurisdição e aspectos recursais na Lei 9957/00*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dtrab0019.htm>. Acesso em: 12.05.2005.

CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideologias, sociedad*. Tradução castelhana de Santiago Sentis Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: E.J.E.A., 1974.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 228-239.

CORREIA MENEZES, Sander Fitney Brandão de. *A natureza constitucional do princípio do duplo grau de jurisdição*. *Síntese Jornal*, a. 8, n. 90, p. 11-13, ago. 2004.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Juizados Especiais Federais*. *RT/Fasc. Civ.*, a. 91, v. 801, p. 95-97, jul. 2002.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **O uso anômalo do mandado de segurança nos juizados especiais.** Disponível em: <<http://juris.tjdf.gov.br/revista/J44.doc>>. Acesso em: 12.05.2005.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEIRIA, Cláudia Ernst Pereira. **Dos recursos e sua interpretação no juizado especial cível.** Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/revistas/conteudoresultado.php?POSICAO=4&TP=3>. Acesso em: 12.05.2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 762-764 e 774-777.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais. Teoria Geral dos Recursos.** São Paulo: RT, 1990.

NERY JÚNIOR, Nelson. Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Juizados Especiais Federais.** Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n. 17, p. 76-89, abr./jun. 2002.

PEREIRA, Guilherme Bollorini. **Juizados especiais federais cíveis: questões de processo e de procedimento no contexto do acesso à justiça.** Rio de Janeiro: Lumen Jûris, 2004. p. 185-202.

RODRIGUES, Luiz Guilherme Oufino Irineu. **Sistema recursal nos juizados especiais cíveis.** Críticas e sugestões. Disponível em: <<http://www.estacio.br/graduacao/direito/revista/revista4/artigo21..htm>>. Acesso em: 12.05.2005.

SOUZA, Eduardo de Mello e. SANTINI, Luiz Carlos. SCHNEIDER, Ruy Pedro. **Execução, recursos e meios de impugnação nos Juizados Especiais Cíveis.** Disponível em: <<http://www.incijur.com.br/teses.htm>>. Acesso em: 12.05.2005.

ZEFIRO, Gabriel. **O sistema recursal dos juizados especiais cíveis.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto107.doc>>. Acesso em: 12.05.2005.

GLOBALIZAÇÃO E ÉTICA*

Hélio Sílvio Ourem Campos

Juiz Federal. Juiz da Turma Nacional de Uniformização em Brasília; Juiz da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco; Professor da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco (adjunto); Doutorado pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa; Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco; Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade Clássica de Direito de Lisboa (equivalência); Ex-Procurador do Estado de Pernambuco e do Município do Recife.

"A função de julgar é a das mais antigas da História da humanidade. Se o homem é mais o lobo do homem do que o idílico bom selvagem, e se sempre foi assim, também sempre houve necessidade de alguém que decidisse os conflitos da convivência. Assim nasceu a necessidade do juiz. O juiz já foi sacerdote e já foi rei. Oscila hoje entre ser poder e funcionário do Estado. Fala-se em juiz de aluguel e juiz privado. O que acontecerá com o juiz do futuro? Ninguém dispõe de condições para prever com certeza o futuro. A certeza única é que o próximo milênio terá ce-

* Este trabalho completa o artigo *O desenvolvimento globalizado e as "leis descartáveis" no Brasil*, do mesmo autor, publicado na Revista da Esmape, v. 10, n. 22 - jul./dez. 2005.

nários muito diversos daqueles em que o julgador tem atuado".

NALINI, José Renato. Função judicante; dez recados ao juiz do III Milênio. *Revista do Centro de Estudos Judiciais do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, n. 7, p. 132-142. jan./abr. 1999.

Também nos Estados modernos, não se pode deixar ao largo a questão da ética.

É bem verdade que, do ponto de vista individual, é possível falar-se em sucesso pessoal que haja sido atingido sem noções de ética.

Contudo, no plano das relações gerais, dificilmente um País que abandone estes pressupostos pode vir a agregar, entre os seus atributos, o verdadeiro desenvolvimento humano.

Logo, muito provavelmente, o desenvolvimento humano e a ética precisam estar juntos.

Mesmo que alguém advogue que eles devam ser dissociados, opto pela manutenção desta sociedade.

Originariamente, "ética" significa a "morada do homem"¹; e é difícil imaginar que se queira adotar por moradia algo em que não se possa confiar.

Estabilidade e segurança são requisitos básicos de uma morada.

¹ Vide CAVALCANTE, Enoque Gomes. *Sustentabilidade do Desenvolvimento. Fundamentos Teóricos e Metodológicos*. Recife: Editora da Universidade Federal de Pernambuco, 1998. p. 20.

De fato, a "ética" concebe a conduta do homem, considerando o tempo, adotando como antecedente uma situação temporal anterior, e, como conseqüente, um objetivo ou finalidade a alcançar. De ordem que, ao menos no plano lógico, não se confunde com a "técnica", por onde são decididas as ações estruturadas que vão conduzir à finalidade proposta.²

Também se costuma afirmar que a moral e o direito não são expressões culturais coincidentes.³

Enquanto, na moral e na tradição, não se poderia intervir direta e deliberadamente por ato legislativo, quer na criação, quer na revogação; o mesmo não ocorreria com o direito.

² Vide AFTALIÓN, ENRIQUE R.; VILANOVA, JOSÉ. *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988. ps. 419-420. O exemplo utilizado neste livro foi o seguinte. Imagine-se que eticamente pretendese eliminar a tirania, e como conduta adequada para atingir este fim propõe-se matar o tirano. Para isto, convida-se o mesmo para que vá até o Senado, e aí o apunhalam. Seria este um meio técnico de modo a atingir a finalidade proposta. Daí, a propalada diferença entre a ética e a técnica. Pessoalmente, entendo que a ética deva ser encontrada, também, no meio técnico que se utiliza para se atingir o fim pretendido.

³ "Uma regra jurídica pode ser considerada pelas pessoas em geral como não tendo importância suficiente para ser mantida; pode até haver concordância geral em como deveria ser revogada. Por outro lado, seria absurdo conceber uma regra como fazendo parte da moral de uma sociedade, mesmo que ninguém a considerasse já importante ou que usasse a pena manter. (...) Imunidade à alteração deliberada. (...) Boa parte da filosofia moral está consagrada à explicação desta característica da moral e à elucidação do sentido de que a moral é algo que 'existe' para ser reconhecido, e não feito por uma opção humana intencional. (...) O fato de que a moral e as tradições não podem ser diretamente alteradas por ato legislativo, como sucede com as regras jurídicas, não deve confundir-se com a imunidade a outras formas de alteração." Extraído de HERBERT, HART. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 191.

Enfim, na ética, estariam encampadas duas espécies distintas: a moral e o direito (ética = moral + direito).⁴

Em suma, a ética seria um gênero que abarcaria duas espécies: a moral e o direito.

Logo, pelo que defendo, todo direito precisa ser ético.

Por este raciocínio, poder-se-ia pensar que um homicídio eutanásico poderia ser moralmente justificável; e, juridicamente, não.

Ou, em um outro exemplo, a caridade que se faz a uma pessoa pobre teria um enfoque moral e outro jurídico, vislumbrando-se, nesta atitude, a capacidade jurídica de um eventual donatário de menor idade, os termos contratuais, etc.

Nesta linha, faço recordar do que disse HERBERT HART, em seu "O Conceito de Direito"⁵, ao tratar da obrigação moral e da jurídica.

É HERBERT HART: "Mas os princípios de justiça não exaurem a idéia de moral; e nem toda crítica do direito com fundamentos morais é feita em nome da justiça. Podem condenar-se leis como moralmente más pela simples razão de que exigem dos homens

⁴ Vide AFTALIÓN, ENRIQUE R.; VILANOVA, JOSÉ. *Introducción al Derecho*. 1988. Obra citada, p. 425-430. As relações entre o direito e a moral são íntimas, ao ponto de, na antiguidade clássica, não haver um critério distintivo, cientificamente aceito, entre o Direito e a Moral. É verdade que o jurista PAULO refletiu dizendo que nem tudo o que é lícito é honesto, expressando que o Direito nem sempre está de acordo com a Moral. Por outro lado, havia a máxima de que os preceitos do Direito eram viver honestamente, não levar a ninguém e só atribuir a si o que é seu. No Estado Moderno, a partir das idéias de THOMASUS, desenvolvidas por KANT,

ações concretas que a moral proíbe os indivíduos de praticar, ou porque exigem que os homens se abstenham de praticar as que são moralmente obrigatórias."⁶

E o mesmo autor arremata sobre a dificuldade de conceituar o que seja a ética e a maior dificuldade de encontrar os caminhos para realizá-la: "É, por isso, necessário caracterizar, em termos gerais, tais princípios, regras e padrões, relativos à conduta dos indivíduos, que pertencem à moral e tomam moralmente obrigatória a conduta. Aqui, duas dificuldades relacionadas entre si vão nos confrontar. A primeira reside em que a palavra 'moral' e todas as outras que lhe estão associadas, ou os termos aproximadamente sinônimos como 'ética', têm elas próprias uma considerável área de imprecisão ou de 'textura aberta'. Há certas formas de princípio ou de regra que alguns classificariam como moral e outros não. Em segundo lugar, mesmo quando haja acordo neste ponto e certas regras ou princípios sejam aceites como indiscutivelmente pertencendo à moral, pode ainda haver um grande desacordo filosófico quanto ao seu 'estatuto' ou relação com o resto do conhecimento e experiência humanos."⁷

Mas HERBERT HART adverte sobre o engano que consiste em imaginar que o mundo da moral é apenas o interior, enquanto o do direito é exclusivamente o exterior.

Novamente, é ele que tem a palavra lançando as suas vistas para a integração, ou não, dos mundos psicológico e

elencou-se a coercibilidade como um elemento fundamental do Direito, forjando a concepção distintiva.

⁵ HART, HERBERT L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. Com um pós-escrito editado por Penelope a Bulloch e Joseph Raz. Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian. 1994, ps. 182 e ss.

⁶ HART, HERBERT L. A. *O Conceito de Direito*. 2. ed. 1994. Obra citada, p. 182.

⁷ HART, HERBERT L. A. *O Conceito de Direito*. 2. ed. [S.l.]: [s. n.], 1994. Obra citada, p. 183.

social: "A mais famosa tentativa de veicular de forma sumária a diferença essencial entre elas é a teoria que assevera que, enquanto as regras jurídicas exigem apenas um comportamento 'exterior' e são indiferentes aos motivos, intenções ou outros acessórios 'interiores' da conduta, a moral, pelo contrário, não exige quaisquer ações externas específicas, mas apenas a boa vontade ou as intenções adequadas ou o motivo apropriado. Isto equivale, na verdade, à afirmação surpreendente de que as regras jurídicas e as morais corretamente compreendidas não poderiam ter nunca o mesmo conteúdo; e, ainda que tal contenha uma sugestão de verdade, é, tal como está formulada, profundamente equívoca."⁸

No direito público brasileiro, contudo, o princípio da moralidade tem jaez de Constituição, ficando estampado no "caput", do art. 37, da atual Lei Maior.

O que quero dizer com isto é que os padrões de comportamento, inclusive os jurisdicionados pelo Estado, não podem se divorciar do valor da moralidade (predomínio do plano interior).

Defendo, portanto, que, na moral, predomina o plano interno; e, no direito, o externo. Isto não significa, porém, que haja exclusividade.

Mais. Embora o sistema capitalista e a sua ideologia dêem uma enorme importância para o valor econômico, talvez como o mais importante dos valores, a civilização pós-moderna não deve deixar em plano inferior outros valores com conteúdos nitidamente morais.

A segurança como um instrumento a serviço da justiça é um deles, tal como venho defendendo.

⁸ HART, *idem*, p. 187.

A posição capitalista de "desvalorizar" os outros valores que não o econômico não se compadece com o verdadeiro desenvolvimento, pois exclui o homem e o condena a uma imersão em crises sociais, que não atingem apenas o campo econômico, mas se lança no institucional (crise do Estado), no ético (corrupção, impunidade, tráfico de drogas, etc), no social (desemprego galopante⁹, criminalidade), no ambiental (poluição desenfreada, manipulação genética), no cultural (quebra de tradições com a imposição de valores externos), no espacial (desequilíbrios regionais), etc.

Como se vê, a violência, a corrupção, a fome estão intimamente vinculadas ao rumo que vai receber o movimento globalizante, que não pode ser gerido pelas grandes empresas ao ponto de não receber limites oriundos dos Estados-Nação.

Se os limites constitucionais cederem à violência corrosiva das grandes empresas, as conseqüências não serão apenas econômicas, tal como fiz recordar.

A linguagem do Estado é a jurídica. Logo, é preciso impor limites através do direito.

Não me refiro, aqui, a limites estáticos; mas à existência de referências que não variem a cada trinta ou sessenta dias, tal como as medidas provisórias costumam veicular.

⁹ O art. 23, da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia que "Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego." Certamente, no Brasil, o desemprego é uma das causas das sérias manifestações de descontentamentos e do aumento da massa de excluídos. Gera profundas injustiças sociais, e coloca o Brasil em um cenário internacional de altos índices de criminalidade.

Se assim não o for, os Estados mais vulneráveis, e, dentro deles, as populações mais excluídas serão condenadas a uma versão moderna de escravidão.

No estágio atual do capitalismo, o progresso técnico vem permitindo pensar que as conquistas tecnológicas estão acima dos valores éticos. Isto porque é assim que se difunde.

E o pior. Não havendo uma corrida à ética, mas às conquistas de uma técnica a serviço do neo-capitalismo, as recentes "grandes descobertas" continuarão a provocar crises existenciais, onde as técnicas são mais universais do que os valores.

Explico melhor o que digo.

O conhecimento de uma técnica sem uma utilização ética termina por permitir o uso, simplesmente, simbólico das conquistas.

Não é muito diferente o que se vê no direito, quando as normas existem, mas a efetividade delas não.

Embora reconheça que primeiro seja necessário saber o que fazer, isto só não basta.

Por exemplo, a fome¹⁰.

¹⁰ 1. No Brasil, morre uma pessoa de fome por minuto. 2. Das 4 (quatro) milhões de crianças que nascem por ano no Brasil, 190.000 (cento e noventa mil) morrerão de desnutrição antes do primeiro aniversário. 3. ¼ (um quarto) das crianças dos países subdesenvolvidos nascem retardadas, devido à desnutrição das mães. 4. Segundo dados do final de 2.000, existem 16 (dezesseis) milhões de brasileiros passando fome. 5. 16.500.000 (dezesseis milhões e quinhentos mil) toneladas de alimentos são desperdiçados todos os anos no Brasil (30% da produção nacional), o que daria para alimentar Moçambique por 4 (quatro) anos e meio. 6. O Brasil, apesar de possuir uma renda per capita relativamente elevada, e de ter o 8º (oitavo) ou o 9º (nono)

Atualmente, existem meios técnicos para afastá-la do planeta. Contudo, dentro do atual sistema de dominação, ela não apenas continua, mas se aprofunda e se intensifica entre os territórios excluídos.

Ora, se assim ocorre com os alimentos, não é de se esperar que no mais seja diferente. E não me refiro aqui, apenas, ao extraordinário mercado das drogas, das armas ou dos paraísos fiscais¹¹, que vêm avaliados em trilhões de dólares, e se encontram espalhados em todo o mundo.

PIB do mundo (cerca de 1 trilhão de reais), tem hoje 85 (oitenta e cinco) milhões de pessoas (mais da metade da população) vivendo abaixo da linha da pobreza. Esta situação crítica destaca o País como o detentor do mais alto grau de desigualdade social do mundo. 7. O problema da fome predomina tradicionalmente no Nordeste e no Norte do País fapesar de vir atacando, recentemente, também os Estados do Sul, com Estados que apresentam, respectivamente, 80% (oitenta por cento) e 68% (sessenta e oito por cento) da população vivendo abaixo da linha da pobreza. O Centro-Oeste vem logo depois, com 51% (cinquenta e um), depois o Sudeste, com 43% (quarenta e três por cento), e o Sul, com 39% (trinta e nove por cento). Alguns Estados brasileiros apresentam índices realmente críticos, é o caso do Maranhão, com 86% (oitenta e seis por cento), o Piauí, com 83% (oitenta e três por cento), e o Tocantins, com 81% (oitenta e um por cento) da população vivendo na miséria. O Nordeste, como um todo, embora compreenda apenas 29% (vinte e nove por cento) da população do Brasil, responde por mais da metade dos pobres do País (51%), e possui mais de 40% (quarenta por cento) de seus habitantes vivendo abaixo da linha da indigência. (Fonte: "Projeto ajudar alguém - Ação social ao alcance de todos" - www.ajudaralguem.org)

¹¹ Os crimes econômico-financeiros constituem uma realidade relativamente recente, havendo, ainda, uma certa desinformação por parte dos magistrados, além das dificuldades de obtenção de informações no caso concreto. O que fazer quando uma pessoa física ou jurídica não demonstra capacidade de provar a licitude da origem do seu patrimônio? Há quem defenda que deve perdê-lo, evitando a impunidade. Infelizmente, verifica-se que a política dos "offshores" funciona como um verdadeiro paralisador das investigações. Transações e empresas fictícias são artimanhas que necessitam ser combatidas de uma maneira mais eficaz, para evitar a ideia de que as empresas laranjas (ou filtros) terminem por confundir a investigação, tornando impessoal algo que não o é. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Portanto, a deficiência mundial é distributiva, e menos econômica que moral.

As buscas cegas do lucro e do predomínio dos mercados precisam ser reorientadas mediante um paradigma jurídico estável.

Se este não é o único caminho, ao menos é um dos caminhos em um País onde grassa a democracia política.

Sem a consistência de um ordenamento jurídico estável, que consiga tornar visíveis as vicissitudes do poder estatal e da macro atividade empresarial, não haverá desenvolvimento, restando espaços, talvez, para um atabalhado crescimento econômico, que poucos rastros deixará em termos de melhoria de condições de vida.

É preciso propiciar o encontro entre a Ciência e a Tradição.

É preciso fazer dialogar a globalização com os direitos humanos, reconhecendo a necessidade de uma atenção especial que os Governos e as Organizações do Primeiro Mundo devem fornecer para os problemas dos países excluídos desta primazia.

faz parte de um novo universo legislativo a dar respostas para o mundo que está surgindo, e crescendo avassaladoramente. Aos 28.06.2001, os Estados Unidos e os seus sócios na Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) chegaram a um compromisso a respeito destes paraísos, que teriam a garantia das suas soberanias fiscais em troca de uma maior transparência. De acordo com o compromisso, os paraísos fiscais não sofreriam punições, salvo se recusassem a transmitir informações relativas às investigações sobre lavagem de dinheiro. Os 35 (trinta e cinco) países havidos nesta categoria encontram-se em uma lista negra, que foi divulgada, em junho de 2.000, pela OCDE.

Hoje, fala-se tanto em globalização, mas também se continua a dizer que há um Primeiro Mundo, pressupondo a existência de uns tantos outros.

Este é um desafio para o próximo milênio. Aproximar os mundos. Globalizar o respeito à dignidade do ser humano.

É preciso colocar em curso uma revolução dos valores, extirpando o convencimento geral de que, entre os valores, primeiro vem o dinheiro.

No sentido do que digo, faço destacar um certo trecho do artigo "Globalização e Justiça: a resposta adequada".

Nele, sublinha-se uma supervalorização da economia, o avanço tecnológico e o nanismo do desenvolvimento humano.

É o que está disposto, discutindo o dinheiro, e não o homem, como a medida de todas as coisas: "A História 'acelerou-se': o centro náutico de Sagres foi fundado em 1415, a chegada à Índia, um de seus objetivos iniciais, ocorreu em 1498. Em 1957, era lançado o primeiro satélite artificial; em 1969, o primeiro homem alcançava a Lua. Quase um século, no primeiro caso, somente doze anos, no segundo. Mas tudo isto não fez os homens melhores, nem mais felizes. Só uma minoria de seres humanos é beneficiada com a superação da escassez e o conforto material. Minado pelo materialismo e pelo consumo desenfreado, o mundo contemporâneo superestima os valores materiais. (...) O dinheiro e os bens materiais tornaram-se valores sociais supremos, pelos quais tudo se mede, desde a inteligência à virtude."¹⁷

¹⁷ REIS, Carlos David Santos Aarão. História da Justiça Federal. Globalização e Justiça: a resposta adequada. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, Brasília, a. 18, n. 60, p. 269, jan./mar. 1999.

¹⁸ Quero destacar que, no Brasil, no início de 1993, foi lançada a Campanha contra a fome, a miséria e pela vida. Este movimento mobilizou entidades representativas da sociedade e o Governo, procurando soluções para este grave

Ora, a desvalorização dos valores que não o dinheiro é um dos principais elementos desencadeadores da violência, da corrupção e da fome¹³.

Um mínimo de estabilidade para o direito é um caminho ético para este novo Estado.

Ao falar sobre isto, às vezes, surge-me a idéia de que a realidade brasileira pode não coincidir com a de outros países, surgindo uma sensação de que, mesmo em um mundo globalizado, as diferenças de posições podem ser tão acentuadas que tornam difícil a apreensão das dificuldades e dos problemas que se enfrenta.

Isto não impede uma reflexão sobre a necessidade de se distinguir as realidades por que se passa, preocupando-se por perceber as diferenças.

Sem procurar os extremos, distinguem-se os pontos de referência, cabendo ao processo histórico fornecer os balizamentos.

Nesta atividade, saliento a necessidade de se ter em mente algumas importantes discussões, sem o conhecimento das quais (conjuntamente com o conhecimento da realidade brasileira) não se tem, na exata medida, a escolha de um tema como este que agora desenvolvo, o de ser a segurança jurídica

problema. O IPEA - Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas anunciou 32 (trinta e dois) milhões de indigentes, e coordenou a elaboração de um Plano Nacional de Combate à Fome e à Miséria, a pedido do Presidente da época, ITAMAR FRANCO. Foram lançados três princípios norteadores em favor dos necessitados: parceria, descentralização e solidariedade. A Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2.000, introduziu, no País, o que denominou de "Fundo de Combate e Erradicação da pobreza". Está-se a esperar melhores resultados, em favor da dignidade humana.

uma medida ética, mesmo em um mundo globalizado pelas grandes empresas e blocos hegemônicos de Estados.

Veja-se o que digo.

Há aqueles que acreditam que *"tudo o que é jurídico é moral, embora nem tudo o que seja compatível com a moral seja jurídico."*

É o que se chama de teoria do mínimo ético.¹⁴

O Direito estaria contido no mundo da moral.

Ora, como fiz demonstrar, anteriormente, prefiro colocar a ética como um gênero, dentro do qual a moral e o direito seriam as espécies (linguagem de predomínio do âmbito interno e do externo, respectivamente).

Isto, contudo, não elimina a necessidade de se visualizar algumas das apontadas contradições neste critério.

Diz-se que fora da moral não existe apenas o imoral, mas também há o "amoral"; ou, melhor dito, haveria o indiferente à moral.

A regra de trânsito, que determina que os veículos sigam pela mão direita, seria jurídica, e de caráter estritamente técnico.

¹⁴ "A Teoria do Mínimo Ético. Em primeiro lugar, recordemos a teoria do 'mínimo ético', já exposta de certa maneira pelo filósofo inglês JEREMIAS BENTHAM, e depois desenvolvida por vários autores, entre os quais um grande jurista e político alemão do fim do século passado e do princípio deste, GEORG JELLINEK" (Extraído de REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 9. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 1981, ps. 41 e ss).

A mudança deste critério, passando-se a fixar a via esquerda, nada teria a ver com a moral.

Peço, contudo, que se observe que se mudanças contínuas no estabelecido estiverem provocando acidentes, e estes estiverem produzindo vítimas, não seria inadequado cogitar que até as mudanças de faixas de trânsito têm a ver com a ética do respeito à saúde e à vida.

O mesmo se diga em relação aos prazos processuais e àqueles contidos no campo do direito substantivo, o Civil, o Comercial, etc.

Mas se costuma apresentar um outro exemplo.

É o caso de uma sociedade comercial, onde um dos sócios nada produz, ficando as atividades da empresa, exclusivamente, por conta do outro. Ocorre que o contrato social estabelece a partilha dos lucros.

Ora, muito possivelmente, esta sociedade tem os seus dias contados, exatamente porque o chamado "resíduo imoral" tutelado pelo direito permite uma reação também jurídica.

No mundo globalizado, quero crer que um raciocínio análogo se aplique.

Em outras palavras, há um jogo de interesses que precisa ser sopesado.

Com isto, evidentemente que não pretendo abrir uma discussão incessante cujos resultados concretos não vão muito além do diletantismo intelectual.

O que quero demonstrar é que há sempre um espaço aberto para se imaginar novas iniciativas jurídicas de modo a impedir, ou quem sabe dificultar, as relações à margem da ética.

Assim, embora não faça coincidir o direito e a moral, tenho, na exigência jurídica, um complemento integrante da ética, ou uma sua feição particular.

Esclareço ainda mais o que penso.

O equilíbrio dos aspectos internos e externos compõem a ética, não devendo o direito adotar a posição ingênua e obscura de consagrar interesses escusos, dando-lhe formas juridicamente corretas.

Deve haver uma conjugação entre a forma e o conteúdo.

É a busca de que o real se aproxime cada vez mais do ideal.

Para isto, é preciso planejamento nas mudanças, e que estas não sejam tão contínuas, que, só por isto, violem o mínimo de estabilidade e segurança que se exige do Estado.

Quanto à espontaneidade do ato moral, não sendo concebível que se pratique o bem pela violência, o chamado "ato moral forçado", e não se procedendo assim no campo do jurídico, estaria estampada também, aqui, uma diferença.

Veja-se um exemplo neste sentido.

Imagine-se uma criança cujos pais não admitem custear a sua sobrevivência e os seus estudos.

Ocorre que, representada em juízo, apura-se que o pai acaba de falecer, enquanto a mãe permanece como uma grande empresária; mas se recusa a cuidar deste filho, argumentando que ele é doente, sendo humilhante para ela aproximar-se, dado que os avós paternos, em seu ponto de vista, socorrem, perfeitamente, os interesses do menor.

Ora, uma ação judicial, culminando com uma sentença transitada em julgado, poderá exigir o amparo da mãe. Ela poderá efetuar os pagamentos, mesmo não estando perfeitamente convencida, no seu âmbito interno, de que deva ser assim.

Estes pagamentos seriam jurídicos, mas não estariam de acordo com a consciência da obrigada.

Outro exemplo, agora bem mais ameno.

Um contribuinte não concorda em pagar um tributo.

Vai a juízo, e se verifica uma sentença contrária aos seus interesses. Passa, por conseguinte, a reluzir uma norma jurídica que precisa ser cumprida, mesmo que não haja o convencimento pessoal.

Creio, portanto, que, além do individual, é preciso tomar em consideração a coletividade.

Ora, sendo assim, a grave instabilidade por que passa o ordenamento jurídico brasileiro não parece compatível com o senso coletivo, que costuma ver, até na própria Constituição, algo que muda com uma frequência fulminante.

É ético que isto não ocorra.

ESMAPE - BIBLIOTECA
Tomb.FA 20060203
Local P-01
Ch. 00001607 E

Sobre a *teoria da coação*, reduzindo-se o direito à norma + coação, sendo o direito uma expressão efetiva de força, faço ponderar que a regra geral é a do cumprimento espontâneo das normas jurídicas.

De fato, ponderar-se-ia que a coação não seria efetiva, mas potencial, apenas se aplicando em última instância, como uma garantia do cumprimento da norma.

Mesmo sendo assim, e havendo uma potencialidade pela aplicação da força, como se justificar a sua utilização em face de normas dotadas de alta instabilidade, e ditadas, em hipótese, por interesses que não se confundem senão com os das empresas transnacionais (instituições financeiras, por exemplo), com origem fora do País.

Não se trata da heteronomia, ou do caráter, alheio ao indivíduo, das normas jurídicas.

Não se pode restringir, em um mundo globalizado, um raciocínio estanque em modelos passados, onde um direito posto por terceiros exige o seu cumprimento.

É preciso refletir se a instabilidade jurídica em Países como o Brasil, e em outros ainda mais desfavorecidos, não repercute um fenômeno que se não é novo na sua essência, parece novo em sua dimensão.

Também se poderia dizer que a juridicidade encontra-se em um certo quadro objetivo legal a que se impõem determinadas conseqüências.¹⁵

¹⁵ É o que MIGUEL REALE chama de "bilateralidade atributiva". Nas suas palavras: "(...) há *bilateralidade atributiva* quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente

Explicando melhor o que digo.

Imagine-se um senhor que é "cobrado" pela sua esposa na quantia referente aos trabalhos da manicure, a que ela pretende ir logo mais à tarde. Ele recusa entregar-lhe esta importância.

Mais adiante, ele dela se separa, e a mesma vem exigir-lhe, judicialmente, uma pensão, correspondente a um valor bem superior.

Note-se que a recusa de pagamento, na segunda situação, provoca conseqüências jurídicas tão gravosas, que podem chegar à perda da liberdade.

Ora, deposita-se, no quadro legal, o toque distintivo da norma jurídica.

Se assim, realmente, o for, é de causar espécie a instabilidade do direito tributário brasileiro, que se vê golpeado na sua essência.

A questão da ética não se limita a exemplos imaginados no campo do direito comercial ou do direito civil.

Portanto, preocupo-me, agora, novamente com o aspecto tributário.

Para isto, além de socorrer-me do que já foi dito no Capítulo que chamei de "Segurança Jurídica, Liberdade e Elisão",

algo. (...) Bilateralidade atributiva é, pois, uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a presenciar, exigir, ou a fazer, reciprocamente, algo." (Extraído de Lições Preliminares de Direito. 9. ed. revista. São Paulo: Saraiva. 1981. p. 50-52).

faço destacar a necessidade cívica de pagar os tributos; o que, em nada, perturba os direitos individuais.

Falo em civismo porque se, de um lado, é legítimo ao cidadão-contribuinte não querer pagar tributos quando os mesmos não são devidos; por outro, não lhe é dada a alternativa de suprimi-los quando devidos, especificamente em uma democracia.

A questão é se lhe é dado escolher formas mais amenas de pagamentos, desde que não esteja cometendo fraudes ou outros tipos de abusos.

Admitindo esta possibilidade, a Companhia de Seguros J. ROTHSCHILD ASSURANCE costuma publicar, anualmente, uma espécie de guia tributário prático.

Trata-se de um catálogo de mandamentos para um planejamento tributário.

Seriam sete (7) os mandamentos:

1. Não economize tributos às custas de benefícios comerciais, não sendo aconselhável ter perdas financeiras nos negócios apenas para evitar os tributos.
2. Não cause infelicidade para si e para sua família, economizando tributos. Por exemplo, não emigre para um país que não aprecie.
3. Não planeje em longo prazo. O plano pode ser adequado no momento, mas pode deixar de sê-lo em face de uma futura legislação antielisiva antes de vir a ser completo.

4. Não relegue a sua segurança financeira futura. Por exemplo, não transmitindo todo o seu patrimônio para reduzir os tributos sobre sucessão.
5. Não faça esquemas inflexíveis. Pode ser preciso rever o planejamento em face das suas mudanças financeiras e da sua família. Além do mais, há as alterações do sistema tributário.
6. Não esqueça que a lei pode mudar. Por exemplo, o imposto de transmissão *causa mortis* é aplicado conforme a lei vigente ao tempo do falecimento, que não é necessariamente igual àquela aplicável quando em vida o "de cuius".
7. Não separe rigidamente capital e renda. Um bom planejamento tributário deve envolver, por vezes, economia de renda e maiores gastos em capital. Tendo cada um a sua própria tributação, dever-se-ia tentar maximizar ambos após a incidência dos tributos.

Assim, defende-se a utilização de todas as deduções e benefícios possíveis segundo a lei, planejando-se, cuidadosamente, as datas das transações que se realiza.

Havendo benefícios fiscais, analisar os seus pontos positivos e os negativos, como, por exemplo, transferir a sede de uma empresa, ou a própria produção, evitando ações que venham a majorar os tributos a serem pagos.

CONCLUSÕES

"Podese dizer que, na história da teoria da justiça, desdobram-se três tendências fundamentais. Primeiro, foi ela vista como uma qualidade subjetiva, uma virtude ou hábito, tal como ficou expresso no lapídaro enunciado dos juristas romanos, inspirados na tradição voluntarista de sua gente e nas lições da Filosofia estoica: vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu. Depois, com o predomínio das concepções naturalistas, a justiça passou a ser vista de forma objetiva, como realização da ordem social justa, resultante de exigências transpessoais imanentes ao processo do viver coletivo. Não há, porém, como separar a compreensão subjetiva da objetiva, consoante já o advertira PLATÃO, o senhor das intuições mais altas: 'não pode haver justiça sem homens justos'. (...) Eis, por conseguinte, como e por que a justiça deve ser, complementarmente, subjetiva e objetiva, envolvendo em sua dialéctidade o homem e a ordem justa que ela instaura, porque esta ordem não é senão uma projeção constante da pessoa humana, valor-fonte de todos os valores no processo dialógico da história" (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 9. ed. revista. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 371-372).

Esta foi mais uma oportunidade para discutir sobre os problemas do Brasil em um mundo onde tanto se fala em globalização, aliando aspectos jurídicos, econômicos e sociais.

Defendi que a alta rotatividade das normas jurídicas tem como um dos seus fatores, entre os mais importantes, os interesses das grandes empresas que pretendem um direito do trabalho "flexível", um sistema tributário barato, empréstimos a juros baixos e reduzidos gastos com processos.

Ocorre que, mesmo nos dias de hoje, é justificável pretender um considerável grau de estabilidade para o direito, pois o imediatismo não traz boas recomendações, haja vista os exemplos práticos que foram demonstrados.

Em linguagem de síntese, a proposta em que insisto é a de um planejamento daquilo que se faz. Ou seja, no campo constitucional e no da legislação que lhe é subalterna; é preciso planejar as alterações e as suas consequências.

Mas, em meio à crise de valores que atravessa a civilização contemporânea, o Brasil vem crescendo, mas não se desenvolvendo na mesma medida.

Mudar freneticamente as normas jurídicas não vem sendo a solução para os vergastantes índices de violência de todos os tipos.

Lanço, nas dimensões do que foi investigado, o meu convencimento de que não podem ser desconsiderados, nas mudanças legislativas brasileiras, os interesses das grandes empresas internacionais, das potências estrangeiras e dos blocos econômicos hegemônicos, vindo tantas vezes em prejuízo da grande massa populacional autóctone.

Assim, preservar a identidade nacional, embora consciente da necessidade de algumas mudanças, é um imperativo para a melhoria da própria vida cotidiana.

Reformas tributárias, judiciárias, previdenciárias, estímulos fiscais, empréstimos a juros baixos e por longo prazo não condizem por si àquilo que chamei de desenvolvimento humano.

Bem ao contrário, pois se não houver um devido planejamento daquilo que se faz, podem todas estas medidas não estar mais do que servindo para a conquista de novos espaços em favor de um capitalismo em escala mundial, que se pode provocar integração e interdependência, também pode trazer fragmentação e antagonismo.

As necessidades de mercados cada vez maiores terminam por criar vínculos precários e transitórios, parecendo-se que se está partindo para um "Mercado Máximo" com um "Estado Mínimo".

O fenômeno intenso do capital especulativo, a velocidade nas comunicações e nos transportes tornam o mundo mais rápido, devendo-se tentar impedir que transforme as pessoas em coisas descartáveis.

Se esta suspeita paira em relação ao homem (ser humano), com mais razão pode atingir o direito, com Constituições e leis que dependam do humor e dos interesses mais imediatos desta nova ordem mundial, devendo-se combater a caracterização como inferiores das culturas que não se enquadram nas economias das nações industrializadas.

São programas bem definidos de desenvolvimento que podem combater o gérmen fragmentário de uma globalização que acentue os desníveis econômicos, sociais e culturais.

Ampliar a população dos excluídos seria uma consequência terrível para países como o Brasil, que devem procurar reorientar o processo avassalador da globalização, tornando-o mais civilizado e humano.

Para isto, defendi que se alie o desenvolvimento humano e a ética.

Neste contexto, estabilidade e segurança são requisitos fundamentais.

Convencido de que, atualmente no Brasil, todo o direito precisa ser ético, convoquei para que se pense a ética como um gênero que abarque duas espécies: a moral e o direito. Portanto, não trabalhei com uma linguagem de exclusividade, mas de predominância entre o que se pensa e o que se faz.

Para que isto tenha algum resultado, é preciso tentar retirar do valor econômico a categoria de o mais importante dos valores, "desvalorizando" os outros.

Isto exclui o homem e o condena a uma imersão em crises de toda ordem, tal como fiz descrever (corrupção, impunidade, tráfico de drogas, desemprego galopante, poluição desenfreada, manipulação genética, desequilíbrios regionais, quebra de tradições com a imposição de valores externos, etc).

É a necessidade ética de se observar Constituições bem feitas, mas que servem, muitas vezes, de disfarces.

As "Constituições disfarce" tornam os Estados mais vulneráveis, e, dentro deles, as populações mais excluídas serão condenadas a uma versão moderna de escravidão.

O uso meramente simbólico das conquistas da tecnologia, e do direito, termina, por exemplo, por permitir a vergonha da fome. Hoje em dia, já existem meios técnicos, e mesmo normas jurídicas, para afastá-la do planeta. Contudo, dentro do atual sistema de dominação, ela não apenas conti-

nua, mas se aprofunda e se intensifica entre os territórios excluídos.

Logo, a deficiência mundial é ética e distributiva.

As buscas cegas dos lucros e do predomínio dos mercados precisam ser reorientadas mediante um paradigma jurídico estável. Se este não é o único caminho, ao menos, é um dos caminhos em um País onde grassa a democracia política.

Um atabalhoado crescimento econômico, deixando poucos espaços para a melhoria dos padrões de vida, não permite o diálogo entre a globalização e os direitos humanos, tornando o direito e as suas freqüentes alterações, não mais do que um disfarce.

Enfim, um Primeiro Mundo pressupõe a existência de uns tantos outros.

Aproximar os mundos. Eis um desafio para o próximo milênio. É preciso demonstrar o equívoco do convencimento geral de que, entre os valores, primeiro vem o dinheiro.

Via de regra, a supervalorização da economia acarreta o nanismo do desenvolvimento humano.

A *desvalorização de valores* que não o dinheiro é um dos principais fatores que, atualmente, provocam a violência, a corrupção e a fome.

Um mínimo de estabilidade para o direito é um caminho ético para este novo Estado.

Ocorre que, por vezes, ressalta-me a lembrança de que a realidade de cada País em particular, e particularmente a brasileira, mesmo em um mundo em processo de globalização, acarreta diferenças de posições que podem ser tão acentuadas que tornam difícil a apreensão das dificuldades e dos problemas que se enfrenta.

Em suma, planejar as mudanças não permite que elas sejam tão contínuas; de modo a violar o mínimo de estabilidade e segurança que se exige do Estado.

Por tudo isto, é preciso refletir se a instabilidade jurídica em Países como o Brasil, e em outros mais desfavorecidos, não repercute um fenômeno que, se não é novo na sua essência, parece novo em sua dimensão.

Este espírito não impede, contudo, um certo otimismo realista. Foi dentro desta perspectiva que analisei o MERCOSUL, o Parlatino, a ALCA, etc.

Assim, questões como a da homogeneidade legislativa do ICMS (MERCOSUL), uma espécie de IVA de produtos e de serviços, foi analisada de um modo prático, não escondendo algumas sérias dificuldades de realização.

Pelo que penso, o ponto fundamental em favor de uma futura harmonização tributária parcial ou plena não está em saber se o IVA, da Argentina, do Paraguai e do Uruguai seja um imposto de consumo, que permite a constituição de créditos quer pela compra e venda de bens, quer pela prestação de serviços em geral; e que o ICMS do Brasil seja uma espécie de IVA de produto, tendo, ao seu lado, o ISS (imposto sobre serviços) municipal, não podendo ser compensável com o mesmo. A questão é a de se é possível, na prática tributária bra-

sileira, impedir a guerra fiscal, e se o Brasil, realmente, entende como necessária uma maior uniformização, em face das diferenças de tamanho das economias dos Estados-Partes do MERCOSUL, uniformizando os critérios de imposição e o volume de tributo imposto.

Nos termos do Tratado de Assunção, é conforme que se o interprete pela harmonização dos impostos sobre o consumo, pois detêm uma íntima conexão com a livre circulação de bens e com a coordenação de uma política fiscal entre os Estados-Partes.

O problema da tributação internacional sobre o mercado financeiro, como uma forma de contribuição efetiva para os Países mais pobres, também não passou em branco, embora perceba que a noção de solidariedade seja um tanto vaga em um mundo de guerra e com fortes tradições egocêntricas.

No campo da tributação humanitária, lanço duas entre as minhas reflexões:

1. A tributação humanitária sobre o capital especulativo não deveria, ou precisaria, deter uma alíquota elevada. Afinal, é tão alto o volume de dinheiro migrante, nas Instituições financeiras, que, mesmo uma alíquota pequena, provocaria uma arrecadação absoluta capaz de dar início a um efetivo combate à miséria e à fome. Note-se que não se está, aqui, tentando substituir por políticas compensatórias a grave situação estrutural por que passa o mundo, ou substituir uma economia real por outra virtual. É que, por vezes, não basta ensinar a pescar, se não há tempo hábil para isto.

2. Para que uma conjunção de fatores concretos possa recuperar o otimismo na globalização, em países como o Brasil, inclusive pela via da tributação internacional humanitária, é necessária a mídia. É importante que os meios de comunicação, uma área fundamental na sociedade de hoje, adote esta bandeira. Contudo, isto também não é fácil. Afinal, no Brasil, e provavelmente em todo o mundo, são uns poucos os que controlam as televisões e as rádios. E não provocaria surpresa que estes novos detentores de poder estivessem em desacordo com a iniciativa de uma *tributação internacional humanitária*.

Ainda no âmbito do capital financeiro, e agora mais particularmente quanto ao Brasil, entendo que a intensidade negativa da dependência remonta às suas características históricas, entre elas:

- a) não houve consulta ou outro tipo de autorização popular para a sua constituição;
- b) o Governo contratou uma dívida sob juros flutuantes, de acordo com a vontade dos banqueiros credores;
- c) o Governo vem assumindo as dívidas contraídas pelas empresas, por vezes, porque, sendo idéia dele que as empresas contraissem empréstimos externos, para, depois, exportarem produtos manufaturados, com resultados comerciais suficientes para pagar as dívidas contraídas, tratou de avalizá-las. Logo, na hora do pagamento, a dívida já era estatal;

- d) nos últimos 15 (quinze) anos, os valores dos recursos enviados ao exterior são superiores aos que se recebe;
- e) na última renegociação, não houve auditoria pública (1999);
- f) os últimos empréstimos tomados pelo Governo têm o destino de pagar os juros dos empréstimos anteriores.

Assim, a dependência que decorre deste processo de endividamento termina por dificultar, ou mesmo impossibilitar os investimentos nos setores de energia elétrica, transporte, saúde, capacitação profissional, entre outros. Na verdade, e reconhecendo que esta questão não diz respeito a um País isoladamente, computados os cerca de 126 bilhões de dólares pagos pelo Brasil desde o final de 1994 até o final de 1998, a título de juros e amortização do principal, algumas coisas poderiam ser feitas, tal como exemplifiquei, entre elas evitar o corte dos "gastos sociais".

Entre 1995 e 1998, entraram, no Brasil, cerca de 66 bilhões e 537 milhões de dólares de investimentos líquidos estrangeiros. No mesmo período, 126 bilhões de dólares foram ao exterior, conforme os dados relativos à dívida externa brasileira disponíveis no Banco Central do Brasil.

Enfim, é importante destacar que nenhum País do mundo deve tornar-se excessivamente dependente de fluxos de recursos externos para financiar as suas contas externas, mesmo que na forma de investimento externo direto (IED). Independentemente de haver crises, não há a garantia de que estes investimentos continuarão existindo no volume necessá-

rio. No caso do Brasil, ainda há o problema da concentração destes investimentos em setores de bens não comercializáveis e as remessas de lucros e dividendos; o que confirma a idéia de que, a longo prazo, a expansão contínua de nossas exportações é algo fundamental.

“O JUIZ COMO JUSTIÇA VIVA ESBOÇO DE DISCURSO POR UMA JURISDIÇÃO ETICIZANTE E INCLUSIVA” (*)

Jones Figueirêdo Alves

Desembargador do Tribunal de Justiça do
Estado de Pernambuco, Diretor da Escola
Superior da Magistratura de Pernambuco -
ESMAPE.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - POR UMA JURISDIÇÃO ETICIZANTE. 3 - POR UMA
JURISDIÇÃO INCLUSIVA. 4 - CONCLUSÃO

1 - INTRODUÇÃO

Há um evangelho humanista na função de julgar. O magistrado, ao decifrar o enigma da complexidade litigiosa, exercita um apostolado axiológico da verdade dos fatos em conformidade com a interioridade humana dos conflitos postos a julgamento. É iluminador de verdades, construtor de consistências, aprendiz experiente das dores e das aflições

(*) Aula Inaugural do Curso de Iniciação à Magistratura destinado aos Magistrados aprovados no VII Concurso para Juizes Federais Substitutos da 5ª Região, na Escola de Magistratura Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Recife, 23.01.2006)

individuais ou coletivas. A sua análise, mais do que sob o domínio da lei, assenta-se na realidade exterior para produzir o direito e nessa produção de justiça a palavra sentencial fundamentalmente dialoga, em relação essencial, com a função significante de um ministério de verdadeira paz. É o juiz o pacifista dos homens e de suas divergências e, sobretudo, um humanista comprometido com a dignidade da vida e das pessoas.

Em sendo assim, é de relevante importância verificar que a dicção do direito, ao significar a jurisdição ("jurisdictio") exercitada, assume sua legitimidade na pertinência das decisões que se revelem como a correta retidão da Justiça.

Em seu elevado ministério, poder-se-á afirmar que a primeira grandeza moral do juiz - o "ethos" do magistrado - será o seu caráter de prospecção do bem, numa visão idealista e intuitiva do valor da justiça e de aferição da conduta humana. Prospecção nutrida de uma permeabilidade espiritual, que o qualifique ao entendimento eficaz dos conflitos e ao equilíbrio e serenidade na investigação dos fatos e na procura da verdade, operando um convencimento integral e seguro.

Releva, aliás, anotar que "o problema da verdade no processo, seja como sua finalidade, seja como condição de justiça, é fundamental para a autoridade dos julgados, prestígio do aparelho judiciário do Estado e do direito objetivo". Disso resulta a sentença, como expressão do decisório, representar o que é dito como verdade (*veritas + dicere*), implicando o veredicto, a consciência ética plena acerca do verdadeiro e do justo.

Nesse plano, o juiz é o que é a sua consciência jurídica, formada por um compromisso absoluto com a justiça, dele exigindo-se a intuição das essências.

A sociedade sempre formulou juízos de valor sobre a noção da justiça, com as várias concepções que a racionalização das práticas sociais oferece, "nas relações concretas e contraditórias do social", segundo a idéia dominante de a justiça constituir "a busca de um melhor ético, moral e jurídico"; uma justiça subjetiva de dar a cada um o que é seu, nos primados de Ulpiano, ideal que todo o Direito edificado persegue e cuja complexidade, todavia, se traduz em eterna procura.

O dilema da definição do justo tem obrigado, entretanto, uma irrecusável e urgente conciliação entre a ordem jurídica e a justiça, a superar o distanciamento entre a verdade dogmática e a realidade histórica, quando o "argumento de *Trasimaco*" suscita o intemporal espectro de uma justiça preestabelecida enquanto ordem e que cristaliza a vontade oficial sem resultado ou consequência do sentimento uníssono da comunidade, malgrado possa haver, inclusive, um construto jurídico-legal suficiente a proclamar o direito pela via das tutelas de urgência, em prontidão de reparação do direito lesado.

A exemplo disso, o mais severo impacto tem se revelado no alegado "efeito multiplicador" sob a égide do pressuposto de interesse de Estado, em "prejuízo do exercício constitucional das garantias públicas, individuais e coletivas, materiais e instrumentais", tudo a pretexto de "um voluntarioso impulso advocatório despidido de fundamento jurídico válido". Por óbvio, o emprego de tal instrumento não prepondera para emprestar efeito vinculante a processos sujeitos a controle difuso de constitucionalidade, sem a ocorrência de decisões definitivas de mérito pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade e nas ações diretas de inconstitucionalidade.

O impedimento dado às decisões judiciais contrárias aos interesses governamentais, pelo viés de tal efeito, converti-

do em pressuposto de incidente de suspensão de liminares ou de segurança, com força vinculatória provisória inexistente, revela-se em contrariedade aos ditames do devido processo legal, comprometendo, destarte, o exercício regular do poder judicante, segundo sua competência entre os diversos órgãos de jurisdição. A hipótese, trazida à colação, no ensejo de postergar o resultado útil imediato de prestação de justiça ao direito lesado, como que a sujeitar a tutela jurisdicional à coisa julgada, malferindo a efetividade da prestação da tutela de direitos constitucionalmente assegurados, induz lesividade à própria jurisdição inerente ao juiz natural, constituindo-se, por derradeiro, em fator de embaraço à impostergável distribuição satisfatória de justiça.

Diz o sofista, apresentado por Platão, no diálogo "A República", ao intervir na discussão travada sobre a essência da Justiça, entre Sócrates e Polemarco, que "a justiça não é mais que um nome para designar na cidade o que convém ao que manda", em formulação das relações de força de que se reveste o modelo jurídico em face de uma Justiça que, aparentemente, não se apresenta livre de toda uma vinculação normativa.

É que hoje, como antes, são escritas e mantidas leis sem o consenso social, em paradoxo da realidade e das expectativas da sociedade civil, ou editam-se leis vagas, de pouca eficácia ou de nenhuma efetividade; simulacros de juridicidade ao império do intervencionismo crescente do Estado, dissociado, inclusive, de uma ordem solidária; balbúrdia jurídica que afeta a normalidade da vida nacional.

Este fenômeno mais desafia o homem judicante como responsável pela realização da Justiça, em quem Carlos Cossio identificou o cânone cognoscente do direito, em sua missão de ciência e de humanidade.

Tal aspecto que, preliminarmente particularizo, oposição entre norma e realidade que marca a Dogmática Jurídica, é de fundamental importância ao referirmo-nos sobre a função do juiz e sua responsabilidade social, quando diante da denominada "crise de paradigmas de dupla face", como denuncia Lenio Luiz Streck, segundo a qual sustentam-se posturas objetivistas, em prevalência literal do texto normativo e de outra face, avoluma-se a arbitrariedade interpretativa, *haverá o juiz decisor de exercitar um decisionismo constitucionalizante, como nova forma de compreender e executar o direito.*

Essa crise paradigmática tem sua dimensão bem ilustrada pelo eminente constitucionalista, no crédito absoluto e exclusivista do universo ficcional das regras positivistas, a tornar possível uma denúncia criminal por porte ilegal de arma contra um cidadão que tentara suicídio em sua própria casa, face o iminente abandono de sua esposa amada e, mais que isso, justificar uma condenação judicial de um ano e dois meses de detenção.

Dita crise de dupla face que, ainda segundo Streck, consegue ocultar "a realidade representada pelas idiossincrasias constantes da legislação brasileira, na qual "adulterar chassi de automóvel" tem pena maior que "sonegação de tributos" e "furto de bichão de gás" realizado por duas pessoas tem pena maior do que fazer "caixa dois". E, se alguém sonega tributos, tem a seu favor um longo Refis, já na hipótese do ladrão de botijões, mesmo que ele devolva o material subtraído, não terá a seu favor os benefícios concedidos aos sonegadores"; e que, outrossim, também logra ocultar as repercussões do advento da Lei 10.259, onde crimes de abuso de autoridade, maus tratos em crianças, sonegação de tributos, fraudes em licitações e outros tantos ilícitos penais, foram transformados em crimes de menor potencial ofensivo.

É certo afirmar, daí, que as decisões judiciais não poderão se afigurar justas, na simples medida em que o direito aplicado só possa cogitar do chamado "justo legal" sem alcançar o valor axiológico da justiça.

Forçoso é conceber que a Justiça deva materializar a missão própria para a qual foi instituída, quando se sobressai, iniludível, que o Direito não repousa apenas nas suas normas, atingindo outras dimensões ou latitudes. A abordagem da questão não se esgota, portanto, na assertiva de Chiovenda de ser a sentença a aplicação da vontade da lei no caso concreto, de acordo com o *entendimento tradicional sobre a formação das decisões judiciais*.

A concepção do Direito como um sistema, onde as normas jurídicas constituiriam "o direito e todo o direito", concepção axiomático-dedutiva do direito, não poderá limitar o "jus dicere", porquanto as soluções justas somente são alcançadas operando-se o valor do justo à "lógica do razoável" ou à "lógica do humano" que o magistral Recasens Siches concebeu em regra de aplicação para as decisões judiciais, de sentimento primordialmente crítico, refletindo o direito como uma máxima expressão de realidade.

Em outras palavras, o direito será sempre um sentimento palpante de realidade, e, nessa premissa, vale a advertência de a raiz do vocábulo "sentença" ser a mesma da palavra "sentimento". Assim, se a lei é o direito prometido, somente aplicada com justiça será realizado o direito.

Assinalo que essa profunda dialetização com o tecido vivo do social existente - o que a sentença deve refletir - enfatiza o papel ético e social do juiz, presentemente, na formulação de uma justiça concretizada.

Isto porque defrontado, ao "problematizar a justiça, como fundamento, conteúdo e finalidade do direito", com um discurso jurista defasado, imobilista e até redutor do direito; enfrentando, por isso mesmo, problemas como o do mito da estatalidade do direito, subsumido à lei, em legitimação do direito legislado, e que renega a criação judicial do direito - a nomogênese judicial. Esta é, sim, capaz de corrigir situações não previstas ou mal previstas pelo Estado legislador, e que nada mais é senão a jurisprudência, no sentido estrito, como experiência judiciária, lucidamente colocada à frente do direito positivo formal, configurando, de conseqüência, uma fonte renovadora do direito.

A questão é atualíssima, quando em sede de pesquisas de opinião, constata-se a descrença popular na justiça do país, colocando-se significativa parcela das parcelas sob o entendimento de não serem justas as decisões e as sentenças proferidas, mais das vezes por não atenderem o interesse social no direito privado, outras por não reprimirem, a contento, a criminalidade, a conciliar o clamor da sociedade por sua incolumidade com uma resposta penal mais severa e imediata.

Se de um lado, critérios de uma justiça emergente de observação concreta são reivindicados para atender com eficiência ao problema do justo, ajustado ao tempo e às expectativas sociais, que não podem, todavia, subsistir sem a devida segurança jurídica, mesmo em nome da superação de uma justiça conservadora; lado outro a compatibilização do direito com a justiça reclama nova teoria da norma, para suprir obstáculos impeditivos de concretização plena de justiça, permitindo, de conseqüente, que se faça melhor justiça em cada situação posta a exame.

Bem é certo que a lei é uma promessa vã enquanto pretensão resolutória dos multifacetados problemas sociais, o

instrumental legal existente para a aplicação judiciária não quitar a dívida social do país e afigurar-se o Poder Judiciário impotente para fornecer todas as soluções reclamadas por uma sociedade conflituosa e injusta, ela mesma criminogênica e individualista.

Se isso é verdade, também é correto afirmar acerca do mito da suficiência da lei, para entendermos com Giuseppe Maggiore que esta, não esgotando o direito, deve ser aplicada segundo a justiça, onde o fim a atingir não é a sua aplicação pura e mecânica, mas a funcionalidade do Direito como instrumento de atuação e fenômeno vivo da acalentada Justiça.

Assim, segundo o magistério de Hungria, a vida por ser uma variedade infinita, uma verdade difícil, nunca lhe assentam com irrepreensível justeza as roupas feitas da lei e os figurinos da doutrina. Em conseqüência, se o Direito não for aplicado em face da diversidade de cada caso, teremos uma Justiça qual a do leito de Procrusto: ao invés de medir-se com os fatos, estes é que terão de medir-se com ela.

É inevitável, pois, que mecanismos hermenêuticos, em interpretação construtiva da lei, formatem o argumento decisional em profunda compreensão com a realidade vivenciada. Quando a lei se une ao fato e cabe ao juiz interpretá-la, o ato de julgar torna-se um ato de comunhão, de Eucaristia de Justiça, como afirmou Eliézer Rosa.

Bem por isso é o juiz o ator principal no conjunto ordenado de uma operação lógica e sistemática do direito posto, o que o coloca em posição extremamente fascinante, quando chamado a intervir e judicar em plenitude axiológica dos ideais de Justiça.

Torna-se indispensável, portanto, definir, em ponto de início, o juiz como a "justiça viva", em rigor de demonstrar a sua função jurisdicional como fonte de referência do próprio Direito, a saber que da justiça feita, em cada caso concreto, preconizam-se os verdadeiros significantes da lei, e para além dela, a consecução do Direito que se fará completo e realizado.

Óbvio parece, então, que em tempo de virtudes escassas, dentro das adversidades do cotidiano mórbido das relações entre o Estado e a sociedade, esse cidadão comum, também vindo do povo, tornado "órgão de Poder" com a toga à flor da pele e com uma responsabilidade pessoal desenvolvida, expressão de uma vida moral sublimada em seu sentido próprio, lute por assegurar a concordância do comportamento de cada um com os interesses coletivos de justiça, a partir do primado da ética como elemento indispensável à dicção do direito.

Fica aqui a primeira reflexão. O juiz, por razões de ofício e de vocação de vida, haverá de ter "a alma insuflada de amor por justiça, como a aurora que ama o dia que nasce. A Justiça como sacramento. A aurora como girassol que se abre, geométrico em espiral, na escuridão."¹ Somente assim estará potencializado de forças irradiantes na postura ativa do seu mister, alçado à dimensão intrínseca de sacralidade.

2 - POR UMA JURISDIÇÃO ETICIZANTE

A tanto, cumpre em sucessivo, evidenciar o agir humano do juiz na condução de sua tarefa judicante. Atravessado em sua intimidade cognocitiva, pelo valor do justo, ele é su-

¹ ALVES, Jones Figueirêdo. Em *Catedrais da Vida*. Discurso de saudação na solenidade de posse do Des. Marco Antonio Cabral Maggi, no Tribunal de Justiça de Pernambuco. Recife, 13 ago. 2004.

jeito referencial de uma comunidade, em qualidade que o vincula indissolúvel à grandeza do seu ofício. Estamos a tratar de uma exigência ética absoluta e regulatória, pela qual os critérios de presteza, eficiência e segurança, no exercício da jurisdição, são os primeiros deveres éticos do magistrado.

O tempo alongado do processo frustra as expectativas das partes, em torno da celeridade na composição dos litígios. Expectativas dos que depositam na Justiça os seus interesses e dependem de uma resposta final, expedita e adequada. Expectativas, todavia, que não duram muito mais do que as promessas de uma manhã de verão e transmudam-se em inquietude e desalento.

A percepção fenomênica da lentidão processual exigiria, a exaurir o tema, um tratamento valorativo das mais variadas causas, onde se poderia invocar o formalismo legal, a ritualística dos procedimentos, os princípios da amplitude de defesa, ou a própria garantia teleológica do processo, em sua segurança; com solicitações outras que avultam na falta de infra-estrutura material ou no acúmulo de serviços. Convém, porém, delimitar o problema no campo ético.

Alinhe-se, de imediato, que o processo, visto por Fritz Baur é interpretado como *"a manifestação de uma carência e de uma tensão social que deve ser eliminada com eficiência e rapidez"*, razão pela qual é de se afirmar, como já tive oportunidade de expressar, que *"o litígio não resolvido é sempre um extravio desconcertante dos valores sociais"*.

Logo, importa considerar a urgência da ativação do órgão jurisdicional, dependente mais de uma postura ética do magistrado do que de *fatores exógenos* antes referidos. Conscientize-se o magistrado de que sob sua responsabilidade, *"bens*

valiosos da vida, quais a liberdade, o patrimônio, a honra e a família" lhes são confiados pela comunidade que o remunera. O juiz inadimplente do seu ofício, pela baixa produtividade judicante oferecida, denega a prestação de justiça a tantos, que tal conduta constitui a própria ausência de justiça e acarreta uma disfunção do Poder, com repercussões lesivas à credibilidade da instituição. De igual pensar, cogite-se das decisões judiciais postergadas, como se revelam na odiosa hipótese de tutelas de urgência diferidas.

A dimensão deontológica encara o dever e o trabalho na perspectiva do amor feito visível, cumprido no culto de uma dedicação íntima, fato social de ressonância construtiva na sociedade. Isso mais se reveste de especial relevo em se tratando da magistratura. O juiz deve prover a sua função do caráter de uma missão sacrificial, a exigir-lhe a diligência mais extrema, as não-limitações do sacerdócio que se colocam acima das forças humanas comuns, o diuturno zelo com a responsabilidade.

Não será exagero, por isso, constatar que a lentidão processual poderá refletir, também, uma transgressão ética.

Inevitável pensar o problema mais a fundo: nessa justiça tardinha, forma cruel de injustiça, grassam também as tergiversações estereis, os incidentes manifestamente infundados, as astúcias da delonga, que assaltam a economia do tempo do processo, em resistência ao seu conteúdo finalístico, donde se inferem maiores gravames. Sobreleva notar, ademais, que o dolo processual não tem tratamento legislativo satisfatório, a atender o interesse público, raramente punido o litigante de má-fé pelo abuso de direito.

Inúmeros preceitos éticos embutem-se na instrumentalidade do processo, indubitavelmente concebido numa

moderna teoria publicística como o "movimento da atividade do Estado em distribuir a Justiça", aí pontificando o impulso oficial, idealizado como "uma norma do poder para a proteção simultânea dos bens jurídicos individuais e dos interesses comunitários de ordem pública".

Esses valores deontológicos aperfeiçoam o processo, conclamando uma comunhão de trabalho, a reclamar, numa vertente, a ênfase do desempenho judicial, em regular direção do processo, e concitar, em outra, o dever de probidade processual, pelas partes e seus patronos, que não devem desnaturar o processo de sua dignidade, tornando-o um meio de opressão contra os mais fracos ou um instrumento de moratória das obrigações que devam ser satisfeitas, protraindo por mero capricho ou atos emulativos o cumprimento do direito.

Esse comprometimento de uma justiça célere atenta contra o prestígio da instituição judiciária. A prolongação do processo é algo angustiante, mormente quando ele se transforma em "território aético, pelos domínios da parte mais astuciosa", o que desperta a consciência de que os abusos devam ser contidos.

Calmon dos Passos reage, afirmando que "mudanças profundas no Direito são necessárias, para que não continue a ser o discurso do poder". Os efeitos negativos da improbidade ou da falta de lealdade no processo, que maculam o interesse público e a instituição do Judiciário, precisam ser enfrentados com legislação severa, de rigor moralizante, reprimindo de modo eficaz as distorções cometidas, os atos abusivos de flagrante contrariedade ao fim da instituição.

O processo, no dizer de Carnelutti, destina-se à justa composição da lide, não podendo dispensar o comportamento

ético de todos que integram a sua relação. Ocioso seria, neste espaço, colacionar casuística dos danos perpetrados, devendo-se ter em vista o problema macro. Interessa dizer, contudo, que o Estado-Juiz não pode transformar-se em mero espectador de postura omissa.

Trabalhar a ética é suma responsabilidade pessoal do juiz, homem judicante entendido como realidade autônoma, homem intelectual e de espírito, e antes de tudo, homem moral.

Neste sentido, estabelece-se uma doutrina de ética no processo, onde promanam princípios basilares, quais o da obrigatoriedade da tutela, da independência e da imparcialidade.

Pressuposto o conflito de interesses, o Estado na sua atividade de jurisdição obriga-se a prestar a tutela, sendo da essência da proteção judiciária a obrigação de o juiz decidir. Donde se percebe que o juiz, para atender a sua função jurisdicional, não se exime de sentenciar. Isso interimplica, de conseguinte, como dever ético, que ele efetive o seu dever de prestação com a devida celeridade. Não pode ser inerte, cumprindo-lhe velar pela rápida solução dos litígios. A inação ou desídia do juiz no exercitar o seu "munus" confere-lhe falta de desvelo e de descortino, enfraquecendo-lhe as qualidades inerentes à ética dos deveres.

Posiciona-se, neste âmbito, o decantado problema da impunidade, mais das vezes com a sua gênese na prescrição de processos, sonogada a resposta penal, à falta da provisão judicante em tempo oportuno ou na omissão de provimentos acauteladores para a garantia da pretensão punitiva do Estado, que no fundo é um garante de defesa social.

É essencial, na obrigatoriedade da tutela, que o juiz não decaia de administrar a Justiça no tempo que a sociedade considere tolerável e assegure a efetividade do direito, do qual resulta o próprio controle social, com todas as suas forças morais que compreende a integração do juiz no seu verdadeiro papel.

Vai daí o direito fundamental à razoável duração do processo, agora em sede de constitucionalização do princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, trazido com a Emenda Constitucional nº 45, assentando o inciso LXXVIII no artigo 5º da Carta Magna e já vigente no ordenamento jurídico, pela admissão do Pacto de São José, em seu artigo 8º, ratificado pelo Brasil.

Essa norma não é de eficácia contida, tendo em vista as normas definidoras dos direitos e garantias individuais serem de aplicação imediata, nada influenciando o conceito indeterminado do que seja razoável em duração do curso da lide. O alcance de tal razoabilidade exemplifica-se na sede explícita do devido processo legal, não desarrazoado pelo tempo ou pelo descontrole de suas regras, em dilações indevidas, admitida a razoabilidade como qualidade de moderação, a que atende a razão lógica do equilíbrio, essencial ao próprio direito. Torna-se mais fácil entender o conteúdo finalístico da razoabilidade, para a outorga da prestação jurisdicional, diante do impetrante de demanda de segurança, ao qual se lhe assegura o direito de impetração, em prazo decadencial de cento e vinte (120) dias, a merecer, no mesmo prazo, a resposta do Estado Juiz ou diante do alimentante que, no limite do razoável, não poderá subsistir à falta do seu direito aos alimentos.

Se é certo, entretanto, que diante da dicção constitucional de ser assegurada a todos, no âmbito jurisdicional e admi-

nistrativo, a razoável duração do processo, cumpre ao implemento desse direito também serem garantidos os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, é igualmente correto entender que não se poderá elidir o problema da morosidade no simples débito da função judicial.

A esse propósito, cumpre lembrar o célebre voto do Ministro Aliomar Baleeiro, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 32.518-RS, de 21.06.1966, ao admitir a *"responsabilidade do Estado em não prover adequadamente o bom funcionamento da Justiça, ocasionando, por sua omissão dos recursos materiais e pessoas adequados, os estorvos ao pontual cumprimento dos deveres dos seus Juizes"*. De tal conduto, recolha-se o dispositivo como uma advertência ética ao próprio Estado, antes de invocar-se suposta omissão de dever funcional do magistrado, como causa de retardo dos processos.

Também é profundamente ético que o juiz seja independente.

Numa palavra sobre o princípio da independência do juiz, tenhamos-lo presente com o grande momento deontológico da relação jurídico-processual instalada e que tem origem na independência do juiz perante si mesmo, vencendo as emoções e as ideologias. Em permanente equilíbrio com a sua consciência e em estado de coragem moral permanente, o juiz deve estar imune a pressões e ameaças, sem sucumbir aos poderosos de ocasião ou aos apelos de influências emocionais. A independência dá-lhe firmeza, prudência e temperança, para que possa cumprir a sua missão sem temor, eis que alimentado o seu espírito unicamente de inspiração permanente de justiça.

A imparcialidade, também, condiz com a honra do juiz, lugar onde a alma se encontra inteira, e é através dela, sem

dúvida, que se revela, "em toda a sua magnitude o direito em movimento".

A imparcialidade do juiz salvaguarda os interesses em conflito, não agoniza o direito e é corolário da integridade moral do julgador. Por fim, condição para a liberdade do juiz no seu ato de julgar, atributo indeclinável e necessário, a confrontar, com serenidade e neutralidade, as razões e as "razões" dos litigantes.

Encontraremos numa ética do processo inúmeros outros imperativos, construídos pelo princípio geral de que fins éticos exigem meios éticos, onde o preceito geral de boa-fé tem validade para todo o processo, o dever de veracidade das partes repudia a temeridade, o dever de cooperação se entroniza na máxima de que a ninguém é dado se eximir de cooperar com a Justiça, e o dever de urbanidade é regra de conduta.

O princípio igualitário de tratamento às partes manifesta-se como virtude-base do contraditório, acentuando a responsabilidade do juiz em assegurar aos litigantes o livre exercício de seus direitos, sem preferências nem desigualdades, temática que se insere, afinal, na postura deontológica do magistrado. A sua aplicação, em verdade, externaliza a própria imparcialidade do magistrado, cuja prestação não pode ser mais célere na apreciação de questões postas por apenas uma das partes.

Essas linhas pontuais, colocadas para a compreensão do problema ético no exercício jurisdicional, não esgotam a questão. A formação da consciência deontológica do magistrado é influente para o pensar ideal da instituição em seu desempenho satisfatório. A judicatura, como justiça viva, é no seu sentido ontológico, também, uma moralidade viva. Somente, neste plano, a instituição se coloca apta e creditada

às funções que lhes são determinadas na trilogia dos Poderes, a buscar e a realizar o homem como ser inato em sua verdade e transcendência.

É interessante anotar, em teoria de uma jurisdição eticizante, o notável contributivo do novo Código Civil, tendo como um de seus princípios basilares, o da eticidade. Conforme expressou Miguel Reale, a característica do texto codificado é a de inserir, nos mais diversos aspectos das relações civis, a exigência da eticidade nas condutas, como um verdadeiro dever jurídico positivo, exaltando, a esse respeito, Judith Martins Costa que o Código trouxe consigo a "*valorização dos pressupostos éticos na ação dos sujeitos de direito, seja como consequência da proteção da confiança que deve existir como condição sine qua non da vida civil, seja como mandamento de equidade, seja, ainda, como dever de proporcionalidade.*" As suas cláusulas gerais indicam a perspectiva da eticidade como fundamento das normas civis, cumprindo ao magistrado exercitá-las como comandos exegéticos, como regras de interpretação, a exemplo do art. 113, impositivo do standard da boa-fé na interpretação dos negócios jurídicos, e de outros tantos dispositivos, onde a exigência ética permeia todas as relações jurídicas.

De outra parte, é imperativo, ainda no âmbito da eticidade do juiz, que a motivação dos atos decisórios seja a expressão mais explícita, clara, coerente e lógica da sua prestação de justiça.

Cumpra ao juiz revelar todo o seu labor intelectual, de conteúdo crítico, que do conjunto de suas reflexões de fato e de direito extraiu o julgamento entregue. Michele Taruffo refere que a motivação apresenta-se como verdadeira justificação das circunstâncias fáticas e jurídicas que determinam a individuação das razões de decidir. Essa justificação tem esco-

pos éticos e políticos que ultrapassam as funções de estrutura endoprocessual. Dos primeiros, lembra tratar-se a motivação de um ensaio persuasivo, de modo a demonstrar que o resultado judicial se acha aperfeiçoado à aplicação do direito, objetivando, inclusive, persuadir a parte sucumbente ou constrangida quanto ao acerto do decisório.

Demais disso, "o homem tem sentido a necessidade, para aceitar a justiça dos homens, de razões humanas", consoante adverte Calamandrei, prestando-se a justificação, portanto, a evidenciar que a decisão é justa e por que é justa.

De ordem pública, trata-se de uma garantia às partes e tem um proeminente significado jurídico-político, que permite um controle extraprocessual, generalizado e difuso, pela sociedade, "sobre o *modus operandi* do juiz no tocante à administração da justiça", revelando, sob esse prisma, sua imparcialidade e independência.

Assim, essa atividade decisória, que no trespasse de tensões dialéticas, envolve sabedoria, transcendência, estágio superior de reflexão e uma proficiência de valores, imprimindo ao ato judicante o sacerdócio e o magistério da emissão de juízos justos, se torna transparente pela fundamentação, difundindo luz sobre o discernimento, a elevação de espírito e a capacidade de julgar, que orientaram a distribuição de justiça feita. Constitui dever ético, além do rigor técnico - repita-se - que o magistrado saliente o núcleo retórico de suas decisões para que não se quede obscurecida ou comprometida a sua retidão de julgador.

Medite-se com Mira y Lopes:

"Um veredicto injusto é de efeito muito mais nocivo para a vida social que um processo pendente de sentença". Nenhuma dúvida

que essa quebra da ética de responsabilidade vulnera a instituição, e os juizes devem ter sempre ante a sua consciência a obrigação moral de capacitarem-se, cada vez mais, para a qualificação dos julgamentos.

Na lição de José Renato Nalini, a segurança dos julgados, "condiz com a adequação da prestação jurisdicional. O juiz seguro no exercício da jurisdição é aquele juiz apegado aos estudos, continuamente empenhado em se aperfeiçoar. A segurança deriva do conhecimento. E o aprofundar-se nele é primeiro dever ético, antes de ser dever funcional."

O dever constitucional de o magistrado fundamentar as suas decisões significa, essencialmente, o conteúdo exauriente de seu pronunciamento, sob pena de parcial denegação da jurisdição que lhe é afeta. A questão ganha relevo, quando se perfaz a tese de que "o juiz não é obrigado a analisar ponto a ponto todas as alegações deduzidas", como sobressai a jurisprudência a respeito, não obstante deva prestar, efetivamente, a análise percuciente sobre os temas trazidos à controvérsia.

Essa equivocada assertiva de desobrigar-se o magistrado ao enfrentamento objetivo das questões suscitadas, uma a uma, a elucidar os pontos questionados, tem permitido situações surrealistas, onde, em caso concreto, o magistrado invocou tal entendimento, rejeitando embargos de declaração, a despeito de desatender sua obrigação jurisdicional de controle difuso da constitucionalidade, em ação que justamente discutia a inconstitucionalidade de um ato normativo, recolhendo-se exemplo oferecido por Luiz Streck.

3 - POR UMA JURISDIÇÃO INCLUSIVA

Seguese, diante do que até agora foi dito, que interroguemo-nos sobre o que propriamente constitui a ordem jurídica, tentando apreender, nos limbos do fenômeno jurídico, a essência que o habita e que permite ser o que realmente é ou que se propõe como tal, e sobre uma doutrina de justiça que sirva de modelo a uma melhor convivência social.

Certamente concluiremos que a lei deve representar a "*expressão do crescente senso moral da comunidade*" para que sua aplicação seja cooperativa ao exato significado de uma decisão justa, a ponto que se traduza a lei necessariamente pelo Direito, como desejavam os positivistas anglo-saxônicos.

A supressão dessa relativa dicotomia parece ser, hoje, a transformação do discurso jurídico na tarefa a que se incumbem o julgador, atento a um estado de consciência de justiça e de cidadania que os comuns do povo, ante o advento da Carta Magna de 1988, buscam exercitar com maior tenacidade.

Pondero que será impossível pensar acerca dos significados da liberdade do homem e de sua cidadania quando colocados os direitos fundamentais em convivência odiosa com a miséria e a injustiça; aquela a instância derradeira em que se cumpre a dissolução da humanidade, por todas as mazelas que ferem a dignidade do homem; essa a representação dialética mais acendrada de todas as opressões que são feitas contra ele.

Do mesmo modo como não será possível positivar o Direito sem o alcance de uma Justiça verdadeira, quando fazer Justiça para o modelo exegético-positivista apenas significa o mero cumprimento da lei, e bastaria isso, mesmo que

não atingido o valor ideal de Justiça no sentido de fazer justiça no caso concreto.

Está, por isso, o homem contemporâneo habitando perplexidades. E, com efeito, não mais indiferente ao ingente reclamo de novos paradigmas para o Direito. Insubmisso a uma cidadania relativizada, no recinto mais interior de suas reflexões, que se desvelam a si mesmas como reflexões absolutas, numa coerência interna da alma nacional rumo à dignidade de cada ato, o cidadão brasileiro é cada vez mais um homem volitivo, um Zeus irado contra a iniquidade do mundo, aprendendo a ética com a catástrofe da cena política, consciente de uma compreensão maior de sua obrigação moral e, a par disso, com interesses crescentes do significado ético que norteia a avaliação crítica de nossas instituições.

É ele uma realidade singular, sujeito-agente da história, tentando operar a filosofia dos valores, de tradição kantiana, e valendo-se de regras de universalidade, para impor uma ética de resultados suficiente à obtenção de uma ordem jurídico-social melhor, quer no espaço privado, quer no público. Desse modo, a luta pelo direito que um dia Ihering detectou, é mais do que nunca o resgate do homem de sua precária condição, a superação do homem precário.

Paradigma disso é o fato de o discurso da Constituição Cidadã começar invocando o nome de Deus e, apesar de tudo, não enxergarmos o Cristo no irmão mais pobre, quando a constante violação dos direitos atinge principalmente os mais humildes. A dominação das fontes de miséria e o reconhecimento dos direitos iguais para todos, continuam apenas uma aspiração, somente concentrada na idealização dos homens bons.

Estabelecida, com esses primeiros enunciados, a premissa do problema de justiça, condizente com as exigências de qualquer projeto de modernidade ou, ainda, de estabilidade das instituições, e mais, particularmente, da credibilidade institucional dos Poderes – assente um esforço de revivificação ética em todas as atividades humanas, porquanto indissociável do homem em sua estrutura teleológica – a primazia do tema encomenda apresentar reflexões sobre aspecto relevante que diz respeito ao ofício jurisdicional como formador de uma jurisdição inclusiva.

Quando presente a crise do Direito tradicional numa sociedade em dinâmico processo mutativo, veiculando um sentimento de justiça que ultrapassa a pura aplicação da ordem jurídico-formal, impende reconhecer a *"pluridimensionalidade do fenômeno jurídico e suas diversas manifestações"*.

Impõe-se pensar, de imediato, que a luta pelos direitos fundamentais e pela garantia desses direitos, não mais representa um discurso isolado de quem deles subtraído, no exercício de sua própria dignidade e em busca de suprimento da existência digna pela reparação de direitos violados, não acessíveis ou não efetivados.

A luta pelo direito contemporiza-se em tornar realidade o discurso constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, CF), o que significa uma interlocução permanente dos órgãos de Poderes do Estado com os movimentos sociais e com a própria sociedade destinatária de direitos, representando, sobretudo, uma interação construtiva para consolidar o processo constitucional do Estado na materialização dos direitos de todos e de cada um, segundo os preceitos da cidadania.

Percebe-se oportuno refletir, então, sobre uma jurisdição inclusiva, diante da premissa de que a dignidade da vida fez-se direito, como acentua Cármen Lúcia Antunes Rocha. De fato. A cidadania na Constituição tem o valor de princípio e cumpre ao julgador efetivá-lo.

Demais disso, o fenômeno jurídico, na modernidade, cada vez mais reclama a justiça do caso concreto, pela prevalência axiológica do valor justiça, a cujo ideal a ordem jurídica não se fez auto-suficiente, o que tem levado o aplicador da lei, em um primeiro momento, a extrair da interpretação da norma jurídica, o seu conteúdo finalístico ou teleológico, capaz de indicar uma função judicial criadora do direito, na medida em que dessa interpretação construtiva emana um conveniente espaço de discricionariedade judicial.

Os ritos de exegese, notadamente os modelos axiológicos de interpretação, demonstraram, pela experiência judiciária, essa função criadora do intérprete juiz, como um instrumento de uma Justiça viva; cumprindo notar, que a pós-modernidade do direito vem colocá-lo como um sistema aberto, estimulando, sobretudo, a discricionariedade hermenêutica, a partir da valoração da norma em sua estratégia de efetivar o sentimento jurídico do justo.

É nesse cenário que a própria ordem jurídica vem abandonando, ela mesma, o discurso normativo fechado, permitindo uma concretude judicial mais ampla, como um sistema de legitimidade da lei em sua função social, o que para tanto, tem criado regras gerais que são manejadas pelo juiz – na construção dinâmica de decisões mais justas, pós-positivistas. Essas decisões, a par de poderem representar técnicas avançadas de interpretação, refletem, com destaque, a reserva legal da discricionariedade judicial pelo sistema de cláusulas abertas.

O termo inglês "*judicial discretion*" significando, literalmente, "o que é deixado à discricção do juiz" designa um novo poder atribuído ao magistrado, o que vem implicar um ativismo judicial empregado na busca de uma solução jurisdicionalmente mais correta.

Nessa diretriz, repita-se, o novo Código Civil representa uma notável evolução, por outorgar ao magistrado moderno, novos instrumentais de capacitação legal para uma produção judicante onde a prestação jurisdicional compreenda e reflita o significado da norma, conforme as circunstâncias do caso, aproximando e interagindo, desse modo, a realidade social, as mutações do próprio direito, as inquietações deontológicas, o sentimento comum de justiça de fácil percepção ética pelos leigos e pessoas do povo ao produto justiça institucionalmente considerado como jurisdição.

"A tarefa do jurista positivo – segundo a expressão agora já proverbial de John Austin – é indagar não o direito que deve ser (como faziam os jusnaturalistas que presumiam ser juristas quando na realidade eram apenas moralistas ou políticos), mas o direito que é." – ensina-nos Norberto Bobbio. Entretanto, o direito que deve ser liberto dos dogmas positivistas, surpreendentemente tem fonte na própria ordem jurídica, quando esta oferece no Código Civil cláusulas abertas, carecidas de preenchimento, que servem à idéia de uma justiça concretizada pelo efetivo compromisso do magistrado de dizer o direito à altura de sua razão ética, social, operativa e, sobretudo, transformadora. A discricionariedade é, desse modo, pressuposto de solução de justiça, dentro do acervo normativo posto à disposição do juiz, como um novo atributo outorgado pelo Código Civil, sem quaisquer implicações que signifiquem, todavia, poder ilimitado, arbitrio judicial ou ambigüidades.

Percuciente e preciso, Cristiano Chaves de Farias, jurista do direito moderno, adverte, a propósito, essa atualidade, afirmando: "*Exige-se do jurista do novo tempo um compromisso ainda mais sólido com os ideais constitucionais de uma sociedade mais justa e solidária. É preciso que se promova com o Código Civil de 12002 uma interpretação de seus institutos o mais próximo possível da legalidade constitucional. Família, contrato, propriedade, responsabilidade civil, sucessões... Enfim o direito Civil deve estar conectado aos valores sociais e humanitários preconizados pela norma maior.*"

Bem, por isso, discute-se e defende-se uma jurisdição inclusiva, aquela cuja fonte de dicção originária é a própria Carta Magna de 1988, na sua letra e no seu espírito. Jurisdição que é a dicção do direito, observada na jurisprudência construtiva dos tribunais, não mera "legisdição", esta apenas submissa ao ditado da lei, quando a aplicação do direito exija o trespasse dos limites do conteúdo normativo. Como já tive oportunidade de afirmar, a jurisprudência serve melhor ao jurista moderno, intérprete cada vez mais exigente no interesse de adequar a lei ao espírito social de justiça, por um compromisso sempre crescente com o relevante significado do direito. A ele não mais lhe bastam a doutrina, fonte estática na compreensão da lei ou a mera observação fenomênica da própria finalidade da lei. Cumpre-lhe velar – é verdade – pelo esforço do direito concretizado. Aliás, Abner de Vasconcelos realçou o problema, reconhecendo que, não obstante a lei represente a fonte imediata do direito, a jurisprudência "é talvez a corrente mais rica da sua formação", por refletir a necessidade sentida ao contato da vida real, sendo um fator eficiente na fixação de princípios. Bem a propósito, exaltou Aníbal Freire que "*a jurisprudência estratifica o direito e realiza a adaptação dos textos legais às tendências e aspirações das sociedades organizadas.*"

Que seja, então, dita a justiça feita. Ao modo dos ingleses: *"Justice must not only be done but also be seen to be done"* ("A justiça não deve apenas ser feita, é preciso também que seja visto que ela foi feita"), lembrando o brocardo da necessidade de uma maior visibilidade sobre a justiça.

Sublinhe-se por relevante, a contribuição jurisprudencial à efetividade da dignidade da pessoa humana. É de se chamar atenção ao repertório de julgados quanto à jurisdição inclusiva, capaz de se constituir, na origem dos decisórios, força indutora ao cumprimento dos direitos fundamentais. Uma cultura jurídica de operação de justiça que se instale, definitiva, a descortinar um verdadeiro Estado Constitucional de Direito.

Recolha-se daí, um indissociável liame do homem judicante à realização plena do Direito, apresentando-se, portanto, como essencial ao propósito maior de distribuição de Justiça.

Será preciso fazer prevalecer os valores antropológicos e humanísticos, como reforça Miguel Reale, aqueles que estão mais vinculados à dignidade humana e que se impõem tanto no direito público como no direito privado, ambos constitucionalizados pelo ditado exegético do primado da pessoa humana.

Nessa linha, aponta-se a jurisprudência de inserção social das minorias e dos desprestigiados de todas as fortunas, como a mais fundamental ao sentido significante da virtude excelsa do ministério jurisdicional.

Este Tribunal Regional Federal da 5ª Região tem sido fiel intérprete condutor de tutela dos direitos fundamentais, valendo suficiente referir, como exemplo, Acórdão paradigma

de sua 1ª Turma, da lavra da Des. Margarida Cantareli, diretora da Escola de Magistratura Federal, na Apel. Cível 238842-RN, quando diante de inexistência de norma reguladora de situação fática socialmente reconhecida, houve de reconhecer direito previdenciário de pensão por morte de companheiro homossexual. Ali se contém *"reconhecido pela doutrina o fato de que os ordenamentos jurídicos apresentam lacunas que se tornam mais evidentes nos dias atuais, em virtude do descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformações por que passa a sociedade, de modo que cabe ao juiz, diante de controvérsias às quais falte a norma específica que se lhes aplique, buscar a integração entre direito e realidade, amparando-se nos princípios gerais de direito e, mormente, como é o caso, fazendo uso do método da analogia, evitando, assim, o non liquet."*

Afinal, exemplo emblemático e eloquente no tocante à jurisdição inclusiva, apresenta-se bastante acentuado na vertente de assegurar o direito constitucional à saúde integral.

Diante da negativa/omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados devam alcançar o benefício almejado. Nesse sentido: STF, AG nº 238.328-RS, Rel. Min. Marco Aurélio, in DJU, de 11/05/1999 e STJ - AgRG no AG nº 580424/RJ, in DJU, de 20/09/2004, RESP nº 195159/RS, in DJU, 11/03/2002.

Mais ainda: ressalte-se que o fato de o medicamento não figurar no rol dos medicamentos distribuídos pelo Governo, não impede o seu fornecimento, podendo o Estado valer-se da transferência de recursos do SUS. Neste sentido, impende conferir o escólio jurisprudencial seguinte:

O fato de não ser o medicamento padronizado pela política estadual de assistência farmacêutica não constitui motivo que impeça o seu fornecimento em situação de grave enfermidade e de emergência como a notificada nos autos, pois em tais circunstâncias pode a administração valer-se da transferência de recursos, como prevê a Lei nº 8080/90, em seu art. 36, § 2º. Por tais fundamentos, é de ser concedida a segurança para garantir o fornecimento de medicamentos pelos impetrados à paciente, enquanto necessários ao seu tratamento de saúde, na forma do pedido.

(Acórdão 691, do II Grupo de Câmaras Cíveis do TJPR, Rel. Des. Cleve) (TJPR - AP. Civ. E Reex. Nec. 122.739-2, Acórdão nº 22.270, 1ª Câmara Cível, Rel. Ulysses Lopes, Jul. 11.03.2003).

Em casos que tais, nenhum argumento jurídico pode sobrepor-se ao enunciado constitucional do direito à saúde. Nessa esteira, pontifica o reconhecimento do STJ, em arremate: "(...) faz-se imprescindível interpretar a lei de forma mais humana, teleológica, em que princípios de ordem jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida" (STJ - ROMS nº 11183-PR).

Preservar a vida dos pacientes implica não se omitir o Estado em fornecer o medicamento necessário, não podendo subtrair-se da ordem constitucional sob o pálio de meras escusas ao dever que lhe é imputado, sob pena de configurar-se, ante o declínio da obrigação, a omissão de socorro, corrigível no plano da responsabilidade civil. Aliás, cumpre lembrar o posicionamento adotado pelo Ministro José Delgado, integrante da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e Relator do RESP nº 325337-RJ (DJ 03/09/2001) quando advertiu, com maior clareza, no V. Acórdão, o seguinte:

(...) Pela peculiaridade de cada caso e em face da sua urgência, há que se afastar a delimitação no fornecimento de medicamentos constante da Lei nº 9.313/96. A decisão que ordena que a Administração Pública forneça aos doentes os remédios no combate da doença que sejam indicados por prescrição médica, não padece de ilegalidade. Prejuízos iriam ter os recorridos se não lhes for procedente a ação em tela, haja vista que estarão sendo onerados no direito constitucional à saúde, com a cumplicidade do Poder Judiciário. A busca pela entrega da prestação jurisdicional deve ser prestigiada pelo magistrado, de modo que o cidadão tenha, cada vez mais facilitada, com a contribuição do Poder Judiciário, a sua atuação em sociedade, quer nas relações jurídicas de direito privado, quer nas de direito público.

A temática da omissão do socorro, pela falta do cumprimento de agir ao implemento da obrigação constitucional quanto ao efetivo fornecimento de medicamento essencial à preservação da vida do paciente, esteja ele em rede hospitalar pública ou não, desde que desprovido de meios próprios à obtenção do referido medicamento, tem sido de tal relevância, que sequer haverá a Administração Pública de se submeter às regras da Lei nº 8.666/93 ou às demais regras de direito financeiro. Nessa vertente, não se pode olvidar a premissa fundamental da tutela de urgência, a dispensar, inclusive, o próprio processo licitatório. Não é demais lembrar o assento jurisprudencial, nesse tema, quando o S.T.J. pronunciou:

Mandado de Segurança. Concessão. Portador de doença crônica incurável. Necessidade urgente de medicamento. Dispensa de Licitação. - Além do elevado sentido social da decisão, a concessão da segurança, para compeli o órgão competente a fornecer medicamento indispensável ao portador de moléstia crônica incurável, pela singularidade da situação, não viola a

lei e se harmoniza com a jurisprudência sobre o tema." (STJ – 2ª Turma, REsp. nº 194678-SP, Rel. Min. Hélio Mosimann, in DJU de 14.06.1999). A esse propósito, tem sido compreendido que "a existência, a validade, a eficácia e a efetividade da Democracia está na prática dos atos administrativos voltados para o homem. A eventual ausência de cumprimento de uma formalidade burocrática exigida não pode ser óbice suficiente para impedir a concessão da medida porque não retira, de forma alguma, a gravidade a urgência da situação da recorrente: a busca para garantia do maior de todos os bens, que é a própria vida." (STJ – 1ª Turma, REsp. nº 11183-PR, in DJ, de 04.09.2000).

Sobressai considerar que o direito à saúde e à vida, emana do ditado constitucional, sublinhando-se os dispositivos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede de recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. (Parágrafo único modificado para § 1º pela EC nº 29, de 13.09.00)

O descaso do sistema público de saúde com respeito ao destino das pessoas doentes sem recursos, cujos direitos constitucionais à saúde e à vida têm o mesmo nível de magnitude de iguais direitos do cidadão afortunado, ao não fornecer tratamento especificado, útil e necessário, do ponto de vista científico mais avançado, como consentâneo e eficaz, re-

clamado pela enfermidade, vulnera os contornos jurídicos relativos ao denominado "direito à assistência integral à saúde". O texto constitucional (arts. 6º e 196) e a legislação infraconstitucional (arts. 2º e 3º da Lei nº 8.080/90) obrigam o Estado ao dever da prestação, na conformidade da prescrição médica, em caso concreto, que indique a utilização do medicamento ou do tratamento necessários.

Assim, em síntese apertada, conclui-se que o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, essencialmente em virtude das condições de saúde do paciente necessitado de medicamentos, antes de representar específicos interesses privados, é situação mercedora do interesse público, a saber que cada cidadão é destinatário da norma constitucional assecuratória do seu direito à saúde, razão pela qual o não fornecimento gratuito de medicamentos, mesmo aqueles não incluídos em lista dos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde – SUS – e, ainda, os experimentais, constitui fato caracterizador de omissão de socorro, respondendo civilmente o Estado, de forma objetiva, pelos danos decorrentes de tal omissão.

Diante do surgimento da terceira medicina, fundada em drogas inovadoras, mais eficazes e de reduzidos efeitos colaterais, importando os novos medicamentos, soluções de tratamento moderno e de cura provável, não devendo o hipossuficiente ficar inacessível aos remédios mais avançados, submetido a protocolos de tratamento com alternativas ultrapassadas, a jurisprudência tem pontificado vigilante ao compromisso constitucional, tido a demonstrar que os medicamentos adequados devem ser ministrados também aos enfermos carentes. Políticas públicas de saúde que soneguem o direito do paciente a um tratamento mais eficaz, em nível de maior sobrevivência, melhor qualidade de vida, ou de resultados eficientes de cura, implicam o descumprimento do dever de

agir, e, de consequência, na omissão de socorro do Estado. É bastante conferir, por significante:

ADMINISTRATIVO-MOLÉSTIA GRAVE-FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER DO ESTADO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE.

1. Esta Corte tem reconhecido que os portadores de moléstias graves, que não tenham disponibilidade financeira para custear o seu tratamento, têm o direito de receber gratuitamente do Estado os medicamentos de comprovada necessidade. Precedentes. 2. O direito à percepção de tais medicamentos decorre de garantias previstas na Constituição Federal, que vela pelo direito à vida (art. 5º, caput) e à saúde (art. 6º), competindo à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o seu cuidado (art. 23, II), bem como a organização da seguridade social, garantindo a "universalidade da cobertura e do atendimento" (art. 194, parágrafo único, I). 3. A Carta Magna também dispõe que "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (art. 196), sendo que o "atendimento integral" é uma diretriz constitucional das ações e serviços públicos de saúde (art. 198). 4. In casu, não havendo prova documental de que o remédio fornecido gratuitamente pela administração pública tenha a mesma aplicação médica que o prescrito ao impetrante - declarado hipossuficiente -, fica evidenciado o seu direito líquido e certo de receber do Estado o remédio pretendido. 5. Recurso provido.

(STJ - 2ª Turma, RMS Nº 17425-MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, j. em 14.09.2004, DJU de 22.11.2004)

Para maior ênfase da jurisdição inclusiva, atente-se, por derradeiro, que o sistema jurídico está sempre em mutação. Muda na mesma proporção em que são alterados os valores que regem a sociedade. Quando os valores da sociedade mudam, o direito é alterado. E essa alteração se opera muitas vezes, não por obra do legislador, mas do hermenêuta. Lembra Carlos Maximiliano, ícone da hermenêutica tradicional, que o intérprete, "*mostrando sempre o puro interesse de cumprir as disposições escritas, muda-lhes insensivelmente a essência, às vezes até malgrado seu, isto é, sem o desejar; e assim exerce em certa medida, função criadora: comunica espírito novo à lei...*"

4 - CONCLUSÃO

Assim é que na elaboração interpretativa do direito, o juiz deverá ser o principal guia do seu tempo.

Ele se faz a obra viva do direito, adaptado às necessidades emergentes de justiça, para ser condigno com a aspiração dos justos, a tanto que George Ripert em sua clássica obra "A regra moral das obrigações civis, houve de ressaltar: "*quanto mais se defende o poder do juiz e a autoridade da jurisprudência tanto mais se eleva o poder intelectual contra o poder político*".

É este poder que hoje vos é confiado exercer na magnitude dos ideais humanitários. Por ele, sabereis promover a virtude da justiça onde a cerimônia processual da sentença fará introduzir a sociedade e todos os homens em seu mais elevado altar de consagração de dignidade.

A REFORMA DA EXECUÇÃO FISCAL¹

José Lázaro Alfredo Guimarães
Desembargador do Tribunal Regional
Federal/5ª Região, mestrando em Direito
pela Universidade Católica de Pernambuco
- UNICAP; especialista em Processo pela
Universidade Federal da Bahia - UFBA.

SUMÁRIO

A REFORMA DA EXECUÇÃO FISCAL. 1 – A NECESSIDADE DE REFORMA DO SISTEMA DE ARRECADAÇÃO. 1.1 – O retorno do estado. Esgotamento da economia neo-liberal. 1.2 – Problema: carga tributária x evasão fiscal. 1.2.1 – A estratégia do questionamento judicial dos débitos tributários e o alongamento dos pagamentos. 1.2.2 – A insuficiência dos mecanismos de arrecadação e as sucessivas leis de anistia ou planos de recuperação fiscal. 2 – PROPOSTAS DA COMISSÃO PRESIDIDA PELO MINISTRO TEORI ZAVASKI. 2.1 – As evidentes deficiências do sistema judicial de cobrança da dívida ativa, em todo o País, levaram o Conselho da Justiça Federal a instituir comissão, sob a presidência do Ministro Teori Zavaski, do que resultou o anteprojeto submetido em janeiro a consulta pública. 2.3 – Ajustamento da execução contra o devedor e responsáveis. 2.4. – Competência da Justiça Federal, eliminando-se a delegação à Justiça Estadual nas comarcas que não possuem Vara Federal. 2.5 – Citação e nova interrupção da prescrição. Declaração de ofício da prescrição. 2.6. – Ação autônoma. 2.7 – Depósito e encargo de depositário. 2.8 – Averbação do ato de constrição. 2.9 – Intimação pessoal do representante da Fazenda. Previsão da comunicação eletrônica. Necessidade de interpretação sistemática. 2.10 – Audiência da Fazenda no processo falimentar. 2.11 – Execução fiscal contra entidades públicas. 3 – CONCLUSÕES.

¹ Trabalho apresentado ao Professor Doutor Hélio Sílvio Ourem Campos para avaliação correspondente aos créditos da disciplina Processo Judicial Tributário, do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

RESUMO

O anteprojeto de Lei de Execuções Fiscais estava ainda em fase de coleta de sugestões para aperfeiçoamento quando foi editada a Lei Complementar 118/2005, que adicionou o art. 185-A ao Código Tributário Nacional, permitindo a indisponibilidade de bens do executado quando não forem encontrados bens penhoráveis². Pouco antes, fora alterado o art. 40 da Lei 6.830/80 para permitir ao juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, decretar de ofício a prescrição. Estava, então, pelo menos para o Governo, prejudicada a elaboração da nova LEF, cujo objetivo declarado era o de "racionalizar e agilizar a cobrança judicial dos créditos públicos"³, expresso na exposição de motivos da comissão presidida pelo Ministro Teori Zavaski. O que pretendia, na verdade, a Procuradoria da Fazenda Nacional era um meio eficaz de garantir a efetividade da execução e o esvaziamento das prateleiras das varas especia-

² Eis a íntegra do dispositivo, com seus parágrafos: Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005) § 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

³ Objetivo indicado na exposição de motivos da comissão formada pelo Conselho da Justiça Federal, sob a presidência do Ministro Teori Zavaski, do Superior Tribunal de Justiça.

lizadas, para permitir o fluxo das ações viáveis. Acontece que o texto do anteprojeto tem finalidade mais ampla, de integração entre as fases administrativa e judicial da cobrança dos créditos públicos tributários e não tributários, além de revelar preocupação sistêmica.

Este trabalho busca compreender a motivação da reforma na LEF e analisar os diversos pontos do anteprojeto, cotejando-os com a orientação doutrinária e jurisprudencial a respeito da aplicação da Lei 6.830/80 e sugerindo algumas mudanças no texto a ser apreciado pelo Congresso Nacional.

Destacam-se as inovações propostas quanto à notificação do contribuinte da inscrição em dívida ativa; à investigação dos bens a serem indicados à penhora já na inicial da execução; à inclusão de nova causa interruptiva da prescrição; à necessidade de uma disciplina mais apurada da legitimação passiva, com a inclusão dos nomes dos responsáveis na CDA e na inicial; à eliminação da competência federal delegada para a execução dos créditos da União e à comunicação eletrônica dos atos processuais.

Utilizamos lições ministradas nas aulas do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, na disciplina Processo Judicial Tributário, pelo Professor Hélio Sílvio Ourem Campos, servindo-nos ainda dos aportes trazidos pelos debates com os colegas, durante exposição sobre o tema, além dos dados colhidos em pesquisa indicada em notas.

1 - A NECESSIDADE DE REFORMA DO SISTEMA DE ARRECADAÇÃO

1.1 - O retorno do estado, Esgotamento da economia neo-liberal

A sensação de abandono e de insegurança generalizou-se em âmbito mundial. O progresso científico e tecnológico

não se fez acompanhar de instrumentos de equilíbrio social, de padrões de moralidade, de convívio fraterno e solidário entre os homens, mas, ao contrário, gerou problemas novos, ampliou os fatores de complexidade nas relações humanas, de tal modo que a violência, a criminalidade e as agressões à natureza põem em risco a própria sobrevivência da humanidade.

Após duas grandes guerras que dizimaram dezenas de milhões de pessoas na primeira metade do século passado, parecia que os homens haviam encontrado o rumo da convivência pacífica e ordenada, no estado do bem-estar social, até que as crises do petróleo, a ruína dos regimes comunistas e a hegemonia norte-americana engendraram o modelo de capitalismo financeiro globalizado, marcado por ondas de desregulamentação, privatização de empreendimentos estatais, enfraquecimento do poder estatal e da soberania nacional, da busca do estado mínimo, ao ponto de se chegar a um estágio em que, no Canadá, um dos mais prestigiados economistas adverte:

Hoje, o poder excessivo das empresas e a diminuta capacidade governamental são denominadores comuns numa longa lista de problemas corriqueiros. A crise de água Walkerton. A deterioração das cidades canadenses. As crises financeiras internacionais. O crescimento dos sem-teto. A falta de recursos para os sistemas de saúde e educação. Os escândalos nas contas da Enron e da WorldCom. Em cada um desses casos, o problema consiste no fato de que, numa tentativa de remover os aspectos exagerados do estado providência de pós-guerra, nós simplesmente fomos longe demais (Harmes, 2005, p.17)⁴

⁴ Today, excessive corporate power and diminished government capacities are the common denominator in a long list of familiar problems. The Walkerton water crises. The deterioration of Canadian cities. International financial crises. The rising tide of homelessness. Underfunded health care and education. The accounting scandals at Enron and WorldCom. In each of these cases, the problems stems from the fact that in attempting to remove the blemishes of the postwar welfare state, we simply went too far.

A esta constatação de que o neoliberalismo está esgotado, segue-se a proposta de retorno às funções do Estado, de reforço dos controles estatais, já agora em nível internacional, com a cooperação estreita das nações na defesa do meio ambiente, no combate ao terrorismo, às fraudes financeiras, à expansão dos empregos, à valorização do trabalho, à criação de mecanismos de distribuição de renda, às ações afirmativas de superação da fome, da miséria e da ignorância.

Esses objetivos já estão em execução em várias fases, sobretudo na União Européia e no Canadá. O Governo brasileiro apresenta uma retórica ajustada a esses ideais, mas precisa de recursos para acertar o passo em relação à atuação de outros países, inclusive vizinhos, como, por exemplo, a Colômbia, no combate à criminalidade, e na construção de novos padrões de atuação estatal. Sitiada pelas obrigações de pagamento da dívida externa e pelas imposições internacionais de aperto fiscal, a Administração Federal empenha-se em aumentar a arrecadação tributária.

1.2 - Problema: carga tributária x evasão fiscal

A elevação da carga tributária tem sido o método mais comumente usado pelas sucessivas administrações federais para fazer face à carência de recursos, mas esse expediente alcançou um nível de saturação equiparável ao do tempo de exaustão do regime colonial, gerando inconformismo que se apóia em raízes culturais profundas, conforme precisa lição:

...no século XVIII, a derrama teve uma significação histórica importante para o Brasil, pois dela se sobressaía a cobrança do quinto do ouro em atraso. Dai a Inconfidência Mineira, que levava às armas o sentimento da impopularidade do esquema tributário implantado. Aliás, no Brasil, ainda é popular a expressão 'quinto dos infer-

nos¹, o que, por si só, fornece uma imagem simbólica do repúdio². (Ourem Campos, 2005, p. 118)

Tem-se, então, um quadro em que, de um lado, o Tesouro Nacional, exaurido pelas obrigações internacionais e nacionais, já não pode se socorrer, como era de costume, do aumento de impostos e contribuições; do outro, os contribuintes buscam desesperadamente meios de escapar às imposições fiscais.

1.2.1 – A estratégia do questionamento judicial dos débitos tributários e o alongamento dos pagamentos

Nessa queda de braço, a União se volta para o aperto fiscal, direcionando a fiscalização às grandes e médias empresas, e estas se socorrem dos escritórios de advocacia tributária e de todos os truques possíveis para escapar aos autos de infração e às execuções fiscais. Unifica-se apressadamente, por medida provisória, o sistema de arrecadação, criando-se a Super Receita³, que passa a incluir todo o aparato de controle das contribuições previdenciárias, e se propõe uma nova sistemática de cobrança dos débitos tributários e não tributários.

1.2.2 – A insuficiência dos mecanismos de arrecadação e as sucessivas leis de anistia ou planos de recuperação fiscal

A Super Receita (agora apresentada como projeto de lei) e a proposta da nova Lei de Execuções Fiscais surgem como instrumentos para alcançar melhor êxito que os esforços realizados até agora para cobrança de mais de 450 bilhões de reais de débitos para com a União e o INSS.

¹ Medida Provisória 258, de 21 de julho de 2005-11-04

Esse montante astronômico somente se formou porque o sistema de arrecadação abre oportunidades óbvias de evasão fiscal. As sucessivas leis de anistia e os repetidos programas paternalísticos de recuperação fiscal constituem estímulo à inadimplência que, com frequência, é premiada com o perdão ou com alongamentos de dívida a perder de vista. Os procedimentos administrativos fiscais são demorados e, finalmente, a execução fiscal está emperrada pelo número massacrante de feitos que se eternizam, com resultados práticos decepcionantes.

Tome-se como exemplo a Comarca do Recife, em que 500 mil execuções fiscais, a grande maioria de pequenas dívidas de IPTU, desafiam a inteligência e a operosidade dos Juizes de Direito das duas Varas da Fazenda Municipal. Um deles, o Dr. Francisco Tenório, em palestra proferida no Mestrado em Direito da UNICAP, disciplina Processo Civil Tributário, em 1.12.05, afirmou que cartório da 1ª. Vara de Execuções Municipais do Recife conta com apenas quatro funcionários e um estagiário cedido pela Prefeitura, para o processamento de mais de 250.000 ações. A cada ano, ingressam ali entre 50 e 60 mil novas execuções, e o estoque só faz aumentar. Em oito anos, não foi possível realizar nenhum leilão. E veja-se que a situação da Justiça Federal, considerando-se que a Fazenda Nacional só vinha cobrando débitos superiores a R\$ 5.000,00, agora R\$ 10.000,00, não é tão diferente, como revela o quadro abaixo:

Processos em tramitação na Justiça Federal

Varas de Execuções Fiscais	Total de Processos em Tramitação na Seção Judiciária	Percentual
PE 70.483	PE 166.125	42,4%
CE 76.304	CE 283.731	26,8%
AL 20.616	AL 66.550	30,9%
PB 24.350	PB 101.664	23,9%
RN 23.390	RN 75.780	30,8%
SE 26.391	SE 66.627	39,6%
Total 241.534	760.477	31,7%

Observe-se que a Vara de Execuções Fiscais da Seção Judiciária de Pernambuco abriga quase a metade de todos os processos em tramitação no Estado, e, nos demais, a proporção é também significativa, tendo-se uma média superior a 1/3 de execuções fiscais no total de Varas Federais da Região.

O Tribunal Regional Federal da 5ª. Região começou em outubro deste ano a enfrentar o problema, instalando a 22ª. Vara em Recife, especializada em execuções fiscais, mas ainda tem muito a fazer para corrigir o desnível entre a demanda e oferta de prestação jurisdicional relativa à cobrança dos débitos para com a União e suas autarquias.

Veja-se, no seguinte quadro, como não tem maior expressividade a indicação numérica da arrecadação de dívida ativa da União no âmbito da 5ª. Região, tendo-se em vista o anunciado montante geral de aproximadamente R\$ 450 bilhões:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª. REGIÃO
CORREGEDORIA GERAL

*ARRECADAÇÃO DE DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO - 2005

Alagoas	Ceará	Paraíba	Pernambuco	RGN	Sergipe	Total
1025.075,32	31.702.748,16	4.898.976,13	5.176.322,51	20.151.392,87	3.505.576,93	74.460.291,92

(Fonte: <http://www.trf5.gov.br/corregedoria/estatistica>)

Esses dados revelam também a relação entre os padrões de eficiência de cada Seção Judiciária. Nesse ponto, a Vara de Execuções Fiscais de Pernambuco deixa muito a desejar, comparada à de Estados de igual ou menor porte econômico, como o Ceará, que arrecadou quase seis vezes mais, e Rio Grande do Norte, com uma arrecadação quase quatro vezes superior.

2 - PROPOSTAS DA COMISSÃO PRESIDIDA PELO
MINISTRO TEORI ZAVASKI

2.1 - As evidentes deficiências do sistema judicial de cobrança da dívida ativa, em todo o País, levaram o Conselho da Justiça Federal a instituir comissão, sob a presidência do Ministro Teori Zavaski, do que resultou o anteprojeto submetido em janeiro a consulta pública

O eixo da proposta está na integração da fase administrativa de cobrança do crédito público com a subsequente fase judicial, evitando a duplicidade de atos e reservando ao exame e atuação do Poder Judiciário apenas as demandas que, sem êxito extrajudicial, tenham alguma base patrimonial para a execução forçada. Nesse sentido, propõe-se:

Art. 4º Inscrita a dívida, o devedor será notificado do inteiro teor da respectiva certidão para, em 5 (cinco) dias,

efetuar o pagamento, com juros, multa e demais encargos nela indicados.

§ 1º A notificação será feita no endereço do devedor, por carta com aviso de recepção, ou por outro meio, inclusive eletrônico, com comprovação do recebimento.

§ 2º Não encontrado o devedor, a notificação será feita por edital publicado em órgão de imprensa oficial local.

§ 3º A notificação da inscrição da dívida interrompe a prescrição.

Encerrado, portanto, o procedimento administrativo, abre-se uma fase de nova procura de solução extrajudicial do conflito de interesses, notificando-se o devedor, com a interrupção do prazo prescricional.

Essa inovação poderia não fazer sentido se houvesse um sistema judicial operante, em que a propositura da execução fiscal se fizesse seguir da citação do devedor, como previsto na Lei 6.830/80. Ocorre que entre o ajuizamento da execução e a citação, por falhas no mecanismo judicial e pela dificuldade na localização do devedor, gasta-se tanto tempo que muitas vezes a comunicação se completa quando já caducara o direito de ação.

A preocupação com esse fator de inefetividade da cobrança levou a comissão a propor o novo marco interruptivo, o que implica, inclusive, a necessidade de alteração do ordenamento mediante lei complementar, daí observar-se:

Tendo em conta, todavia, que a matéria prescricional, no que concerne ao crédito tributário, é própria de normas gerais, reservada à alçada de lei complementar (artigo 146, II, letra b, da Constituição Federal), propõe-se alteração do parágrafo único, do artigo 174 do Código Tributário Nacional, para que seja incluída, entre as causas de interrupção da prescrição, a notificação ao devedor

da inscrição do débito em dívida ativa (exposição de motivos da comissão).

2.3 – Ajuizamento da execução contra o devedor e responsáveis

Se o devedor não efetua o pagamento, inicia-se então outra fase preparatória, com a procura de bens que têm que ser indicados para penhora já na inicial da execução, verbis:

Art. 7º A petição inicial indicará o juiz a quem é dirigida e os bens a serem penhorados e será instruída com a certidão da dívida ativa, que dela fará parte integrante, podendo ambas constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

Notável funcionalidade resultará da exigência de indicação dos bens penhoráveis, superando-se o impasse atual em que a maioria das execuções permanece paralisada por falta de bens do devedor para serem penhorados.

Essa nova sistemática, porém, só terá funcionalidade se a Administração cuidar de realizar com afinco o trabalho de investigar o patrimônio dos contribuintes devedores, inclusive dos responsáveis tributários.

A execução se voltará contra o devedor e os responsáveis, conforme prevê o anteprojeto:

Art. 5º Não efetuado o pagamento integral da dívida, poderá ser promovida a sua execução judicial contra:

I - o devedor;

II - o fiador;

III - o espólio;

IV - a massa;

V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributá-

rias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado;

VI - os sucessores a qualquer título.

§ 1º Ressalvado o disposto no artigo 14, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienarem ou derem em garantia quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens.

§ 2º Os responsáveis, inclusive as pessoas referidas no § 1º deste artigo, poderão indicar bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

Repete-se a redação do art. 4º da Lei 6.830/80, que tem gerado a tormentosa questão do redirecionamento, com intermináveis discussões.

Veja-se, a propósito, como o Superior Tribunal de Justiça tem adotado posições conflitantes sobre o tema.

Confronte-se a solução resumida neste acórdão:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. SÓCIOS. RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO. SÚMULAS 7 E 83/STJ.

1. Inexistindo prova de que houve dissolução irregular da empresa, ou de que o representante da sociedade agiu com excesso de mandato ou infringiu lei ou o contrato social, não há que se direcionar para ele a execução.

2. "Não se conhece de recurso especial pela divergência,

quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula 83/STJ).

3. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ).

4. Agravo regimental improvido (AgRg no Ag 693570 / RS, Min. Castro Meira).

Com este outro:

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE DA EMPRESA. HIPÓTESE QUE SE DIFERE DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO - NECESSIDADE DE PROVAR O EXEQÜENTE QUE O SÓCIO AGIU COM DOLO OU MÁ-FÉ.

1. Pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o sócio somente pode ser pessoalmente responsabilizado pelo inadimplemento da obrigação tributária da sociedade se agiu dolosamente, com fraude ou excesso de poderes.

2. A CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos: sujeitos, objeto devido, e quantitativo.

Não pode o Judiciário limitar o alcance dessa presunção.

3. Decisão que vulnera o art. 3º da LEF, ao excluir da relação processual o sócio que figura na CDA, a quem incumbe provar que não agiu com dolo, má-fé ou excesso de poderes nos embargos à execução.

4. Hipótese que difere da situação em que o exeqüente litiga contra a pessoa jurídica e no curso da execução requer o seu redirecionamento ao sócio-gerente. Nesta circunstância, cabe ao exeqüente provar que o sócio-gerente agiu com dolo, má-fé ou excesso de poderes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido.

Neste último julgado, tem-se explicitado que a indicação do responsável na certidão de dívida ativa gera a presunção de certeza e liquidez.

Mas não é apenas nessa hipótese, de prévia indicação do responsável na certidão de dívida ativa, que se admite o litisconsórcio passivo na execução fiscal. Viabiliza-se também o redirecionamento para penhora de bens do responsável. Daí a decisão assim emendada:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SÓCIO-GERENTE. ART. 135 DO CTN. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO EXECUTIVA. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO NÃO ATACADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO SÓCIO. MATÉRIA NÃO TRATADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. PREQUESTIONAMENTO AUSENTE.

1. O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente da empresa somente é cabível quando comprovado que ele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa. O simples inadimplemento de obrigações tributárias não caracteriza infração legal.

2. O encerramento irregular das atividades da empresa enseja o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. Não cuidaram os recorrentes de afastar o fundamento do acórdão a fim de reformar o decisório, como pretendiam.

3. A configuração do prequestionamento exige a emissão de julgo decisório sobre a questão jurídica controvertida.

4. Recurso especial conhecido, mas improvido (REsp 687079 / MG, Min. Francisco Peçanha Martins).

Esse entendimento, contudo, não se ajusta à natureza da execução, que exige prévia certificação do direito. Se a CDA é título extrajudicial, ou a execução nela está baseada, não se poderá cogitar de prova da responsabilidade, salvo em outra ação, de embargos, ou, então, não há correspondência entre o título e a pretensão executiva, o que importa em inviabilidade do redirecionamento.

Existem situações em que a própria natureza da obrigação revela a responsabilidade do sócio, como no caso da contribuição previdenciária descontada dos empregados, em que o não recolhimento pela empresa constitui crime de apropriação indébita (art. 168-A, do Código Penal), por isso que, mesmo não constando o nome do sócio da CDA e da inicial da execução fiscal, tem-se como possível a penhora de bens do sócio, que responde pela satisfação do débito. Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO-QUOTISTA. SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. DÉBITOS RELATIVOS À SEGURIDADE SOCIAL. LEI 8.620/93, ART. 13.

1. A regra no egrégio STJ, em tema de responsabilidade patrimonial secundária, é a de que o redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa.

2. Ressalva do ponto de vista no sentido de que a ciência por parte do sócio-gerente do inadimplemento dos tributos e contribuições, mercê do recolhimento de lucros e pro labore, caracteriza, inequivocamente, ato ilícito, porquanto há conhecimento da lesão ao erário público.

3. Tratando-se "de débitos da sociedade para com a Seguridade Social, decorrentes do descumprimento das obrigações previdenciárias, há responsabilidade solidária de todos os sócios, mesmo quando se trate de sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Aplicação do art. 13 da Lei 8.620/93, que alterou as regras das Leis 8.212 e 8.213, de 1991. Nestes casos, a responsabilidade atribuída pela lei ao sócio-cotista tem respaldo no art. 124, II, do CTN e independe de comprovação pelo credor exequente, de que o não-recolhimento da exação decorreu de ato abusivo, praticado com violação à lei, ou de que o sócio deteve a qualidade de dirigente da sociedade devedora."

4. Deveras, no campo tributário, quanto à aplicação da lei no tempo, vigora o princípio de que "a lei aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros" (art. 105), de sorte que a ressalva do agravado respeita o período pretérito. Isto porque, respeitadas os princípios da anterioridade, da legalidade, e demais informadores do sistema tributário, a relação do cidadão com o fisco é de trato sucessivo, por isso que não há direito adquirido em relação ao futuro, somente quanto ao passado.

5. A regra da limitação das obrigações sociais refere-se àquelas derivadas dos atos praticados pela entidade no cumprimento de seus fins contratuais, inaplicando-se às obrigações tributárias pretéritas, que serviram à satisfação das necessidades coletivas.

Por essa razão é que o novel Código Civil, que convive com o Código Tributário e as leis fiscais, não se refere a obrigações fiscais, convivendo, assim, a lei especial e a lei geral.

6. Hipótese em que a execução fiscal refere-se a débitos anteriores à vigência da Lei 8.620/93.

7. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 736826 / SP, Min. Luiz Fux).

Tem-se, portanto, uma variação de posições quanto a duas situações que devem ser tratadas diferentemente: 1 - a execução é proposta contra a sociedade e contra o sócio responsável, baseando-se em certidão negativa decorrente de procedimento administrativo fiscal no qual apontado o fato do qual decorre a responsabilidade solidária; 2 - a execução é proposta contra a sociedade, mas, não se encontrando bens, postula-se o redirecionamento contra o responsável.

Somente na segunda hipótese é que se há de falar em redirecionamento e em exigência de prova, até porque a execução fiscal se baseia em título executivo extrajudicial, com presunção de certeza e liquidez, ou seja, o direito do credor, em relação aos responsáveis indicados na certidão de dívida ativa e na inicial, já está certificado, inexistindo razão para produção de prova, salvo se houver impugnação mediante embargos (para as objeções fundadas em prova documental admite-se a exceção de pré-executividade).

Haverá redirecionamento apenas quando evidenciada, em momento posterior ao ajuizamento da ação, a responsabilidade do sócio, por infração de lei ou excesso de poderes (art. 135, CTN), a sucessão e a aquisição ou remissão, quanto aos bens adquiridos ou remidos (arts. 129 a 133, CTN).

Seria adequado incluir na nova lei dispositivo que obrigasse a indicação do responsável na inicial, salvo nas hipóteses de fato superveniente caracterizador da responsabilidade. É que a exigência de identificação dos bens a penhorar quando do ajuizamento da execução se estende às hipóteses de responsabilidade.

Poder-se-ia adotar a seguinte redação do § 2º do art. 5º:

A petição inicial indicará os responsáveis, inclusive as pessoas referidas no § 1º deste artigo, que poderão indicar bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis

ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

2.4 - Competência da Justiça Federal, eliminando-se a delegação à Justiça Estadual nas comarcas que não possuem Vara Federal.

Sobre esse ponto, assim se pronuncia a comissão:

No que tange à competência, o artigo 6º contempla duas inovações. Além de transferir para o texto da lei especial a disposição atualmente constante do artigo 578 do Código de Processo Civil, a proposta concentra na Justiça Federal todas as execuções fiscais da Fazenda Pública Federal. Entende-se que, com a crescente interiorização da Justiça Federal, não mais se justifica a regra geral de delegação de competência à Justiça Estadual, prevista no artigo 15, inciso I, da Lei nº 5.010, de 1966. Eventuais devedores domiciliados ou que tenham seus bens penhoráveis em comarcas onde não funcionem Varas Federais, poderão ser alcançados, se for o caso, mediante execução por carta, nos termos do art. 1213 do Código de Processo Civil.

9. Ainda quanto à competência, sugere-se no parágrafo único do art. 6º, um alargamento da norma hoje prevista no artigo 29 da Lei nº 6.830/80, a fim de considerar como conexas as execuções fiscais entre as mesmas partes e propostas na mesma comarca ou subseção judiciária. Assim, ficará pretexto para todas as demais o juiz que for competente para a primeira execução. Busca-se, com isso, evitar a injustificável repetição, em juízos diversos, de laboriosas e dispendiosas diligências cartorárias (exp. mot.).

A matéria ficaria assim disciplinada:

Art. 6º Observada a competência da Justiça Federal, a execução fiscal será proposta, a critério da exequente, no foro:

I - de qualquer um dos executados, quando houver mais de um;

II - do domicílio do executado ou, se não conhecido, no do lugar onde for encontrado;

III - do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o executado;

IV - do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação.

Parágrafo único. O juiz competente para a primeira execução fiscal estará pretexto para as demais entre as mesmas partes propostas na mesma comarca ou subseção judiciária, aplicando-se, no que couber, as regras relativas à conexão.

A revogação do art. 15, I, da Lei 5.010/66 implica eliminar-se a competência federal delegada dos Juízos Estaduais para a execução fiscal promovida pela União. Em Estados como São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, onde se realizou com maior intensidade a interiorização da Justiça Federal, não haverá maiores problemas quando o devedor e os bens penhoráveis estiverem situados em local onde não haja vara federal, pois as distâncias a percorrer pelo oficial de justiça poderão até dispensar a execução por carta, mas no Amazonas, no Pará, na Bahia, em Minas Gerais, onde muitos municípios distam centenas de quilômetros das cidades de porte médio, será bastante dispendiosa e demorada a realização dos atos de citação, penhora e leilão.

Seria mais prudente dar nova redação ao inciso I da Lei 5.010/66, atribuindo aos Tribunais Regionais Federais poderes

para fixar a competência territorial das Varas Federais do interior para as execuções fiscais, mantida a competência federal delegada dos Juízos Estaduais nas áreas remanescentes.

2.5 - Citação e nova interrupção da prescrição. Declaração de ofício da prescrição.

Mantém-se a previsão dos efeitos imediatos do despacho que recebe a inicial quanto à ordem de penhora e avaliação de bens, sem necessidade de novos termos de conclusão e atos ordinatórios inócuos, e adota-se solução intermediária entre a do novo Código Civil, art. 202, I, e a do art. 219, CPC, para determinar-se a causa interruptiva da prescrição, *verbis*:

Art. 8º O despacho do juiz que deferir a inicial importa em ordem para:

I - a penhora e avaliação de bens;

II - a intimação da penhora ao executado e a sua citação para opor embargos.

Parágrafo único - A citação do executado interrompe a prescrição, retroagindo os seus efeitos à data da propositura da execução.

A fórmula proposta é menos precisa que a dicção do Código Civil, que coloca o despacho inicial como causa interruptiva, submetida a condição resolutiva negativa, a não promoção da citação. Pelo diploma civil, basta ao autor requerer a citação. Para o CPC, é necessário que fique atento, promovendo no sentido da citação válida, nos dez dias subsequentes à ordem judicial, somente então se dando a retroação do termo inicial à data da propositura da ação. No sistema do anteprojeto da LEF, a citação interrompe a prescrição, com retroação de efeitos, mas não se faz a ressalva

do retardamento decorrente de deficiência do serviço judiciário, como no § 2º do art. 219, CPC.

O anteprojeto da LEF incorpora a autorização do decreto de prescrição de ofício, contida na Lei 11.051/2004⁶, bastando, para tanto, a audiência do procurador da Fazenda:

Art. 15 Ouvida a Fazenda Pública, o juiz, na execução fiscal, poderá decretar a prescrição independentemente de requerimento do devedor.

A atribuição de oficiosidade, nesse caso, importa em permitir-se o arquivamento definitivo de feitos que se acumulam nos arquivos provisórios, por força da antiga redação do art. 40 da Lei 6.830/80.

2.6 - Ação autônoma

A ação de impugnação do lançamento ou das atividades preparatórias da execução fiscal recebe disciplina mais ampla, inclusive com previsão de prevenção do juízo das execuções fiscais, evitando-se, assim, decisões conflitantes:

Art. 9º O devedor poderá se opor à cobrança da dívida também por ação autônoma, que será distribuída ao juiz da execução ou àquele que para esta seja competente.

§ 1º A propositura de qualquer ação relativa ao débito inscrito na dívida ativa não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe execução; todavia, se relevantes os fundamentos e diante de manifesto risco de dano de difícil e

⁶ Eis o texto acrescentado: § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

incerta reparação, ficará suspensa a execução, mediante garantia consistente em:

I - depósito em dinheiro;

II - fiança bancária;

III - caução real de bens próprios ou de terceiros, observados na sua constituição os requisitos para a realização da penhora e considerado o interesse do credor.

§ 2º Somente o depósito em dinheiro faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora.

§ 3º A propositura, pelo contribuinte, de ação judicial importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Relevante é a determinação de que a ação autônoma não impede nem suspende a execução fiscal, salvo mediante garantia cujas formas são elencadas no anteprojeto. É oportuno, também, que se disponha quanto à preclusão lógica quanto ao recurso administrativo, na hipótese de provocação judicial.

2.7 - Depósito e encargo de depositário

A par da determinação da exclusividade da Caixa Econômica Federal para os depósitos judiciais na esfera federal e da preservação da competência dos Estados para indicação de outra instituição para recebimento dos seus créditos, o anteprojeto obriga o executado a aceitar o encargo de depositário, salvo autorização judicial:

Art. 10 Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos: I - na Caixa Econômica Federal, quando relacionados com a execução fiscal proposta pela União, suas autarquias ou fundações de direito público; II - na instituição financeira indicada pela unidade federativa para recebimento dos seus créditos ou, à sua falta,

na Caixa Econômica Federal, quando relacionados com execução fiscal proposta pelo Estado, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias ou fundações de direito público.

§ 1º Os depósitos de que trata este artigo estão sujeitos à atualização monetária, segundo os índices estabelecidos para os débitos tributários federais.

§ 2º Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante, ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do juízo competente.

§ 3º A penhora em dinheiro será efetuada mediante depósito na forma deste artigo.

Art. 12 O executado não poderá recusar o encargo de depositário, salvo autorização judicial.

§ 1º O juiz, a requerimento da exequente, poderá ordenar a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública.

§ 2º O bem penhorado poderá ser substituído por dinheiro a qualquer tempo.

Convém deixar claro que a devolução do dinheiro ao depositante somente se dará se for vencedor na impugnação à execução. Isso porque há corrente doutrinária e jurisprudencial, minoritária embora, que defende a disponibilidade a qualquer tempo do depósito pelo depositante. Propõe-se, então, a seguinte redação:

Art. 10...

§ 2º Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante, se acolhida a impugnação à execução, ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do juízo competente.

2.8 – Averbação do ato de constrição

Outra providência destinada a dar maior celeridade e efetividade à execução fiscal é a que estabelece a imediata apresentação de certidão da penhora ou da garantia ao cartório competente para averbação:

Art. 11 O oficial de justiça, independentemente de mandado judicial, providenciará, mediante apresentação de certidão de inteiro teor do ato de constrição ou de constituição da garantia, a sua averbação no ofício imobiliário ou anotação na instituição própria.

2.9 – Intimação pessoal do representante da Fazenda. Previsão da comunicação eletrônica. Necessidade de interpretação sistemática

Apesar de avançar na outorga aos tribunais de atribuição para disciplinar a comunicação eletrônica dos atos processuais (art. 16), o anteprojeto insiste, contraditoriamente, na regra da intimação pessoal do representante da Fazenda Pública, com vista dos autos, verbis:

Art. 13 Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente.

Parágrafo único. A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria.

Art 16 Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a

comunicação dos atos processuais por meios eletrônicos.

Mais funcional e compatível com os objetivos da reforma seria a seguinte redação:

Art. 13...

Parágrafo único. A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante comunicação por via eletrônica, com vista dos autos, postos à disposição, para retirada de cartório ou secretaria, pelo representante judicial da Fazenda Pública.

2.10 – Audiência da Fazenda no processo falimentar

Ressalte-se, por fim, a determinação constante do anteprojeto no sentido de prevenir qualquer alienação em procedimentos de concursos de credores sem prévia audiência da Fazenda Pública, verbis:

Art. 14 Nos processos de falência, concordata, liquidação, inventário, arrolamento ou concurso de credores, nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a audiência da Fazenda Pública.

2.11 – Execução fiscal contra entidades públicas

Nenhuma referência consta do anteprojeto quanto à execução fiscal dirigida contra entidade pública, embora seja este um problema com que se têm defrontado os tribunais, especialmente os federais. É que, apesar da imunidade recíproca quanto aos impostos sobre patrimônio, renda e serviços dos entes públicos (art. 150, VI, a, da Constituição Federal), resta um campo razoável de incidência tributária e de débitos não tributários da União, Estados e Municípios e suas autarquias

para serem cobrados, uns dos outros. Como tais entes têm seu patrimônio insuscetível de penhora, impõe-se a combinação dos ritos da execução fiscal e da execução contra a Fazenda Pública, o que já vem sendo admitido pela jurisprudência formada a partir do Tribunal Federal de Recursos.

Além da inviabilidade da penhora sobre o patrimônio de entidade pública, a cobrança dos débitos públicos certificados em título extrajudicial encontra dificuldade ante a disposição do art. 100 da Constituição Federal no sentido de que "os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios...". A solução encontrada tem sido a de admitir-se a execução fiscal contra a Fazenda Pública, fundada em certidão de dívida ativa, mas, ao invés de ordenar-se a citação para pagamento, com autorização de penhora e alienação, fazê-lo para a apresentação de embargos, na forma do art. 730, CPC. Oferecidos ou não embargos, segue-se sentença, atendendo-se ao dispositivo constitucional.

A Constituição permite, no entanto, que a União e os Estados condicionem a entrega de recursos dos fundos de participação ao pagamento de seus créditos e de suas autarquias (parágrafo único do art. 160, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000), o que, na prática, configura permissão de auto-executoriedade. A regra tem sido usada exaustivamente contra os Municípios, especialmente pelo Instituto Nacional da Previdência Social. As entidades municipais, entretanto, não têm meios eficazes de cobrança de seus créditos em relação aos Estados e à União.

A situação de desequilíbrio poderia ser resolvida com a adoção de uma modalidade especial de execução fiscal de um ente público contra outro, em que, ao invés do precatório comum estivesse prevista a requisição preferencial de pagamento, como acontece com os débitos certificados pelos

Juizados Especiais Federais. Justifica-se a medida, pois estariam resguardados os interesses públicos atendidos pela aplicação de recursos pela Administração, em todos os níveis.

3 - CONCLUSÕES

1. A reforma da execução fiscal permite ao Estado brasileiro atuar no sentido da remoção do astronômico passivo tributário, o que, numa etapa subsequente, permitiria maior disponibilidade de recursos para atender às necessidades de investimentos sociais e em infra-estrutura.

2. O anteprojeto de lei de execuções fiscais está elaborado de modo a integrar as fases administrativa e judicial e a tornar efetivo o acesso da administração à justiça, com a exigência da indicação na inicial dos bens do devedor a serem penhorados.

3. O texto pode ser aperfeiçoado mediante alterações que visem a resolver problemas como os do redirecionamento da execução, comunicação eletrônica extensiva aos representantes da Fazenda Pública e previsão de procedimento especial para a execução fiscal contra entidades públicas.

REFERÊNCIAS

- HARMES, Adam. *Return of the State*. Vancouver, 2005.
- CAMPOS, Hélio Silvío Ourem et al. O Estado Dogmático e os tributos nas constituições. *Revista CEF*, n.29, p. 111-125, 2005.
- SZKLAROWSKY, Leon Fredja. *Execução Fiscal*. São Paulo: [s.n.], 1984.

CRIMES ELEITORAIS

Leonardo de Medeiros Fernandes
Advogado

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – ADMINISTRAÇÃO ELEITORAL NO BRASIL. 1.1 – Início de 1824 à EC 45/2004. 1.2 – Conceito de administração eleitoral. 2 – LOCALIZAÇÃO DOS CRIMES ELEITORAIS NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA – 3 – NATUREZA JURÍDICA E CLASSIFICAÇÕES DO CRIME ELEITORAL. 4 – CONCEITO DE CRIME ELEITORAL. 4.1 – Sujeitos do crime eleitoral. 4.2 – Elemento subjetivo. 4.3 – Consumação e tentativa. 5 – PENA E PROCESSO PENAL NOS CRIMES ELEITORAIS – CONCLUSÃO – REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Vivemos, hodiernamente, num processo de democratização acelerado em todo o globo, fenômeno político de proporções jamais visto na história humana. No Chile e na Palestina, na Bolívia e no Iraque, no Brasil, no Afeganistão ou no Haiti, o mundo todo assiste a uma radical mudança no cenário político, cujo pano de fundo é o modelo americano de fazer (ou impor!) democracia: *one man one vote*.

O processo eleitoral é, dessarte, tema recorrente na imprensa, nas escolas e universidades, o que vem despertando interesse, não só de juristas e cientistas políticos, mas das várias camadas sociais. E aí está um importante dado: a coletividade ao discutir sobre eleições, candidatos, partidos políticos, crimes eleitorais, "caixa-dois, mensaleiros e sanguessugas", está dando grande passo em direção, não apenas à liberdade de

expressão política, mas, e principalmente, à construção de uma consciência cívica e política, mister para o exercício pleno e verdadeiro da democracia representativa.

Não é de se estranhar, pois, que escândalos nas eleições, não só no Brasil, mas que acometem as potências (v.g. Estados Unidos da América, Alemanha), despertem tanto o interesse da mídia e do povo. Se o modelo de exercício da democracia exportado irradia benefícios, é de se reconhecer, igualmente, que ele traz, em seu ventre, algumas falhas, lacunas, que precisam ser corrigidas e integradas pelo ordenamento jurídico positivo.

O Direito Eleitoral, ramo autônomo do Direito Público, vem suprir essa necessidade de normatização das condutas humanas em face do processo eleitoral¹. É, em seu sentido formal, o conjunto de regras e princípios próprios, que regulam todo o processo eleitoral. Em seu aspecto material, é o direito do eleitor e do candidato, direito de garantia do exercício ativo e passivo do sufrágio², no sentido de participar

¹ Fávila Ribeiro explica que o Direito Eleitoral, precisamente, "dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio popular, de modo a que se estabeleça a precisa equação entre a vontade do povo e a atividade governamental". RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000. p. 04.

² A doutrina diferencia sufrágio (direito público e subjetivo, democrático e universal), voto (exercício direto, livre, periódico, de valor igual para todos) e escrutínio (o modo de exercício desse direito, público ou secreto). Nesse sentido, o magistério de José Afonso da Silva, onde o sufrágio é o "direito político fundamental nas democracias políticas. Aquele emana desse direito. É na manifestação no plano prático. Constitui seu exercício". SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. Malheiros: São Paulo, 2004. p. 355 e ss. Canotilho ensina que o direito de sufrágio é instrumento fundamental de realização do princípio democrático, ou seja, converte a vontade política em posição de poder e domínio, marca-se o ritmo da vida política de um país. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 301 e ss.

dos negócios políticos do Estado. Ganha notoriedade a sua interdisciplinaridade com os demais ramos do sistema, em especial, o Direito Constitucional, Administrativo, o Direito Penal e Processual Penal³.

Vamos nos ater, aqui, a esse último aspecto, material e formal: o penal. Quando as normas do Direito Eleitoral não forem suficientes para intimidar ou reparar as ameaças ou lesões ao processo eleitoral, ou seja, quando fracassarem as regras e princípios eleitorais, desponta o *Jus Puniendi* Estatal capaz de garantir a coação e coerção — mais severas — contra tais comportamentos, necessárias à tutela dos interesses do povo.

Como disse o penalista Tobias Barreto⁴, o direito de punir é uma necessidade imposta ao organismo social por força do seu próprio desenvolvimento. A complexidade e gravidade dos ilícitos penais eleitorais, portanto, requerem uma drástica e pronta resposta do Estado: a repressão penal. Há, pois, um Direito Penal Eleitoral ou Direito Eleitoral Penal, que consiste no conjunto de normas reguladoras de condutas antijurídicas que impõe uma sanção penal aos criminosos, aos que perturbam e ofendem, por seus comportamentos a democracia, a representação e o Estado de Direito.

³ "Em todas as direções, nos quadros jurídicos, multiplicam-se as relações com o Direito Eleitoral, em decorrência da sua importância cada vez maior na sociedade contemporânea". RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000. p. 19. Demonstra-se a autonomia científica e didática que a disciplina conquistou, nos currículos dos cursos jurídicos de graduação e pós-graduação do País, atendendo assim, às exigências profissionais dos operadores do Direito. Na Universidade Federal de Pernambuco, Faculdade de Direito do Recife, a disciplina Direito Eleitoral é lecionada pelo Professor e Advogado Bruno de Albuquerque Baptista, no quinto ano, nono período, como disciplina obrigatória da área de Direito Público.

⁴ BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2000. p. 167.

O tema dos delitos eleitorais é polêmico, complexo e atual, e pouco aventado na literatura jurídica. Buscaremos, preliminarmente, estudar a Administração Pública Eleitoral no Brasil, em sua evolução constitucionalista. Sobre a localização da matéria, discutiremos os possíveis sistemas legais. Em seguida, enfrentaremos a questão da natureza jurídica dos delitos eleitorais em face do bem jurídico tutelado pelo Estado, sua definição e classificação. O leitor ainda encontrará referência aos elementos dos tipos penais em questão, suas penas e a ação penal cabível na Lei Federal.

1 – ADMINISTRAÇÃO ELEITORAL NO BRASIL

1.1 – Intróito: de 1824 à EC 45/2004.

Não há como se falar do atual modelo de administração eleitoral, sem se reportar ao desenvolvimento do constitucionalismo brasileiro, que sempre esteve, visceralmente, atrelado à questão eleitoral.

A Constituição do Império (Carta da Lei, de 25 de março de 1824) disciplinou as eleições em capítulo próprio⁵. A fraude eleitoral, no entanto, foi a regra preponderante sob o regime ditado pelo Imperador “Constitucionalista” que tinha, no Poder Moderador, escandaloso contraste com o poder passivo das monarquias parlamentaristas européias. Assitiu-se a permanente falsificação da vontade eleitoral que teve entre outros fatores, a maciça e permanente intervenção do Poder Executivo, as disputas sujas entre os liberais e conservadores, a inexpressiva base eleitoral da representação política⁶.

⁵ V. art. 90 a art. 97.

⁶ Octaciano Nogueira descreve os processos de coação, que eram típicos dos períodos eleitorais e revela-nos que “as leis não eram más, em si, mas os costumes políticos vigentes que levavam um partido a massacrar necessariamente o outro pela necessidade que tinha o que estava no poder de assegurar Câmaras unânimes para que pudesse governar”. NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 62 e 63. v. 1.

Em 1891, proclamada a República, promulgou-se a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, em 24 de fevereiro⁷. Assinale-se que a população nacional ainda era essencialmente agrária e analfabeta, vivendo nas zonas rurais numa espécie de semifeudalismo. Aos coronéis do sertão cabia-lhes o alistamento eleitoral e a realização das eleições, o que permitia grande oportunidade de fraudarem os resultados, quer seja falsificando as atas (eleição de “bico de pena”), quer seja comprando com dinheiro, roupas, sapatos, bebidas, etc. Aliomar Balleiro⁸ anota que “quem perdia, às vezes roubava escancaradamente as urnas. E as juntas, às vezes, fraudavam os resultados. Finalmente a ‘degola’ na apuração do congresso completava a obra pela ‘política dos governadores’”.

A queda da 1ª República se deu, em boa parte, pelo descontentamento dos homens públicos e dos jovens tenentes com as políticas do “Governo das Espadas” e a gritante desmoralização das eleições. Pinto Ferreira⁹ esclarece que, após a Revolução de 1930, que invocava como um de seus fundamentos a fraude e a corrupção eleitorais, o Brasil marchou para o sistema das grandes codificações eleitorais. Instaurada a nova ordem, com a Constituição de 16 de julho de 1934¹⁰, a grande novidade foi a recepção de uma Magistratura especial: a Justiça Eleitoral¹¹, já idealizada pelo primeiro Código Eleitoral (Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932)¹², verdadeiro marco revolucionário em nosso Direito Eleitoral

⁷ V. art. 47, §§ 1º ao 4º, art. 70, §§ 1º e 2º.

⁸ BALLEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 53. v. 2.

⁹ FERREIRA, Pinto. *Código Eleitoral Comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 11.

¹⁰ POLETTI, Ronaldo. *Constituições Brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 54 e 55. v. 3.

¹¹ V. art. 65 e 66.

¹² O segundo Código Eleitoral (Lei nº 48, de 04 de maio de 1935) ampliou e inovou a matéria eleitoral.

Em 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas outorga nova Carta, silenciando a cerca da administração eleitoral a cabo do Poder Judiciário¹³. A maior conquista da Revolução de 1930 recebeu repúdio da Constituição de 1937, e que, somente em 1945¹⁴, foi restaurada, no modelo pretérito¹⁵.

Inspirada na Constituição de 1934, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946¹⁶, faz ressurgir os Juízes e Tribunais Eleitorais, definindo-se com mais exatidão e amplitude a competência da Justiça Eleitoral. Esta teve, entre outras atribuições, a de processar e julgar os crimes eleitorais e dos comuns que lhe forem conexos, e bem assim o de *Habeas Corpus* e Mandado de Segurança em matéria eleitoral.

As Constituições posteriores, de 24 de janeiro de 1967¹⁷, e a atual Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988¹⁸, igualmente, agasalharam a organização de uma administração eleitoral. Após a Emenda 45/2004 da Constituição em vigor, lamentavelmente, nenhuma alteração sofreu esse ramo especializado da judicatura nacional¹⁹.

¹³ V. art. 90.

¹⁴ O terceiro Código Eleitoral (Decreto-lei nº 7.586, de 28 de maio de 1945).

¹⁵ PORTO, Walter Costa. *Constituições Brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 32 e 33, v. 4.

¹⁶ V. art. 94, art. 109, art. 119, inciso VII.

¹⁷ V. art. 130 a art. 140.

¹⁸ V. art. 118 a art. 121.

¹⁹ A Associação dos Juizes Federais do Brasil e o Colégio de Juizes Federais Eleitorais apresentaram propostas de emenda à Constituição, a fim de equilibrar a composição dos Tribunais Regionais Eleitorais, conjugando a participação de juizes de diferentes origens (federais e estaduais). A proposta, em síntese, mantinha "a presidência com os Desembargadores Estaduais, mas em nome do equilíbrio vincula-se a Corregedoria aos juizes federais, consagrando-se uma administração compartilhada nos Tribunais Regionais Eleitorais, similar ao que ocorre no Tribunal Superior Eleitoral (o presidente pertence ao Supremo Tribunal Federal, enquanto que o corregedor é oriundo do Superior Tribunal de Justiça)". SCHNEIDER, Jefferson. *A Justiça Eleitoral e sua Reforma Constitucional*. Disponível em: <http://www.mt.tfjf.gov.br/judice/jud8/just_ref.htm>. Acesso em: 12.SET.2006.

A Justiça Eleitoral tem, pois, sob o seu manto, o controle e a tutela da moralidade, probidade e legalidade eleitorais, zelando pelo princípio da democracia representativa esculpido na Carta da República²⁰. Com efeito, a evolução constitucional do Brasil mostra que não foi fácil vencer as malícias da classe dominante e as defraudações das verdades eleitorais ao longo dos séculos. Desenvolveu-se arduamente um sistema de controle do processo eleitoral formado por uma Corte especial, tipicamente judiciária.

Barbosa Lima Sobrinho²¹, com atualidade, observa, *in verbis* Podemos dizer que as eleições se realizam, em todo o País, com liberdade, dentro da ordem, e são julgadas com decência... Decerto não assaltam mais as igrejas, para a escolha dos mesários, não fabricam atas falsas, nem empicuetam as estradas, para impedir a presença dos adversários, ou dos eleitores incertos. Não falsificam o alistamento, nem mobilizam os defuntos... Apenas mudaram as armas. A corrupção vai, aos poucos, tomando o lugar que era antes da violência e da fraude.

1.2 – Conceito de administração eleitoral

Segundo precisa definição de Nelson Hungria²²

administração pública é a atividade do Estado, de par com a de outras entidades de direito público, na consecução de seus

²⁰ De se registrar o recente acórdão proferido, no Tribunal Superior Eleitoral, no RO nº 912/classe 27a/RR, Relator Min. Cesar Asfor Rocha, em cujo magnífico Voto consignou que "a Justiça Eleitoral tem o poder-dever de velar pela aplicação dos preceitos constitucionais de proteção à probidade administrativa e à moralidade para o exercício do mandato" (grifei). Disponível em: <<http://www.lei9840.com.br/noticias/not57.htm>>. Acesso em: 12.SET.2006.

²¹ LIMA SOBRINHO, Barbosa. *Constituições Brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 52, v. 5.

²² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 311, v. 9.

fins, quer no setor do poder executivo (administração pública no sentido estrito), quer no do legislativo ou do judiciário.

No mesmo sentido, Helene Cláudio Fragoso²⁵ assevera que, em Direito Penal, não se deve tomar a acepção de Administração Pública, no sentido técnico e estrito, isto é, como conjunto de órgãos do Poder Executivo realizando serviços públicos, mas a lei penal considera a, *atividade funcional do Estado em todos os setores em que se exerce o Poder Público (com exceção da atividade política).*

Em matéria criminal, o conceito de Administração Pública vem entendido em sentido mais amplo, compreendendo a totalidade de atividades do Estado e de outros entes públicos na consecução do bem-estar da sociedade. Engloba, portanto, as atividades administrativas (sentido estrito), legislativas e judiciárias em prol do desenvolvimento social.

Logo, à luz do Direito Penal, na noção de Administração Pública, que é gênero, insere-se a espécie Administração Eleitoral. Esta deve ser entendida, então, como o conjunto de órgãos responsáveis pela proteção da soberania popular exercida através do sufrágio universal e do voto direto e secreto com valor igual para todos (art. 14, da CF), bem como pelo alistamento eleitoral, registro dos candidatos, fiscalização da propaganda política, organização da votação, apuração e diplomação dos eleitos. Insere-se também na competência da Administração Eleitoral o processamento e julgamento das ações iniciais e dos recursos eleitorais (art. 121, §§ 3º e 4º, da CF) e a apuração, processamento e julgamento dos crimes eleitorais.

A administração da Justiça Eleitoral no Brasil²⁶, atualmente, cabe ao Poder Judiciário, por força de determinação

²⁵ FRAGOSO, Helene Cláudio. *Lições de Direito Penal*. Parte Especial. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 380. v. 2.

²⁶ Compete à Justiça Eleitoral a divisão eleitoral no Brasil. O corpo eleitoral brasileiro, hoje, é dividido em circunscrições eleitorais que coincidem neces-

constitucional, sendo os seus órgãos: o Tribunal Superior Eleitoral, os Tribunais Regionais Eleitorais, os Juízes Eleitorais e as Juntas Eleitorais²⁷. As eleições no Brasil — nos três níveis da federação, Municípios, Estados e União — são controlados por esse ramo especializado de jurisdição nacional, do Poder Judiciário²⁸.

A Constituição Cidadã não assentou, expressamente, o Ministério Público Eleitoral ao lado dos Tribunais e Juízes Eleitorais. Entretanto, a ausência de tratamento pelo legislador originário não nos faz concluir pela falta de operação do *Parquet* nos processos eleitorais federais, estaduais, distritais e municipais. Fávila Ribeiro conclui que essa privação guarda coerente sintonia com a unidade do sistema consagrado. Sem embargos, o Ministério Público Eleitoral²⁷ existe como instituição federal *perene*, desempenhando unitária e imparcialmente a defesa da ordem jurídica e do regime democrático²⁸, e sempre incidirá na área da jurisdição eleitoral, isto é, onde houver Tribunal ou Juiz Eleitorais, haverá Procurador ou Promotor de Justiça Eleitorais. Isto porque, *sempre e sempre, é a atividade jurisdicional que serve de balizador de cada setor do Ministério Público*²⁹. O Código Eleitoral disciplinou as competências do *Parquet* Eleitoral composto pelo Ministério Público Federal (Procurador Geral Eleitoral e Procuradores Regionais Eleitorais) e, supletivamente, pelos Ministérios Públicos Es-

sariamente com os limites geográficos do Estado-membro e Distrito Federal. Essas, por seu turno, se subdividem em zonas eleitorais que poderão ou não coincidir com os Municípios. Assim, pode haver um Município com várias zonas eleitorais (v.g. capitais), bem como, poderá ter uma zona eleitoral com mais de um Município, e que não são sede de Comarca.

²⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 518 e 519.

²⁶ JARDIM, Torquato. *Direito Eleitoral Positivo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 37 e ss.

²⁷ Disponível no sítio eletrônico: <www2.pgr.mpf.gov.br/procuradoria-geral-eleitoral>.

²⁸ V. art. 127, da CF de 1988.

²⁹ RIBEIRO, Fávila. *Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral*. No *Caminho da Sociedade Participativa*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 78.

atuais (Promotores Eleitorais), nas comarcas onde não haja aquele órgão federal (atribuição delegada). Assim, se a competência for do Tribunal Regional Eleitoral, denunciará o Procurador da República que atuar no Estado-membro daquela jurisdição, e, se a competência for dos Juízes Eleitorais, caberá aos Promotores de Justiça que atuarem junto a esses Juízes promover a ação penal pública com o oferecimento da exordial (art. 24, CPP)³⁰.

2 - LOCALIZAÇÃO DOS CRIMES ELEITORAIS NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

A localização da matéria é questão sem controvérsias no complexo objeto ora analisado. Ela poderá se situar quer na Lei Penal, quer no Código respectivo, justificando a colocação das regras penais em matéria de eleição.

Preliminarmente, o sistema que enseja a autonomia do Direito Penal. Os delitos na eleição — por serem espécie de uma conduta típica, antijurídica e culpável — pertencem ao âmbito do *Jus Punienti* e, portanto, toda a matéria deveria estar contida nos Códigos Criminais. Às leis penais é que cabe conceituar o comportamento proibido do agente, sancionando-as em face das penas elencadas no rol do *Codex Poenale*.

Originariamente, temos que o legislador brasileiro regulou vagamente a matéria em sede de Código Penal. O Código Criminal do Império do Brasil de 1830 disciplinou-a, no Título III, *Dos crimes contra o livre gozo e exercício dos Direitos Políticos dos cidadãos*, art. 100 a art. 106³¹. Com a República, o

Governo Provisório e seu Ministério dos Negócios da Justiça, reconhecendo a urgente necessidade de reformar o sistema penal, decretou o novo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890³². O diploma pouco disciplinou sobre direitos políticos — Cap. III. *Crimes contra o livre exercício dos poderes políticos* — mas silenciou sobre os crimes eleitorais.

A Consolidação das Leis Penais de 1932 manteve, literalmente, o sistema e os tipos anteriores, sem igualmente tangenciar sobre os delitos contra o processo eleitoral. O Código Penal Brasileiro de 1940 cuidou, em último lugar, da matéria sobre os *Crimes contra a Administração Pública (praticados por funcionário público contra a administração em geral; praticados por particular contra a administração em geral; crimes contra a administração da justiça)*, sem abordar a referida matéria. A reforma do Código Penal, de 1984, obedeceu à orientação.

A segunda corrente é a da autonomia legislativa, isto é, a lei geral sobre eleições é que tratará dos delitos dessa espécie, porque há manipulação de princípios e conceitos da seara do Direito Eleitoral no que pertence ao instituto do procedimento eleitoral. No mesmo sentido, encontramos a lição do Professor Fávila Ribeiro³³: *os crimes eleitorais não ficaram incluídos na codificação penal comum, aparecendo em capítulo do Código Eleitoral e de leis esparsas posteriormente editadas*.

Com efeito, é a maneira adequada de locar os delitos eleitorais, seja em virtude da facilidade do seu manuseio e interpretação, seja porque constituem infrações ao Código

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 167. v. 4.

³¹ TINÓCO, Antônio Luiz Ferreira. *Código Criminal do Império do Brasil Annotado*. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2003.

³² SOARES, Oscar de Macedo. *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*. Prefácio de Félix Fischer. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004. p. 241.

³³ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000. p. 617.

Eleitoral. Ribeiro³⁴ aponta ainda que o isolamento dos tipos respectivos corresponde a uma necessidade de sistematização, dentro de um mesmo quadro normativo homogêneo e, desarte, permite o adequado ajustamento das figuras delitivas à problemática eleitoral.

A preocupação remonta ao Código Eleitoral de 1932 (arts. 107 a 109), e a partir daí o legislador passou a elencar as disposições penais referentes aos crimes eleitorais nos demais códigos subseqüentes, atendendo as peculiaridades do instituto. Assim passou-se do primeiro Código Eleitoral, de 1935 (arts. 183 e 184) até o quarto Código Eleitoral de 1950.

Sem embargos, os casos e penas, portanto, devem estar contextualizados na lei própria. Paulo José da Costa Jr.³⁵ comentando o encerramento da Parte Especial do Código Penal leciona que se consagrou, nesse subsistema, o princípio *lex specialis derogat legem generalem*. E finaliza: *é o único daqueles que regulamentam o concurso aparente de normas penais que obteve consagração legislativa*.

Magalhães Noronha defende — acertadamente — a tese de que um Código Penal — caracteristicamente rígido e inflexível — não pode tratar de todas as condutas delituosas³⁶. Com efeito, há aqueles tipos que possuem caracteres próprios (efeitos, conseqüências, sujeitos ativo e passivo, bem jurídico, prescrição, etc.) que, por uma questão de Política Criminal, revela-se inconveniente discipliná-los homogeneamente num único Diploma³⁷.

³⁴ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000, p. 617.

³⁵ COSTA Jr., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1.129.

³⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 424, v. 4.

³⁷ É o caso dos crimes falenciais e dos delitos na licitação e contratação, assuntos que já tivemos oportunidade de abordar. FERNANDES, Leonardo de Medeiros.

A Parte Especial acolheu a previsão da Legislação Especial, precisamente no art. 12, estabelecendo que as regras gerais do Código Penal aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo contrário. As normas gerais do Código Penal incidem se as específicas versarem igualmente. Se existir conflito (aparente) prevalece as específicas porque mais aptas a tratar do fato incriminado. Paulo José da Costa Jr.³⁸ justifica

para que não seja violado o princípio do ne bis in idem, somente uma norma irá regulamentar efetivamente a hipótese fática e será inadmissível, num sistema jurídico penal que se propõe seja harmônico, a existência de normas contraditórias.

Joel José Cândido explica a aplicação subsidiária do Código Penal vigente, *ex vi* do art. 287, do Código Eleitoral, ao positivar que as regras gerais da Lei Criminal se aplicam aos fatos incriminados na Lei Eleitoral. Para o autor gaúcho³⁹,

Essa aplicação haverá de ser, então, subsidiária e supletivamente, ou seja, só quando não houver disposição eleitoral em sentido contrário, expressa ou implicitamente, a exemplo do que dispõe, relativo à parte processual penal, o art. 364, do Código Eleitoral. É a adoção do Princípio da Aplicação Subsidiária do Código Penal aos crimes eleitoral.

É a jurisprudência do Tribunal Regional do Estado de São Paulo:

Os crimes falenciais na evolução legislativa brasileira. Revista da ESMAPÉ-Recife, v. 1, n. 22, p. 451-494, jul./dez. 2005. FERNANDES, Leonardo de Medeiros. *Os crimes e as penas na licitação e contratação.* Boletim de Licitação e Contratação, BLC. NDJ. São Paulo, n. 11, p. 777 a 787, nov./2005.

³⁸ COSTA Jr., Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 23.

³⁹ CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral*. 11. ed. São Paulo: EDIPRO, 2004, p. 269.

O Código Penal é provedor dos princípios e normas gerais aplicáveis aos crimes eleitorais, quanto ao concurso de delitos; co-autoria; delimitação da impossibilidade; causas excludentes e justificativas; fixação de penas; circunstâncias agravantes e atenuantes; e causas extintivas de punibilidade. É o Código Penal uma das fontes do Direito Eleitoral, como o são outros ramos do Direito. Daí o art. 287, do Código Eleitoral, socorrer-se, expressamente, das regras gerais do Código Penal. (TRESP, RC 111.786, Rel. Des. Alberto Mariz).

Atualmente, a matéria está regulamentada no Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965), reservando no Título IV – Disposições Penais, e em capítulos distintos as disposições preliminares (art. 283 a 288), os crimes eleitorais (art. 289 a 354) e sobre o processo das infrações (art. 355 a 364).

Transfere-se assim a disciplina penal dos delitos eleitorais do *Codex Poenale* para o diploma legal próprio. É de se observar a enorme quantidade de tipos penais elencados no atual Código Eleitoral (sessenta e cinco delitos!). Some-se a essas disposições, as referentes em leis extravagantes, isto é, outras leis eleitorais editadas posteriormente, versaram sobre outros comportamentos antijurídicos, diversos dos do Código Eleitoral, ou mesmo repetindo-os, adaptando-se, pois às necessidades e peculiaridades de dado momento histórico, às ideologias e tecnologias palco daquelas eleições. São elas: Lei nº 6.091, de 15 de agosto de 1974; Lei nº 6.996, de 07 de junho de 1982; Lei nº 7.021, de 06 de setembro de 1982; Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990; e, finalmente, a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, sintomaticamente epígrafa de "Lei das Eleições".

Com efeito, é necessidade imperativa atualizar as figuras penais constantes nesses diplomas, no sentido de adaptá-las à modernidade que se desdobra a cada dia, como por exem-

plo, na informatização eletrônica das eleições. Com esses desenvolvimentos tecnológicos, o Direito deverá estar atualizado, e aí se insere o Direito Penal, como instrumento especial de proteção dos bens jurídicos escolhidos pelo Estado Democrático de Direito como essenciais à participação dos cidadãos na vida política da Nação.

3 – NATUREZA JURÍDICA E CLASSIFICAÇÕES DO CRIME ELEITORAL

Não é pacífica na doutrina a natureza jurídica dos delitos eleitorais. Para Fávila Ribeiro⁴⁰, os crimes eleitorais compõem subdivisão dos crimes políticos, ao lado dos crimes militares, o que justifica existirem duas Justiças especializadas competentes para julgar e processar (a Eleitoral e a Militar). Para o jurista, essa inclusão é consequência da própria essência do crime eleitoral. Com efeito, esses delitos afetam imediatamente o povo no seu poder natural de participar da constituição e administração da Nação, as instituições representativas, as estruturas básicas da organização política democrática do Estado de Direito.

O crime eleitoral é, portanto, um delito político porque, além de violar ou atentar contra o direito político do cidadão, é uma ameaça ou lesão ao próprio Estado Democrático de Direito.

O problema da natureza jurídica de certa classe delituosa é também o de definir o bem jurídico⁴¹ protegido pelo Esta-

⁴⁰ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000. p. 620.

⁴¹ "Bem ou interesse jurídico é o que incide sob a proteção do direito in genere. Bem ou interesse jurídico penalmente protegido é que dispõe da reforçada tutela penal". HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 11, v. 1. Tomo I. No mesmo sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 08 a 10.

do, importante no sentido de garanti-lo e limitar o poder punitivo. É bem jurídico tudo aquilo que é importante para a sociedade, tutelado pelo Estado a fim de se proteger os princípios constitucionais que, *salvaguardam o indivíduo no sentido de sua participação igualitária na interação social*⁴².

Günther Jakobs⁴³ afirma que

un bien es una situación o hecho valorado positivamente. El concepto de citación se entiende, en este contexto, en sentido amplio, comprendiendo no sólo objetos (corporales y otros), sino también estados y procesos. Un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica.

Urge, agora, diferenciar objeto de ação e objeto de proteção. No magistério de Everardo Luna, o objeto do crime diz-se material (objeto de ação) e jurídico (objeto de proteção), sendo este o bem jurídico, o interesse protegido pelo direito⁴⁴. O objeto material do delito é um dado positivo a ser tratado pelo direito, é uma pessoa ou coisa contida, explícita ou implicitamente na figura legal. Os crimes eleitorais têm como objetos materiais, portanto, o processo eleitoral.

O objeto jurídico é o objeto de ataque, sobre o qual recai a proteção da norma jurídica e que por isso depende de um juízo axiológico de ordem jurídica. É o bem ou interesse tutelado pela norma penal e, assim, particularmente, nas Leis Eleitorais, caberá a análise de cada tipo penal, portanto, para se determinar a objetividade jurídica dos mesmos.

⁴² KINDHÄUSER, Urs. *Apud* BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 1. ed. São Paulo: 2003. p. 09.

⁴³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción: Joaquín Cuervo Contreras, José Luis Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 50.

⁴⁴ LUNA, Everardo. *Estrutura Jurídica do Crime*. Recife: Mousinho, 1958. p. 29 e ss.

São várias as classificações dadas aos delitos nas eleições, até porque o sistema penal da lei não autoriza a classificação uniforme desses crimes, não estabelecendo o Código Eleitoral nenhum critério, o que constitui interesse doutrinário. Segundo o jurista Fávila Ribeiro⁴⁵, a classificação dos delitos eleitorais,

tarefa que se revela sobremodo difícil dado que as categorias delituosas nem sempre se ajustam comodamente aos esquemas propostos, pois várias são as hipóteses que apresentam aspectos complexos, irradiando-se de uma para outra direção, tendo-se de determinar os pontos preponderantes.

O jurista⁴⁶ oferece, como modelo de classificação dos referidos tipos, em face dos valores predominantemente atingidos: lesivos a) à autenticidade do processo eleitoral; b) ao funcionamento do serviço eleitoral; c) à liberdade eleitoral; d) aos padrões éticos ou igualitários nas atividades eleitorais.

Joel J. Cândido⁴⁷ subdivide os delitos eleitorais quanto à objetividade jurídica das normas legais eleitorais, ou seja, põe em relevo o objeto de ataque, o bem ou interesse tutelado pela norma penal: a) crimes contra a organização administrativa da justiça eleitoral; b) crimes contra os serviços da justiça eleitoral; c) crimes contra a fé pública eleitoral; d) crimes contra a propaganda eleitoral; e) crimes contra o sigilo e o exercício do voto; f) crimes contra os partidos políticos.

4 - CONCEITO DE CRIME ELEITORAL

Nossa legislação penal não define as espécies de ilícito penal: contravenção (ou crime-anão) e crime (ou delito).

⁴⁵ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000. p. 623.

⁴⁶ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000. p. 624.

⁴⁷ CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral*. 11. ed. São Paulo: EDIPRO, 2004. p. 275.

do, importante no sentido de garanti-lo e limitar o poder punitivo. É bem jurídico tudo aquilo que é importante para a sociedade, tutelado pelo Estado a fim de se proteger os princípios constitucionais que, *salvaguardam o indivíduo no sentido de sua participação igualitária na interação social*⁴².

Günther Jakobs⁴³ afirma que

un bien es una situación o hecho valorado positivamente. El concepto de citación se entiende, en este contexto, en sentido amplio, comprendiendo no sólo objetos (corporales y otros), sino también estados y procesos. Un bien llega a ser bien jurídico por el hecho de gozar de protección jurídica.

Urge, agora, diferenciar objeto de ação e objeto de proteção. No magistério de Everardo Luna, o objeto do crime diz-se material (objeto de ação) e jurídico (objeto de proteção), sendo este o bem jurídico, o interesse protegido pelo direito⁴⁴. O objeto material do delito é um dado positivo a ser tratado pelo direito, é uma pessoa ou coisa contida, explícita ou implicitamente na figura legal. Os crimes eleitorais têm como objetos materiais, portanto, o processo eleitoral.

O objeto jurídico é o objeto de ataque, sobre o qual recai a proteção da norma jurídica e que por isso depende de um juízo axiológico de ordem jurídica. É o bem ou interesse tutelado pela norma penal e, assim, particularmente, nas Leis Eleitorais, caberá a análise de cada tipo penal, portanto, para se determinar a objetividade jurídica dos mesmos.

⁴² KINDHAUSER, Urs. *Apud BRANDÃO, Claudio. Teoria Jurídica do Crime*. 1. ed. São Paulo: 2003. p. 09.

⁴³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción: Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Marillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 50.

⁴⁴ LUNA, Everardo. *Estrutura Jurídica do Crime*. Recife: Mousinho, 1958. p. 29 e ss.

São várias as classificações dadas aos delitos nas eleições, até porque o sistema penal da lei não autoriza a classificação uniforme desses crimes, não estabelecendo o Código Eleitoral nenhum critério, o que constitui interesse doutrinário. Segundo o jurista Fávila Ribeiro⁴⁵, a classificação dos delitos eleitorais,

tarefa que se revela sobretudo difícil dado que as categorias delituosas nem sempre se ajustam comodamente aos esquemas propostos, pois várias são as hipóteses que apresentam aspectos complexos, irradiando-se de uma para outra direção, tendo-se de determinar os pontos preponderantes.

O jurista⁴⁶ oferece, como modelo de classificação dos referidos tipos, em face dos valores predominantemente atingidos: lesivos a) à autenticidade do processo eleitoral; b) ao funcionamento do serviço eleitoral; c) à liberdade eleitoral; d) aos padrões éticos ou igualitários nas atividades eleitorais.

Joel J. Cândido⁴⁷ subdivide os delitos eleitorais quanto à objetividade jurídica das normas legais eleitorais, ou seja, põe em relevo o objeto de ataque, o bem ou interesse tutelado pela norma penal: a) crimes contra a organização administrativa da justiça eleitoral; b) crimes contra os serviços da justiça eleitoral; c) crimes contra a fé pública eleitoral; d) crimes contra a propaganda eleitoral; e) crimes contra o sigilo e o exercício do voto; f) crimes contra os partidos políticos.

4 - CONCEITO DE CRIME ELEITORAL

Nossa legislação penal não define as espécies de ilícito penal: contravenção (ou crime-anão) e crime (ou delito).

⁴⁵ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000. p. 623.

⁴⁶ RIBEIRO, Fávila. *Direito Eleitoral*. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2000. p. 624.

⁴⁷ CÂNDIDO, Joel J. *Direito Eleitoral*. 11. ed. São Paulo: EDIPRO, 2004. p. 275.

Coube à doutrina esclarecer o problema. A separação entre os ilícitos civis e os ilícitos penais, pondera Nelson Hungria⁴⁸, atendem a critérios de conveniência e oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço, porque o que pode ser crime hoje, amanhã pode não o ser, bem como o que nunca foi tipificado pelo legislador como crime ou contravenção penal poderá ser considerado objeto de repressão penal.

Tomemos, *a priori*, as definições de crime, dos gênios de três autores nordestinos. Tobias Barreto⁴⁹ define o crime como toda ação ofensiva do direito ameaçada com uma pena pública. Pinto Ferreira⁵⁰, por seu turno, ensina que o crime é a conduta anti-social, eticamente reprovável, punível por lei. E Cláudio Brandão⁵¹ sentencia que há duas formas de se conceituar o crime. Primeiro, criminologicamente (v.g. Ferri, Garofalo), utilizando uma lógica empírica, ou seja, à luz de um juízo de ser (*sein*), o que para o Penalista se demonstra inadequado para o estudo dos crimes em espécie, o que afastamos de plano, portanto. E há o conceito jurídico, realizado a partir de uma lógica normativa, isto é, à luz das normas jurídicas, num juízo de dever-ser (*sollein*), e que se subdivide quanto ao bem jurídico protegido (conceito jurídico substancial⁵²) e quanto aos elementos constantes na lei (conceito jurídico formal⁵³).

⁴⁸ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 315. v. IX.

⁴⁹ BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2000. p.

⁵⁰ FERREIRA, Pinto. *Código Eleitoral Comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 383.

⁵¹ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 1. ed. São Paulo: 2003, p. 05.

⁵² BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 1. ed. São Paulo: 2003, p. 06 a 10.

⁵³ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 1. ed. São Paulo: 2003, p. 10 a 14.

Tais são os ilícitos penais eleitorais. Segundo conceito de René Ariel Dotti⁵⁴ — *é todo crime que ofende a liberdade do voto direto e secreto como exercício da soberania popular*. São condutas injurídicas que afetam mais grave e diretamente o interesse público, no sentido de impedir ou turbar o regular desenvolvimento do processo eleitoral na consecução da soberania popular através do direito ao sufrágio, chancelando-as como não queridas pelo ordenamento jurídico a partir da cominação da severa sanção criminal: a pena. Os delitos eleitoral, portanto, são de maior entidade e reclamam a severidade da pena criminal e, pois, submissão do agente ao vexatório *strepitus iudicii*.

Logo, materialmente, temos que o crime eleitoral é a violação ou exposição a perigo da Administração Eleitoral, da fé pública eleitoral, da propaganda eleitoral, dos partidos políticos, e do sufrágio.

Hans Welzel⁵⁵ definiu o crime, como uma ação típica y "antijurídica", y susceptible de ser reprochada al autor como persona responsable, tiene que ser "culpable".

Formalmente, o crime eleitoral é o resultado de toda ação ou omissão reprovável prevista e descrita nas Leis Eleitorais — exigência do princípio liberal da legalidade penal⁵⁶: *nullum*

⁵⁴ DOTTI, René Ariel. *Reforma Eleitoral. Delitos Eleitorais e prestação de contas. Propostas do TSE*. Secretaria de Documentação e Informação: Brasília, 2005. p. 32. O eminente jurista é relator da subcomissão encarregada de promover a revisão e atualização das disposições sobre os crimes eleitorais e seu respectivo processo.

⁵⁵ La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son los tres elementos que convierten una acción en un delito. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Jurídica del Chile, 1997. p. 57.

⁵⁶ Nos diplomas penais, o princípio da legalidade somente foi introduzido no século XIX, e sua formulação científica ocorreu, em 1801, através da obra de Anselm von Feuerbach, que criou a seguinte fórmula: *nullum crimen,*

*crimen nulla poena sine lege*⁵⁷. Isto posto, somente são crimes os comportamentos perfeitamente enquadráveis em uma das hipóteses criminosas consignadas nos tipos penais da lei eleitoral.

4.1 – Sujeitos do Crime Eleitoral

O sujeito ativo do crime é aquele que realiza a conduta objeto da norma penal incriminadora, descrita ou proibida pela lei penal⁵⁸. É a pessoa física que pratica ação ou omissão típica, antijurídica e culpável que viole ou exponha a perigo bem jurídico, e sobre o qual recai a pena, consequência natural do crime.

Sujeito passivo, por seu turno, é o titular de um determinado bem ou interesse tutelado ou protegido pela norma penal que é violado ou ameaçado pelo fato punível⁵⁹. É a pessoa física ou jurídica que sofre a conduta delituosa e que, portanto, não pode ser simultaneamente agente, podendo ser imediato ou mediato.

Atendendo a classificação ora adotada, passemos, preliminarmente, aos crimes contra a organização administrativa da Justiça Eleitoral. Os ilícitos penais cometidos contra

nulla poena sine praevia lege. Nesse sentido, o Professor Teodomiro Noronha Cardozo leciona que, para Feuerbach, “toda combinação de pena tem como pressuposto uma lei penal (*nulla poena sine lege*). A imposição de pena está condicionada à existência de uma ação incriminada (*nulla poena sine crimine*) e o fato legalmente combinado (o pressuposto legal) está condicionado por uma pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). FEUERBACH, Anselm von. *Tratado de direito penal*. Trad. Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hamurabi S.R.L., 1989. p. 63, apud CARDOZO, Teodomiro Noronha. Dissertação de Mestrado. **Sentença Homologatória de Transação Penal: a despenalização no caso concreto**. UFPE, 2005. p. 101.

⁵⁷ Constituição Federal, de de 1988, art. 5º Omissão, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia combinação legal; Decreto-lei nº 2.848, de 1940, Código Penal Brasileiro, art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia combinação legal.

⁵⁸ ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal. Parte Geral**. 3. ed. Recife: Inojosa, 1977. p. 306 e 307. v. 1.

⁵⁹ Idem, p. 312. v. 1.

os órgãos eleitorais do art. 118, da CF, ofendem a administração eleitoral, sua organização e serviços, patrimônio e segurança, bem como a regularidade da votação, a licitude e a moralidade do processo eleitoral. Os agentes poderão ser qualquer pessoa física (arts. 305, 310, 311 e 340, do CE), os mesários (arts. 306, 310 e 318, do CE). Os sujeitos passivos imediatos (formais) serão o Estado, titular do bem jurídico “Administração Eleitoral”; sujeito passivo mediato (material), a coletividade, turbada no seu interesse de preservação e manutenção da moralidade eleitoral e da regularidade do processo eleitoral.

Os crimes que atentam contra os serviços da Justiça Eleitoral, a nosso sentir, podem ser incluídos na classificação anterior, constituindo-se meras subespécies dos crimes contra a Administração da Justiça Eleitoral. Essas condutas criminosas causam danos ou ameaçam de lesão os serviços de inscrição eleitoral, compreendendo esta o alistamento eleitoral que, segundo a lição de Joel Cândido constitui a qualificação do indivíduo perante a Justiça Eleitoral, viabilizando o exercício da soberania popular através do voto, consagrando-se, por conseguinte a cidadania⁶⁰. Igualmente, são objetos de ataque à tranquilidade e segurança dos serviços eleitoreiro, seus bens e a normalidade no funcionamento adequado e eficiente. Os sujeitos ativos desses crimes serão qualquer pessoa física (arts. 289, 290, 293, 296, 303, 304, 344, 346, 347, todos do CE e art. 11, incisos I, II, III e IV, da Lei nº 6.091/1974), somente o juiz eleitoral (arts. 291, 292, 343, do CE), o juiz eleitoral e os servidores da Justiça Eleitoral (arts. 345, 114, parágrafo único, do CE), o Ministério Público (art. 342, do CE), os mesários (art. 120, § 5º, do CE), os servidores do órgão oficial de imprensa (art. 341, do CE), os oficiais dos Cartórios e Registro Civil e seus funcionários (art. 17, § 3º, art. 47, § 4º, art. 68, § 2º, todos do CE) e candidatos (art. 11, inciso V e

⁶⁰ CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral**. 11. ed. São Paulo: EDIPRO, 2004, p. 77.

P.U. da Lei nº 6.091/1974). Os sujeitos passivos imediatos (formais) será o Estado, titular do bem jurídico "Administração Eleitoral"; vítima mediata (material), os eleitores, turbados no seu interesse de preservação e manutenção da probidade do processo eleitoral.

Os crimes contra a fé pública eleitoral estão disciplinados em tipos que protegem a lisura dos documentos e resultados do certame eleitoral, a boa ordem dos trabalhos de apuração e fiscalização do processo eleitoral, o direito de protesto das partes. Os agentes serão, via de regra, os juizes eleitorais e os membros das juntas eleitorais (art. 174, § 3º e art. 316, do CE), qualquer pessoa física (arts. 316, 348 e 354, do CE). As vítimas dessas ações típicas, antijurídicas e culpáveis são: imediatamente, o Estado, titular do bem jurídico "Administração Eleitoral"; vítimas mediatas os eleitores, candidatos e partidos políticos, turbados no seu interesse de manutenção e fiscalização do legal processo eleitoral. Enquadram-se, ainda nesse rol de delitos, os tipos constantes dos arts. 349, 350, 352 e 353, do CE. Joel Cândido diz que há absoluta identidade de tipo, respectivamente, com os arts. 298, 299, 300 e 304, do CP, diferenciando-se, todavia, a finalidade especial (eleitoral) daqueles⁶¹.

Nos delitos contra o sigilo e o exercício do voto temos, como objeto de tutela do Direito Penal Especial, o instrumento pelo qual o cidadão exerce o direito ao sufrágio: o voto, especialmente nos seus atributos constitucionais de liberdade e sigilo (art. 14, da CF). São sujeitos ativos dos delitos eleitorais qualquer pessoa física (arts. 295, 297, 298, 299, 301, 307, 309, 312, 317 e 339, todos do CE), os juizes eleitorais (art. 135, § 5º, do CE), os servidores públicos da Justiça Eleitoral (art. 300, do CE) e os mesários (art. 308, do CE). É sujeito passivo, imediato, o Estado, titular do bem jurídico "Administração Eleitoral"; vítimas mediatas os eleitores ante a tentativa ou dano

⁶¹ Idem, p. 295.

efetivo no seu interesse de resguardar o seu direito público subjetivo ao voto secreto, livre, igualitário e pessoal.

Por fim, quanto aos crimes cometidos ou tentados contra os partidos políticos. O objeto de ataque são os partidos políticos, pessoas jurídicas de Direito Privado, importantíssimas para existência e conservação de uma verdadeira Democracia⁶². A ação humana criminosa se dirige, pois, à formação, filiação, organização entre outros direitos constitucionalmente assegurados às agremiações políticas. Os sujeitos ativos dos delitos contra os partidos políticos podem ser qualquer pessoa (arts. 320 e 321, do CE), o eleitor (arts. 319 e 320, do CE) e, particularmente, no delito de preterição à prioridade postal, os empregados públicos da empresa de serviço postal nacional (art. 338, do CE). É sujeito passivo, imediato, o Estado, titular do bem jurídico "Administração Eleitoral"; vítimas mediatas os partidos políticos, candidatos e eleitores em face dos seus interesses e direitos constitucionais elevados à cláusula pétrea no art. 17, incisos I a IV e §§ 1º ao 4º, da CF.

A atividade criminosa poderá ser praticada por uma ou mais de uma pessoa⁶³. Pressupõe, dessarte, convergência de vontades para um fim comum, que é a realização do tipo penal, dispensando-se o acordo prévio entre os sujeitos, bastando que um saiba que participa da empresa delinqüente⁶⁴.

⁶² A tutela penal dos partidos políticos se justifica a partir da importância extraordinária que têm por "prepararem alternativas políticas indispensáveis à caracterização do Estado Democrático". DALLARI, Dulmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 167.

⁶³ Roque de Brito Alves ensina que o liame psicológico entre os delinqüentes é a possibilidade, com maior certeza ou segurança, do êxito da execução e consumação do crime e assegurar a impunidade da empreitada criminosa da atividade comum delituosa. ALVES, Roque de Brito. *Direito Penal. Parte Geral*. 3. ed. Recife: Inojosa, 1977. p. 498 e 499. v. 1.

⁶⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 185.

Não há como afastar a possibilidade do concurso de agentes na espécie de delito eleitoral, isto é, da co-autoria e da participação criminosa (*societas sceleris* ou *societas in crimine*), o que não é incomum, ao revés, é muitíssimo utilizado o concurso de pessoas para o sucesso da empreitada.

A regra geral do concurso de pessoas está definida no Código Penal, ao lado das circunstâncias incommunicáveis e dos casos de impunibilidade. Assim, *quem, de qualquer modo, concorre para o crime eleitoral incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade* (art. 29, do CP), *não se comunicando as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, se quando elementares do crime* (art. 30, do CP). *O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis se o crime não chega, pelo menos a ser tentado* (art. 31, do CP).

4.2 - ELEMENTO SUBJETIVO

Cumprir observar que o crime eleitoral, de acordo com a lei, só existe na modalidade dolosa, variando as penas conforme a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime⁶⁵. A lei federal não declarou, expressamente, em seu texto a punibilidade do crime eleitoral a título de culpa. Esta é a regra geral a ser seguida pelas leis especiais porque positivada no Código Penal Brasileiro: *salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente* (parágrafo único, art. 18, do CP).

Aníbal Bruno conceitua culpa como a prática voluntária, sem atenção ou o cuidado devido, de um ato do qual decorra um resultado definido na lei como crime, que não foi queri-

⁶⁵ Decreto-lei n° 2.848, de 1940, Código Penal Brasileiro, art. 59.

do nem previsto pelo agente, mas que era previsível⁶⁶. Logo, nessa modalidade menos grave, a punibilidade só é exigida quando a lei descrever como criminosa a ação (ou omissão) somente quista pelo agente e não também o resultado antijurídico, mas sobrevivendo este pela imponderação de sua conduta⁶⁷. Ninguém poderá ser condenado por crime eleitoral culposo, porque não existe expressa previsão, no Código Eleitoral e na legislação infraconstitucional a título de culpa. Todos os crimes lá capitulados, se cometidos, são dolosos uma vez que o agente quis o resultado (dolo direto) ou assumiu o risco de produzi-lo (dolo eventual).

4.3 - CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Quanto à consumação dos crimes eleitorais, não há dúvidas, é facilmente apreensível. Em relação à tentativa desses crimes há que se considerar cada tipo penal isoladamente.

Os crimes podem ser classificados quanto à sua completa realização, em tentados e consumados. Diz-se o crime consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal, e tentado é aquele em que se iniciou a execução, mas o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente⁶⁸. Zafaroni e Pierangeli⁶⁹ ensinam,

no delito doloso não se pune apenas a conduta que chega a realizar-se totalmente ou que produz o resultado típico, pois a lei prevê a punição da conduta que não chega a preencher

⁶⁶ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal. Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 80 a 84. Tomo 2°.

⁶⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 41. v. 1. Tomo 2.

⁶⁸ Decreto-lei n° 2.848, de 1940, Código Penal Brasileiro, art. 14 incisos I e II.

⁶⁹ ZAFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 698 e ss.

todos os elementos típicos, por permanecer numa etapa anterior de realização.

Hans Welzel⁷⁰ define a tentativa, *in verbis*,
es la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito (§ 43). El tipo objetivo no está plenamente cumplido en la tentativa. En cambio, el tipo subjetivo debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado.

Conclui o juriconsulto que, se basta para a consumação o dolo eventual, então basta, também, para a tentativa. Dessa forma, se não existe tentativa sem intenção criminosa, é forçoso concluir que toda tentativa é dolosa. A tentativa requer o dolo, sendo este o mesmo dolo do delito consumado.

Paulo José da Costa⁷¹ leciona que além das contravenções, os crimes culposos (não intencionais) e preterintencionais (além da intenção) não admitem a forma tentada. Tampouco pode ser vislumbrada nos crimes unissubsistentes (*qui uno actu perficiuntur*), que não permitem o fracionamento do momento executivo do delito, ao contrário dos crimes plurissubsistentes, onde a conduta se desdobra em vários atos.

Seguindo esse raciocínio, entendemos haver a possibilidade de um crime eleitoral doloso não se realizar completamente, ou seja, não terminar plenamente, falhar, porque não reuniu todos os elementos do tipo por circunstâncias alheias à vontade do agente, embora haja iniciada a execução.

⁷⁰ WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Rogue Depalma, 1956. p. 193.

⁷¹ COSTA Jr. Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 52.

A punição do crime tentado — salvo disposição em contrário — é a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços e, regra geral, não se pune quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime (tentativa inidônea ou crime impossível)⁷².

5 – PENA E PROCESSO PENAL NOS CRIMES ELEITORAIS

Os crimes eleitorais são sancionados por meio de penas privativas de liberdade (reclusão e detenção) ou apenas a pecuniária (multa). A fixação dos limites máximo e mínimo da pena corporal, bem como a patrimonial, estipuladas na parte geral do Código Eleitoral, é diversa daquela estabelecida na parte especial do Código Penal. Feltrin & Coltro⁷³ observam que,
diversamente do que ocorre com o Código Penal Comum, onde os limites de duração das penas mínimas e máximas vêm ao lado de cada figura típica na parte especial, o Código Eleitoral somente estabelece o máximo da pena cominada, seguindo-se as penas pecuniárias, estas sim, especificamente balizadas. Lá o máximo e o mínimo são diferentes para cada crime.

O Código Eleitoral assim estabelece art. 284 *Sempre que este Código não indicar o grau mínimo, entende-se que será ele de 15 (quinze) dias para a pena de detenção e de 01 (um) ano para a de reclusão.*

A questão que se impõe é saber qual a solução quando o magistrado prolator da sentença impor pena menor que

⁷² Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal Brasileiro, art. 14, parágrafo único e art. 17.

⁷³ FELTRIN, Sebastião Oscar e COLTRO, Antônio Carlos Mathias. In: FRANCO, Alberto Silva. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 545, Tomo 2.

a fixada no art. 284, do CE, quando o tipo na hipótese só prever a sanção máxima. Há divergências na jurisprudência. Os arestos dominantes sustentam a impossibilidade de ajustar a pena ao tipo, porque, havendo apenas recurso da defesa não pode o órgão *ad quem* anular a sentença e tampouco afeioar a pena à lei, porque implicaria em *reformatio in pejus* (v.g. TRESP, RC 105.157, Rel. Des. Eduardo Pereira Santos).

Para o Des. Antônio Carlos Alves Braga, a sentença condenatória que não atender a disposto no prefalado artigo, incorrerá em erro material, e a pena será considerada inexistente, não podendo prevalecer a ilegalidade. Não cabe a anulação da sentença *ex officio*, porque houve o processo regular, finalizado com a condenação. O Magistrado entende, com efeito, que não há reforma para pior, porque é caso de deixar a decisão consoante a lei, a qual balizou a pena entre um mínimo e um máximo, isto é caso de *adequatio*, igualar, conformar, atingir, nivelar a pena ao mínimo legal.

No que tange às regras de dosimetria e aplicação das penas, o Código Penal, diversamente do Eleitoral, traz uma parte específica sem seu texto, adotando o sistema trifásico, mas omitindo-se na quantidade que aumenta e diminui a pena. O Diploma Eleitoral estabeleceu previamente o *quantum* que agrava ou atenua a pena,

art. 285. Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre 1/5 (um quinto) e 1/3 (um terço), guardados os limites da pena cominada ao crime.

Feltrin & Coltro²⁴ asseguram que, à exceção do parágrafo único do art. 336, do CE, não se encontram nenhum

²⁴ FELTRIN, Sebastião Oscar; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. In: FRANCO, Alberto Silva. *Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 547. Tomo 2.

outro tipo penal, previamente estipulando as ditas circunstâncias, não afastando aquelas previstas no Código Penal (arts. 61 a 65, do CP).

A sanção pecuniária dos delitos eleitorais está previamente fixada em cada tipo penal do Código Eleitoral, dispondo o art. 286 sobre as regras básicas para o seu cálculo. Ressalte-se que, atualmente, o salário mínimo é um só para todo o país, não mais se falando em salário mínimo regional (*ex vi* da Lei nº 7.789, de 03 de setembro de 1989). Com efeito, deve-se aplicar, subsidiariamente, o disposto no CP, quanto a data de vigência do salário mínimo nacional (do dia o fato criminoso) e a sua correção (Taxa de Referência – Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991) – art. 49, §§ 1º e 2º; pagamento – art. 50, §§ 1º e 2º; conversão e revogação – art. 51; suspensão – art. 52; uma vez que o Código Eleitoral nada diz a respeito.

Os delitos na eleição são de ação penal pública²⁵ uma vez que o Estado é o sujeito passivo imediato da lesão ou ameaça de dano²⁶ (art. 355, CE). Na lição de Fernando da Costa Tourinho Filho²⁷, é a ação proposta pelo órgão ministerial sem que haja manifestação de vontade de quem quer que seja. Desde que provado o crime, quer a *parte objecti*, quer a *parte subjecti* o órgão ministerial deve promover a ação penal, sendo

²⁵ Mirabete observa que tal princípio foi positivado, na atual Constituição da República, que prevê como função da Instituição Ministerial promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (art. 129, inciso I, CF). “Com tal dispositivo, aboliu-se a possibilidade do procedimento *ex officio*, em que a titularidade era conferida ao próprio julgador ou à autoridade policial. Foi revogado, portanto, o art. 26, do CPP”. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 119.

²⁶ A Lei nº 8.699, de 27.08.1993, acrescentou o § 2º, ao art. 24, do CPP: “seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública”.

²⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 325. v. 1.

até irrelevante contraria manifestação de vontade do ofendido ou de quem quer que seja. Eugênio Pacelli de Oliveira⁷⁹ escreve que não se atribui ao *Parquet* qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal. O prazo para que seja oferecida a denúncia, em sede de crimes eleitorais, será de 10 (dez) dias, *ex vi* do art. 357, CE.

O Estado será a vítima imediata em face da conduta típica, antijurídica e culpável do agente, porque é a ordem jurídica constitucional imediatamente atacada, em especial os Direitos Políticos. Os interesses da ordem jurídica eleitoral são do Estado, inexistindo violação legal que não atinja a ordem pública tutelada por ele⁸⁰.

A ação penal privada subsidiária da pública inexistente nos crimes eleitorais, não se aplicando, supletivamente, os dispositivos do Código Processual Penal (arts. 100 a 108). Assim, o exercício da denúncia cabe ao Ministério Público Eleitoral porque ele é o titular da ação penal pública, único legitimado ao exercício, não cabendo queixa do ofendido ou do seu representante legal. Contudo, o art. 356, do CE, determina que todo cidadão que tiver conhecimento de ilícito penal eleitoral deve comunicá-lo ao Juiz da respectiva zona, quer seja representação escrita ou verbal — e, neste caso, será reduzida a termo e assinada pelo juiz, reclamante e duas testemunhas — sendo encaminhada ao Ministério Público, que determinará as diligências necessárias à formação da sua *opinio delicti*.

⁷⁹ A obrigatoriedade da ação penal, portanto, diz respeito à vinculação do órgão do Ministério Público ao seu convencimento acerca dos fatos investigados, ou seja, significa apenas ausência de discricionariedade quanto à conveniência ou oportunidade da ação penal. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. Minas Gerais: Del Rey, 2004. p. 103.

⁸⁰ CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral*. 11. ed. São Paulo: EDIPRO, 2004. p. 340.

Isto posto, nas eleições para Presidente da República, as ações criminais serão propostas pelo Procurador Geral Eleitoral perante o Tribunal Superior Eleitoral; nas eleições para Governador e Deputado Estaduais ou Deputado e Senador Federais, caberá aos Procuradores Regionais Eleitorais, perante os Tribunais Regionais Eleitorais; nas eleições municipais — Prefeito e Vereadores — ao Promotor de Justiça Eleitoral caberá impulsionar a persecução penal⁸⁰.

Ainda segundo o Código Eleitoral, no art. 364, aplica-se supletivamente o Código de Processo Penal. Assim, no tocante à rejeição da denúncia incide o art. 43, do CPP. Também a prova testemunhal — como o Código Eleitoral não prevê regulação — temos as normas insculpidas, no Código Adjetivo, incidentes no procedimento em comento. Logo, nos crimes punidos com reclusão, cada parte apresentará rol de até 08 (oito) testemunhas; em crime punido com detenção, 05 (cinco); nas contravenções penais, 03 (três).

Oferecida e recebida a denúncia, o acusado será citado para, querendo, contestar em 10 (dias), facultado requerer diligências⁸¹, juntar documentos e rol de testemunhas. Guerreada a exordial, ou transposto o prazo *in albis*, o juiz marcará audiência de instrução para oitiva das testemunhas, determinará, de ofício, ou a requerimento, as diligências importantes. Não há interrogatório. Após,

⁸⁰ Nesse sentido, o Egrégio Tribunal Superior Eleitoral: *As infrações penais definidas no Código Eleitoral são de ação pública. Não fica o Ministério Público, para promover a ação penal, na dependência de comunicação do delito por terceiros. Não se configura ausência de justa causa quando a denúncia bem descreve o fato típico, classificável como crime.* (TSE, Acórdão nº 5.441, BE nº 266, p. 1.185).

⁸¹ No acertado magistério de F. C. Tourinho Filho, não apenas o Ministério Público poderá requisitar diligências, mas cabível, do mesmo modo, ao acusado esse instrumento de defesa, posto que, ao revés, "ficaria lesionada a regra da igualdade das partes, contrário lógico do princípio constitucional do contraditório". FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Processo Penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 170. v. 4.

abre vistas à acusação e à defesa, cada qual em 05 (cinco) dias, para oferecimento das alegações finais. Ao final, serão os autos conclusos ao Magistrado, para proferir sentença em 10 (dez) dias.

Quanto aos recursos, a Carta Magna dispõe que, em regra, são irrecorríveis as decisões do TSE. As exceções são aqueles acórdãos e decisões contrários à norma constitucional e os denegatórios de *Habeas Corpus* e Mandado de Segurança (§3º, art. 121, CF). As decisões dos TRE's só serão impugnadas face à ocorrência das hipóteses do §4º, do art. 121, da CF. Para a matéria recursal também deve ser observado, subsidiariamente, o CPP. Cabível, dessarte, recurso em sentido estrito (art. 581), apelação criminal (art. 593), embargos infringentes e de nulidade (P.U. do art. 609), embargos declaratórios (art. 619), carta testemunhável (art. 639). Igualmente, inafastável as ações de revisão criminal (art. 621) e de *Habeas Corpus* (art. 647, todos do CPP e art. 5º, inciso LXVIII, da CF).

CONCLUSÃO

a) Em face da autonomia legislativa, só as leis federais relativas à eleição cabem tratar dos delitos dessa espécie, porque há manipulação de princípios e conceitos do procedimento eleitoral no que pertine ao Direito Eleitoral.

b) Sobre a natureza jurídica dos delitos na eleição, defendemos a tese de que eles constituem crimes contra a Administração da Eleição, em especial aos princípios da moralidade e da probidade eleitorais, do regular e eficiente processo eleitoral. Eis os verdadeiros bens jurídicos protegidos pelo Estado em face desses delitos. Portanto, compete ao Direito Penal estudar o fenômeno dos delitos eleitorais, reprimir e prevenir o crime, intimidar e ressocializar o agente.

c) O crime eleitoral é infração penal política porque, além de violar ou atentar contra o direito político do cidadão, é uma ameaça ou lesão ao próprio Estado Democrático de

Direito. Materialmente, é a violação ou exposição a perigo da Administração Eleitoral, da fé pública eleitoral, da propaganda eleitoral, dos partidos políticos, e do sufrágio. Formalmente, o crime eleitoral é o resultado de toda ação ou omissão reprovável prevista e descrita nas Leis eleitorais.

d) Quanto à classificação dos delitos nas eleições, o sistema penal da lei não autoriza a classificação uniforme desses crimes, porque pluri-ofensivos, não estabelecendo o Código Eleitoral nenhum critério.

e) O crime eleitoral é de estrutura complexa, admitindo-se tanto a modalidade consumada quanto tentada. Entendemos ser possível essa espécie delituosa, dolosa e plurissubsistente, não se realizar completamente, ou seja, não terminar plenamente, falhar, porque não reuniu todos os elementos do tipo, por circunstâncias alheias à vontade do agente, embora haja iniciada a execução.

f) O Diploma Eleitoral Federal não declarou, expressamente, em seu texto, a punibilidade do crime eleitoral a título de culpa — portanto, admitem-se apenas os delitos dolosos na eleição.

g) Quanto à ação penal, os delitos eleitorais são sempre de ação penal pública incondicionada e nunca caberá a ação penal privada. O Estado é o sujeito passivo imediato da lesão ou ameaça de dano, sendo a denúncia exclusiva do Ministério Público Eleitoral porque ele é o titular da ação penal pública, único legitimado ao seu exercício. Aplicado, supletivamente, o Código de Processo Penal nos crimes eleitorais (v.g. rejeição da denúncia, prova testemunhal, recursos, etc.).

h) Os ilícitos penais na eleição, indiscutivelmente, estão inclusos na criminalidade moderna, que atentam contra a os serviços da Justiça Eleitoral e outros direitos eleitorais positivados no presente Estado Democrático de Direito. Devem, portanto, ser disciplinados pelo Direito Penal Eleitoral, porque possui resposta eficiente e segura, no sentido de se proteger a normalidade funcional, probidade, prestígio,

incolumidade, decoro e o patrimônio da Administração Eleitoral.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Direito Penal**. Parte Geral. 3. ed. Recife: Inojosa, 1977. v. 1.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. 1. ed. São Paulo: Bookseller, 2000.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. Tomo II.

CARDOZO, Teodomiro Noronha. Dissertação de Mestrado. **Sentença Homologatória de Transação Penal: a despenalização no caso concreto**. UFPE, 2005.

CANDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: EDIPRO, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA JR. Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Reforma Eleitoral. Delitos Eleitorais e prestação de contas. Propostas do TSE**. Secretaria de Documentação e Informação: Brasília, 2005.

FELTRIN, Sebastião Oscar; COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Eleitoral**. In: FRANCO, Alberto Silva. **Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Tomo 2.

FERNANDES, Leonardo de Medeiros. **Os crimes falenciais na evolução legislativa brasileira**. Revista da ESMape. Recife, n. 22, p. 451-494, jul./dez. 2005.

_____. **Os crimes e as penas na licitação e contratação**. Boletim de Licitação e Contratação. BLC. NDJ. São Paulo, n. 11, p. 777 a 787, nov. 2005.

FERREIRA, Pinto. **Código Eleitoral Comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Especial. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v.2

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v.1, Tomo I.

_____. **Comentários ao Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v. 1, Tomo II

_____. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 9.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General**. Trad.: Joaquin Cuello Contreras, Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JARDIM, Torquato. **Direito Eleitoral Positivo**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições Brasileiras: 1946**. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 5.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura Jurídica do Crime**. Recife: Mousinho, 1958.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1986. v. 4.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições Brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 1.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Pena**. 3. ed. Minas Gerais: Del Rey, 2004.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 3.

PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras: 1937**. Brasília: Senado Federal, 2001. v. 4.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal. Introdução Crítica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, Fávila. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. **Pressupostos Constitucionais do Direito Eleitoral. No Caminho da Sociedade Participativa**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1990.

SCHNEIDER, Jeferson. **A Justiça Eleitoral e sua Reforma Constitucional**. Disponível em: <http://www.mt.trf1.gov.br/judice/jud8/just_ref.htm>. Acesso em: 12.09.2006.

SILVA, Antônio José da Costa. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Prefácio de Félix Fischer. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004. v. 1.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

SOARES, Oscar de Macedo. **Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil**. Prefácio de Félix Fischer. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2004.

STOCCO, Rui. **Legislação Eleitoral Interpretada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TINOCO, Antônio Luiz Ferreira. **Código Criminal do Império do Brasil Annotado**. ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal Aleman. Parte General**. 11. ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

_____. **Derecho Penal – Parte General**. Trad. Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

ZAFARONI, Raul Eugênio e José Henrique Pierangeli. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. 2. ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

UMA ANÁLISE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO BRASIL À LUZ DA REFORMA DO JUDICIÁRIO E DA LEI DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS ("PPPS")

Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme
Advogado, sócio de Almeida Guilherme Advogados Associados, Professor do Mackenzie e da PUC, Mestre em Direito pela PUC-SP, Doutorando pela FDUSP, Conselheiro do Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentina Brasileira de São Paulo ("CCAB"). Autor do livro: *Arbitragem* lançado pela *Quartier Latin* e coordenador do livro: *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil* lançado pela *Fiuza Editores*.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO. 2 – ARBITRAGEM E SEU USO POR EMPRESAS DO SETOR PÚBLICO. 2.1 – Arbitragem e litígios administrativos. 2.1.1 – A Lei 8.666/1993. 2.1.2 – Lei nº 8.987/1995. 2.1.3 – A Lei Nº 9.307/96. 2.2 – A Emenda Nº 45 – A Reforma Do Judiciário. 2.3. – LEI Nº 11.079/2004 – PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. 3 – CONCLUSÕES.

Recorrer à arbitragem, portanto, significa muito mais do que escolher um caminho facilitado e mais rápido para uma solução. É uma das rotas na edificação de uma verdadeira

cidadania, praxe que só agora o Brasil passa a enfrentar de forma consciente e consistente.

(José Renato Nalini¹)

1 - INTRODUÇÃO²

Na nova ordem global, os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais como a também condicioná-los. O Direito positivo e os conceitos jurídicos construídos pela tradição dogmática, tais como soberania, legalidade, validade, hierarquia das leis, segurança e certeza jurídicas etc., não são mais adequados para operar os problemas suscitados. A soberania e a centralização normativa levada a cabo pelo Estado-Nação são colocadas em cheque pela formação de um centro de poder que se afirma como mercado transnacional. Também a própria idéia de Constituição-Dirigente parece sofrer revisão. A Constituição vem perdendo seu estatuto de norma fundamental e centro emanador do ordenamento jurídico, tendência comprovada empiricamente pelo crescente esvaziamento da força normativa dos textos constitucionais perante os novos esquemas regulatórios e as novas formas organizacionais e institucionais supranacionais, conforme preleciona o Professor José Eduardo Faria em sua tese de titularidade defendida na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Veja que a Constituição de 1.988 já foi emendada 51 vezes, sendo 45 Emendas Constitucionais e 6 Emendas de Revisão.

¹ NALINI, José Renato. Ética na Arbitragem. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza Editores, s.d., p. 237 e ss.

² Com base no artigo GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A atuação do advogado no mundo globalizado. *Gazeta Mercantil* de 26.12.2004, p. 01 do Caderno Legal & Jurisprudência.

Na medida em que a interpenetração das estruturas empresariais, a interconexão dos sistemas financeiros e a formação dos grandes blocos comerciais regionais se convertem em efetivo centro de poder e o sistema político deixa de ser o 'locus' natural de organização da sociedade por ela própria. Em vez de uma ordem 'soberanamente produzida', o que se passa a ter é uma ordem 'recebida' dos agentes econômicos. A política acaba sendo substituída pelo mercado e a "lex mercatória" vai ocupando o lugar das normas de direito positivo, a adjudicação é trocada pelos procedimentos de mediação, conciliação e arbitragem.

2 - ARBITRAGEM E SEU USO POR EMPRESAS DO SETOR PÚBLICO

Dinorá Grotti³, neste mesmo diapasão, preleciona: "com a globalização e a redefinição do papel do Estado, baseado no princípio da subsidiaridade, o momento consenso-negociação entre poder público e particulares, mesmo informal, ganha relevo no processo de identificação e definição de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. O estabelecimento dos primeiros deixa de ser monopólio do Estado, para prolongar-se num espaço do público não-estatal, acarretando com isso uma proliferação dos chamados entes intermediários; há uma redução da imposição unilateral e autoritária de decisões para valorizar a participação dos administrados quanto à formação da conduta administrativa. A Administração passa a assumir o papel de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Disto decorre uma nova maneira de

³ GROTTI, Dinorá. A arbitragem e a Administração Pública. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza Editores, 2004. p. 145.

agir focada sobre o ato como atividade aberta à colaboração dos indivíduos.

Portanto, paralelamente à implementação das mudanças constitucionais e legais sofridas pelo Estado brasileiro e diante da mudança das relações na sociedade, os meios alternativos de solução de litígios têm se difundido, estimulando-se o uso da mediação, da conciliação e da arbitragem, que se inserem num contexto mais amplo de realização da Justiça. Na verdade, são formas que se filiam ao mesmo fundamento do princípio da autonomia da vontade, tendo por finalidade a resolução extrajudicial do conflito. Os três modos consensuais de solução de controvérsias não se confundem e não se excluem, mas, ao contrário, se completam e podem ser adotados em seqüência."

Em 2.004, atendendo a pressão do mercado, o ordenamento brasileiro inclui duas novas leis (Emenda Constitucional nº45 e Lei nº11.079/2004), que permitem o uso da arbitragem por empresas do setor público, com isso, o país ingressa cada vez mais em um Mundo globalizado, onde a tendência é aumentar a importação e a exportação, tornando-se mais atrativo ao investidor estrangeiro.

A arbitragem, portanto, aparece como a grande solução para os investidores estrangeiros e para ajudar na captação de recursos estrangeiros, já que o Judiciário estagnado com tantos recursos processuais, não supre as exigências do mercado globalizado.

2.1- Arbitragem e litígios administrativos

Faremos um breve histórico da legislação que admite o uso da arbitragem nos litígios administrativos antes de ingressar propriamente no tema central do trabalho, ou seja, a análise da Emenda Constitucional nº45 e Lei nº11.079/2004, conhecida como a lei que institui normas gerais para licitação

e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

2.1.1 - A LEI 8.666/1993

Em 1.993, a Lei 8.666⁴, a qual disciplina o regime geral das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras e serviços, em seu artigo 55 preceitua: "são cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

§2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no §6º do art. 32 desta Lei."

E, ainda, o "art. 32 (...)

§6º - O disposto no parágrafo 4º deste artigo, no parágrafo 1º do art. 33 e no parágrafo 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior."

⁴ Vide: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. Quartier Latin: São Paulo, 2003. p. 162 e ss.

Em conseqüência, preleciona a Professora Dinorá Adelaide Musetti Grotti⁵ que: o Tribunal de Contas da União, instado a se pronunciar, em consulta formulada pelo Ministério de Minas e Energia, inicialmente considerou inadmissível a utilização do juízo arbitral em contratos administrativos por falta de autorização legal e ofensa aos princípios básicos de direito público (TC 008.217/93-9, Plenário, rel. Min. Homero Santos, Decisão 286/93, Ata 29/93, DOU de 04-08-93, p. 11.192- grifamos). Centrou a questão à luz do Decreto-lei nº 2.300/86 (que regia as licitações e contratos da Administração Federal), cujo parágrafo único do art. 45, permitia o juízo arbitral apenas nos casos de contratação referidos no § 13 do art. 25 do mesmo Decreto-lei, quando o contratado fosse pessoa física ou jurídica domiciliada no estrangeiro. Registrou que a Lei nº 8.666/93, que revogou o Decreto-lei nº 2.300/86, cujos § 6º do art. 32 e § 2º do art. 55 guardam correlação, respectivamente, com os citados § 13 do art. 25 e parágrafo único do art. 45 do Estatuto revogado, não repetiu lhes o exato teor, deixando de admitir expressamente até mesmo aquela hipótese de juízo arbitral contemplada anteriormente.

Entendeu aquela Corte que os árbitros não tinham competência para decidir sobre contratos administrativos internos, na falta de autorização legal específica, fundando-se em uma série de princípios de direito público, dentre eles: "a) o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração; c) o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; d) o do controle administrativo ou tutela; e) o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem".

Adite-se que, pelo art. 54 da Lei 8.666/93, os contratos administrativos regem-se pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado, o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais,

⁵ GROTTI, Dinorá. Op. Cit.

tais, tal como salientado no voto da lavra da então Desembargadora Nancy Andrighi, atual Ministra do STJ, no acórdão emanado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no Mandado de Segurança nº 1998002003066-9, j. 18-05-99, v.u., DJU 18-08-99, p. 44.

2.1.2 - Lei nº 8.987/1995

Posteriormente, a Lei Federal nº 8.987, de 13-02-1995, dispondo especificamente sobre os contratos de concessão e de permissão de serviços públicos, em seu artigo 23, elenca, entre as cláusulas essenciais do contrato, no inciso XV, as relativas "ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais", dando liberdade de escolha para a que melhor atenda aos interesses em jogo no objeto da concessão e ampliando e esclarecendo o previsto no art. 54 da lei 8.666/93. Antes desse diploma federal, a Lei do Estado do Rio de Janeiro nº 1.481, de 21-07-89, em seu art. 5º, § 2º, continha a previsão expressa de juízo arbitral como solução consensual de controvérsias administrativas. Em igual sentido, a Lei paulista nº 7.835, de 08-05-82, admite, em seu art. 8º, nº XXI, a solução amigável de controvérsias.

Depois do advento da legislação de concessões e permissões, o Tribunal de Contas (TC nº 006.098/93-2, Plenário, rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, Decisão nº 188/95, Plenário, Ata 18/95, DOU de 22-05-95, p. 7.277, em que eram interessados o DNER e o Consórcio Andrade Gutierrez/Camargo Correa), reexaminando entendimento anterior, passou a admitir a arbitragem, desde que as cláusulas que sejam julgadas pelos árbitros não ofendam estritamente o princípio da legalidade e o da indisponibilidade do interesse público, tendo em vista que esses princípios não pertencem aos direitos disponíveis e, por conseguinte, ficam fora do juízo arbitral.

2.1.3 - A Lei nº 9.307/96

A lei de arbitragem entrou em vigor em 23 de Novembro de 1996, decorrente do Projeto de Lei do Senado Federal

nº78, de 1.992, o qual tem como autor o então Senador Marco Maciel. Verifica-se que para a elaboração do Projeto tinham sido consultadas as mais modernas leis, e foram levadas em conta as diretrizes da comunidade internacional, em especial as fixadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) na Lei Modelo sobre Arbitragem Internacional formulada pela *United Nations Commission on International Law (UNCITRAL)* e a Convenção para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras firmada em Nova York, em 1.958⁶, e, por fim, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial firmada no Panamá.

A lei de arbitragem é um diploma dinâmico, enxuto e atual, a qual surge como ponto de partida para a prática da arbitragem no Brasil. Ademais a prática de arbitragem traz bons exemplos de Justiça e economia para as partes.

Divergências existem sobre a possibilidade de sua adoção em questões em que a Administração Pública seja parte. A Lei da arbitragem a ela não se refere. Restringe-se a definir o seu âmbito como meio de opção em relações patrimoniais entre pessoas capazes de contratar, conforme dispõe o art. 1º: *As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.*

⁶ Em Julho de 2002 foi promulgado o Decreto nº4.311/2002, o qual garante que os laudos arbitrais com partes brasileiras serão executados sem transtorno jurídico tanto no país quanto em território estrangeiro. A promulgação do acordo vem com atraso de 40 anos: a Convenção de Nova York foi firmada em 1959, no âmbito da ONU, e já foi assinada por 131 países. O ingresso do Brasil passa a valer internacionalmente em 5 de setembro, 90 dias após a data do depósito da ratificação na ONU, em 7 de junho. Este Decreto garante a eficácia da Convenção de Nova York. Note-se que a Lei nº9.307/96 incorporou os princípios da Convenção de Nova York em seu capítulo VI, o qual reconhece a execução das decisões arbitrais proferidas em países estrangeiros, sem a necessidade de homologação pelo Judiciário do país de origem. O Decreto simplesmente é utilizado para dar vigência a esta Convenção na esfera nacional. Esta adesão possibilita, também, que as decisões proferidas no Brasil sejam executadas no exterior sem problemas.

2.2 - A Emenda nº45 - A Reforma do Judiciário

A Lei nº9.307/96 reza que o objeto da arbitragem são litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme verificamos acima.

Argumentavam alguns que, antes da Emenda, mas diante dos princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade dos interesses públicos⁷ e dos instrumentos destinados à defesa dos interesses públicos, a Administração Pública, ao contratar, não poderia abrir mão da possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, por franco desrespeito às regras constitucionais dos direitos e garantias individuais (art. 5º, incisos XXXV, LXIX, LXX e LXXIII)⁸. Outros ainda entendem que a arbitragem afrontaria o princípio constitucional da legalidade, dado que na arbitragem é possível que a solução do conflito seja feita por equidade, à margem do respeito estrito às normas legais. Afirmam outros que o sigilo (o objeto da controvérsia fica limitado ao conhecimento das partes) é incompatível com o princípio da publicidade nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, conforme verificou com propriedade a Professora Dinorá Grotti⁹.

Apesar dos questionamentos existentes, é indubitável que a complexidade técnica e a especificidade dos conflitos entre as partes nas concessões requer uma celeridade incompatível com a obrigatoriedade de recurso ao Poder Judiciário como única alternativa: o procedimento arbitral é extremamente rápido se comparado com o procedimento de uma

⁷ Nesse sentido: Dora Maria de Oliveira Ramos. Da impossibilidade de uso da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista Licitar*, São Paulo, n. 4, p. 23-28, out./1997 "apud" Dinorá Grotti. Op. Cit.

⁸ PIETRO, Maria Sílvia Zanella Di. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 141-142. "apud" Dinorá Grotti. op. Cit.

⁹ GROTTI, Dinorá. Op. Cit.

ação proposta perante o Poder Judiciário. Caracteriza-se também a arbitragem pela especialidade, ou seja, pelo conhecimento técnico e científico que se exige do árbitro para o deslinde da questão - daí a arbitragem ser chamada, algumas vezes, de justiça técnica¹⁰; por produzir um laudo (ou sentença) definitivo, com eficácia vinculativa, suscetível de execução; por ser consensual, ou seja, fruto do acordo entre as partes.

A Emenda nº45 traz à tona o inciso LXXVIII ao art. 5º quando dispõe: "*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.*"

Dentro deste novo enfoque de meios que garantam a celeridade de sua tramitação, faz com que os meios de soluções de controvérsias sejam uma alternativa ao Judiciário, seja pela celeridade, seja pela especificidade dos conflitos ou pela complexidade técnica.

Adilson Abreu Dallari¹¹, já alertava sobre "*uma disciplina específica das arbitragens aplicadas aos contratos administrativos, com utilização apenas subsidiária dos Códigos existentes*", afasta os óbices normalmente invocados para a adoção da arbitragem para as relações contratuais de direito público, ressaltando que:

1) ao optar pela arbitragem, o contratante público não está transgindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. [...] O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei, e se confunde

¹⁰ MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 178, "apud" Dinora Grotti, *Op. Cit.*

¹¹ DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.13, pp. 5-10, 1996.

com a realização concreta da Justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública. 2) A lei instituidora ou disciplinadora da arbitragem nos contratos administrativos não está vedando o acesso ao Poder Judiciário, mas, sim, apenas, proporcionando uma alternativa, que pode ser utilizada com maior ou menor intensidade, para certas espécies de conflitos (por exemplo, questões técnicas ou econômicas. [...]).

3) A possibilidade de solução dos conflitos pelo critério da equidade é uma simples faculdade, que pode existir ou não nas arbitragens envolvendo exclusivamente particulares [...], mas que não pode ser aplicada aos contratos administrativos.

Pondera que o juízo arbitral, ainda, se compatibiliza com atos de gestão de empresa estatal que se dedique à exploração de atividade econômica na qual, nos termos da Constituição de 1988, art. 173, § 1º, prevalece o regime jurídico próprio das empresas privadas.

A Emenda Constitucional nº45/2004 alterou o art. 114 da Constituição Federal, relacionado à Justiça do Trabalho, já que para o investidor estrangeiro um dos maiores problemas do Brasil é a morosidade e a complexidade da Justiça trabalhista.

Art. 114 - Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
(...)

§2º *Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.*

O direito do trabalho na visão de Alexandre Motonaga¹² "corresponde ao conjunto de normas e princípios que tem como objetivo garantir e preservar direitos mínimos dos trabalhadores, sendo que essa relação com o empregador caracteriza-se por ser desigual, ou seja, o trabalhador é o elo mais fraco."

Mesmo assim, a Justiça do Trabalho tem se caracterizado por prestigiar a negociação, o acordo, o entendimento entre trabalhadores e empregadores, tanto que em 2.001 foi introduzida a Lei nº 9.958, tendo por objeto as Comissões de Conciliação Prévias - "CCPs".

Com isso, entendemos que seja a negociação, seja a conciliação ou a arbitragem representa uma evolução jurídica positivista no sentido de colocar o Brasil em lugar de destaque mundial quando se fala em normas trabalhistas.

2.3 - Lei nº 11.079/2004 - Parceria Público-privada

Com o processo de globalização, que resultou em um intenso intercâmbio entre os países, tanto de pessoas como de divisas, cada vez mais o investimento vem adquirindo uma crescente importância no cenário internacional. Seguindo a tendência mundial, o Brasil, com a nova Lei de Parceria Público-Privada, abriu sua economia para poder receber investimentos externos. Assim, quanto mais desenvolvida foi se tornando a economia brasileira, mais ativo e atraente se tornou seu mercado, e para isso necessário se faz a utilização da arbitragem.

¹² MOTONAGA, Alexandre. *As Comissões de Conciliação Prévias e sua inserção no direito do trabalho*. IN: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza Editores, 2004. p. 31 e ss.

Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, mas analisaremos somente a arbitragem como meio de solução de controvérsia no caso de algum litígio dentro deste escopo.

O artigo 11, inciso III dispõe: "o instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei (...)

III - o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato."

Já a Lei 9.307/96 dispõe em seu artigo primeiro: as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Em suma, a Lei nº 11.079/2004 cuida de viabilizar investimentos externos no Brasil, oferecendo como garantias bens públicos, sendo que a União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto de parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios, conforme dispõe o artigo 28 da Lei.

A arbitragem, ou seja, a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados, o julgamento de seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, continua sendo um instituto desconhecido por grande parte da sociedade brasileira. Porém, não almeja a

arbitragem substituir a jurisdição normal. Ela é apenas um sucedâneo da Justiça em certas áreas, como no mercado financeiro, contratos internacionais, nas parcerias público-privadas, por exemplo, por serem os árbitros especialistas nestas áreas tão específicas, trazendo maior rapidez à solução do litígio e, por fim, dando maior transparência ao investidor. Ou seja, a arbitragem acaba dando maior fluidez aos investimentos externos.

3 - CONCLUSÕES

1. A entrada em vigor da Lei de arbitragem (Lei nº 9.307/96) e da Lei das Parcerias Público-Privada (Lei nº 11.079/2004) reacendeu as discussões acerca da viabilidade do uso, pelos órgãos da administração pública, de formas amigáveis de solução de divergências contratuais.

2. O direito brasileiro autoriza as pessoas capazes de contratar a valerem-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (Lei nº 9.307/96, art. 1º). Não se refere, porém, à possibilidade de arbitragem em questões em que a Administração Pública seja parte.

3. O princípio da indisponibilidade do interesse público repele o compromisso arbitral; há um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem apresenta-se como alternativa ao litígio judicial, podendo ser um instrumento extremamente útil para garantir a regularidade na execução dos contratos.

4. Importa ainda destacar que a arbitragem é meio de composição de controvérsias instaladas apenas entre as partes do contrato, não se encontrando à disposição de terceiros que, julgando-se prejudicados, poderão recorrer ao Judiciário para defesa de seus direitos e interesses, conforme reza o "caput"

do artigo 25 da Lei 9.307/96 – *sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.*

5. As novas leis dão disciplina ao instituto da arbitragem, mas se esquecem de detalhar o procedimento arbitral, que deverá respeitar a Lei 9.307/96.

4 - REFERÊNCIAS

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 13, São Paulo.

GROTTI, Dinorá. A arbitragem e a Administração Pública. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. Quartier Latin: São Paulo, 2003.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A atuação do advogado no mundo globalizado. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 26.12.2004, p. 01 do Caderno Legal & Jurisprudência.

MOTONAGA, Alexandre. As Comissões de Conciliação Prévia e sua inserção no direito do trabalho. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

NALINI, José Renato. *Ética na Arbitragem*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil*. São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

POR UMA VISÃO DIALÉTICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Marcelo Casseb Continentino

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Pesquisa "Sociedade, Tempo e Direito". Procurador do Estado de Pernambuco. Ex-Advogado da União, com exercício no gabinete do Advogado-Geral da União, em Brasília

SUMÁRIO

1 - PALAVRAS INICIAIS. 2 - O RETORNO ÀS ORIGENS: O DIREITO E SUA FINALIDADE (SIAM QUIQUE TRIBUERE). 3 - O (RE)ENCONTRO ENTRE O DIREITO CLÁSSICO/ROMANO E O DIREITO PÓS-MODERNO: A SUBUMAÇÃO DA JUSTIÇA COMO FINALIDADE DO DIREITO. 4 - UM CORTE METODOLÓGICO NO PRESENTE TRABALHO: O OLHAR ATENTO E INAFSTÁVEL SOBRE OS FATOS. 5 - O DIREITO TRIBUTÁRIO COMO VÍTIMA DA SISTEMATIZAÇÃO E TECNIZAÇÃO INDISCRIMINADAS: POR UMA TENTATIVA DE RESGATE DA DIALÉTICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO. 5.1 - O princípio da não-confiscatoriedade e as multas tributárias. 5.2 - A não-confiscatoriedade como questão eminentemente dialética. 6 - À GUIZA DE CONCLUSÃO. 7 - REFERÊNCIAS

1 - PALAVRAS INICIAIS

O trabalho tem por objetivo o exame do princípio constitucional tributário da não-confiscatoriedade. Dada a natureza dessa norma e considerando a metodologia essencialmente dialética do Direito, será investigada uma forma de aplica-

ção e de concretização da norma que veda a utilização de tributo com efeito de confisco.

A fim de atingir o desiderato proposto, iniciar-se-á por considerações de ordem filosófica que procurarão, dentro do objetivo aqui fixado, responder a seguinte pergunta: *qual o fim do Direito?* A importância de indagar-se sobre a finalidade do Direito reside na estreita dependência entre interpretação das normas jurídicas e a concepção do direito, pois, como lembra Michel Villey (Cf. 1977, p. 30), somente através da filosofia do direito, pode-se alcançar o fenômeno jurídico em toda sua amplitude e discernir suas fontes e métodos de aplicação.

Nesse sentido, entende-se que as lições de Aristóteles sobre a filosofia do direito, especialmente aquelas consignadas no Capítulo V, de *Ética a Nicômaco*, constituem um bom ponto de partida para iniciar as considerações que seguem.

2 - O RETORNO ÀS ORIGENS: O DIREITO E SUA FINALIDADE (SUUM CUIQUE TRIBUERE)

José Souto Maior Borges (Cf. 1996, p. 15/17), em obra fundamental para a teoria do Direito, alerta para a necessidade do retorno às origens como forma de pensamento autêntico (e autenticamente moderno). Nessa postura, retoma o pensamento greco-romano (Aristóteles, Ulpiano, Cicero, Celso, Tomás de Aquino) para resgatar as tradições romanísticas do Direito. Mas o retorno às origens não significa, não deve significar, um simples retrocesso na ciência jurídica, tampouco mera subserviência à tradição ou, ainda, "comportamento" exclusivo do Direito. Veja-se que em outros ramos do conhecimento ocorre o mesmo: na literatura, as escolas sucederam-se, retomando alternativamente o subjetivismo e o classicismo (barroco x neoclassicismo x romantismo x parnasianismo/naturalismo/realismo x simbolismo), sempre se manifestando de forma dispar, em situação de constante superação (cada

fase supera a passada, ressuscitando inovadoramente a anterior a esta), e não de negação total, essa sim correspondente a uma verdadeira regressão.

No retorno ao Direito clássico, ao pensamento clássico, chega-se à definição primeira do Direito, a Aristóteles, o provável fundador da filosofia do direito no sentir de Michel Villey (Cf. 1977, p. 49). Não obstante não haver dedicado seus estudos ao propriamente jurídico, Aristóteles, no Livro V de *Ética a Nicômaco*, trata sobre a *virtude da justiça* e, acidentalmente, lega-nos preciosas lições para a filosofia do direito. Estabelece que o termo *justiça* comporta dois sentidos (Cf. ARISTÓTELES, 1973, p. 323 e ss): a virtude moral (*Dikaio-súne*), a justiça geral; e a justiça particular (*Dikaion*).

A *justiça geral*, na concepção de Aristóteles, também por ele denominada *justiça legal*, "exprime geralmente moralidade, conformidade da conduta de um indivíduo à lei moral" (VILLEY, 1977, p. 52). Essa justiça, contudo, extravasaria os próprios limites do Direito, pois, sendo a soma de todas as virtudes (o ser bom, honesto, corajoso, prudente, temperante etc.), compreenderia a Moral, conjunto de regras que dita as normas de conduta.

A *justiça particular*, essa sim, estaria diretamente ligada à idéia do Direito, à arte do Direito. Ela compreenderia o dever segundo o qual ninguém *deve tomar mais que sua parte dos bens*. Visaria à boa divisão dos bens, correspondendo ao "*suum cuique tribuere*". Assim, de acordo com Aristóteles (1973, p. 325), "*o justo será um meio-termo*", envolvendo pelo menos quatro termos: duas pessoas para quem ele será de fato justo e duas coisas sobre as quais se manifestará (os bens distribuídos). A distribuição, por sua vez, será *de acordo com o mérito*, quando então será justa e consentida pela noção do justo comum a todos. Por isso, conclui Aristóteles (1973, p. 325), "*o justo é uma espécie de meio-termo proporcional*".

Logra-se, a partir do conceito de *justiça particular* de Aristóteles, a finalidade do Direito e o seu conceito (de cará-

ter eminentemente descritivo), qual seja, o de atribuir a cada um o que é seu¹. O Direito, assim, diria respeito ao "ter" e não ao "ser" (Cf. VILLEY, 1977, p. 57). "A justiça é a justa repartição de bens e encargos entre as membros da 'Polis'. A justa repartição não é necessariamente um igual ('ison'), mas uma proporção ('analogon')" (BORGES, 1996, p. 66).

É dessa concepção finalística do Direito (*dar a cada um o seu*), que nasce a necessidade do método dialético na arte jurídica, do diálogo regrado, em que se põem os diversos pontos de vista, os fatos relevantes em juízo, objetivando, dessa forma, segundo lembra José Souto Maior Borges (1996, p. 43), "a busca apaixonada e emocionada pelo justo". Aqui, entende-se a íntima relação entre o método dialético do Direito e a justiça (particular), o fim do Direito. É a dialética o caminho da busca da verdade, com base na qual será atribuído o seu de cada um de acordo com seus méritos (*a boa distribuição dos bens e encargos*).²

Para José Souto Maior Borges (1996, p. 26), "a dialética é o núcleo da lógica jurídica"³. No Direito romano, o método dialético, que visava à busca da verdade, era o método por excelência de aplicação do Direito. O Direito, sendo uma situação existencial, seria *problemático* e *circunstancial*,⁴ e não sistemático,

¹ Ulpiano conceituava a justiça como a vontade constante e persistente de atribuir a cada um o seu Direito (*Iustitia est constant et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Já para Celso, o Direito seria a arte do bom e do justo (*Ius est ars boni et aequi*). Vê-se que, nas concepções romanas, o Direito sempre esteve intrinsecamente ligado à noção de justiça.

² O Prof. Souto Maior (1996, p. 43), ainda sobre a dialética e a justiça, continua poeticamente: "A justiça é sua estrela polar (da dialética). E sem paiado, nenhuma ciência e nenhuma arte. Com maior razão, a dialética jurídica, arte de pesquisa do justo que é, deve corresponder a uma santidade da inteligência. Não sem razão o jurista é havido como um sacerdote da justiça, celebrante, no altar do justo, da sagrada e consagrada oferenda: *dar a cada um o seu ('suum cuique tribuere')*".

³ No conceito de José Souto Maior Borges (1996, p. 46), a dialética é a "arte de disciplinar o diálogo, direcioná-lo segundo regras preestabelecidas e que devem presidir".

⁴ *Problemático* porque se originaria do problema valendo-se da lógica tópica (*de conteúdo*) e *circunstancial* porquanto a solução jurídica dependeria do conjunto de circunstâncias em que se insere o problema (Cf. CASTRO, 1985, p. 1-22).

tal qual modernamente o é. Tanto que o processo era preexistente ao Direito (material) (Cf. BORGES, 1996, p. 73-80): primeiro surgia a lide (pretensão resistida), instaurava-se a relação processual; após, com a solução do conflito, nasceria a regra de Direito. A máxima latina *da mihi factum, dabo tibi jus*, nesse contexto, é compreendida em toda a sua plenitude.

O processo, destarte, no Direito romano, arte do diálogo regrado (decorrência do método dialético), concluir-se-ia pelo ato sentencial que significaria o encerramento da discussão dialética (Cf. BORGES, 1996, p. 59-74) da causa⁵, em que as partes teriam o momento oportuno (diálogo regrado) para defender seus argumentos, expor seus problemas (*ponere causam*), demarcando-se o objeto da demanda.

É essa retomada às origens do Direito, à busca pelo método dialético como a metodologia própria do Direito, visando à obtenção da verdade e, conseqüentemente, à distribuição do que é devido a cada um, o intento de José Souto Maior Borges na obra *O Contraditório no Processo Judicial*, tantas vezes aqui reverenciada, a que ele próprio predestina à celebração de um culto de ação de graças. Ação de graças à arte do Direito, cuja finalidade é a justiça.

Essa fórmula (o método dialético do Direito visando à verdade e à justiça), como se verá no próximo item, é também - em essência - a proposta pelos doutrinadores pós-modernos, na medida em que o positivismo jurídico, eminentemente formalista e neutro, não se tem mostrado eficaz para a solução dos conflitos da sociedade contemporânea, dita pós-moderna.

⁵ O termo "causa" é adotado no sentido de fatos relevantes da espécie nos quais deve ser buscada a solução de uma discussão jurídica determinada, conforme explicado por Torquato Castro (Cf. 1985, p. 156).

3 - O (RE)ENCONTRO ENTRE O DIREITO CLÁSSICO-ROMANO E O DIREITO PÓS-MODERNO: A SUBLIMAÇÃO DA JUSTIÇA COMO FINALIDADE DO DIREITO

José Souto Maior Borges, da mesma forma que Michel Villey, tratando da concepção greco-romana do Direito, adverte para a impossibilidade de determinação *a priori* do conceito de Direito e da justiça, de modo a ser fixado, desde logo, *qual o seu de cada um*. Com efeito, preleciona com prudência (BORGES, 1996, p. 67): "*Que essa proporção - seu de cada um -, a sua medida, não seja previamente determinada ou determinável não se deve estranhar. O 'suum cuique tribuere', a cada um o seu, move-se no território da arte jurídica*". A falta de um conceito (de conteúdo) do Direito é, intrinsecamente, compatível com a concepção do Direito no sentido de justiça particular, porque somente no caso concreto, naquela determinada situação, será possível dizer-se *qual o seu de cada um*, de acordo com todas as circunstâncias que a integram. Daí, como já dito acima, o caráter eminentemente descritivo do conceito do Direito, porquanto limitado a retratar a atividade do juiz no processo.

A fase do Direito romano, do método dialético, não perduraria, entretanto, pelos tempos modernos. Na Modernidade - segundo Boaventura de Souza Santos (Cf. 2001, p. 7-10), historicamente iniciada a partir da revolução científica do século XVI, com as teorias de Galileu, Copérnico e Newton - os ideais humanistas afloraram, o individualismo predominou como modo próprio de pensar, consolidou-se a vertente filosófica do nominalismo⁶, com reflexos diretos na filosofia, na filosofia do direito e no Direito.

⁶ Para um aprofundamento sobre o nominalismo e seus reflexos na ciência do Direito, vide Michel Villey (1977, p. 111-115).

Sob os influxos do modo individualista de conceber o mundo, o paradigma da modernidade na ciência é, sobretudo, caracterizado por uma ciência totalmente desvinculada da Ética, de um conteúdo axiológico ou de qualquer inferência de ordem teleológica (*Será esse invento benéfico ou maléfico para a humanidade?*). A característica fundamental da ciência consistiria em sua *avaliatividade* (Cf. BOBBIO, 1995, p. 135). Para o positivismo, a produção do conhecimento científico somente seria possível mediante um método científico puramente racional. Somente dessa forma, poder-se-ia atingir um saber seguro, imutável e absoluto. É um conhecimento essencialmente causal, cujo objetivo principal consiste na formulação de leis (causais) explicativas dos fenômenos sociais, cujo pressuposto metateórico (CF. SANTOS, 2001, p. 10-18) consistiria na idéia de ordem e estabilidade. É o *determinismo mecanicista*. Logo, infere-se que também o positivismo se revestia de certo ideologismo: manter a ordem, a estabilidade, a previsibilidade dos acontecimentos sociais. Constituiria o Direito verdadeira técnica de controle social.

O positivismo jurídico, refletindo o paradigma dominante (da modernidade) da ciência, estuda o Direito de forma puramente científica (como ele é, e não como deveria ser), excluindo dele qualquer juízo de valor que comporte a distinção entre bom e mau ou justo e injusto e, portanto, de sua finalidade (Cf. BOBBIO, 1995, p. 136). Vai aflorar, nele, em decorrência do paradigma predominante da ciência, o predomínio da norma no Direito: a redução do Direito à dogmática jurídica. O Direito é norma, cujo objeto é orientar a conduta humana no sentido de determinar - através dos modais ("*functores*") deonticos integrantes da estrutura normativa - quais as condutas permitidas, obrigatórias e proibidas. A lógica (formal) jurídica seria o principal instrumento do jurista moderno, porque seu objeto de trabalho, o ordenamento jurídico, constituiria um verdadeiro sistema, revestido de completude, em que - para solucionar a lide - procede-se à

análise hipotético-dedutiva das normas positivadas, sendo irrelevante se a sentença obtida é justa ou injusta, porque decorrente de um processo metodicamente (cientificamente) puro. Ou seja, não interessa se a sentença fez do branco preto, ou do quadrado, redondo.

A sentença, ato judicial que põe termo ao processo, não derivaria de um processo dialético, no qual o juiz retiraria seus fundamentos dos pontos relevantes discutidos pelas partes, mas de um processo eminentemente monológico, fruto de um raciocínio silogístico, operado pelo juiz no isolamento de seu gabinete, composto pelas premissas maior (norma abstrata) e menor (fatos) e pela conclusão (norma individual). Irreleva-se o fim do Direito, a justiça.

A pós-modernidade, Willis Santiago Guerra Filho (Cf. 1997, p. 27-28) relata-a bem, é repleta de problemas inéditos e complexos, cujas velhas fórmulas pré-estabelecidas não mais se prestam a solucioná-los com legitimidade. Numa Democracia, face a tais problemas, há de existir um debate amplo (a discussão: a volta da dialética numa nova perspectiva). Não pode haver mais lugar para as "grandes fórmulas", "grandes narrativas", apoiadas em "verdades" pretensamente imutáveis, fruto da concepção moderna de ciência e do positivismo jurídico. Boaventura de Souza Santos observa criticamente essa transição atravessada pelo Direito (Cf. 2001, p. 46): "o direito, que reduziu a complexidade da vida jurídica à *secura da dogmática*, redescobre o mundo filosófico e sociológico em busca da *prudência perdida*".

A Constituição da República de 1988, nesse contexto, representa um marco no constitucionalismo brasileiro, exatamente por convocar todos os juristas a uma modificação radical no Direito, na forma de interpretá-lo, rompendo-se com o paradigma moderno (liberal). A nova estruturação do Direito, particularmente, do Direito Constitucional há de estar intimamente concatenada às novas exigências sociais, à reali-

dade, aos fatos. Do Direito, nessa nova era, preleciona Willis Santiago (Cf. 1989, p. 8), requisita-se uma interpretação *finalística e prospectiva*, no sentido de atingir uma finalidade (a justiça). Na mesma linha de raciocínio, Michel Villey (Cf. 1977, p. 150), com toda razão, alerta que a ciência deve ser *útil*.

Por isso, assiste-se à tentativa crescente do fenômeno da "procedimentalização" do Direito como fator legitimador de sua aplicação. Conceituando procedimento, Willis Santiago (1989, p. 9) afirma: "*procedimentos são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar o solucionamento de questões, cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações das várias soluções possíveis*". A procedimentalização representaria, portanto, o atendimento aos novos padrões de legitimação do Direito, aos padrões de racionalidade, uma exigência própria do Direito pós-moderno que implica a concepção procedimental da Constituição e de todo o ordenamento. Em consequência da procedimentalização (Cf. GUERRA FILHO, 1989, p. 13), seguiria uma crescente "*desjurisdificação*", resposta paradoxal à massiva "*jurisdificação*" do Direito moderno, hoje inócua e antiproducente, importando num Direito estruturalmente aberto com a possibilidade de o juiz, no caso concreto, observado o devido processo legal, distribuir *o seu de cada um*⁷.

É patente a aproximação das teorias jurídicas pós-modernas de interpretação e aplicação do Direito com a doutrina jurídico-romanística e o seu método, essencialmente dialético, sob dois ângulos diversos. Primeiramente, evidenciada a falência do modelo *chivendiano* de um procedimento único e universal para a solução de todo e qualquer tipo de confli-

⁷ José Souto Maior Borges (1996, p. 47) afirma: "O juiz somente pode dizer o direito de cada um se e enquanto esse direito seja determinável. Essa determinação é operada pelo devido processo legal. A jurisprudência, arte de declarar judicialmente o Direito em sede contenciosa, se desenhava, portanto, como uma atividade sob a regência de leis. Não por outro motivo, o diálogo se manifesta no processo, legalmente regido".

to, vislumbra-se a criação de tutelas jurisdicionais diferenciadas (v.g. tutela inibitória, procedimento monitorio, tutela específica, tutela antecipada, etc.), formuladas em conformidade com a natureza do direito (material) que se pretende assegurar, com a finalidade de viabilizar um provimento jurisdicional efetivo para a parte. Em segundo lugar, por força do fenômeno da *procedimentalização* do Direito, existe uma identificação muito forte entre o Direito material e o Direito processual, em oposição à antiga concepção de que o Direito era produto do processo. A Teoria Processual da Constituição assinala a necessidade do mais amplo debate (ressurgimento da dialética) na apreciação das questões complexas, as quais não comportam uma solução previamente estabelecida: é a renegação das grandes verdades, resultantes da postura essencialmente positivista. A pós-modernidade acena para o âmbito social, a discussão dos valores fundamentais de toda a sociedade, com a possibilidade do amplo debate, envolvendo todas as facções sociais sem exclusão. A proposta aqui esposada, contudo, é mais singela: o amplo debate, a restauração da dialética como método de busca da verdade e da justiça interpartes, entre as partes do processo.

Em suma, a pós-modernidade, no Direito, reclama por uma *justiça procedimental*. É o reencontro com o pensamento greco-romano do Direito, mas não pela negação do positivismo jurídico, e sim pela sua superação (o pensar autenticamente moderno). É a busca da justiça, atribuir a cada um o seu, no caso concreto como finalidade primordial do Direito.

4 - UM CORTE METODOLÓGICO NO PRESENTE TRABALHO: O OLHAR ATENTO E INAFASTÁVEL SOBRE OS FATOS

Boaventura de Souza Santos (Cf. 2001, p. 37-50) lembra-nos de que o paradigma (social) da ciência pós-moderna se caracteriza pela própria inexistência de paradigma, pela busca

de uma ciência prudente para uma vida decente, implicando um conhecimento relativamente imetódico (*pluralidade metodológica*), com a necessidade permanente de diálogo com outras formas de conhecimento, em especial com os conhecimentos *vulgar* e *prático* que orientam o nosso cotidiano. Ainda que, do ponto de vista estritamente metodológico, seja essa postura aqui condenável, reputamos inafastável a exigência de incluir análises de ordem prática (fática), do cotidiano, neste trabalho, pois uma de suas causas motivantes origina-se justamente da *praxis* jurídica diária nos foros e tribunais: o número de demandas existentes, sob os fundamentos a serem abordados.

Com efeito, Ellen Gracie Northfleet (1996, p. 7) testemunha: "Alinho-me entre os que acreditam que a maior parte das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma. São causas que contam aos milhares em todo o País e que dizem respeito a matérias exaustivamente discutidas e de há muito pacificadas pela jurisprudência".

Atentando-se à observação feita por Ellen Gracie Northfleet de que as causas jurídicas se repetem aos montes, sobretudo na seara federal, o que demanda um procedimento mais célere e ágil, é forçoso concluir que o método dialético (a arte do diálogo) pode ser reduzido sem prejuízo da atribuição do seu de cada um. No entanto, em alerta há de permanecer-se para, a pretexto de dita similaridade entre as causas judiciais, não incorrer em manifesta *desaplicação* do Direito, ao não se reconhecerem as particularidades determinantes entre uma e outra causas abrigadas no Judiciário. A nosso ver, na dimensão aqui tratada, do processo interpartes, é essa a tensão existente entre a modernidade e pós-modernidade.

Dessa forma, há soluções previamente estabelecidas eficazes (com a fixação de uma "verdade"), porque as causas são repetidas, porém nem todas as causas apresentam essa cor-

respondência e, ainda que apresentem, os elementos circunstâncias remetem para necessidade de desenvolvimento de um processo dialético. É a superação do positivismo, com a retomada do Direito romano, na versão pós-moderna da justiça (*justiça procedimental*). Justifica-se, assim, a superação do positivismo, e não sua negação, pois a experiência mostra que seus métodos podem ser bem aproveitados, sem detrimento da finalidade do Direito: a justiça.

Então a sistematização do Direito é, aqui, não só desejável como também necessária, pois acarretará a solução mais célere do conflito. E, lembrando Eduardo Couture, *o tempo, em processo, é mais do que outro, é justiça*. Por serem questões repetidas, a resposta, sem prejuízo *de a cada um o seu*, pode ser obtida através de deduções hipotético-dedutivas (lógica monológica).

A crítica da crítica: o retorno fiel e irrestrito à metodologia dialética do Direito romano não representa um pensar autêntico, uma evolução positiva, mas também ele significa uma regressão na ciência, porque negar a sistematização do Direito, no seu atual estágio de desenvolvimento (e da sociedade), seria o mesmo que negar o Direito romano como o negou o pensamento moderno cientificista do século XVI. Em ambos os casos, retrocesso.

Com efeito, não mais pode vigorar exclusivamente no mundo de hoje, pós-moderno, a concepção de Direito tal qual em Roma vigorava, a de uma arte do diálogo regrado, na qual o Direito (material) surgiria apenas com o processo, sem levar em consideração toda a experiência jurídica trazida pela ciência moderna e pelo positivismo jurídico. Tampouco se pode concordar com José Souto Maior Borges (Cf. 1996, p. 80-84) para quem a moderna teoria da instrumentalidade do processo constitui um retrocesso da ciência jurídica.

A prática do positivismo jurídico é uma experiência, até certo ponto, positiva, porque, ante o olhar atento ao cotidiano, verifica-se que as causas repetitivas, apesar de terem seu

desfecho sabido, não necessitam de um procedimento verdadeiramente dialético⁸. São petições, contestações e sentenças (*modelos*) realizadas tão-somente para observar o procedimento prescrito em lei, e não por uma necessidade fática. Advogados, procuradores e juizes exaurem todas as fases processuais não pela necessidade dialética da descoberta da verdade, mas por exigência puramente formal decorrente da lei, do procedimento por ela prescrito. O Direito reveste-se de uma estranha natureza mecanicista, porque nada de novo há a demonstrar, a alegar, a convencer ou a descobrir. Portanto, a sistematização do Direito implica a celeridade da prestação jurisdicional e, por conseguinte, a obtenção da justiça.

Essa natureza mecanicista, somente perceptível na *praxis* jurídica, além de importar na ineficácia pela demora da prestação jurisdicional, no avolumamento dos processos em juízo, retira dos juizes o tempo que deveriam, efetivamente, dedicar aos processos cujas causas são complexíssimas e nunca dantes aconteceram. Resultado: nem um, nem outro. As questões altamente delicadas são objeto de pronunciamentos superficiais, equívocos e quando não totalmente distintos daquilo que se pede. O Direito, no afã de a todos servir, não deu *a cada um o seu*, até mesmo porque mal sabe o *seu de cada um* reclamado em juízo.

Contudo, cingindo-nos ao objeto do trabalho, demonstraremos que as causas aparentemente - e tão-somente na apa-

⁸ Entendemos por um processo verdadeiramente dialético aquele em cujo bojo os argumentos e a produção de provas são exaustivamente aproveitados pelas partes, orientando decisivamente a sentença (dialética) a ser prolatada. O processo meramente dialético, por seu turno, seria aquele cujo método dialético é apenas (formalmente) assegurado por lei, sem que - na prática - seja efetivamente explorado pelos juristas atuantes do processo; as fases processuais, nele, não constituem momentos próprios para as partes defenderem seus pontos de vista, mas tão-somente uma etapa a ser transposta. Essa distinção talvez não se mostre tão clara sem o olhar atento aos fatos. Uma forma bastante simples de percebê-la dá-se através das "peças-modelo" das partes integrantes da relação processual.

rência – semelhantes guardam, em sua essência, diferenças cruciais. Tais lides, pela natureza em si, clamam e reclamam por uma demanda judicial dialeticamente regrada, em que os precedentes judiciais (jurisprudência) devem representar apenas mais um *fato relevante* para o convencimento do magistrado, e não um fato determinante, como em geral o são na visão sistemática. Em outras palavras, não importa a solução do conflito em si (a obra), porque a demanda é, em suas circunstâncias, distinta, mas a técnica, o procedimento (o caminho) por meio do qual se logrou o *decisum*. Não a obra em si, mas o caminho, para falar com Martin Heidegger.

É essa visão de justiça “produzida em série”, “justiça industrial”, ao contrário da justiça decorrente da arte do direito fundada no método dialético (para contrastar metaforicamente, “justiça manufaturada”), que tem ensejado, do ponto de vista do Direito e sua finalidade (*suum cuique tribuere*) como da lógica (formal) jurídica⁹, a regressão da ciência jurídica.

5 – O DIREITO TRIBUTÁRIO COMO VÍTIMA DA SISTEMATIZAÇÃO E TECNIZAÇÃO INDISCRIMINADAS: POR UMA TENTATIVA DE RESGATE DA DIALÉTICA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

A questão do presente trabalho, então, diz respeito às inúmeras demandas jurídico-tributárias que se vêm instauran-

⁹ Admitese aqui a aplicação da lógica jurídica formal, que pretende ver o Direito como um sistema lógico-sistemático-dedutivo, não como forma por excelência de aplicação do Direito, mas apenas enquanto instrumento de raciocínio auxiliar na tarefa do jurista. Não o *logicismo*, mas a *lógica formal*, enquanto mais um instrumento do qual o Direito pode utilizar-se, compreendidas as suas limitações. Acresça-se que Lourival Vilanova (Cf. 1997, p. 329-330), sem dúvida o maior lógico do Direito do Brasil, ele próprio, em sua obra fundamentalíssima, foi suficientemente lúcido para reconhecer as limitações da lógica formal jurídica ante o sistema jurídico e os problemas de ordem social sobre os quais se debruça o Direito.

do e cujas pretensões e provimentos obtidos não recebem análise e entendimento satisfatórios. Para o correto tratamento dessas espécies de demanda, entendemos imprescindível a formação de um processo verdadeiramente dialético para, após ouvidos os argumentos das partes e produzidas as provas, possibilite-se a prolatação de uma sentença não monológica, mas dialeticamente justa.¹⁰

É certo que a proposta aqui plantada é de uma revitalização da dialética, em especial, no Direito Tributário. Há, evidentemente, questões, a exemplo das retratadas pela Min. Ellen Gracie¹¹, em que as causas postas em juízo são similares e a elas não seria necessário um processo verdadeiramente dialético, porque a resposta (“verdade”) a ser obtida por meio do processo já estaria decididamente elucidada. A justiça, nessas causas, é sinônimo de tempo: celeridade e efetividade do processo.

No entanto, em relação às demandas hoje crescentes, cujo objeto cinge-se a anular as sanções tributárias (principalmente multas) aplicadas aos contribuintes, em geral pessoas jurídicas, jamais poderia subsistir tal pretensão. Aristóteles (Cf. 1973, p. 336-337), tratando da *epiêdote*, uma das moda-

¹⁰ Michel Villey (apud BORGES, 1996, p. 48) define sob uma perspectiva dialética a sentença: “opinião não cientificamente demonstrada, contudo fundada, esclarecida pela controvérsia dialética, que toma em consideração sobre seus próprios pontos de vista de múltiplos interlocutores”.

¹¹ Com efeito, a Ministra do STF (1996, p. 7) enumera algumas dessas causas tão repetitivas nos tribunais: devoluções de empréstimo compulsório, correção de salários de contribuição, aplicação de índices expurgados nas contas de caderneta de poupança e do FGTS. E finaliza seu raciocínio: “Nenhum progresso para a ciência jurídica resultará do julgamento desses feitos. Eles nada mais são que uma reprodução de peças padronizadas. Da petição inicial ao acórdão derradeiro, nada será acrescentado ao entendimento que já se cristalizou a respeito da matéria. É inútil e custoso manter a máquina judiciária ocupada com as questões que já não oferecem relevo ou dificuldade. Mais que isso, tal atitude desvia atenção e recursos do Judiciário, os quais deveriam estar melhor aplicados nas questões que têm maior atualidade e demandam reflexo e atividade criativa por parte dos magistrados”.

lidades do justo, afirma decorrer da existência de uma lei universal e da natureza própria da coisa. Ora, tais questões - em função da natureza própria da causa suscitada - carecem da mais profunda análise dialética para que se obtenha, de fato, uma sentença justa. Entretanto, é paradoxalmente outro o tratamento conferido a tais causas, não resultando desses processos uma sentença dialética, no sentido proposto por Michel Villey.

Com efeito, a questão das *multas tributárias*, um dos grandes temas da atualidade, ainda não chegou a um grau satisfatório de desenvolvimento. Em que pese o XXV Simpósio Nacional de Direito Tributário, coordenado por Ives Gandra da Silva Martins, haver concentrado seus debates sobre o instigante tema do princípio da não-confiscatoriedade e sua aplicabilidade às *multas tributárias*, as conclusões a que chegou não foram animadoras. A questão, ver-se-á, continua sendo tratada sob uma perspectiva sistemática (hipotético-dedutiva) do Direito, quando - por sua própria natureza - exige-se uma abordagem dialética.

5.1 - O princípio da não-confiscatoriedade e as multas tributárias

O princípio da não-confiscatoriedade é previsto no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal (é vedado "utilizar tributo com efeito de confisco"). Analisando-se a referida norma, entendemos cuidar-se de um princípio setorial de natureza ambivalente (material e formal), porque visa a resguardar o direito de propriedade, a capacidade contributiva e o livre exercício profissional, consubstanciados esses direitos na liberdade individual, substrato material do princípio da não-confiscatoriedade. Seu caráter formal (procedimental) dá-se em função de sua identificação com o princípio da proporcionalidade (Cf. Willis, 1989, p. 78-86) em que o resguardo da liberdade individual

será confrontado com o poder de tributar do Estado e com o dever constitucional de concorrer para os gastos públicos. Esse confronto só será possível mediante a análise do caso concreto, quando - com o sopeso dos valores colidentes em jogo (*interesse individual x interesse público*) - concluir-se-á se determinado tributo é ou não confiscatório. O princípio da não-confiscatoriedade, portanto, funcionaria como o *princípio da razoabilidade tributária* ou da *proporcionalidade tributária*.

A partir da norma constitucional citada (art. 150, inciso IV, da CF/88), uma grande indagação se faz por força da menção exclusiva do constituinte ao termo "tributos": aplicar-se-ia a vedação às *multas tributárias*? Como visto, o princípio da não-confiscatoriedade é princípio setorial do Direito Tributário, como são os princípios da isonomia e da legalidade tributárias, ou seja, ainda que não expressamente integrante da *Constituição Tributária*, seria deduzido a partir dos valores por ele tutelados (propriedade, respeito à capacidade contributiva e livre exercício da profissão). Irrelevante, pois, que o texto constitucional não tenha contemplado literalmente (expressamente) o termo "multa", cuidando-se de um princípio implícito, tal qual se concebia na Constituição de 1967/69, tanto em relação a tributos como a multas.

Vencida essa questão, depara-se com outra: comporta o princípio da não-confiscatoriedade o mesmo grau de concretização (aplicabilidade) relativamente às *multas tributárias* e aos tributos? Essa pergunta é facilmente elucidada com apoio na teoria principiológica. Ensina o constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho (1993, p. 167) que "os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos". Ora, de ser a não-confiscatoriedade um princípio, tessai sua compatibilidade com diversos graus de concretização.

Relativamente à multa e ao tributo, há um critério básico que os diferencia: a multa tem por pressuposto fático uma

conduta contrária ao Direito, ilícita, não tendo finalidade arrecadatória, mas *intimidatória* e *repressiva*, justamente para assegurar a realização do interesse público consistente na arrecadação de receitas para custear os serviços públicos (Cf. PONTES, 2000, p. 134-135); já o tributo, seu fato jurígeno é uma situação da vida lícita. Daí, ser de ordem ontológica a diferença crucial entre os dois institutos (Cf. COELHO, 1998, p. 40-44). Esse é um condicionalismo jurídico que importará no menor grau de concretização do princípio da não-confiscatoriedade no tocante às multas tributárias e, em consequência, no maior sacrifício dos direitos por ele tutelados.

Ainda do ponto de vista eminentemente jurídico, cingindo-nos apenas às multas, não se podem irrelevar – para aferir o grau de concretização do princípio da não-confiscatoriedade – as espécies existentes: multa de mora, multa por falta de recolhimento de tributo, multa por sonegação e multa por descumprimento de obrigação tributária acessória. Nas duas primeiras, explica Ives Gandra da Silva Martins (Cf. 1998, p. 61-63), não existe o elemento subjetivo doloso no não cumprimento. Nas multas por atraso no recolhimento, existe um grau diferenciado de concretização do princípio da não-confiscatoriedade decorrente da própria lei, de forma que, em geral, os percentuais de multas nelas previstos são inferiores aos das multas por falta de recolhimento. A multa por descumprimento do dever tributário acessório, em princípio, não representa uma penalidade cujo potencial ofensivo aos interesses dos Estados implique a aplicação de altos índices percentuais. Já na sonegação fiscal, em cuja estrutura se insere o elemento doloso, há uma necessidade de lançar-se mão de um tratamento mais rigoroso, aplicando-se multas mais onerosas.

Além desses condicionalismos jurídicos, é de atentar-se para os *condicionalismos fáticos* a ensejarem graus diversos de aplicabilidade do princípio tributário em questão. Aqui, a dialética atinge seu ponto mais elevado no processo, pois, na

tentativa de comprovação das alegações veiculadas no processo, é que se constatará se, de fato, determinada multa tributária reveste-se ou não de caráter confiscatório. Será por meio da análise pormenorizada dos elementos circunstanciais integrantes da situação da pessoa física ou jurídica (rendas mensais, contracheques, planilhas de lucro e de despesas, carga tributária suportada, etc.) que se terá subsídio para determinar se aquela multa aplicada absorve indevidamente ou não o patrimônio do contribuinte.

5.2 - A não-confiscatoriedade como questão eminentemente dialética

Percebe-se, pelas explanações do item anterior, que as questões referentes ao princípio da não-confiscatoriedade – face à sua natureza – não podem ser decididas de plano, sem a instauração de um *processo verdadeiramente dialético*. Destarte, totalmente descabidas as pretensões formuladas por contribuintes de que a multa cujo percentual é de 50%, 75%, 100%, 150%... seria, somente por sua expressão percentual, confiscatória, devendo ser reduzida ao limite máximo de 20%, permitido pelos tribunais. Tal argumento incorre em dois erros fundamentais.

O primeiro. Consoante já dito, o princípio da não-confiscatoriedade funcionará como princípio da razoabilidade tributária. Sobre essa concepção, ensina Naveira de Casanova (1997, p. 106) que o conceito de *"razoabilidade da tributação deve ser estabelecido em cada caso concreto, ditado pelas condições de tempo e de lugar, e dos fins econômico-sociais de cada imposto"*.

Então, essas pretensões enfatizam o princípio da não-confiscatoriedade não no sentido aqui proposto (*razoabilidade tributária*), o qual necessariamente remete – para o desvelamento do efeito confiscatório – à metódica da lógica dialética, mas num sentido muito mais amplo, quase *metafórico*, de uma

carga emocional negativa (CF. CASANOVA, 1997, p. 82-84), em que o princípio perde toda a sua significação jurídica possível, revelando nitidamente a tentativa de o contribuinte, a todo custo, escusar-se da obrigação tributária.

O segundo. Da perspectiva da lógica monológica, rememorando o eminente jurista pernambucano José Souto Maior Borges (Cf. 1994, p. 173-180), do ponto de vista hipotético-dedutivo (da lógica deôntica), a experiência do Direito é, essencialmente, uma experiência do normativo, porquanto a confirmação de uma teoria em Direito (sua corroboração empírica) não se verifica no mundo dos fatos, mas no mundo das normas quando prevista pelo ordenamento jurídico. Isso implica dizer ser o limite das multas fixado pela norma jurídica, e não pelos tribunais. Os tribunais, isso sim, a depender das especificidades e circunstâncias do caso concreto, podem o rigor das multas. Ora, inexistente no ordenamento jurídico qualquer limite ao percentual de multa aplicável¹². Logo, aos tribunais caberá amenizá-las, caso se verifique serem elas exorbitantes, a ponto

¹² Cumpre ressaltar, no entanto, que a Lei n.º 9.430/96, art. 61, § 2º, limita o percentual da multa aplicável a 20% tão-somente em relação às multas de mora. De lege ferenda, houve um Projeto de Lei Complementar (PLS n.º 168, de 1989), arquivado em 1995, cujo relator fora o Senador Fernando Henrique Cardoso, que no art. 7º, previa: "Considerar-se-á caracterizada a situação de tributo com efeito de confisco sempre que seu valor, na mesma incidência, ou em incidências sucessivas, superar o valor normal de mercado dos bens, direitos ou serviços envolvidos no respectivo fato gerador ou ultrapassar 50% do valor das rendas geradas na mesma incidência". Tensse que o arquivamento desse projeto, no tocante à fixação do limite (50%) a partir do qual o tributo seria confiscatório, foi muito oportuno, tendo em vista que, em face da natureza própria da matéria, o efeito confiscatório não poderia ser fixado aprioristicamente, mas em cada situação concreta. Ademais, a proposta referia-se tão-somente aos tributos, e não aos tributos e às multas. Constitucionalmente autorizado para regulamentar as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 146, inciso II, da CF/88), o Código de Defesa do Contribuinte (Projeto de Lei Complementar do Senado n.º 646/99), por sua vez, em trâmite no Congresso Nacional, nada dispôs sobre uma quantificação de percentual a partir do qual o tributo revestir-se-ia de efeito confiscatório.

de restringirem indevidamente o direito de propriedade, a capacidade contributiva ou o livre exercício de profissão.

Não obstante a inexistência de limite quantitativo para as multas ou tributos, vários julgados reiteradamente têm subtraído a aplicabilidade das multas, sob a justificativa de um pretense caráter confiscatório, sem qualquer análise das circunstâncias integrantes do caso específico. É uma verdadeira visão mecanicista do Direito. Agem, em verdade, como se o atributo confiscatório dependesse unicamente da superação de um determinado limite percentual.

Ora, pela própria natureza do princípio da não-confiscatoriedade e sua aplicabilidade às multas tributárias, em que há de permitir-se uma afetação patrimonial maior, chegando até mesmo à absorção da totalidade do patrimônio, em razão de sua finalidade e natureza ontológica, afigura-se incompatível uma delimitação/quantificação apriorística do efeito confiscatório. É necessária, por conseguinte, a instauração de um procedimento verdadeiramente dialético para se constatar a ocorrência ou não do efeito confiscatório. Nesse sentido, com muita precisão afirma Helenilson Cunha Pontes (2000, p. 139) que "o exame da constitucionalidade da imposição de uma sanção não prescinde, antes exige, a consideração dos efeitos concretos que a sanção acarreta sobre a esfera jurídica do infrator".

A seguir, mencionamos alguns julgados que, fazendo exceção ao cotidiano dos tribunais, são frutos de uma sentença dialética (Michel Villey), oriundos de um processo verdadeiramente dialético, porque a solução obtida origina-se dos fatos relevantes sustentados pelas partes. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, considerando iníqua a dívida em mora superior a 400% do valor originário, manteve acórdão, que reduziu o valor da multa de 50% para 20%, evitando, assim, a execução de um valor exorbitante contra a empresa recorrida.

MULTAS DO INPS. - EQUIDADE.

I. As contribuições parafiscais são tributárias e, portanto, sujeitas ao art. 108, IV, do Código Tributário Nacional, que admite a equidade, segundo a qual, nos termos do art. 114, do Código de Processo Civil de 1939, o juiz aplicara a norma que estabeleceria se fosse legislador.

II. Concilia-se com farta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o acórdão que reduziu multas, juros, etc. pelos quais dívida em mora, sem fraude, ficou elevada a mais de 400%.

(RE n.º 78291-SP, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, 1ª Turma, unânime, DJ, 10/03/78, julgado em 4/6/74.)

Na ementa acima retratada, observa-se que o julgamento está estritamente concatenado às condicionantes do caso particular; logo, ao se reduzir o percentual da multa aplicável ao patamar de 20%, não se faz arbitrariamente, e sim com apoio dos condicionalismos fático-jurídicos, de elementos concretos constantes dos autos. O acórdão do STF, no que tem de mais venerável, digno de ser adotado por outros tribunais e juizes, não é o percentual dito razoável de multa estabelecido (20%), mas o caminho percorrido para lograr a conclusão alcançada. Nele, o Ministro Relator Aliomar Baleeiro, por ocasião de seu voto, destacou: "*No caso dos autos, pelo atraso, do débito de Cr\$ 6.959,34, sem qualquer fraude, a firma foi executada de início por Cr\$ 27.619,37, mais de 400%. Acumulam-se multas de 50%, juros de 1%, honorários de 20% e correção monetária*". É de ver-se, porém, que o Ministro poderia ter ido mais a fundo na análise do caso concreto, focalizando, por exemplo, as características pessoais do autor (renda média anual da empresa, grau de inadimplência, se o atraso no adimplemento tributário fora eventual ou era uma prática corrente, etc.) e/ou a infração objetivamente considerada (nível de sofisticação dos meios utilizados para livrar-se das obrigações tributárias, por exemplo).

Ainda o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na ADI n.º 1.075-DF, negando a metodologia dialética antes adotada consoante o exemplo acima, suspendeu com eficácia *ex tunc* a multa de 300% sobre o valor do bem objeto da operação ou do serviço prestado decorrente da não emissão de nota fiscal, prevista pelo art. 3º da Lei n.º 8.846/94, por revestir-se de efeito confiscatório¹³.

Perceba-se, de logo, a precipitada interpretação feita pelo Pretório Excelso, talvez, em decorrência do valor percentual (300%) previsto na multa aplicável. Ora, viu-se que o princípio da não-confiscatoriedade funciona como uma *razoabilidade tributária* (ou *proporcionalidade tributária*) que implica sopesar os interesses colidentes entre o poder de tributar do Estado e o direito do contribuinte, quando de sua aplicação no caso concreto. Entender-se, no plano normativo, que uma multa aplicável sobre uma operação em que não se emitiu nota fiscal seria confiscatória, significa aplicar erroneamente o princípio da não-confiscatoriedade.

O raciocínio aclarar-se-á com o exemplo trazido pela crítica desenvolvida por Vittorio Cassone (Cf. 2000, p. 150) à decisão do STF. Por hipótese, suponha-se uma empresa cuja renda mensal é de R\$ 100.000,00. Caso em uma operação de venda deixe de emitir a nota fiscal, será autuada, conforme o art. 3º da Lei n.º 8.846/94, com uma multa de 300% sobre o percentual da operação. Considerando o valor da venda R\$ 100,00, a multa seria de R\$ 300,00. Logo, no caso concreto, o valor da multa é infimo se comparado ao da renda mensal, o que não importa na caracterização, nesse caso imaginário, da confiscatoriedade (da multa).

¹³ A ADI n.º 1.075-DF não foi julgada no mérito por perda do objeto, tendo em vista a revogação do art. 3º da Lei n.º 8.846/94 (cuja eficácia havia sido suspensa) pela Lei n.º 9.532 de 10 de dezembro de 1997.

À vista dos acórdãos colacionados, corrobora-se, na *praxis* jurídica, a necessidade da dialética como metodologia ineliminável do Direito tributário para, no descobrimento da verdade, dar-se a cada um o seu, ou seja, em face das circunstancialidades do caso concreto, dispensando-se o pagamento do tributo ou da multa em algumas situações, fazer-se a justiça. A justiça, nessa situação, jamais seria obtida, por intermédio da lógica formal, metodologia própria da visão sistemática do Direito, até porque o ordenamento jurídico não oferece, para esse caso específico, nenhuma resposta adequada. É que a lei é feita para as situações que normalmente acontecem ("quod plerumque fit"), havendo, dessa forma, em cada lei uma *cláusula demarcadora implícita* (CF. BORGES, 1996, p. 93-102), donde resulta o dever de o juiz, em casos concretos excepcionais, excluir a incidência da lei, em nome da justiça.

6 - À GUIA DE CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho, como dito na introdução, foi resgatar as tradições romanísticas do Direito, em cujas raízes encontra-se arraigada a filosofia aristotélica, para o momento presente, sem, contudo, ignorar-se a experiência do positivismo jurídico da Modernidade. Essa tentativa não representa mero saudosismo, mas uma exigência da própria pós-modernidade, a qual cada vez mais sinaliza para a necessidade de uma justiça procedimental, de um Direito estruturalmente aberto, cuja legitimidade se dará pelos procedimentos adotados.

Trazendo-se esse arcabouço teórico da filosofia do direito para a seara do Direito tributário, mais especificamente, para as questões relacionadas às sanções tributárias, verificou-se, a partir da *praxis* jurídica cotidiana dos tribunais, que o Direito, mesmo nos problemas relacionados à confiscatoriedade das multas tributárias, cuja resolução demanda a instauração de um procedimento verdadeiramente dialético, vem sendo

aplicado por uma metodologia condenável, inclusive do ponto de vista da lógica monológica, cuja hipótese de trabalho é o ordenamento jurídico.

Talvez a explicação resida no fato de se acreditar - em face do número crescente dessas ações e da aparente (e tão-só aparente) semelhança entre elas - que nenhum progresso haveria na ciência do Direito em proceder-se à análise dialética e profunda das questões relacionadas à confiscatoriedade de tributos e multas.

As demandas, em que se busca anular as penalidades tributárias, objeto deste estudo, requisitam do magistrado uma sentença dialética, porque somente analisando as minúcias do caso concreto, os condicionalismos fático-jurídicos, é que se poderá chegar à pretendida verdade e, naquele caso, distribuir devidamente os bens e os encargos a cada um, reduzindo-se ou não a multa tributária, alcançando-se, enfim, a finalidade do Direito: *fazer justiça*.

7 - REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES, Ética a nicômaco. In : OS PENSADORES. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. IV
- BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BORGES, José Souto Maior. O contraditório no processo judicial (uma visão dialética). São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. Ciência feliz (sobre o mundo jurídico e outros mundos). Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASANOVA, Gustavo J. Naveira de. *El principio de no confiscatoriedad - estudio en España y Argentina*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

CASSONE, Vittorio. Confisco em matéria tributária. *Repertório IOB de Jurisprudência (tributário, constitucional e administrativo)*, caderno 1, n. 6, 2. quinzena de março de 2000, p. 153-149.

CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*. São Paulo: Saraiva, 1985.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria e prática das multas tributárias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade pós-moderna (introdução a uma teoria social sistêmica)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza: Imprensa Universitária da UFC, 1989.

KELSEN, Hans. *Qué es justicia? Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo*. Trad. Albert Calsamiglia. Barcelona: Planeta-Agostini, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Da sanção tributária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Efeito vinculante. *Informativo Brasília Express*, Brasília, p.7, jun. 1996.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 12. ed. Porto: Afrontamentos, 2001.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definição e fins do direito*. Trad. Alcidema Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977.

INCONSTITUCIONALIDADE DO REEXAME NECESSÁRIO FACE AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CELERIDADE PROCESSUAL

Renato Vasconcelos Maia

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 3 - NATUREZA JURÍDICA. 4 - HIPÓTESES LEGAIS E EXCEÇÕES. 5 - EFEITOS. 6 - OS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL. 7 - O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 8 - O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. 9 - O QUE OS DADOS REVELAM. 10 - CONCLUSÕES.

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo busca apresentar as origens e o conceito do instituto do reexame necessário, para ao final tentar demonstrar a desnecessidade de sua existência, especialmente com base em dados do ano de 2004 coletados junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco e em face de sua afronta aos princípios constitucionais da celeridade e da isonomia, além de afrontar também os princípios da efetividade e da economia processual.

Apesar da existência do reexame necessário no âmbito do processo penal e trabalhista, o presente artigo se restringirá a analisar tal instituto apenas no âmbito do processo civil, mais especificamente, nos limites da competência da jurisdição estadual, que serviu de base para a pesquisa de dados que se encontram no corpo deste artigo em forma de estatística.

A pesquisa de dados se restringiu também ao reexame necessário "puro", ou seja, naquelas situações em que não é interposto recurso de apelação, seja pelo particular, seja pelo ente público ou pessoa jurídica beneficiada pelo reexame necessário, uma vez que nas situações em que é interposto o chamado "recurso voluntário"¹ o processo necessariamente teria que ser submetido a uma apreciação pela instância superior.

Assim, partindo apenas de uma análise extra-oficial dos dados (jurisprudência coletada através do site do Tribunal de Justiça de Pernambuco) verifiquei, de pronto, que, em grande maioria dos acórdãos proferidos nos processos sujeitos ao duplo grau obrigatório de jurisdição (em que não fora interposto recurso de apelação), havia sido negado provimento ao reexame necessário, isto é, havia sido mantida inalterada a sentença de primeiro grau.

Ademais, verifica-se que a maior parte dos poucos reexames que foram providos pelo TJPE se referem à anulação de sentenças que extinguíram, sem julgamento do mérito, a execução fiscal, por ter sido reconhecida de ofício a prescrição intercorrente, questão bastante tormentosa na jurisprudência, inclusive perante o Colendo STJ.

Com base em tais dados, indaga-se qual a justificativa para a permanência de um instituto processual em que na imensa maioria das vezes apenas confirma a sentença de primeiro grau, postergando o início da execução (outro processo reconhecidamente demorado), tendo em vista que a sentença

¹ Essa terminologia ainda é utilizada por grande parte dos Desembargadores do Tribunal de Justiça de Pernambuco, uma vez que se encontrava prevista na antiga redação do parágrafo único do art. 475 do CPC.

sujeita ao reexame fica com a sua eficácia suspensa até a confirmação pelo tribunal superior.

O "duplo grau obrigatório de jurisdição", da maneira como é atualmente utilizado pelo direito brasileiro, encontra-se totalmente desvirtuado de suas origens, não merecendo qualquer respaldo, a meu ver, levando-se em conta o desenvolvimento democrático contínuo do Estado Brasileiro, com o fortalecimento de suas instituições e o amadurecimento dos cidadãos, cada vez mais conscientes de seu papel na sociedade, todos em prol do crescimento de nosso país.

Desse modo, considerando-se também o ideal de justiça consubstanciado no pensamento memorável do saudoso Rui Barbosa de que "justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta", resta patente a afronta aos princípios da celeridade e da economia processual perpetrada pelo instituto do reexame necessário.

Foram muitas as leis que tentaram tornar mais célere a prestação jurisdicional, reduzindo prazos, diminuindo a incidência de determinados recursos, dificultando a propositura de outros, enfim, o intuito das reformas por que passam as leis processuais é sempre buscar uma melhor, mais célere e mais efetiva prestação jurisdicional. Com o reexame necessário, não foi diferente, contudo, ocorreu de forma muito tímida, tendo a Lei nº 10.352/2001 apenas melhorado a redação do art. 475 do CPC, para depois - no que foi de suma importância - limitar a incidência do duplo grau obrigatório, em determinadas situações especificadas em seus §§2º e 3º.

Melhor seria se tivesse sido aprovado o Anteprojeto de Lei 15² em sua integralidade, que previa o acréscimo de um parágrafo quarto ao art. 475 do CPC, com a seguinte redação:

² SIMARDI, Cláudia A. Remessa Obrigatória (após o advento da Lei 10.352/2001). In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais. São Paulo: RT, 2002. p. 120.

Art. 475. (omissis).

§4.º O reexame necessário não impede o cumprimento provisório da sentença, salvo quando possa causar dano grave e de difícil reparação, caso em que, a requerimento da entidade de direito público, formulado quando da interposição de sua apelação, o juiz ou relator poderá atribuir ao reexame necessário também o efeito suspensivo,

Com essa redação, o particular que litigasse contra a Fazenda Pública não necessitaria de esperar pelo julgamento do reexame necessário, caso não fosse interposto o recurso de apelação com pedido expresso de efeito suspensivo, podendo desde já executar provisoriamente a sentença.

Contudo, tal proposta não foi aprovada pelo Congresso Nacional, havendo ainda a esperança de que o Projeto de Lei nº 3.615/2004, de autoria do Dep. Federal Mauricio Rands, prevendo a revogação do art. 475, do CPC, venha a ser aprovado.

2 - ORIGENS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As origens do reexame necessário remontam ao Direito Medieval, em face da preocupação de evitar possíveis erros e injustiças, ante os poderes excessivos dos juízes, apresentando maior incidência no direito processual penal português, como uma proteção ao réu condenado à pena de morte.

Acerca das origens históricas do reexame necessário, Nelson Nery Junior³ leciona que:

Tal medida é tradicional no direito brasileiro, oriunda do sistema medieval e sem correspondente no direito com-

³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais Teoria Geral dos Recursos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 75-76

parado, antigamente conhecida como 'apelação ex officio'. (...)

A justificação histórica do aparecimento da remessa obrigatória se encontra nos amplos poderes que tinha o magistrado no direito intermédio, quando da vigência do processo inquisitório. O direito lusitano criou, então, a 'apelação ex officio', para atuar como sistema de freio àqueles poderes quase onipotentes do juiz inquisitorial. Essa criação veio com a Lei de 12.3.1355, cujo texto foi depois incorporado às Ordenações Afonsinas, Livro V, Título LIX, 11, subsistindo nas codificações portuguesas posteriores (Ordenações Manuelinas, V, XLII, 3; Ordenações Filipinas, V, CXXII).

Denota-se, portanto, que as origens do reexame necessário encontram-se muito mais ligadas ao processo penal, em que impera o princípio inquisitório, diferentemente do processo civil, em que o princípio dispositivo apresenta-se mais acentuadamente.

Assim, percebe-se que o instituto do reexame necessário nasceu como uma forma de conter os excessivos poderes que detinham os juízes criminais, a fim de se evitar perseguições políticas ou pessoais, sendo incorporado ao processo civil sem nenhuma justificativa aparente.

No Brasil, a primeira legislação a apresentar o reexame necessário foi a Lei de 04/10/1831, beneficiando a Fazenda Pública nas condenações que lhe eram impostas, sendo posteriormente estendido para as causas de ausentes ou que se referissem a pensões, habilitações de credores da Fazenda, nulidade de casamentos ou que privassem a liberdade⁴.

⁴ GUEDES, Jefferson Carús. Duplo Grau ou Duplo Exame e a atenuação do reexame necessário nas Leis Brasileiras. In: NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: RT, 2002. p. 299

A redação original do Código Processual Civil de 1939 não previa o reexame necessário, sendo posteriormente incorporado no art. 822, cujo parágrafo único previa o seu cabimento: a) das sentenças de nulidade do casamento; b) das sentenças homologatórias de desquite amigável; c) proferidas contra a União, Estados e Municípios.

Durante a vigência do CPC de 1939, muito se discutiu acerca da natureza jurídica do reexame necessário, posto que, constando do capítulo referente aos recursos, muitos lhe negavam a natureza recursal.

O atual Código de Processo Civil manteve o reexame necessário; todavia, para amenizar os ânimos dos doutrinadores, colocou-o na parte relativa à coisa julgada, numa tentativa de desvirtuar a sua natureza recursal, existindo, ainda, poucos doutrinadores que entendem o reexame necessário como uma espécie recursal (entre eles, Sérgio Bermudes e Carvalho Netto)⁵.

A redação do art. 475 do CPC veio a sofrer substanciais alterações somente com a Lei nº 10.352/2001, que, primeiramente, aprimorou a sua redação, bem como reduziu sobremaneira as hipóteses de incidência do reexame necessário.

3 - NATUREZA JURÍDICA

Conforme afirmado, muito já se discutiu acerca da natureza jurídica do instituto do reexame necessário, especialmente durante a vigência do revogado Código de Processo Civil de 1939, servindo para corroborar a tese de poucos doutrinadores o fato de que o art. 822, que previa o reexame necessário, encontrava-se inserido no capítulo referente aos recursos.

⁵ Cf. NERY JUNIOR, Nelson, Ob. cit., 2004, nota de rodapé nº 56, p. 78-79.

Todavia, a grande parte da doutrina não entende o reexame necessário como sendo uma espécie recursal. Destacando-se a opinião de Nelson Nery Junior⁶ para quem faltariam várias características e pressupostos de admissibilidade dos recursos, tais como a voluntariedade, a tipicidade, a dialeticidade, o interesse em recorrer, a legitimidade, a tempestividade e o preparo.

Conclui o processualista que "a doutrina dominante entende como nós, no sentido de não atribuir à remessa obrigatória a qualidade de recurso. Em nosso sentir, esse instituto tem natureza jurídica de *condição de eficácia da sentença*"⁷.

No mesmo sentido, José Carlos Barbosa Moreira⁸ pontua que "nas hipóteses de que tratam o art. 475 do Código de Processo Civil e de numerosas disposições de leis extravagantes, também se chega ao reexame, mas por via que não se identifica nem se confunde com a recursal".

Desse modo, é inegável a predominância do entendimento de que o reexame obrigatório não possui natureza recursal, sendo apenas uma mera condição de eficácia da sentença desfavorável à fazenda pública.

4 - HIPÓTESES LEGAIS E EXCEÇÕES

Primeiramente, é importante destacar as alterações engendradas pela Lei nº 10.352/2001, que, entre outras modificações, acrescentou o Distrito Federal e as autarquias e fundações públicas no texto do art. 475, do CPC, não obstante o entendimento da jurisprudência de que tal instituto já alcançava

⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 813.

⁷ NERY JUNIOR, Nelson, Ob. cit., 2004, p. 78.

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 11. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 233.

cava esses entes públicos, inclusive, já havendo a previsão na Lei nº 9.469/97 em seu art. 10 que o disposto nos artigos 188 e 475, *caput*, e no seu inciso II, ambos do CPC (que corresponde ao atual inciso I) se aplicariam às autarquias e fundações públicas.

Assim, temos, atualmente, o inciso I do art. 475 do CPC que determina a aplicação do reexame necessário às sentenças proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público.

É a hipótese legal de maior abrangência, uma vez que não determina que tipo de sentença (condenatória, declaratória, mandamental, etc.) está sujeita ao reexame, apenas aponta o requisito de que a mesma tem que ser desfavorável ao ente público.

Por outro lado, o inciso II do art. 475 do CPC apresenta uma hipótese mais específica, determinando a incidência do reexame necessário apenas nos casos de procedência, total ou parcial, dos embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

Destaque-se que a Lei nº 10.532/2001 aprimorou sobremaneira a redação desse inciso, que mencionava "julgar improcedente a dívida ativa", quando na verdade, queria se referir aos embargos à execução; agora, a lei se refere corretamente à "julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa".

Importa registrar o entendimento unânime da doutrina e jurisprudência no sentido de que não se aplica o reexame necessário às sentenças proferidas em face das empresas públicas e sociedades de economia mista, vez que sujeitas, em regra, ao regime jurídico de direito privado.

Além das hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 475 do CPC, que, sem dúvidas, devem abranger a grande maioria dos processos de "duplo grau obrigatório de jurisdic-

ção" que tramitam nos tribunais, temos alguns outros exemplos presentes em legislações esparsas, como se observa na obra de Oreste Nestor de Souza Laspro⁹:

As leis extravagantes impõem o reexame obrigatório, se-

gundo Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci:
a) nas causas relativas ao abuso do poder econômico, quando acolhidos os embargos opostos à sentença que decretar a intervenção (cf. art. 10, modificando a redação do art. 19 da Lei 4.717, de 29 de junho de 1962);
b) na ação popular, quando declarada a carência da ação ou a improcedência do pedido formulado pelo autor (cf. art. 17, modificando a redação do art. 19 da Lei 4.717, de 29 de junho de 1965); e c) nas causas relativas à especificação da nacionalidade brasileira (cf. art. 6º, modificando a redação do § 3º do art. 4º da Lei n. 818, de 18 de setembro 1949, alterada pela Lei n. 5.145, de 20 de outubro de 1966)⁹. Em idêntico senso, outrossim fez-lo a Lei n. 6.071, de 3 de julho de 1974, com a modificação, no art. 1º, da redação do parágrafo único do art. 12 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, com relação à sentença concessiva de mandado de segurança.

Cláudia A. Simardi¹⁰ apresenta, também, a sujeição ao reexame necessário da sentença que:

condena a Fazenda Pública a indenizar, em ação de desapropriação, pelo dobro da quantia oferecida na petição inicial (art. 28, §1º, do Decreto-Lei 3.365/41); a que condena a Fazenda Pública, em ação de desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária, em quantia

⁹ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 169-170.

¹⁰ SIMARDI, Cláudia A., *Ob. cit.*, 2002, p. 120

superior a 50% do valor oferecido na inicial (art. 13, §1º, da Lei Complementar 76/93), a condenatória desfavorável às Fazendas Públicas, em ação civil pública (art. 7.347/85); a de procedência de ação anulatória de retificação de registro realizado por pessoa jurídica de direito público (art. 213, da Lei 6.739/79).

Diferentemente do que ocorre com as hipóteses legais, as exceções somente estão previstas no art. 475 do CPC, recentemente introduzidas pela Lei nº 10.352/2001.

A primeira exceção (§2º do art. 475) adotou um critério bastante objetivo (valor) para determinar que o reexame necessário não será aplicado, sendo certo que o valor do salário mínimo que deve ser levado em consideração é o vigente à época da prolação da sentença de mérito, pouco importando os aumentos do salário mínimo que ocorram posteriormente ou o vigente à época da propositura da ação.

Desse modo, caso não seja observado pelo magistrado de primeiro grau que a condenação não ultrapassa o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, poderá, perfeitamente, o tribunal, inclusive, em decisão monocrática de um de seus desembargadores (vide mais adiante Súmula 253 do STJ), não conhecer do reexame necessário, uma vez que o mesmo não seria cabível.

Por sua vez, o parágrafo terceiro do art. 475 enceta uma regra de exceção mais subjetiva, por possibilitar ao magistrado deixar de submeter sua sentença ao reexame necessário quando esta estiver de acordo com a jurisprudência do plenário do STF ou com súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

Percebe-se que não pode ser qualquer jurisprudência do STF, apenas as decisões proferidas pelo pleno poderão dispensar a incidência do reexame, bem como as súmulas, que são igualmente aprovadas pelo órgão máximo do Supremo

Tribunal Federal. Verifica-se, também, que não basta a decisão de primeira instância estar de acordo com a jurisprudência do respectivo tribunal superior, tem que haver súmula editada para que não seja caso de submeter a sentença à análise pela instância superior.

Afora essas duas exceções legais, a jurisprudência do STJ também vem apresentando hipóteses de não incidência à regra do art. 475 do CPC, com base em uma interpretação teleológica e sistêmica do instituto, entendendo incabível o reexame necessário para os casos de improcedência dos embargos à execução movidos pela fazenda pública em face das execuções de títulos judiciais que lhe são intentadas pelos particulares. Verifica-se esse entendimento no seguinte julgado oriundo da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO REJEITADOS. REEXAME NECESSÁRIO. INAPLICABILIDADE. 1. O CPC, art. 475, ao tratar do reexame obrigatório em favor da Fazenda Pública, incluídas as Autarquias e Fundações Públicas, no tocante ao processo de execução, limitou o seu cabimento apenas à hipótese de procedência dos embargos opostos em execução de dívida ativa (inciso II). Não há, pois, que estendê-lo aos demais casos. 2. Precedentes. (REsp 241959, Corte Especial, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 18.08.2003). 3. Embargos de divergência não conhecidos. (EREsp 251841/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, j. 25/03/2004, p. DJ 03/05/2004, p. 85). (destaques nossos)

Assim, verifica-se do contexto que só com a edição da Lei nº 10.352/2001 é que passou a ser possível ao magistrado

deixar de submeter suas sentenças desfavoráveis às fazendas públicas ao tribunal superior competente com base em fundamentos legais e não apenas jurisprudenciais, como o acima apresentado, que já vigorava antes mesmo da reforma.

Situação curiosa é criada através do entendimento jurisprudencial do STJ, consubstanciada na Súmula 253, cujo enunciado é o seguinte: "O art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário".

Ora, conforme acima visto, nos casos em que a condenação ou direito controvertido for superior a 60 (sessenta) salários, a decisão de primeira instância somente não é submetida ao tribunal se estiver de acordo com jurisprudência do plenário do STF ou com súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. Assim, caso o magistrado perceba que sua decisão não preenche tais requisitos, deve determinar o reexame da sentença. O curioso é que o processo, ao chegar ao Tribunal, poderá ter seu curso obstado, através de decisão monocrática do Desembargador, com base no art. 557, do CPC, o qual prevê outras possibilidades para que se negue provimento ao reexame necessário.

Em outras palavras, o magistrado de primeiro grau somente pode deixar de aplicar o reexame necessário nas situações previstas nos §§ 2º e 3º do art. 475 do CPC, enquanto que para o magistrado de segunda instância é oportunizado, além desses dois parágrafos, as situações descritas no caput do art. 557, bem como em seu §1º-A, para dar provimento ao reexame, em face do entendimento jurisprudencial acolhido pelo C. STJ (Súmula 253).

Ressalte-se, por fim, a exceção contida no art. 12 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001, *in verbis*:

Art. 12. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando, a respeito da

controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente, houver editado súmula ou instrução normativa, determinando a não-interposição de recurso voluntário.

Portanto, caso o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente tenham editado súmula ou instrução normativa acerca de determinada matéria, não há qualquer razão para que a sentença monocrática seja submetida ao reexame necessário, em clara demonstração de que não há interesse da Fazenda Pública Federal em manejar o recurso de apelação.

O dispositivo acima transcrito apresenta uma das mais importantes justificativas para a definitiva extinção do instituto do reexame necessário, uma vez que, apesar de o interesse público ser indisponível, as decisões dos advogados públicos (União, Estados ou Municípios) em interpor recurso de apelação é muitas vezes consubstanciado no momento ou nas circunstâncias políticas que envolvem o caso, isto é, com a interposição de um recurso meramente protelatório, posterga-se o cumprimento da sentença, podendo o seu início somente se dar quando já encerrado o mandato do chefe do executivo, por exemplo.

Com a edição de uma súmula ou instrução normativa, de caráter cogente, evita-se que em situações reiteradas sejam interpostos recursos em que a Fazenda Pública é sabedora que não logrará êxito, em prejuízo não só ao particular, mas a todo o funcionamento da justiça.

Destaque-se que, apesar de essa exceção ter muito mais valia nos feitos da competência da justiça federal, temos, no âmbito da jurisdição estadual, os processos, envolvendo o INSS nas causas em que se pleiteia o benefício acidentário.

Assim, caso o Advogado Geral da União ou o próprio INSS tenham editado súmula ou instrução normativa a res-

peito de ações envolvendo os benefícios concedidos em decorrência de acidente de trabalho, a sentença de primeiro grau que se encontrar em consonância com tal súmula ou instrução normativa não estará sujeita ao reexame necessário, por força do art. 12 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/08/2001 (editada anteriormente à EC nº 32/2001, portanto, mesmo que não convertida em lei, continua plenamente em vigor).

5 - EFEITOS

Da simples leitura do *caput* do art. 475 do CPC, verifica-se que a principal consequência para as sentenças que estão sujeitas ao reexame necessário é justamente a suspensão de sua eficácia enquanto não for confirmada pelo tribunal superior competente.

A grande discussão reside no ponto referente aos limites daquilo que será objeto de reexame pelo tribunal superior.

Como visto, o reexame necessário guarda muito mais relação com o princípio inquisitorial, contrapondo-se ao princípio dispositivo, mais presente nas hipóteses recursais. Por esse aspecto, o conhecimento da matéria deveria ser pleno, envolvendo todas as questões decididas ou não pela sentença.

Sobre a questão, Nelson Nery Junior¹¹ pontifica que:

Consequência análoga à provocada pelo efeito translativo do recurso ocorre com o reexame pelo tribunal, das sentenças sujeitas ao duplo grau obrigatório (CPC 475). Também aqui não se pode falar em efeito devolutivo da remessa necessária, porque se está diante de manifestação do princípio inquisitório. O que existe, na verdade, é que a eficácia plena da sentença, nos casos do CPC 475, fica

condicionada ao seu reexame pelo tribunal *ad quem*. A sentença como um todo é que fica submetida ao reexame, de sorte que é lícito ao tribunal modificar a sentença, reformando-a ou anulando-a, total ou parcialmente.

É justamente em razão desse efeito translativo que entende o eminente processualista que não há como se falar em proibição à *reformatio in peius* em sede de reexame necessário "puro", isto é, em que não foram interpostos recursos por nenhuma das partes, especialmente pelo particular, o que poderia viabilizar o agravamento da posição da Fazenda Pública.

Contudo, não é esse o entendimento que vem predominando nos tribunais pátrios, que relutam em agravar a situação da Fazenda Pública quando do julgamento do reexame necessário, aplicando, ao caso, a Súmula nº 45 do STJ.

Por fim, temos a lapidar lição de Cândido Rangel Dinamarco¹² acerca dos efeitos do reexame necessário:

Na realidade, as sentenças indicadas nos incisos desse artigo, não produzem jamais eficácia alguma, porque é cediça em direito processual a regra de que o julgamento feito pelo tribunal substitui sempre aquele que foi objeto do recurso, quer se negue, quer dê provimento a este. O confirmar a sentença não é outorgar-lhe eficácia ou talvez definitividade, mas emitir novo julgamento conforme. É o Poder Judiciário decidindo novamente a causa, agora, pela voz de um órgão mais elevado, mas sempre mediante um ato deste, da responsabilidade deste - e tal é a interpretação pacífica da substituição do inferior pelo superior, positivada no art. 512 do Código de Processo Civil. Por isso é que, proferida a sentença contra a Fazendeira

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson, *Ob. cit.*, 2004, p. 486.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 130.

da Pública, a causa sobe ao tribunal e as partes só sentirão os efeitos de um julgamento sobre sua vida fora do processo, por força do acórdão que este proferir, não mais da sentença. Não se trata de somente negar a autoridade de coisa julgada às sentenças nas hipóteses indicadas em lei, mas de excluir-lhes por completo qualquer eficácia - porque a devolução oficial tem "efeito suspensivo", não permitindo sequer a execução provisória das sentenças sujeitas ao regime do art. 475.

6 - OS PRINCÍPIOS DA CELERIDADE E DA ECONOMIA PROCESSUAL

O retardo na prestação jurisdicional prejudica não só as partes envolvidas ou a imagem do Poder Judiciário, mas principalmente prejudica o desenvolvimento do país, havendo especialistas¹³ que apontam no sentido de que uma melhora no sistema judiciário, a nível de primeiro mundo, faria a taxa de crescimento do PIB brasileiro ser até 25% mais alta e aumentaria os investimentos em até 10,4%.

Antes mesmo de ser alçado à categoria de "direito ou garantia fundamental", o princípio da celeridade já podia ser implicitamente encontrado em dispositivos legais, citando-se como exemplo o art. 125, II, do CPC, que prevê como uma das competências do juiz "velar pela rápida solução do litígio".

Entende-se o princípio da economia como sendo o objetivo de que sejam alcançados os resultados da atuação jurisdicional do Estado com a mínima prática possível de atos processuais, que geram, direta ou indiretamente, maiores custos para o Estado e, principalmente, para as partes.

Diferentemente do que ocorre com o princípio da celeridade, o princípio da economia ainda não se encontra expressamente previsto na Constituição, contudo encontramos exemplos implícitos de tal princípio em diversas passagens do Código de Processo Civil, tais como, os artigos 105, 154, 243, 244 e 248.

Após a breve apresentação dos conceitos dos princípios da celeridade e economia processuais, resta clara a afronta a eles perpetrada pelo instituto do reexame necessário.

Tendo como base tais princípios, não há como se admitir a permanência de um instituto como o reexame necessário no ordenamento jurídico pátrio que, a toda evidência, retarda a prestação jurisdicional, ocasiona maiores custos ao Estado, além de abarrotar os já congestionados tribunais de segunda instância.

Talvez sua existência fosse justificada na época de sua criação, ou até mesmo quando mantido nos códigos processuais de 1939 e 1973 (em que o país se encontrava em épocas de políticas totalitárias¹⁴), contudo não há mais nenhuma justificativa válida para a sua permanência, considerando-se o desenvolvimento do Estado brasileiro e a profissionalização cada vez mais crescente da advocacia pública, bem como o maior controle e independência de órgãos fiscalizatórios (Ministério Público, Tribunais de Contas, etc.).

Posição bastante enfática é apresentada pelo Juiz Federal Francisco Barros Dias¹⁵:

O julgamento de primeiro grau não tem, absolutamente, nenhuma validade, não pode ser executado, não transita em julgado, não tem, enfim, qualquer efeito. Isso provo-

¹³ PINHEIRO, Armando Castelar (org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. [S.l.]: Ed. Sumaré, 2000.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 213, v. 1.

¹⁵ DIAS, Francisco Barros, *Ob. cit.*, 2000, p. 218.

ca um descrédito na Justiça, torna inócu a atividade do juízo de primeiro grau, retarda o andamento do processo, torna excessivamente onerosa a atividade jurisdicional e privilegia a Fazenda Pública com dois julgamentos de uma mesma controvérsia, através de dois órgãos jurisdicionais distintos, sendo que o primeiro não serve absolutamente para nada, a não ser - como já dito-unicamente, como pressuposto para remessa do feito ao Tribunal.

Da opinião acima transcrita pode ser verificada a afronta latente aos princípios da celeridade e economia processuais, e, sendo o primeiro uma garantia constitucional, não há como fugir do reconhecimento da inconstitucionalidade do "reexame necessário" por violação direta ao art. 5º, inciso LXXVIII, da CF/88.

7 - O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Para aqueles doutrinadores que criticam o instituto do reexame necessário, o princípio da isonomia é o mais atingido, por conferir à fazenda pública, quando em juízo, um tratamento injustificadamente diferenciado.

Diz o art. 5º da CF/88 que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, (...)".

A corrente majoritária da doutrina entende que instituto sob análise não violaria o princípio da isonomia, tendo em vista os interesses que são postos em confronto, havendo justificativa racional para que se dê prevalência ao interesse público sobre o particular.

Vejamos algumas opiniões:

Somos totalmente favoráveis, apesar de opiniões em sentido contrário, à manutenção, em nosso direito positivo do reexame necessário, não para suprir eventual falha do

procurador da pessoa jurídica de direito público, que poderá, inclusive, internamente sofrer processo disciplinar pelo seu lapso, mas como mecanismo necessário para resguardar o interesse público e o erário. (...) Em face da natureza jurídica dos interesses em debate, não há que se falar em inconstitucionalidade do dispositivo por infringir o princípio da isonomia, da igualdade entre as partes.¹⁶

Ex positis, tendo em vista que os *discrimens* criados pelo art. 475, II e III, do Código de Processo Civil, e também pelo art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51, são dotados de um fundamento lógico capaz de justificá-los - a saber, o interesse inarredável em bem administrar-se o dinheiro público - e também que esse fundamento lógico encontra amparo nos princípios gerais de direito abrigados pela Constituição Federal, além de atender perfeitamente os demais requisitos tão bem identificados pela doutrina, capazes de dar juridicidade às discriminações feitas pela lei, adequando-a ao princípio da isonomia, é de se concluir que os dispositivos legais mencionados não ofendem o disposto no caput do art. 5º da Constituição Federal, estando, portanto, em pleno vigor.¹⁷

Álvaro Melo Filho¹⁸, de um modo mais genérico, acerca da matéria, conclui que:

À vista do sentido, do alcance e do conteúdo jurídico do princípio da isonomia, e, com lastro nos inúmeros fun-

¹⁶ GLANESINI, Rita, *Ob. cit.*, 2000, p. 933.

¹⁷ AMARAL FILHO, Adilson Paulo Prudente do. A Remessa oficial e o Princípio da Igualdade. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 20, n. 80, p. 221-222, out./dez. 1995.

¹⁸ MELO FILHO, Álvaro. O princípio da Isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 31, p. 127, n. 123, jul./set. 1994.

damentos legais, doutrinários e jurisprudenciais, verifica-se que os privilégios processuais da Fazenda Pública constituem instrumentação dos meios para realização de finalidades de interesse público e reconhecimento de diversidades, que não infirmam, mas, ao revés, confirmam que o princípio da isonomia não existe como igualdade ideal ou como "fórmula vazia" (*Leerformel*), mas para realizar o princípio de justiça, onde se busca o equilíbrio social e a igualdade real ou substancial.

Em sentido oposto, Nelson Nery Junior²⁰ entende pela inconstitucionalidade da Súmula 45 do STJ que proíbe a *reformatio in peius* em sede de reexame necessário:

Interpretando-se o CPC 475 conforme a CF 5.º caput e I, o tribunal deve reexaminar, em razão do interesse público, toda a matéria objeto da demanda: se entender que o juiz errou, pode modificar a sentença, seja para beneficiar ou prejudicar qualquer das partes. Condicionar o reexame necessário para que o tribunal apenas melhore a situação da Fazenda Pública, vale dizer, condicionar o reexame necessário *secundum eventum* é violar a garantia constitucional da igualdade. Daí por que reputamos ser incorreto, *data maxima venia*, porque inconstitucional, o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça (STJ 45), no sentido de que o tribunal não poderia agravar, no julgamento da remessa necessária, a situação da Fazenda Pública, sob os fundamentos de que a parte contrária teria aquiescido à sentença e que, caso se prejudicasse a Fazenda, haveria *reformatio in peius*, proibida pelo sistema recursal brasileiro.

²⁰ NERY JUNIOR, Nelson, Ob. cit., 2004, p. 85.

Especificamente pela inconstitucionalidade do reexame necessário, por violar o princípio da isonomia ou igualdade, temos a opinião de Maurício Giannico²¹:

A remessa oficial é inconstitucional, vez que fere o princípio da isonomia. Como tentamos demonstrar, representa uma diferenciação que não encontra lastro suficiente a justificá-lo, tratando-se, para utilizar a linguagem de Sérgio Ferraz, de uma *desigualdade injustificada* e, portanto, incompatível com nosso ordenamento jurídico.

Em que pesem as opiniões em sentido contrário, entendo que a remessa obrigatória implica uma violação ao princípio da igualdade, uma vez que não se encontram mais presentes justificativas lógicas e racionais para a sua manutenção.

O principal argumento daqueles que defendem a constitucionalidade do reexame necessário, não havendo qualquer violação ao princípio constitucional da isonomia, reside na questão dos interesses em jogo, isto é, ante a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o que seria uma justificativa a admitir o tratamento diferenciado. Rebatendo essa tese, temos a opinião de Maurício Giannico²¹, a qual endossamos:

Mas, na realidade, a nosso ver esse argumento apenas corrobora a inequívoca necessidade de uma postura ativa e responsável (leia-se, diligente) da Fazenda Pública. A iniciativa de apelar é extremamente saudável ao Estado e, em última instância, muitíssimo mais eficaz na tentativa de reverter uma situação a ele desfavorável. Quando

²¹ GIANNICO, Maurício. Remessa obrigatória e o princípio da isonomia. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 28, n. 111, p. 66-67, jul./set. 2003.

²² GIANNICO, Maurício, Ob. cit., 2003, p. 61

perdedor, nada mais lógico (e isonômico) que sejam empenhados rigorosamente todos os esforços na tentativa de ver anulado ou reformado o *decisum* proferido contra o Estado.

(...)

A experiência mostra que a remessa oficial nem de longe substitui uma apelação bem elaborada. É somente por meio da interposição recursal que se torna possível demonstrar, com a plenitude e o zelo necessários, os eventuais erros contidos nas decisões judiciais.

Assim, até mesmo por uma questão de coerência, exatamente em homenagem à defesa dos relevantes interesses estatais é que temos por incontestes esse argumento, considerando-o inadequado para justificar a constitucionalidade desse privilégio.

Ora, se são interesses públicos tão relevantes para a Fazenda Pública, por que não interpor o recurso de apelação? Qual seria a justificativa lógico-formal para esse raciocínio? Não, não vamos interpor recurso de apelação, porque a sentença está sujeita ao reexame necessário, então o tribunal irá analisar de todo jeito a questão!?

Justificar a existência do reexame necessário por uma possibilidade de conluio entre advogados, procuradores dos entes públicos e magistrados é dar muita relevância a uma teoria da conspiração, e, sobretudo, descrença na moral e na ética das partes envolvidas no processo.

Não devem ser todos os particulares que têm que litigar contra a Fazenda Pública que devem pagar o preço pela existência de alguns poucos corruptos. Os corruptos, sim, que devem ser perseguidos, processados e incriminados, nos rigores da lei.

8 - O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Na realidade o princípio da efetividade é um dos caminhos para que se alcance os objetivos dos princípios da celeridade e da economia processual.

Isso porque quanto mais efetividade tiver uma decisão judicial, mais rapidamente chegará ao fim o processo, com a prática de menos atos e a conquista de maiores resultados, prestigiando-se, assim, os mencionados princípios da celeridade e da economia processual.

Desse modo, toda reforma empreendida nas leis processuais deve buscar também tornar as decisões judiciais mais efetivas, o que pode ser feito com a diminuição das hipóteses de cabimento de recursos, ou modificando-se a regra de efeito suspensivo de alguns recursos.

A tutela jurisdicional deve atender aos anseios do jurisdicionado, proporcionando-lhe a efetiva satisfação de um direito que se encontrava impedido pela ação ou omissão da outra parte. É tanto que comumente se diz que um dos objetivos principais da justiça é a paz social, conseguida através da pacificação dos conflitos.

Portanto, a permanência do reexame necessário viola o princípio da efetividade das decisões judiciais, uma vez que a sentença de primeiro grau, favorável ao particular, somente poderá iniciar o procedimento para a sua satisfação após a confirmação pelo tribunal, o que pode levar em média até um ano, retirando-se por completo, enquanto não confirmada a sua eficácia e efetividade.

9 - O QUE OS DADOS REVELAM

O Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, através de suas Câmaras Cíveis (âmbito da pesquisa), recebeu no

ano de 2004, cerca de 302 (trezentos e dois) processos de "duplo grau obrigatório de jurisdição" puro, isto é, em que não foi interposto recurso de apelação por qualquer das partes.

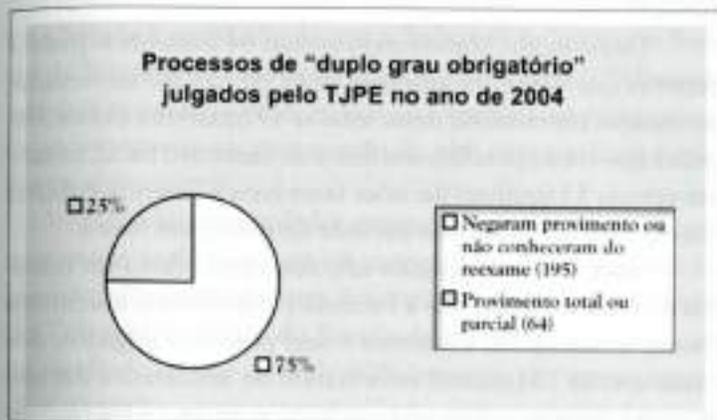
Esse número é relativamente baixo, uma vez que tem sido regra uma maior recorribilidade das decisões através das procuradorias públicas, cada vez mais atuantes e eficazes na defesa dos entes públicos. Até porque, com o desenvolvimento dos meios de comunicação, é possível que um município distante dos grandes centros, por exemplo, contrate um advogado na capital, que não necessitará nem se deslocar para a cidade, podendo interpor o recurso via *facsimile*, remetendo posteriormente o original, através dos correios, conforme foi possibilitado pela Lei nº 9.800/99.

Ressalte-se que, conforme já explicitado, nos casos em que é interposto o recurso de apelação por qualquer das partes, seja o particular, seja o ente público, o processo iria ser remetido ao Tribunal, não sendo, portanto, o objeto da pesquisa.

No mesmo ano de 2004, foram julgados 259 (duzentos e cinquenta e nove processo) processos de "duplo grau obrigatório de jurisdição", sendo 201 (duzentos e um) através de decisões colegiadas das seis Câmaras Cíveis que compõem o Tribunal e 58 (cinquenta e oito) através de decisões monocráticas dos Desembargadores.

Dessas 259 (duzentas e cinquenta e nove) decisões, pouco mais de 75% (setenta e cinco por cento) apenas confirmaram a sentença de primeiro grau, isto é, ou negaram provimento à remessa obrigatória, ou simplesmente não conheceram do reexame, restando incólume a decisão monocrática de primeira instância. Vejamos a figura 1:

Figura 1



Fonte: Tribunal de Justiça de Pernambuco, 2004.

Destaque-se, ainda, outro dado importante da pesquisa realizada junto ao tribunal estadual. É que entre as decisões que reformaram ou anularam as decisões de primeiro grau, que correspondem a 64 (sessenta e quatro) julgados, 49 (quarenta e nove) se referem a decisões que anularam a sentença de primeiro grau por ter o magistrado reconhecido *ex officio* a prescrição intercorrente em feitos do executivo fiscal, questão bastante tormentosa em nossos tribunais.

Isso porque, desde que foi criada a tese da possibilidade de decretação *ex officio* da prescrição intercorrente, inúmeros juizes de primeiro grau passaram a proferir suas sentenças, extinguindo processos executivos que, muitas vezes, encontravam-se parados há mais de 10 (dez) anos.

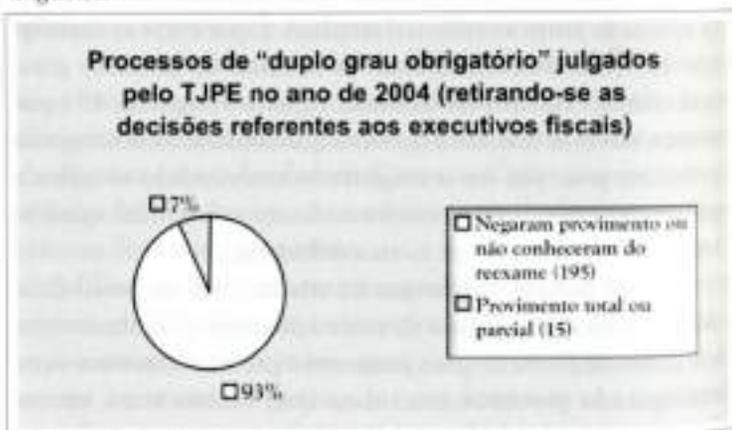
Após a modificação e consolidação da tese de que não é possível ao magistrado reconhecer, de ofício, a prescrição dos créditos tributários, passaram os tribunais a anular tais sentenças, determinando o retorno dos autos à primeira ins-

tância, para ter lugar o prosseguimento normal do feito executivo²².

Desse modo, como foram apenas 64 (sessenta e quatro) decisões que deram provimento (total ou parcial) ao reexame necessário, retirando-se desse total as 49 (quarenta e nove) decisões que correspondem aos feitos de executivo fiscal, restariam apenas 15 (quinze) decisões favoráveis à Fazenda Pública, que não foram proferidas em sede de executivos fiscais.

Assim, refazendo-se os cálculos, sendo desta vez retiradas as decisões favoráveis à Fazenda proferidas em executivos fiscais, teríamos 210 (duzentos e dez) processos julgados, dos quais apenas 15 (quinze) reformaram ou anularam a decisão de primeiro grau, o que representaria, portanto, 93% (noventa e três) de decisões proferidas pelo tribunal que simplesmente confirmaram a sentença monocrática, conforme pode ser melhor visualizada na figura 2 a seguir:

Figura 2



Fonte: Tribunal de Justiça de Pernambuco, 2004.

²² Destaque-se que esse entendimento deve ser modificado novamente, vez que foram aprovadas mudanças nas legislações civil, tributária e processual civil, permitindo-se o reconhecimento de ofício da prescrição, mesmo em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis (vide Lei nº 11.051/2004 e 11.280/2006).

Portanto, se retirarmos os processos de execução fiscal, nos quais vêm predominando tese favorável à Fazenda Pública, chega-se à conclusão de que o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco no ano de 2004, confirmou 93% (noventa e três por cento) das sentenças submetidas ao reexame necessário, ou seja, um patamar muito alto para justificar a existência do instituto.

Não obstante os dados estatísticos, acima referidos, em entrevistas realizadas com os próprios Desembargadores (e, também, Desembargadores Substitutos) das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, chegou-se ao resultado de que cerca de 60% (sessenta por cento) entendem que o "reexame necessário" não viola qualquer dos princípios apresentados neste artigo, bem como deve ser mantido por ser um instituto importante.

Destarte, constatou-se que ainda existe uma certa resistência, por parte dos próprios magistrados, para que se toquem os benefícios concedidos à Fazenda Pública, quando em juízo.

10 - CONCLUSÕES

Por todos esses motivos acima referidos, resta evidente a necessidade de reforma do Código de Processo Civil, bem como das leis esparsas que prevêm o reexame necessário das sentenças desfavoráveis à Fazenda Pública.

A inconstitucionalidade do instituto é patente, ante a afronta direta aos princípios constitucionais da isonomia e da celeridade (CF: art. 5º, *caput* e art. 5º inciso LXXVIII, respectivamente).

O instituto em análise, de forma indireta, afronta ainda o princípio da moralidade (art. 37, *caput*, da CF), uma vez que presume como regra a existência de juizes corruptos e procuradores públicos dispostos a prejudicar o erário públi-

co, os quais, através de processos judiciais fraudulentos, poderiam criar títulos executivos imutáveis, caso não existisse o reexame necessário.

Como uma esperança de que se encerre o privilégio da Fazenda Pública de ter suas sentenças analisadas pelo tribunal, independentemente da interposição de recurso de apelação, surge o Projeto de Lei nº 3.615/2004, de autoria do Dep. Federal Maurício Rands, que, inclusive, já foi Procurador Municipal do Recife.

Tal projeto, que prevê a revogação do art. 475 do CPC, já foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, tendo sido enviado ao Senado Federal, por não ser matéria sujeita à aprovação pelo Plenário da Câmara. No Senado, encontra-se em fase de inclusão em pauta para ser votado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania desde o dia 07/04/2005, já com o voto favorável do Senador Pedro Simon²³.

Caso o projeto mencionado venha a ser aprovado, o número de processos de duplo grau obrigatório de jurisdição "puro", no âmbito civil, que tramitam perante o Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (delimitação dos casos pesquisados) cairá drasticamente, uma vez que são pouquíssimos os casos em que o reexame necessário não é proveniente do art. 475 do CPC.

Melhor ainda seria a aprovação de lei que revogasse definitivamente o instituto do reexame necessário em todas as leis esparsas em que se encontre previsto.

Por fim, aí vai uma indagação: – qual a justificativa lógico-racional para a existência de um instituto que na grande maioria dos casos não se apresenta necessário?

²³ Informações colhidas nos sites eletrônicos do Senado e da Câmara, respectivamente, www.senado.gov.br e www.camara.gov.br. Acesso em: 24 mai. 2006.

Não seria interesse público, também, a prestação jurisdicional mais célere e efetiva aos cidadãos que necessitam litigar contra a Fazenda Pública?

A permanência de institutos como o "reexame necessário" apenas serve para corroborar a tese de que o entrave na prestação jurisdicional no Brasil está muito mais ligado às normas processuais do que propriamente à estrutura do Poder Judiciário.

O acúmulo de processos desnecessários nos já abarrotados tribunais estaduais, regionais federais ou nos regionais do trabalho, a exemplo do "reexame necessário", conforme se demonstrou com os dados estatísticos apresentados, dificulta uma prestação jurisdicional mais célere e justa.

Imperiosa conclusão é apresentada por Cândido Rangel Dinamarco²⁴ que, ao discorrer sobre o reexame necessário, assim se pronunciou:

A par da marca do Estado autoritário em que foi gerada, essa linha peca pelo confronto com a garantia constitucional da isonomia, ao erigir o Estado em uma superparte (a) com maiores oportunidades de vitória que seus adversários na causa e (b) com maiores oportunidades nos processos em geral, do que outros entes igualmente ligados ao interesse público, posto que não estatais (pequenas fundações, sociedades beneficentes, Santas Casa de Misericórdia etc.).

A imagem do ente público e a própria imagem do Poder Judiciário são lesadas com a permanência do instituto da remessa necessária, isso porque não é interposto recurso de apelação (meio mais saudável de insurgência), e o particular tem que esperar no mínimo por mais um ano para poder

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *Ob. cit.*, 2003. p. 127.

começar a executar o julgado (outro processo sabidamente demorado, ainda mais quando se trata de execução contra a Fazenda Pública, que detém outros inúmeros benefícios no processo executivo).

Assim, espera-se que, ao final de tudo o que foi apresentado, possa-se ter demonstrado a desnecessidade da permanência de um instituto processual que a toda evidência perdeu suas justificativas lógicas e racionais, devendo ser extirpado do ordenamento jurídico pátrio.

DO NÃO CONHECIMENTO DOS ACLARATÓRIOS MERAMENTE PROTELATÓRIOS POR FALTA DE ADEQUAÇÃO

Ricardo de Oliveira Pires Barreto
Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Professor da graduação e da pós-graduação da Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE, de Direito Processual Civil

SUMÁRIO

1 - A PRETENSÃO RESISTIDA: O SURGIMENTO DA LIDE. 2 - A JURISDIÇÃO: FUNÇÃO ESTATAL COMPOSITIVA. 3 - A ADSTRIÇÃO: ESGOTAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. 4 - A DECISÃO OMISSA, OBSCURA OU CONTRADITÓRIA: ADEQUAÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E SUA FUNÇÃO INTEGRADORA. 5 - O USO PROTELATÓRIO DOS ACLARATÓRIOS: NECESSIDADE DE SEU NÃO CONHECIMENTO.

1 - A PRETENSÃO RESISTIDA: O SURGIMENTO DA LIDE

O convívio social pressupõe o respeito às normas, "a manifestação da vontade coletiva geral, destinada a regular a atividade dos cidadãos ou dos órgãos públicos",¹ que são le-

¹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. Paulo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. I, p. 17.

gisladadas exatamente para garantir os direitos de cada um e, por conseqüência, a harmonia entre os cidadãos em respeito mútuo.

O Estado, assim, regula a atribuição dos bens da vida aos diversos sujeitos jurídicos, que se concretizam mediante a prestação que uma pessoa é obrigada em relação a outra, de modo que o direito de uma parte corresponde à obrigação da outra, ou seja, "o Estado encomenda, em primeiro lugar, a observância das leis e a civilidade dos cidadãos, e os educa na liberdade, confiando que eles as compreendam e as observem sem a necessidade da intervenção do juiz".²

Ocorre que esse convívio social nem sempre é harmônico, surgindo conflitos muitas vezes não solucionados voluntariamente pelos envolvidos, cabendo a estes aspirar, oportunamente, à consecução ou mesmo à conservação desses bens.

É exatamente nesse encontro de interesses, que se gera o surgimento da denominada lide, ou, em outras palavras, a controvérsia que decorre do encontro de pretensões de direito material.

Há pretensões que colidem e, por muitas vezes, cada um dos envolvidos entende estar com a razão, como bem afirma Pontes de Miranda³, que a pretensão à tutela jurídica não se confunde com a pretensão à sentença favorável, de sorte que vai caber ao Estado tal composição, desde que regularmente provocado.

² CALAMANDREI, Pietro. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Aberia. Campinas: Bookseller, 1999. v. I, p. 145.

³ MIRANDA, PONTES DE. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. tomo I, XXXIV.

2 - A JURISDIÇÃO: FUNÇÃO ESTATAL COMPOSITIVA

Dos três poderes da República, cabe ao Poder Judiciário o monopólio compositivo das lides⁴, através de sua função jurisdicional, denominada *jurisdição*, "atividade que os juízes exercem, em nome do Estado".⁵

Essa atividade jurisdicional, entretanto, afirma também Calamandrei, "não é exercida sem finalidade: não se julga em abstrato, intransitivamente, mas se julga porque, frente a quem se deve julgar, está delineada, como objeto concreto do julgamento, uma controvérsia a ser definida, um litígio a ser dirimido, uma demanda a ser aceita ou recusada".⁶

Desde que instado através do ajuizamento de uma ação, segundo Couture, "poder jurídico do autor de provocar a atividade do tribunal",⁷ por quem detentor de legítimo interesse e mediante arrazoado dos fatos e fundamentos juridicamente possíveis, pena de carência, que significa a "ausência de um direito legítimo que justifique uma sentença favorável",⁸ o Judiciário, por intermédio de um juiz competente, tramitará o procedimento adequado e, ao final, prolatará uma sentença, ou, nas ações originárias, um acórdão, pondo fim à controvérsia de direito material.

Para Calamandrei, "o fim preeminente da jurisdição é, no sistema da legalidade, o de fazer observar o direito objetivo (material), em seus preceitos individualizados",⁹ buscando

⁴ Em se tratando de bens e direito patrimoniais disponíveis, admite-se excepcionalmente a atuação compositiva arbitral.

⁵ CALAMANDREI, op. cit., p. 93.

⁶ *Idem*, p. 93.

⁷ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart V. Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 14.

⁸ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas: Red, 1999. p. 21.

⁹ CALAMANDREI, op. cit., p. 145.

"resguardar a paz social e o império da norma de direito",¹⁰ ou, por outro ângulo, compor a controvérsia legal, através da jurisdição voluntária, ou a controvérsia pessoal, através da jurisdição contenciosa.

Agir em juízo, assevera Couture, "constitui uma solução de liberdade e de responsabilidade. O direito atua buscando, sempre, o equilíbrio da conduta humana. Ao lado de uma possibilidade, põe uma limitação; junto à liberdade, que é um poder, coloca a responsabilidade, que é uma forma de dever. Poder e dever buscam, assim, seu equilíbrio necessário",¹¹ exatamente o equilíbrio a ser garantido com o desfecho justo da controvérsia.

3 - A ADSTRIÇÃO: ESGOTAMENTO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Pois bem, a ação é o instrumento de acesso à jurisdição, e a esta última, cabe, ao final do processo, instrumento que possibilita a efetivação da pretensão, a composição da controvérsia. Assim resta evidenciado.

A provocação do aparelho judiciário, entretantes, deve ser verificada de forma precisa, "tem de ser evidente se fora pedida a condenação, declaração, ou constituição, e que teor deve ter. Isto é importante por causa da vinculação do tribunal ao pedido e por causa da extensão do caso julgado", afirma Jauernig¹².

O que se quer dizer é que o pedido delimita a atuação da jurisdição compositiva. Afirma-se que no julgamento da

demanda, o juiz aplicará o direito material ao caso concreto, até mesmo se socorrendo dos bons costumes, da analogia e dos princípios gerais de direito, limitando-se a decidir, e também a revisar nos recursos, a compor a controvérsia dentro do que fora objeto do pedido, regra do art. 286 do CPC, ou pedidos cumulados, permissivo do art. 292 do CPC, que constarão da petição inicial ou, havendo, da reconvenção, do pedido contraposto ou da intervenção de terceiro.

Excetuando-se os pedidos implícitos, previstos no art. 293 do CPC, tais como juros legais de mora, correção monetária e prestações de trato sucessivo que se vençam no curso da demanda; o mais que pedido, repiso, delimitará restritivamente a atuação jurisdicional quando do julgamento do processo, ou, na via recursal, do recurso.

Conforme direcionamentos dos arts. 459 e 460 do CPC, o juiz decidirá a controvérsia, proferindo sentença ou acórdão, pelo tribunal, no seu julgamento originário, desde que superadas questões processuais, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor, sendo-lhe deferido pedido de natureza diversa ou condenatório em quantidade superior ao que foi demandado.

Denomina-se *adstrição*, portanto, esta obrigação que tem o juiz de decidir nos limites do pedido, respeitados os pedidos implícitos, não provendo mais, menos ou diferente do que demandado, pena de macular aquela prestação jurisdicional, conforme diretiva constante do art. 128 do CPC.

Nessa linha, colaciono a seguinte lição de jurisprudência:

À luz do disposto no art. 286 do Código de Processo Civil, o pedido deve ser certo e determinado, cabendo ao magistrado decidir de acordo com tal limite, em estrita observância ao princípio da adstrição do juiz ao pedido, expresso no art. 128 do mesmo diploma legal (Na AC 2001.110110118, TJDFT, 3TC, Rel. Des. Wellington MEDEIROS, DJ 30/04/2003).

¹⁰ ALVIM, J. CARREIRA. E. Elementos de teoria geral do processo. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 49.

¹¹ COUTURE, op. cit., 1998, p. 20.

¹² JAUERNIG, Othmar. Direito processual civil. Trad. F. Oliveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002. p. 223.

De resto, toda e qualquer decisão deve respeitar os limites do pedido, seja em relação a uma liminar, seja em relação a determinada questão processual, seja em relação ao mérito, em primeiro ou segundo grau, como também ser precisa e clara, inteligível.

4 - A DECISÃO OMISSA, OBSCURA OU CONTRADITÓRIA: ADEQUAÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E SUA FUNÇÃO INTEGRADORA

Ao decidir, portanto, o magistrado deve esgotar o que fora objeto do pedido, nos seus limites, seja quando do exame de uma liminar, quando da sentença, quando determinativa de segundo grau ou de acórdão.

Verificando-se que a decisão contém obscuridade, contradição ou omissão, adequam-se os embargos de declaração, conforme permissivo do art. 535, I e II do CPC, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, no primeiro grau, ou ao relator, no segundo, devendo ser indicados os pontos obscuros, contraditórios ou omissos.

Com propriedade, Renata Figueirêdo Alves assinala que os embargos de declaração "se constituem forma de impugnação de pronunciamento judicial e objetivam a não produção de efeitos jurídicos da decisão que apresenta defeito específico, visando, dessa forma, suprir omissão ou eliminar contrariedade, sendo, inclusive, interrompido o prazo para interposição de outro recurso".¹³

Segundo o ilustre Pontes de Miranda¹⁴, os embargos de declaração "afirmam e têm de provar que a sentença, como

¹³ ALVES, Renata Figueirêdo. Embargos de declaração. Revista da ESMAPÉ, v. 9, n. 19, jan./jun. 2004, p. 438.

¹⁴ MIRANDA, PONTES. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975, tomo VII, p. 394-395.

está, não satisfaz as exigências de prestação jurisdicional, pois não se sabe, ao certo, de que consta", e completa, "quem vence uma demanda pode, às vezes, encontrar na sentença qualquer obscuridade ou ambigüidade capaz de, futuramente, empecer a execução do julgado", não sendo razoável se admitir a apelação, recurso de regra cabível contra aquela decisão, tão somente para que o tribunal esclareça o pensamento do juiz inferior.

Busca-se, desse modo, uma análise revisional, constituindo os aclaratórios, sim, uma espécie de recurso, dirigido ao magistrado, ou ao órgão do tribunal, prolator da decisão para que ele esclareça o seu pensamento, nas hipóteses de obscuridade, expurgue a dúvida entre o fundamento e o dispositivo, havendo contradição, ou faça aquilo a que estava obrigado, completando o julgamento, havendo omissão, ou seja, busca-se, havendo adequação, a integração da nova decisão à decisão originária, exatamente na parte obscura, contraditória ou omissa.

Os aclaratórios dispensam preparo, já que sua função, ao menos em tese, é corretiva, e, conforme acima já afirmado, fica interrompido o prazo para os recursos adequados supervenientes, a depender do tipo de decisão que se pretende aclarar.

Quanto à interrupção do prazo, elemento essencial conclusivo deste arrazoado, tal efeito exsurge com eficácia erga omnes dentro do processo, ou seja, pouco importa quem interpôs os embargos declaratórios, o autor, o réu, um dos litisconsortes, o terceiro ou o Ministério Público.

A interrupção terá eficácia para todos, de modo que, enquanto não proferida decisão, pondo termo aos embargos, todos os prazos estão interrompidos, significando que, publicada a decisão esclarecedora, daí fluirá todo o prazo recursal novamente, não se subtraindo o prazo eventualmente gasto com a interposição dos embargos.¹⁵

¹⁵ Exceto nos Juizados Especiais, quando se verifica apenas a suspensão, não a interrupção do prazo.

Conforme Alexandre Freitas Câmara, "interpostos os embargos de declaração, deixa de fluir o prazo para outros recursos, devendo tal prazo voltar a correr, por inteiro (afinal trata-se de interrupção, e não de suspensão), após a intimação das partes do resultado do julgamento".¹⁶

Constata-se, nesse último aspecto, o perigo que decorre do uso indiscriminado dos embargos aclaratórios, já que se interrompem os prazos para os recursos subseqüentes, podem ser utilizados e reiterados com finalidade meramente protelatória, diferentemente da inteligência integrativa para o qual foi elaborado pelo legislador, em aparente e ardiloso procedimento contrário à dignidade da Justiça e à sua nobre função de definir a controvérsia de forma justa e em espaço razoável de tempo.

5 - O USO PROTTELATÓRIO DOS ACLARATÓRIOS: NECESSIDADE DE SEU NÃO CONHECIMENTO

Observamos, portanto, que toda e qualquer decisão omissa, obscura ou contraditória, desafia a interposição do recurso de embargos declaratórios, cuja função maior é corretiva e integradora, é fazer com que o próprio prolator da decisão exerça sua função jurisdicional com acerto, suprimindo a omissão, esclarecendo a obscuridade ou a controvérsia no comando decisório atacado, integrando as decisões uma à outra.

Ocorre que, conforme já especificado, é bastante comum a utilização protelatória dos aclaratórios, interpostos de forma indiscriminada como um verdadeiro freio processual, havendo previsão no parágrafo único do art. 538 do CPC da aplicação de multa não excedente a 1% (um por cento) sobre

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Jûris, 2001, v. II, p. 98.

o valor da causa, multa esta que pode chegar a 10% (dez por cento), na hipótese de reiteração, condicionada a interposição do recurso cabível superveniente ao depósito do valor respectivo.

Como bem observa Garcia Medina, em exaustivo trabalho acerca do prequestionamento para admissão dos recursos especial e extraordinário, "não havendo obscuridade, contradição ou omissão, não há lugar para a interposição dos embargos de declaração", e acrescenta, "diante disso, poderiam referidos embargos ser considerados protelatórios, dando ensejo à aplicação da multa disposta no parágrafo único do art. 538 do CPC".¹⁷

Aplicar a multa prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC seria, então, a penalidade máxima a ser imputada ao litigante de má-fé que fizera uso protelatório dos embargos, o que, por questões até óbvias, não parece minimamente suficiente, especialmente porque nem toda causa tem conteúdo patrimonial, e nem toda que tem esse conteúdo é de valor elevado.

Faz-se necessário encontrar "uma forma efetiva de sancionar o abuso de direito", afirma Vieira de Vincenzi, acrescentando que a punição pecuniária da parte por eventual litigância de má-fé processual traz "dificuldades na comprovação da vontade de causar o dano, ou a consciência da prática do abuso", e que, "tais circunstâncias não só dificultam a tutela imediata e inibitória do ato abusivo, como também impõem grande fardo probatório e desestímulo ao prejudicado".¹⁸

É cediço, entretanto, que a ausência de efetiva apreciação do litígio infra e/ou constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza - ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica - a

¹⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 288.

¹⁸ VINCENZI, Brunela Vieira De. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 154.

utilização dos recursos especial e/ou extraordinário, sob pena de negativa de seguimento.

Por *prequestionamento*, leciona também Garcia Medina, como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente da manifestação do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) acerca de questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude do qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada.¹⁹

Neste sentido, as Súmulas 282 do STF e 98 do STJ exigem o prequestionamento explícito como pressuposto de admissão dos recursos extremos, em única ou última instância, arguição que comumente se faz através dos embargos de declaração, antes mesmo de interposição do recurso meritório subsequente.

Configura-se o prequestionamento, portanto e no sentido posto, quando a causa tenha sido decidida à luz da legislação federal ou do texto constitucional indicado, com emissão de juízo de valor acerca dos respectivos dispositivos legais, interpretando-se sua aplicação ou não ao caso concreto, não bastando a simples menção a tais dispositivos.

Se na formação do convencimento o magistrado fundamenta regularmente a motivação de sua decisão, mas não faz referência expressa à não incidência de determinado dispositivo legal infra ou constitucional, necessário se faz interpor embargos de declaração, em cuja sede se deve arrazoar o ferimento ou negativa de vigência ao eventual dispositivo questionado.

¹⁹ *Idem*, p. 311.

Admite-se, ainda, o denominado *prequestionamento implícito*, embora apenas na hipótese de negativa de vigência (arts. 102 e 105, ambos inc. III, "a", da CF), desde que a tese defendida no recurso especial ou no extraordinário, respeitadas suas respectivas admissões, tenha sido explicitada na peça recursal originária à luz da legislação indicada como preterida, dispensando referência expressa, conforme arestos seguintes do STJ, ambos com reiterados precedentes e sucessivos:

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que, em se tratando de recurso especial - interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional - admite-se a figura do prequestionamento em sua forma "implícita", o que torna desnecessária a expressa menção do dispositivo legal tido por violado. Em contrapartida, torna-se imprescindível que a matéria em comento tenha sido objeto de discussão na instância a quo, configurando-se, assim, a existência do prequestionamento implícito (RESP 419187/PR, T5, Rel. p/ acórdão Min. Gilson DIPP, DJ 08/09/2003).

Deliberando o acórdão recorrido sobre a questão debatida na apelação, ainda que não faça referência expressa aos dispositivos indicados pela parte, tem-se como configurado o prequestionamento da matéria (RESP 520827/RS, T2, Rel. Min. Eliana CALMON, DJ 25/08/2003).

Inobstante, "a parte não pode, a pretexto de obter uma declaração do exato sentido do julgado, valer-se dos embargos para novo pronunciamento jurisdicional, reformando o anterior, nem para prequestionar matéria não discutida, com vistas a recurso à instância superior".²⁰

²⁰ Verbete nº 12 da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.

Pois bem, não sendo a hipótese de prequestionamento explícito, e inoocorrendo obscuridade, contradição ou omissão na decisão atacada, reconhecido o caráter meramente protelatório dos embargos, indago, seria a hipótese de conhecer e rejeitar os embargos ou de seu não conhecimento por inadequação?

Conforme José Carlos Barbosa Moreira, o "objeto do juízo de admissibilidade são os requisitos necessários para que se possa legitimamente apreciar o mérito do recurso, dando-lhe ou negando-lhe provimento",²¹ e ao proferi-lo, afirma, "o que faz o órgão judicial é certificar se estão satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito do recurso".²²

Dentre os diversos pressupostos recursais, aqueles essenciais à recepção e ao desenvolvimento válido e regular dos recursos, temos a adequação, que significa haver "um recurso próprio para cada espécie de decisão", dizendo-se que "o recurso é cabível, próprio e adequado quando corresponda à previsão legal para a espécie de decisão impugnada".²³

A adequação dos embargos aclaratórios, conforme cristalinamente delineado no art. 535 do CPC, é exatamente atacar decisão obscura, contraditória ou omissa, com função integradora e, por vezes, embora excepcionalmente, pode resultar "a infringência do julgado, se, em decorrência do acolhimento dos embargos, a decisão recorrida não mais puder ser mantida, hipótese em que os embargos se dizem modificativos".²⁴

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 116.

²² *Ibid.*, p. 121.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I, p. 511.

²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 429, e ALVES, op. cit., p. 445-447.

Refaço agora a mesma indagação anterior: não sendo a hipótese de prequestionamento explícito, e inoocorrendo obscuridade, contradição ou omissão na decisão guerreada, reconhecido o caráter meramente protelatório dos embargos, caberia seu conhecimento para, no mérito, decretar seu improviamento meritório, com aplicação tão somente da multa legal?

Penso que não. Tenho a firme convicção de que não seria a hipótese de conhecer e negar provimento aos aclaratórios, mas deveria sim se negar conhecimento ao recurso protelatório, exatamente por inadequação, pois não há nada a esclarecer.

E se não se conhece do recurso, por falta de pressuposto admissional, não há que se cogitar de interrupção do prazo para interposição do recurso adequado superveniente, de forma que a decisão guerreada passaria em julgado e poderia desde logo ser executada.

A aplicação pura e simples da multa legal, conforme temos observado na prática, não tem obtido o intento talvez desejado de banir o uso indiscriminado dos aclaratórios, e vem ferindo de morte o sagrado instituto recursal, exatamente por seu efeito interruptivo.

Ademais, é obrigação das partes, e de seus procuradores, agir com plena boa-fé na prática dos atos processuais²⁵, como também é obrigação do julgador cômico tomar as medidas necessárias, evidentemente dentro dos parâmetros legais, como o aqui sugerido, evitando as denominadas decisões surpresas, estas ainda mais danosas aos jurisdicionados como um todo.

O não conhecimento do recurso por inadequação é, ao meu sentir, a única maneira eficaz de se livrar, então, das con-

²⁵ Neste sentido CAPPELLETTI, Mauro, *El proceso civil em el derecho comparado*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-América, 1973. p. 79-82, reclamando por uma urgente necessidade de moralização do processo civil, imputando às partes e aos seus procuradores o dever de lealdade e probidade processuais.

seqüências da manifesta protelatoriedade no uso dos embargos de declaração, posição que encontra conforto na jurisprudência dos tribunais inferiores, como no STJ, e também no STF, conforme arestos seguintes:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Alegação de acórdão ser omissis por não ter apreciado matéria constante de recurso voluntário, acarretando cerceamento de direito de o embargante ver a decisão ser reexaminada pela Corte Superior de Justiça, por falta de prequestionamento. Recurso a que se refere o embargante, todavia, sequer conhecido, vez que foi tido como prejudicado ante o improvimento do recurso necessário. Embargos, assim, meramente protelatórios, inexistindo omissão, contradição ou obscuridade. Aplicação de multa com fundamento no § único do art. 538 do CPC. Não conhecimento dos Embargos. Maioria (ED 69073-7/01, TJPE, 4CC, Rel. Des. Napoleão TAVARES, DJ 14/03/03).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER PROTETATÓRIO. AUSÊNCIAS DE DEFEITOS NO JULGADO. NÃO CONHECIMENTO. Não se conhece de embargos de declaração quando evidenciam caráter meramente protelatório, ante a ausência de defeitos no julgado. Embargos não conhecidos. Unânime (EDAI 23282-1/180, TJGO, 1CC, Rel. Des. Leobino Valente CHAVES, DJ 10/09/2001).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DEFINIDOS EM LEI. ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO MANIFESTAMENTE PROTETATÓRIO. APLICA-

ÇÃO DE MULTA. Os embargos declaratórios constituem recurso de natureza excepcional, com os seus lides demarcados expressamente em lei, não tendo, como objetivo, discutir de novo a lide, nem o rejuízo da causa. Se o embargante (TCE) carece de legitimidade para interpor o especial, de igual modo não a tem para manifestar qualquer outro recurso. Admitindo, por absurdo, fosse o embargante legitimado para o pedido de esclarecimentos, o acórdão embargado permaneceria íntegro, eis que se assentou em outros fundamentos suficientes para mantê-lo, quais sejam: a) a ausência de prequestionamento das questões jurídicas em que se embasou o especial; b) julgamento na instância ordinária mediante a interpretação de lei local (Regimento Interno), a impedir o conhecimento do recurso nobre. Embargos declaratórios manifestamente protelatórios. Condenação, do embargante, ao pagamento da multa prevista no art. 538, par. único do CPC, no percentual de 1% sobre o valor atribuído à causa, eis que, ao invés de cumprir o julgado (do Tribunal de Justiça), utiliza-se de recurso anódino, com o intuito de postergar o andamento do feito. Embargos não conhecidos. Decisão unânime (EDRESP 121053/PB, STJ, T1, Rel. Min. Demócrito REINALDO, DJ 02/03/1998).

A utilização dos embargos declaratórios com a finalidade ilícita e manifesta de adiar a efetividade de decisão proferida pelo Tribunal, em aberta tentativa de fraude processual, enseja o não conhecimento desses embargos e a concessão excepcional de eficácia imediata àquela decisão, independentemente de seu trânsito em julgado. Unânime (RE 179502-6/SP/ED/ED/ED, STF, Pleno, Rel. Min. Moreira ALVES, DJ 08/09/2000).

Embargos de declarações. Alegações de grosseira impertinência, a evidenciar o intuito protelatório: determinação de imediato cumprimento da decisão recorrida, independentemente da publicação do acórdão e de eventual interposição de novos embargos de declaração ou qualquer outro recurso. Unânime (AI 260266/PB/ED/ED, STF, T1, Rel. Min. Sepúlveda PERTENCE, DJ 16/06/2000).

Concluimos, portanto, ser necessária uma reformulação na legislação processual para que fique bem clara tal consequência, de não conhecimento dos aclaratórios quando reconhecidamente inadequados e protelatórios, implicando no imediato trânsito em julgado da decisão originária, porém, antes mesmo, é de suma importância que seja solidificada a construção jurisprudencial acima citada, em homenagem aos princípios da efetividade e da instrumentalidade do processo.

Por fim, se por hipótese estivermos diante da possibilidade da ocorrência de grave dano ou de difícil reparação em face da imediata execução do julgado, contra a decisão de não conhecimento cabe recurso adequado de agravo, em primeiro ou segundo grau, devendo a parte eventualmente prejudicada requerer ao competente juiz ou relator os benefícios suspensivos do art. 558 do CPC.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Renata Figueirêdo. Embargos de declaração. *Revista da ESMape*, v. 9, n. 19, p. 437-466. jan./jun. 2004.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia. Campinas: Bookseller, 1999, v. I.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 5 ed. Rio: Lúmen Júris, 2001, v. II.

- CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil em el derecho comparado*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1973.
- CARREIRA ALVIM, J. E. *Elementos de teoria geral do processo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. I.
- COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart V. Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- _____. *Introdução ao estudo do processo civil*. Trad. Mozart V. Russomano. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Oliveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002.
- MEDINA, José Miguel García. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.
- MIRANDA, PONTES DE. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, tomo I.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, tomo VII.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 39 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I.

VINCENZI, Brunela Vieira De. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

ASPECTOS CONSTITUCIONAIS ACERCA DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Rodrigo Vasconcelos Coelho de Araújo
Advogado da União, lotado no Departamento de Controle Concentrado de Constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 – INTRÓITO. 2 – REGIME JURÍDICO DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO. 2.1 – Criação das unidades de conservação. 2.2 – Alteração das unidades de conservação. 2.3 – unidades de conservação e direito de propriedade. 3 – CONCLUSÃO. 4 – REFERÊNCIAS

1 – INTRÓITO

A Constituição Federal, no seu art. 225, *caput*, declara que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo às presentes e futuras gerações.

A referida norma constitucional traz no seu bojo o conceito de conservação ecológica, que compreende a preservação, a manutenção, a utilização sustentada, a restauração e a melhoria do ambiente natural. Um dos instrumentos legais que a administração pública possui para defender, proteger e

preservar o meio ambiente é a criação dos espaços territoriais protegidos, previstos no art. 225, § 1º, III, da Carta Magna.

Entretanto, ainda existe vasta controvérsia acerca do conceito jurídico dos espaços territoriais especialmente protegidos, bem como do regime administrativo a que são submetidas essas áreas. Outrossim, parte da doutrina afirma que a criação, a alteração e a supressão desses espaços, por força do disposto no art. 225, § 1º, III, da Lei Fundamental, só poderiam ocorrer por ato do Poder Público consistente em lei ordinária, em respeito ao princípio da legalidade.

O presente trabalho, a partir da análise dos princípios constitucionais do direito ambiental e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem como desiderato delimitar a natureza jurídica dos espaços territoriais especialmente protegidos, o regime administrativo dessas áreas e a controvérsia acerca da necessidade de lei ordinária para criação, alteração e supressão desses espaços.

2 - REGIME JURÍDICO DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO

Como bem explica José Héder Benatti¹, os espaços territoriais especialmente protegidos são áreas geográficas públicas ou privadas (porção do território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção ao processo

¹ BENATTI, José Héder. Aspectos jurídicos das unidades de conservação no Brasil. Cadernos da Pós - Graduação em Direito da UFPA, Belém, v. 1, n. 2, p. 23-42, jan./mar. 1997.

evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais. Portanto, são espaços naturais sensíveis que merecem alguma forma de proteção jurídica, mas não há necessidade de especificar o local exato; sua localização se dá mais pelo seu bioma, por característica de localização geográfica ou pelo papel ecológico desempenhado. Pode-se citar como exemplos desses espaços territoriais a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, o Pantanal Mato-Grossense, a Serra do Mar, a zona costeira, manguezais, várzeas, dunas, restingas e as florestas que são consideradas como reservas legais e de preservação permanente.

Contudo, espaços territoriais especialmente protegidos não são sinônimos de unidades de conservação, pois estas são as espécies daqueles. Como lembra o constitucionalista José Afonso da Silva², um espaço territorial se converte numa unidade de conservação, quando assim é declarado expressamente, para lhe atribuir um regime jurídico mais restritivo e mais determinado.

As unidades de conservação, nos termos da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, são

espaços territoriais e seus componentes, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias de proteção.

Logo, as unidades são áreas específicas criadas pelo Poder Público, cujo domínio pode ser público ou privado, podendo ter ou não proteção integral de seus recursos natu-

² SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994.

rais, e, dependendo do tipo, ser compatível com a presença de populações tradicionais no seu interior.

No Direito Ambiental Brasileiro, a classificação das unidades de conservação foi realizada em conformidade com a utilização dos atributos naturais e dos ecossistemas, sendo divididas em Uso Sustentável e Proteção Integral. As áreas protegidas de Uso Sustentável são aquelas em que se permite o manejo e exploração de parte de seus recursos naturais, ou seja, têm o objetivo de promover e assegurar o uso sustentável dos seus recursos naturais, como é o caso das Áreas de Proteção Ambiental, Florestas (nacionais, estaduais, municipais), Reservas Extrativistas, Reservas de Fauna, Reservas Produtoras de Água, Reservas Ecológicas Culturais e Reservas Ecológicas Integradas. Já nas unidades de Proteção Integral, não seria permitida nenhuma forma direta de utilização dos seus atributos naturais, estando elas sob proteção integral, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos. Nessa classificação, incluem-se os Parques (nacionais, estaduais e naturais municipais), as Reservas Biológicas, as Estações Ecológicas, o Monumento Natural e o Refúgio de Vida Silvestre.

2.1 - Criação das unidades de conservação

Dispõe o art. 22, *caput*, da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que as unidades de conservação devem ser criadas por ato do Poder Público. Assim, pode-se afirmar que os instrumentos normativos instituidores das unidades de conservação poderiam ser decretos, os quais são considerados atos do Poder Público.

Todavia, a interpretação de que a criação de unidades de conservação poderia ser realizada por ato unilateral do Poder Executivo vem sofrendo impugnações, sob o fundamento

de que estaria violando o art. 225, § 1º, III da Carta Magna, a qual supostamente exigiria ato do Poder Público consistente em lei ordinária.

Entretanto, como se pode verificar, a Constituição Federal em nenhum momento dispõe que a criação das unidades de conservação deve ocorrer por ato do Poder Público consistente em lei ordinária. Afinal, a Carta Magna só exigiu diploma legal nas hipóteses de alteração e supressão dos espaços territoriais protegidos.

Nesse sentido, Paulo Affonso Leme Machado³ escreveu:

A Lei 9.985/2000 não exigiu que as unidades de conservação fossem criadas por lei. O art. 22 estatui que as unidades de conservação são criadas por ato do Poder Público. Nada impede, contudo, que a lei seja o instrumento utilizado para sua criação.

Na mesma linha hermenêutica, posicionou-se Edna Cardozo Dias⁴, doutora em direito pela UFMG e professora de Direito Ambiental:

As unidades de conservação devem ser criadas por ato do Poder Público. Podem ser criadas não só por lei, como por manifestação administrativa, decreto ou resolução. Porém a desafetação ou redução dos limites de uma unidade de conservação só pode ser feita por lei específica, por exigência constitucional.

³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 2004. p.763.

⁴ DIAS, Edna Cardozo. *Fórum de Direito Ambiental*. Belo Horizonte, a. 3, n.14, p.1490-1497.

Vale ressaltar que o art. 22, §1º, da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, o qual determinava a criação de unidades de conservação através de lei, sofreu o veto do Presidente da República, em face de sua inequívoca inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

O art. 225, § 1º e seu inciso III, é de clareza meridiana ao estabelecer que ao Poder Público, vale dizer no caso, ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, cabe definir em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão somente permitidas através de lei. A definição dos espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos é da competência tanto do Poder Executivo, como do Poder Legislativo, indistintamente, sendo que tão-somente a alteração e a supressão desses espaços e componentes protegidos dependem de autorização do Poder Legislativo mediante lei. Assim, ao exigir lei para criação (definição) desses espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, este dispositivo subtraiu competência atribuída ao Poder Executivo no preceito constitucional constante do § 1º e seu inciso III, do art. 225 da Carta Maior, razão pela qual sugere-se o seu veto face a sua inequívoca inconstitucionalidade.

Assim, não se exige ato legal para a criação de unidades de conservação, pois não há tal determinação na Lei Fundamental, podendo os referidos espaços ser criados através de ato unilateral do Poder Executivo. Ademais não se pode restabelecer através de interpretação o que foi objeto de veto presidencial, bem como nada impede que as unidades de conservação sejam criadas através de lei.

É importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 23.800-MS, Relator Ministro Mauricio Corrêa, decidiu pela

constitucionalidade do Decreto de 21 de setembro de 2000, que criou a unidade de conservação Serra da Bodoquena, no Estado de Mato Grosso do Sul. Assim, o entendimento do Pretório Excelso é pela possibilidade de criação de unidades de conservação através de decreto, desde que precedida de estudos técnicos e consulta pública.

MANDADO DE SEGURANÇA. CRIAÇÃO DO PARQUE NACIONAL DA SERRA DA BODOQUENA. DECLARAÇÃO DE UTILIDADE PÚBLICA DE IMÓVEIS LOCALIZADOS NA ÁREA DO PARQUE. EXIGÊNCIA LEGAL DE ESTUDOS TÉCNICOS E DE CONSULTA PÚBLICA SOBRE A VIABILIDADE DO PROJETO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 22, § 2º, DA LEI 9985, DE 18/07/2000; IMPROCEDÊNCIA. 1. Comprovada nos autos a realização de audiências públicas na Assembléia Legislativa do Estado com vistas a atender a exigência do § 2º do artigo 22 da Lei 9985/00. 2. Criação do Parque. Manifestação favorável de centenas de integrantes das comunidades interessadas, do Conselho Nacional da Reserva da Biosfera da Mata Atlântica e da Associação Brasileira de Entidades de Meio Ambiente - ABEMA. 3. Parecer técnico, do Ministério do Meio Ambiente, que concluiu pela viabilidade e conveniência da destinação ambiental da área, dada a necessidade de se proteger o ecossistema local, revestido de significativa mata atlântica. Zona de confluência entre o Pantanal, o Cerrado e o Chaco, onde se encontram espécies vegetais raras, ameaçadas de extinção. Segurança denegada.

(MS 23800-MS, Relator Min. Mauricio Corrêa, DJ 07-02-2003).

Portanto, resta evidenciada a constitucionalidade da criação de unidades de conservação por decreto do Poder Executivo, não havendo ofensa ao art. 22, *caput*, da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, ao art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal.

2.2 - Alteração das unidades de conservação

Alega-se também que os parágrafos 5º e 6º do art. 22 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, seriam inconstitucionais, por ofensa ao art. 225, § 1º, III, da Carta Magna, pois dispensariam o Poder Público da utilização de lei quando decidisse transformar as unidades de conservação do grupo de uso sustentável em unidades do grupo de proteção integral; e, ainda, quando a alteração resultar em ampliação dos limites das unidades de conservação da natureza. A propósito, observem-se os dispositivos impugnados:

Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000

Art. 22...

§ 5º. As unidades de conservação do grupo de Uso Sustentável podem ser transformadas total ou parcialmente em unidades do grupo de Proteção Integral, por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, desde que obedecidos os procedimentos de consulta estabelecidos no § 2º deste artigo.

§ 6º. A ampliação dos limites de uma unidade de conservação, sem modificação dos seus limites originais, exceto pelo acréscimo proposto, pode ser feita por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, desde que obedecidos os procedimentos de consulta estabelecidos no § 2º deste artigo.

Como ensina o professor Carlos Maximiliano⁵, aplicar o Direito pressupõe a difícil tarefa de descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão, isto é, para efetivar a pesquisa das relações e conexões entre o texto abstrato e o caso concreto o intérprete deve determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.

Matéria controvertida, a interpretação da norma jurídica pode ser classificada por variados critérios, havendo, entretanto, por parte da melhor doutrina, uniformidade de pensamento no sentido de que toda a interpretação parte do texto normativo e que o mesmo estabelece limites à definição do alcance e construção de sentidos.

Assim, Carlos Maximiliano ensina que, embora a interpretação esteja inequivocamente vinculada ao texto da norma, texto e norma não se confundem, não sendo esta prisioneira daquele, pois a linguagem diz sempre algo mais do que o seu inacessível sentido literal, que já se perdeu desde o início da emissão textual.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, III, determina que a supressão e a alteração dos espaços territoriais especialmente protegidos devem ser feitos mediante lei. Entretanto, deve-se interpretar a norma em seu sentido finalístico, ou seja, como um dispositivo que tem por objetivo estabelecer mecanismos flexíveis para a proteção do meio ambiente e instrumentos rígidos para as hipóteses que possam vir a causar diminuição da área ambiental protegida. O referido preceito constitucional tem como finalidade impedir que uma

⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Freitas Bastos: Rio de Janeiro, [s.d.] p.194.

área considerada essencial para a existência de um ambiente ecologicamente equilibrado seja reduzida ou extinta sem a autorização do diploma legal.

Nesse sentido, ensina Luís Roberto Barroso⁶:

As normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito.

Também é importante acrescentar a visão de Carmem Lúcia Antunes Rocha⁷ a respeito da interpretação finalística:

A interpretação finalística é que possibilita que a constituição viva com o seu tempo e para o povo. A interpretação tem, pois, especial relevo no Direito Constitucional por repousar e dinamizar-se a idéia de Justiça pensada pela sociedade exatamente no sistema fundamental constituído em Direito, a partir do qual todo o ordenamento se estrutura e se interpreta e aplica.

Assim, quando o § 5º do art. 22 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, determina que as unidades de conservação do grupo de uso sustentável podem ser transformadas total ou parcialmente em unidades do grupo de proteção integral, por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, ele está prescrevendo que, quando o Poder Público desejar ampliar as garantias de proteção em uma determinada unidade de conservação, tal medida prescinde de lei.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p.138.

⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Minas Gerais: LÉ, 199. p. 86.

Essa permissão ocorre porque nas unidades de conservação de proteção integral não é permitida nenhuma forma direta de utilização dos seus atributos naturais, estando eles sob proteção integral, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos. Contudo, o contrário não foi permitido, ou seja, não pode o Poder Executivo, através de ato unilateral, transformar uma unidade de proteção integral em unidade de uso sustentável, justamente porque nesse caso haveria retirada de garantias na preservação do meio ambiente.

Adotando esse entendimento, Paulo Affonso Leme Machado⁸ afirma que só deverá haver a necessidade de lei para a alteração dos espaços territoriais especialmente protegidos quando essa alteração significar mudança para pior, ou seja, acarretar degradação ambiental, ainda que potencial.

Também não pode prosperar a alegação de que o § 6º do art. 22 da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, ao permitir que a ampliação dos limites de uma unidade de conservação, sem modificação dos seus limites originais, exceto pelo acréscimo proposto, possa ser feita por instrumento normativo do mesmo nível hierárquico do que criou a unidade, incidiu em inconstitucionalidade.

Afinal, tal dispositivo, sem desnaturar ou deteriorar as áreas originais das unidades de conservação, apenas permite a ampliação dos seus limites sem a exigência de lei. Assim, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito foi a ampliação das áreas de preservação ambiental. Nesse sentido, ensina Paulo Affonso Leme Machado⁹:

⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 2004. p.764.

⁹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. Malheiros: São Paulo, 2004. p.764.

Conservando-se os limites originais, e só havendo ampliação dos limites da unidade de conservação, sem que haja sua desnaturação ou deterioração, é razoável entender-se que essa alteração possa ser feita por decreto e não por lei específica.

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 3.540, Relator Ministro Celso de Mello, em que se discutia a constitucionalidade do art. 1º da Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, na parte em que alterou o art. 4º, *caput* e §§ 1º a 7º, da Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965 (Código Florestal), em face do art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal, decidiu pela possibilidade de alteração de espaços territoriais protegidos através de autorização administrativa.

O Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão do Min. Nelson Jobim, Presidente, que deferira pedido de liminar formulado em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República contra o art. 1º da Medida Provisória 2.166-67/2001, na parte em que alterou o art. 4º, caput e §§ 1º a 7º da Lei 4.771/65 (Código Florestal), que dispõe sobre autorização do órgão ambiental para supressão de vegetação em área de preservação permanente - APP. Entendeu-se que a norma impugnada, ao invés de resultar qualquer efeito lesivo e predatório ao meio-ambiente, veio a conferir-lhe proteção, viabilizando o exercício, pelo Poder Público, do efetivo controle estatal sobre o procedimento de supressão de vegetação em APP...).

(ADI 3540 MC/DF, Rel. Min Celso de Mello, julgamento 01/09/2005, Informativo nº 399)

Assim, decidiu o Supremo Tribunal Federal que prescinde de lei, em sentido formal, o ato administrativo que,

vinculado à norma legal, disciplina determinado espaço territorial protegido.

É importante lembrar que a nova ordem constitucional determina que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo às presentes e futuras gerações. Desse modo, quando uma norma de proteção ambiental possuir diversos sentidos, deve-se optar por aquele que empreste maior eficácia à preservação ambiental. No presente caso, a máxima efetividade ocorre quando a norma é interpretada no sentido de facilitar a preservação ambiental, a fim de que atos do Poder Público que acarretem maior proteção às unidades de conservação prescindam de lei em sentido formal. A respeito, ensina Canotilho¹⁰:

Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.

Ademais, como bem argumenta o constitucionalista espanhol Victor Comella¹¹, a presunção da constitucionalidade da lei só poderá ser afastada com base em uma argumentação convincente, em que, efetivamente, reste demonstrada a incompatibilidade da norma infraconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, não pode se dar em uma zona de penumbra. Não havendo certeza sobre a validade ou não da lei, isto é, a persistir a dúvida sobre a correta inter-

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 227.

¹¹ COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. p. 141.

pretação, deve-se prestar deferência à vontade do legislador - "in dubio pro legislatore".

2.3 - Direito de propriedade e unidades de conservação

Nos dias atuais, o direito de propriedade não mais possui cunho absoluto. É da essência do nosso sistema que o direito de propriedade só é reconhecido pela ordem jurídica do Estado, se for cumprida a função social da propriedade, paralelamente com o proveito pessoal do detentor do domínio. Assim, a propriedade só existe enquanto direito, se respeitada sua função social. Portanto, o cumprimento da função social é condição *sine qua non* para o reconhecimento do direito de propriedade.

Com a crescente produção legislativa que visa a proteger o meio ambiente do desequilíbrio provocado pelas atividades humanas, há a necessidade de muitos direitos individuais serem revistos e de se conformarem às exigências atuais, a fim de que a proteção do meio ambiente seja garantida para toda a coletividade. A propriedade é um dos institutos jurídicos que mais claramente é afetado pela legislação ambiental, experimentando seu conceito clássico alterações para que o exercício deste direito seja compatível com a garantia de proteção ao meio ambiente.

Nesse sentido, é oportuno lembrar a lição de Eros Grau¹²:

a admissão do princípio da função social (e ambiental) da propriedade tem como consequência básica fazer com que a

¹² GRAU, Eros. Princípios fundamentais de direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 02., 1997.

propriedade seja efetivamente exercida para beneficiar a coletividade e o meio ambiente (aspecto positivo), não bastando apenas que não seja exercida em prejuízo de terceiros ou da qualidade ambiental (aspecto negativo). Por outras palavras, a função social e ambiental não constitui um simples limite ao exercício do direito de propriedade, como aquela restrição tradicional, por meio da qual se permite ao proprietário, no exercício do seu direito, fazer tudo o que não prejudique a coletividade e o meio ambiente. Diversamente, a função social e ambiental vai mais longe e autoriza até que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, no exercício do seu direito, para que a sua propriedade concretamente se adeque à preservação do meio ambiente.

O art. 5º, XXIII, da Carta Magna, diz que a propriedade deverá cumprir sua função social, bem como o art. 186, II, determina que a função social da propriedade rural é cumprida quando ocorre a preservação do meio ambiente de sua área. Ademais, a Lei Maior prevê, em seu art. 5º, XXIV, a desapropriação como um ato compulsório do Poder Público para trazer para si um patrimônio particular, o que faz pela necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro.

A idéia de que a preservação do meio ambiente acarreta ofensa ao direito de propriedade está ligada a uma concepção individualista, que deve ser superada. Nesse sentido, ensina Luiz Édson Fachin¹³:

O direito de propriedade privada clássico atribuiu ao titular a faculdade de agir ou não agir segundo as suas conveniências.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. A função social da posse e a propriedade contemporânea. Porto Alegre: Fabris, 1998.

A função social da propriedade, amenizando esse poder, impõe ao titular o uso do bem de produção para fins sociais. Os dispositivos constitucionais que regulam o meio ambiente introduzem uma nova perspectiva e determinam o não uso econômico do bem quando em risco o direito ao meio equilibrado.

Desse modo, a declaração de utilidade pública das unidades de conservação para fins de desapropriação se fundamenta no fato de que o interesse da coletividade deve estar acima dos interesses individuais e de que incumbe ao Poder Público o dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

3 - CONCLUSÃO

Verifica-se, portanto, que um espaço territorial se converte numa unidade de conservação, quando assim é declarado expressamente por ato do Poder Público para lhe atribuir um regime jurídico mais restritivo e mais determinado, cujo domínio pode ser público ou privado, podendo ter ou não proteção integral de seus recursos naturais, e, dependendo do tipo, ser compatível com a presença de populações tradicionais no seu interior.

Sobre a necessidade de exigência de lei ordinária para a criação de unidades de conservação, verifica-se não há tal determinação na Lei Fundamental, podendo os referidos espaços ser criados através de ato unilateral do Poder Executivo, conforme ampla exposição e precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Em relação à alteração das unidades de conservação através de diploma legal, foi demonstrado que só deverá haver

tal exigência quando essa alteração significar mudança para pior, ou seja, acarretar degradação ambiental, ainda que potencial, devendo prevalecer o princípio finalístico da máxima proteção ambiental.

Por fim, concluiu-se que o princípio da função social ambiental autoriza que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, no exercício do seu direito e, inclusive, autoriza o Poder Público a promover desapropriações em áreas privadas situadas em unidades de conservação, se esta for a melhor forma de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

4 - REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BENATTI, José Heder. *Aspectos jurídicos das unidades de conservação no Brasil*. Cadernos da Pós - Graduação em Direito da UFPA. Belém, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- COMELLA, Victor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. [S.l.]: Madri: 2000.
- DIAS, Edna Cardozo. *Fórum de Direito Ambiental*. Belo Horizonte, a. 3, n.14.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

GRAU, Eros. Princípios fundamentais de direito Ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 02, 1997.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e Constitucionalidade*. Minas Gerais: Lê, 1991.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

IMPUGNAÇÃO - INSTITUTO INSERIDO NO CPC PELA LEI Nº 11.232 DE 23/12/2005 - COMO MEIO DE IMPUGNAÇÃO À COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Talita Rodrigues Mendonça

Bacharela em Direito formada pela
Universidade Católica de Pernambuco -
UNICAP. Servidora Pública Federal do
Tribunal Regional do Trabalho.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - DA COISA JULGADA. 2.1 - Conceituação da coisa julgada formal e material. 2.2 - Da histórica imutabilidade imputada à coisa julgada. 3 - A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 4 - DA IMPUGNAÇÃO. 4.1 - Aspectos da Lei nº.11.232 de 22/12/2005 e características da impugnação. 4.2 - Da impugnação como meio de combate a coisa julgada inconstitucional. 5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO

A coisa julgada é um instituto de grande relevância no mundo jurídico, uma vez que se encontra previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como na Lei de Introdução ao Código Civil, em seu art. 6º, *caput*, e § 3º, e nos artigos 467 a 475 do Código de Processo Civil, consubstanciando e integrando um dos pilares básicos do sistema jurídico vigente. Por meio deste instituto, o legislador buscou garantir a segurança jurídica das deci-

sões judiciais e a paz social, com uma prestação jurisdicional definitiva e estável.

Assim, tendo em vista a singular importância deste tema, o presente trabalho versará sobre a impugnação como meio de combate a coisa julgada inconstitucional, discussão que gera grande polémica, tendo como principal enfoque a necessidade de modificação da *res iudicata* em relação ao direito posteriormente considerado incompatível com o texto constitucional.

Isso porque o princípio constitucionalista determina que a validade de quaisquer atos do Poder Público, inclusive as decisões judiciais, dependa sempre de sua conformidade com a Constituição. De modo que a não observância desta assertiva pode ensejar a decretação da inconstitucionalidade dos referidos atos, principalmente a partir da adoção do sistema piramidal clássico Kelseniano e, conseqüentemente, da hierarquização normativa criada, buscando assegurar a coadunação de todos os atos do Poder Público, bem como de todo o ordenamento jurídico, com a sua Lei Fundamental.

Baseados nesta idéia, os diversos ordenamentos jurídicos existentes contemplam, dentro de sua existência, sistemas de controle da constitucionalidade dos atos emanados pelo Poder Público.

No entanto, uma observação mais cuidadosa desse aspecto nos mostra que o tema da inconstitucionalidade, bem como os estudos e preocupações jurídicas adstritas, sempre se deteve ao exame das desconformidades constitucionais dos atos legislativos, não havendo uma maior preocupação, ou qualquer atenção especial, aos atos emanados do Poder Judiciário, que sem sombra de dúvidas, podem ser passíveis de ser desconformes com a Constituição.

Paulo Otero (*apud* THEODORO JÚNIOR E CORDEIRO DE FARIA: 2004, p 80), constitucionalista Português, detecta as razões deste esquecimento com bastante propriedade

de, ao afirmar que as questões de validade constitucional dos atos do poder judicial formam objeto de um esquecimento quase que total, apenas justificado pela persistência do mito liberal que configura o juiz como a boca que pronuncia as palavras da lei e o poder judicial como invisível e nulo.

Todavia, no curso da história, operou-se um sentimento de impermeabilização das decisões judiciais especialmente depois de operada a coisa julgada.

Assim, este trabalho propõe-se a fazer considerações acerca da conceituação da coisa julgada e da histórica imutabilidade que lhe é imputada, possibilitando a melhor compreensão de tal instituto no sistema processual vigente. Em seguida, passa-se a analisar a supremacia da Constituição Federal - lei maior do nosso país - considerando a necessidade de sua proteção.

Posteriormente, analisar-se a aplicabilidade do meio de impugnação da coisa julgada inconstitucional trazido à colação neste trabalho, ou seja, a impugnação, instituto recém-inserido no CPC pela Lei nº 11.232, em substituição aos embargos à execução.

Verificar-se as inovações trazidas pela lei supramencionada referente ao tema, bem como as principais características do instituto da impugnação.

Outrossim, observe-se que o principal objetivo desta pesquisa é analisar a impugnação como um meio de combate à coisa julgada inconstitucional, com fundamento no respeito ao princípio da legalidade e constitucionalista, vez que todos os atos do Poder Judiciário devem se coadunar com a Carta Magna, com o fim precípua de garantir o respeito à Supremacia da Constituição.

2 - DA COISA JULGADA

2.1 - Conceituação da coisa julgada formal e material

Precipualemente serão estabelecidas distinções entre a coisa julgada formal e a material para que se possa compreender melhor os seus conceitos.

O nosso Código de Processo Civil conceituou apenas a modalidade material em seu art. 467, estabelecendo que se denomina coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A decisão que consubstancia a coisa julgada material tem força de lei em seus próprios limites e nos limites das questões decididas (artigo 468, CPC). Assim, para Theodoro Júnior (2000, p. 475), a coisa julgada revela, portanto, a lei das partes, através de uma sentença definitiva, produzindo seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da lide já devidamente apreciada.

Em contrapartida, a coisa julgada formal atua dentro do processo em que a sentença foi proferida, sem impedir que o objeto do julgamento volte a ser discutido, uma vez que tal decisão não pôs fim à lide, extinguindo o processo sem julgamento do mérito.

Liebman (2000, p. 475) ainda distingue a coisa julgada em sentido formal da coisa julgada em sentido substancial (material), considerando a primeira uma qualidade da sentença quando não houver mais a possibilidade de interpor recursos (preclusão dos recursos), sendo a segunda a sua eficácia específica, e, propriamente, a autoridade da coisa julgada dependeria da formação da primeira.

Observe-se que a coisa julgada formal pode existir dissociada da material, como na hipótese das sentenças meramente terminativas, mas a coisa julgada material só ocorre

associada à coisa julgada formal; portanto, toda sentença, para transitar materialmente em julgado, deve, também, passar em julgado formalmente (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 475).

Assim, a tarefa de conceituar o instituto da *res judicata* não é fácil, diante da diversidade de opiniões da doutrina. Todavia, compreendo que a coisa julgada seria uma qualidade da sentença, com o fulcro de conferir segurança jurídica a uma questão já decidida pelo Judiciário, evitando que ela seja rediscutida indefinidamente, para que proporcione a proteção jurídica almejada pelo ordenamento jurídico.

Deve-se, por fim, esclarecer que o tema ora proposto se refere à impugnação da coisa julgada material quando padecer de algum vício de inconstitucionalidade.

2.2 - Da histórica imutabilidade imputada à coisa julgada

Durante muitos séculos, a coisa julgada material foi tida como algo absolutamente intocável. Um verdadeiro dogma, insuscetível de qualquer discussão. Houve, na mais clássica doutrina, quem afirmasse que a sentença que passa em julgado é havida por verdade. (CÂMARA, 2003, p. 02).

Não só na doutrina clássica, como também na doutrina moderna, muitos são os autores que defendem a impossibilidade, em quaisquer hipóteses, de modificação da coisa julgada após a sua constituição. Neste sentido, colacionam-se alguns posicionamentos que defendem a primazia da segurança jurídica, fim maior do instituto da coisa julgada, conforme se observa a seguir.

Assim, Marques (2000, p. 355) afirma que:

Na sentença julgada material, concentra-se a autoridade da coisa julgada, ou seja, o mais alto grau de imutabilidade a reforçar a eficácia da sentença que decidiu sobre o mérito ou sobre a ação, para assim impedir, no futuro,

qualquer indagação sobre a justiça ou injustiça de seu pronunciamento.

Já Chiovenda (2001, p. 452), quando trata da imutabilidade da coisa julgada, assevera que, após preclusas todas as questões propostas ou proponíveis, teríamos uma afirmação indiscutível e obrigatória para os juizes de todos os futuros processos, de uma vontade concreta da lei, que reconhece ou desconhece um bem da vida a uma das partes.

E mais adiante, este doutrinador relaciona a segurança jurídica decorrente da formação da coisa julgada dizendo que:

A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu não lhe pode mais reclamar, ulteriormente, o gozo. A eficácia ou a autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos. (CHIOVENDA, 2001, p. 452)

Neste sentido também compreende Porto (1998, p. 72), quando fala da autoridade da coisa julgada, aduz que:

Parece irrefutável que o elemento declaratório da decisão, em momento algum, poderá vir a ser modificado, haja vista que nenhum outro ato de julgar e nem mesmo um negócio jurídico serão capazes de alterar a declaração feita pelo juízo anterior, após o trânsito em julgado da decisão antes proferida.

Em relação à não-perpetuação dos conflitos, Bertolino ([s. d.], p.20) assevera que:

La declaración jurisdiccional en el sentido de que medió restricción a un derecho constitucional determinado por obra de un acto manifiestamente ilegal o arbitrario constituye una decisión irrevisible, tanto en el proceso en que se dicto como en cualquier otro proceso. Lo contrario significaría admitir la posibilidad de que una misma cuestión fuese indefinidamente juzgada con igual grado de conocimiento, lo que no se concilia con la seguridad jurídica.

Wambier (1999, p. 626), por sua vez, tratando da imutabilidade da coisa julgada material, colaciona que: "quando sobre determinada decisão judicial passa a pesar a autoridade da coisa julgada, não se pode mais discutir sobre aquilo que foi decidido em nenhum outro processo".

Por fim, Neves (2004, p. 1) ao tratar do fundamento da coisa julgada, estabelece que é sua finalidade:

(...) evitar a perpetuação de conflitos. Em outras palavras, a coisa julgada existe por uma questão de conveniência, já que é desejável que seja conferida segurança às relações jurídicas atingidas pelo efeito da sentença, na busca da paz na convivência social. Tal segurança, sem dúvida, é um valor a ser perseguido pela ordem jurídica.

Deste modo, Greco (2002, p. 198) afirma que o Estado, através do Poder competente que é o Judiciário, ao declarar quem tem razão, atuando de acordo com a vontade da lei, revela e impõe ao demandante e ao demandado a norma que licitamente devem respeitar como representativa da vontade do próprio Estado, não sendo lícito a este, depois de tornada

inutível e indiscutível esta manifestação de vontade oficial, desfaz-la em prejuízo das relações jurídicas e dos respectivos efeitos travados e produzidos sob a égide da sua própria decisão.

Portanto, podemos verificar que a intenção de modificar a coisa julgada, para muitos autores, fere o princípio da segurança jurídica, de modo que, mesmo quando a coisa julgada for inconstitucional, é bastante questionável na doutrina quais meios seriam adequados a sua impugnação.

Todavia, antes de adentrar diretamente no tema, mister é a análise do fundamento que embasa a necessidade de desconstituição da coisa julgada inconstitucional, sendo este o princípio da supremacia da Carta Magna.

3 - A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Carta Magna de 1988, como expressão da soberania da vontade popular, é superior não somente às demais normas, mas também a qualquer órgão, função ou agente estatal.

Tavares (2002, p.16) entende a Constituição "como um conjunto normativo fundamental, adquirindo, por isso, cada um dos seus preceitos a característica da superioridade absoluta, ou seja, da supremacia, em relação às demais normas de um mesmo ordenamento jurídico estatal."

Por sua vez, Dantas (1999, p.122) sintetiza a ideia da supremacia constitucional, verificando os motivos pelos quais ela é dotada de uma "supralegalidade", sendo eles:

- 1) no fato de a Constituição ser elaborada por um poder constituinte e daí o caráter de supernormas fundadoras de uma ordem jurídico-política estatal;
- 2) pelo controle da constitucionalidade das leis e atos que deverão estar de acordo com o texto constitucional; e
- 3) pela existência de normas próprias, fixadas na própria Constituição, a serem seguidas pelo Poder de Re-

forma quando este intervém no processo constitucional, e que, em si, diferem daquelas outras existentes para elaboração da legislação complementar e da legislação ordinária. (Grifo nosso).

Assim, sendo a Constituição Federal proveniente de um Poder Constituinte, sua forma e seus valores não podem ser contrariados, já que são frutos da vontade social.

Já Cretella Júnior (1998, p.15), destacando a supremacia material e formal da Constituição Federal, afirma que: "A força que irradia do Texto Constitucional é proveniente não somente do conteúdo - "supremacia material" - como também, e não raro, da forma que lhe presidiu a edição - "supremacia formal". (Grifo nosso).

No que tange à superioridade hierárquico-normativa da Carta Magna, Canotilho (1993, p. 137) a revela em três perspectivas:

- (1) as normas do direito constitucional constituem uma lex superior que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa);
- (2) as normas de direito constitucional são normas de normas (norma normarum), afirmando-se como fonte de produção jurídica de outras normas;
- (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes políticos com a Constituição. (Grifo nosso).

Com propriedade, Silva (2001, p. 46) afirma a necessidade da conformação de todas as normas com a Carta Constitucional, nos seguintes termos:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda

autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. (...) todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal. (Grifo nosso).

Assim, se alguma decisão conflita com a Carta constitucional, esta decisão é inconstitucional, isto porque, segundo Cretella Júnior (1998, p.14):

A Constituição é a lei das leis, suprema lex. Pairando acima de todas as demais normas do Estado, o dispositivo constitucional impede que qualquer outro dispositivo, interno ou externo, o contrarie. Inconstitucional, no todo ou em parte, é a norma que conflita com a norma paralela inserida na Constituição.(grifo nosso).

Neste diapasão, qualquer que seja o ato emanado, deve ser conforme a Constituição. Assim, para Dias (2002, p. 04) a Constituição é fonte primeira do ordenamento jurídico, que é a vertente de todas as normas emanadas do Estado, devendo, pois, sujeitarem-se, necessariamente, ao princípio hierárquico, inclusive as decisões judiciais, sob pena de desfigurar todo o edifício construído para emprestar "validade e eficácia" a cada uma dessas normas.

Também, nesse sentido, Theodoro Júnior e Cordeiro de Faria (2003, p. 86) asseveram que: "quanto aos atos do Poder Judiciário que interessam ao presente estudo, pode-se dizer que não há a sua impermeabilidade aos efeitos da inconstitucionalidade, estando, pois, também submetidos ao princípio da constitucionalidade".

Carvalho Júnior (2003, p. 02), tratando diretamente do tema diz que:

De acordo com o princípio constitucionalista (ou princípio da supremacia da Constituição), há um dever de conformação de todos os atos do Poder Público com a Constituição, dever de conformação que vincula, inclusive, o exercício da função jurisdicional. É com base nesta principiologia que se poderá restringir a imutabilidade dos efeitos da coisa julgada incompatível com a ordem constitucional, notadamente em face de dispositivo expresso na Lei Adjetiva (parágrafo único do artigo 741, do CPC). (Grifo nosso).

Ante toda a doutrina trazida à colação, fica clara a superioridade hierárquico-normativa, bem como a supremacia da Constituição Federal ante todas as normas e todos os atos praticados pelos poderes do Estado, incluindo-se, portanto, as decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

Superada essa questão, passa-se, então, à análise da impugnação como meio de combate à coisa julgada inconstitucional.

4 - DA IMPUGNAÇÃO

O referido instituto foi inserido pela Lei nº. 11.232 de 22/12/2005 no Código de Processo Civil brasileiro, no Capítulo X - Do cumprimento da sentença, nos artigos 475-J, §1º, 475-L e 475-M.

Destaque-se, que no momento, a referida norma encontra-se na *vacatio legis*, vez que só entrará em vigor em 23 de junho de 2006, ou seja, seis meses após a sua publicação no Diário Oficial, em 23 de dezembro de 2005.

Assim, embora tal instituto não seja ainda aplicável no mundo jurídico, conforme já mencionado, ante a importância das inovações trazidas pela Lei nº. 11.232, verificaremos as suas características e como será a sua aplicabi-

lidade, principalmente como meio de impugnação à coisa julgada.

4.1- Aspectos da Lei nº. 11.232 de 22/12/2005 e características da impugnação

Antes de adentrar propriamente nos aspectos da impugnação, insta primeiramente, uma análise perfunctória da Lei nº. 11.232 de 23/12/2005, que revogou alguns artigos do CPC e modificou, principalmente, a sistemática de execução de sentença baseada em título judicial.

Nesta nova lei, houve a união das fases de conhecimento e de execução de modo que a fase autônoma da execução foi transformada em uma mera fase da ação de conhecimento para dar cumprimento à sentença.

Verifica-se, assim, que a finalidade desta lei é proporcionar mais celeridade processual, buscando tornar mais efetivo o inciso LXXVIII, do art. 5º da Constituição Federal.

Destaque-se que a principal inovação trazida por esta lei foi a extinção dos embargos à execução de título judicial, sendo substituídos pelo instituto da impugnação, objeto principal deste estudo.

Neste sentido, também compreende Gatto (2006):

A Lei 11.232/05 faz desaparecer o processo autônomo de execução nas sentenças condenatórias, fazendo com que aquela seja uma continuação dentro do processo de conhecimento. Comemora-se, enfim, a extinção da execução de título judicial mediante processo autônomo.

Assim, fazendo uma breve análise dos arts. 475-I a 475-M, do CPC, que são os de maior relevância para esse estudo, destaco os seguintes pontos:

A nova lei mudou apenas a cobrança de obrigação por quantia certa, estabelecendo que não há mais necessidade de se fazer nova citação pessoal do réu no momento da cobrança. Portanto, para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, continuam em vigor as normas dos arts. 461 e 461-A do CPC.

Observe-se que após a condenação ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, caso o devedor não efetue o adimplemento do valor no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento, sem a necessidade de qualquer análise discricionária do Juízo. Destaque-se que, se houver um pagamento parcial da dívida, a multa incidirá somente sobre o valor restante.

Bem, além da fixação da multa, a requerimento do credor, por simples petição, pode-se expedir mandado de penhora e avaliação (não de citação e penhora como antes), ocasião em que o credor poderá indicar quais bens do devedor deverão ser penhorados.

É evidente que o devedor poderá não concordar com os bens indicados pelo credor, hipótese em que o juízo decidirá quem tem razão.

Neste sentido também compreende Wambier (2006), nos seguintes termos:

Em seu requerimento, o exequente poderá indicar os bens a serem penhorados (CPC, art. 475-J, § 3º). Do disposto no § 3º do art. 475-J decorre consequência processual importantíssima: a de que, na execução de sentença que determina o pagamento de soma em dinheiro, é o autor/exequente, e não o réu/executado, quem tem direito de indicar bens à penhora.

Nada impede que o executado se insurja contra indicação de bens feita pelo exequente. É uniforme a jurisprudência.

dência no sentido de que a ordem a que se refere o art. 655 do CPC não é absoluta. Por tal razão, havendo controvérsia, deverá o juiz decidir em atenção aos princípios da máxima efetividade (CPC, art. 612) e da menor restrição possível (CPC, art. 620), e, se for o caso, determinar que a penhora recaia sobre o bem indicado pelo executado, e não pelo exequente.

Nessa nova sistemática, se o executado quiser se opor à execução deverá oferecer impugnação, no prazo de 15 dias, que, em regra, não suspenderá o cumprimento da decisão.

Todavia o juiz poderá atribuir efeito suspensivo à impugnação desde que haja relevantes fundamentos e que o prosseguimento da execução possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação. Mas, mesmo que o juízo atribua efeito suspensivo à impugnação, ainda assim, se o exequente prestar caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juízo, poderá requerer o prosseguimento da execução.

Observe-se que o processamento e a decisão da impugnação será nos próprios autos, caso lhe seja deferido efeito suspensivo; ou em autos apartados, na hipótese contrária.

No que concerne aos recursos cabíveis da decisão da impugnação tem-se que: se não extinguir a execução, o recurso cabível será o agravo de instrumento, todavia, caso extinga a execução, o recurso cabível será a apelação.

A impugnação deverá ser interposta por mera petição nos próprios autos, que não se reveste da natureza de ação autônoma, tal como ocorria com os embargos à execução.

Destaque-se que o instituto dos embargos à execução continuou a existir, todavia somente para as execuções contra a fazenda pública.

Assim, após uma análise perfunctória da Lei nº. 11.232 nos dispositivos relacionados à impugnação, passe-se a verificar as hipóteses de cabimento do referido instituto.

Deste modo o art. 475-L, do CPC, estabelece taxativamente as seguintes hipóteses de cabimento da impugnação:

- Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:
- I - falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;
 - II - inexigibilidade do título;
 - III - penhora incorreta ou avaliação errônea;
 - IV - ilegitimidade das partes;
 - V - excesso de execução;
 - VI - qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

§ 2º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação. (grifo nosso)

É mister destacar que houve algumas modificações deste artigo trazido pela Lei nº. 11.232 para o anterior art. 741 do CPC que tratava das hipóteses de cabimento dos embargos à execução. Todavia, não me deterei a uma análise de cada uma

dessas hipóteses, vez que de todas elas a única que interessa para o estudo em comento é a do inciso II, § 1º.

Portanto, a aplicabilidade deste dispositivo passa a ser analisada para a verificação da impugnação como meio de combate a coisa julgada inconstitucional.

4.2 - Da impugnação como meio de combate a coisa julgada inconstitucional

O art. 475-L, no inciso segundo, do CPC, prevê que cabe impugnação quando o título executivo for inexigível e no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo dispõem que o título considera-se também inexigível quando fundado em lei ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou cuja aplicação ou interpretação seja tida por incompatíveis com a Constituição Federal segundo o Supremo Tribunal Federal.

Observe-se que dispositivo similar já era previsto na hipótese dos embargos à execução, no art. 741, inciso II, parágrafo único, do CPC, tendo sido mantido pela Lei nº. 11.232 de 22/12/05 nas hipóteses de embargos a execução contra a fazenda pública.

Todavia da antiga previsão do parágrafo único do art. 741 do CPC, para a nova redação do parágrafo primeiro do art. 475-L acrescentou-se ao dispositivo legal que a aplicação ou interpretação tida por incompatível com a Carta Magna deve agora ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, restrição essa até então não existente.

Primeiramente, para uma melhor compreensão do que representa a declaração de inexigibilidade de um título, questão esta relativa à condição de exigibilidade do cumprimento da sentença, insta mencionar o artigo 586 do CPC que estabelece: "A execução para cobrança de créditos fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível."

Verifica-se, pois, em termos processuais, que a exigibilidade do crédito integra o requisito do legítimo interesse processual à execução, portanto, se o título for inexigível, a parte não terá interesse processual de requerer o cumprimento da decisão, uma vez que o suposto credor não terá direito de cobrar o crédito.

Bem, analisando melhor o disposto no § 1º, inciso II, do art. 475-L, do CPC, observa-se que será hipótese para o executado requerer o não cumprimento da sentença, por meio da impugnação, pela alegação de inexigibilidade do título quando o título judicial for fundado em lei ou atos normativos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou quando for fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Verifica-se que da interpretação do referido dispositivo não existe a restrição de que a declaração pelo Supremo Tribunal Federal ocorra por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

Portanto, compreendendo que o que a lei não proíbe, permite, possível é, pois, fundamentar o pedido de inexigibilidade do título numa impugnação com fulcro em decisão do STF, que em controle difuso de constitucionalidade, considere lei ou ato normativo inconstitucional.

Neste mesmo sentido também se deve compreender a determinação de que em relação à aplicação ou interpretação tida por incompatível com a Carta Magna haja declaração emanada pelo Supremo Tribunal Federal.

Destarte, após uma análise das hipóteses previstas pelo art. 475-L, inciso II e §1º do CPC, verifica-se que a impugnação é meio hábil de combate à coisa julgada inconstitucional, sendo, portanto, mais um meio criado pelo legislador ordinário para garantir a supremacia da Constituição Federal.

Destaque-se que este estudo não pode demonstrar a aplicabilidade deste instituto no meio jurídico, trazendo a

colação, decisões de diversos tribunais, vez que conforme já se aduziu, estes dispositivos ora estudados encontram-se na *vacatio legis*.

Apesar disto, tenho plena convicção de que não haverá qualquer resistência dos tribunais neste sentido, vez que o parágrafo único, do art. 741 do CPC, dispositivo semelhante ao ora estudado e modificado pela Lei nº. 11.232 já tinha sua aplicabilidade plenamente reconhecida pelos tribunais, conforme demonstro pelas seguintes ementas:

EMBARGOS À EXECUÇÃO - PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC, INTRODUZIDO PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.180-35/2001 - INAPLICABILIDADE.

1 - Para efeito do disposto no parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória, 2.180-35/2001, o título judicial fundado em aplicação ou interpretação à lei, tidas por incompatível com a Constituição Federal, somente torna-se inválido se, ao tempo de sua prolação, já existia decisão do Supremo Tribunal Federal explicitando as razões dessa incompatibilidade.

2 - A decisão do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 313.382, realizado em 26/9/2002, que declarou constitucional a palavra "nominal" constante no inciso I, do artigo 20 da Lei nº 8.880/94, somente se aplica aos casos futuros. (negritei). (TRF - 4ª Região - 5ª Turma, AC 587548/RS, Relator A A Ramos de Oliveira, publicado no DJU em 05/11/2003)

PROCESSUAL CIVIL EMBARGOS DO DEVEDOR-FGTS. DECISÃO DO STF. APLICAÇÃO DO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. EXTRATOS.

JANEIRO/89 E ABRIL/90. ÔNUS DE APRESENTAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 110/2001.

1. O reconhecimento de inexistência de coisa julgada contra a Constituição, e a possibilidade de sua mutabilidade quando prevista em lei, não afrontam a estabilidade das relações jurídicas. Ao contrário, confirmam a supremacia da Constituição e o direito subjetivo validamente constituído, atuando como fator de equilíbrio do ordenamento jurídico, uma vez que apenas as decisões em desconformidade com esse ordenamento terão sua execução obstada, especialmente em se cuidando de matéria de direito público, como na espécie, em que todos os destinatários da lei devem receber tratamento isonômico.

2. Com edição da Medida Provisória 2.180-35, passou-se a admitir a oposição de embargos à execução quando o título judicial fundar-se em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pela Suprema Corte ou em aplicação ou interpretação incompatíveis com a Constituição, razão pela qual se deve adequar o título judicial exequendo ao entendimento do STF.

3. O ônus de apresentação de extratos do FGTS, no que se refere aos expurgos objeto da LC 110/2001, reconhecidos pelo STF, é da caixa Econômica Federal. Precedentes desta Corte.

4. Apelação da CEF a qual se dá provimento em parte. (negritei). (TRF - 1ª Região, Apelação cível 2002.30.00.0011589/AC, Relator convocado Jamil Rosa de Jesus, julgado em 24/11/2003).

Ante o exposto, verifica-se que quando a Lei nº 11.232 de 22/12/2005 entrar em vigor, a impugnação será meio hábil de combate à coisa julgada inconstitucional, com fundamento no respeito à supremacia da Constituição Federal.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se, após a análise da letra legal e da doutrina, que a impugnação é meio introduzido em nosso ordenamento pelo legislador pátrio pelo qual se pode combater a coisa julgada inconstitucional sempre tendo em vista que, devido à garantia da Supremacia da Constituição Federal, seus preceitos e princípios devem prevalecer sobre qualquer ato emanado pelo Poder Judiciário, mesmo diante da formação da coisa julgada.

E, conforme se pôde comprovar no decorrer deste estudo, o parágrafo primeiro do art. 475-L do CPC assevera como hipóteses de inexigibilidade do título judicial que este se funde em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou que tenha aplicação ou interpretação tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Destarte, nessas três hipóteses supra aduzidas, cabe a flexibilização dos limites objetivos da coisa julgada, com fulcro no princípio constitucionalista em detrimento do princípio da segurança jurídica, referendada pela imutabilidade inerente à coisa julgada.

Portanto, a impugnação será meio hábil para o combate à coisa julgada inconstitucional na fase do cumprimento da sentença quando a Lei nº 11.232 de 22/12/2005 entrar em vigor.

Por fim, não se pretende com este estudo excluir a utilização da ação rescisória, dos embargos à execução à fazenda pública, da exceção de pré-executividade e da ação declaratória de nulidade, já que todos esses meios são hábeis à consecução da desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

Portanto, todos eles, juntamente com a impugnação, são meios que não se anulam, mas complementam-se com suas próprias características, constituindo instrumentos para a garantia da Supremacia Constitucional.

REFERÊNCIAS

Livros

BARRETO, R. de O. P. *Curso de direito processual civil conforme a jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BERTOLINO, Pedro J. *La cosa juzgada em el amparo*. Abeledo: Libreria dos Advogados, [s. d.].

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Elementos de direito constitucional*. 2 ed. rev. São Paulo: RT, 1998.

DANTAS, I. *Instituições de direito constitucional brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999.

DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

LIEBMAN, E. T. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Berwindo Aires. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARQUES, J.F. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Millennium, 2000.

NOLASCO, R. D. *Exceção de pré-executividade*. São Paulo: Método, 2003.

PORTO, S. G. **Coisa julgada civil: análise, crítica e atualização**. 2 ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

ROSA, M. V. F. **Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução**. 3 ed. atual. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WAMBIER, L. R. (Coord.); ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E. **Curso avançado de processo civil**. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999. v 1.

Artigos

CÂMARA, A. F. **Relativização da coisa julgada material**. Outubro de 2003. Disponível em: <http://www.cacofud.org/upload/relativizacao_coisajulgada.rtf>. Acesso em: 15 abr. 2004.

CARVALHO JÚNIOR, G. B. de. **A coisa julgada inconstitucional e o novo parágrafo único do artigo 741 do CPC**. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 61, janeiro de 2003. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3605>>. Acesso em: 14 abr. 2004.

DIAS, F. B. **Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional**. Outubro de 2002. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina129.doc>>. Acesso em: 12 abr. 2004.

GATTO, J. H. **Execução Civil e Efetividade Processual: Primeiros Traços à Lei 11.232/05**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/execucao_joaquim_henrique_gatto.html>. Acesso em: 10 abr. 2006.

GRECO, L. **Eficiência da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior**. In: ROCHA, V. de O. (Coord.). **Problemas de processo judicial tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. v. 5.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Relativização da coisa julgada**. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, ago. 2002. Disponível em: <www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm>. Acesso em: 14 abr. 2004.

THEODORO JÚNIOR, H. e CORDEIRO DE FARIA, J. A. **coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle**. In: NASCIMENTO, C. V. do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença que determina o pagamento de quantia em dinheiro, de acordo com a Lei n. 11.232/05**. Disponível em: <<http://www.apamagis-lex.com.br/al/publier4.0/texto.asp?id=725>>. Acesso em: 10 abr. 2006.

A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL: CRISE E DESPENALIZAÇÃO (A questão do feto anencefálico)

Tendamiro Noronha Cardozo

Juiz de Direito. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Curso a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape. Ex-Coordenador da ESMape. Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Especialista em Ciências Criminais - UFPE. Mestre em Direito Público - UFPE. Professor Titular da ESMape. Professor Titular da FIR - Faculdade Integrada do Recife.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL. 3 - A CRISE DO SISTEMA PENAL. 4 - O CONTROLE DE SELEÇÃO AO SISTEMA PENAL. 5 - A DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL. 5.1 - A descriminalização como resposta à crise do sistema penal. 5.2 - A despenalização como resposta à crise do sistema penal. 5.3 - A questão do feto anencefálico. 6 - CONCLUSÕES. 7 - REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO

Tércio Sampaio Ferraz Jr. entende que o sistema é formado por um conjunto de objetos a ele atribuídos (repertório

do sistema), relacionando-se entre si, de conformidade com certas regras (*estrutura do sistema*). Os objetos são os componentes do sistema, especificados pelos seus atributos, e as relações dão o sentido de coesão do sistema.³

André-Jean Arnaud e M^a José Fariñas Dulce conceituam sistema social como um locus de integração social dos indivíduos onde eles interagem segundo os padrões normativos, onde a sociologia se apresenta como uma ciência com vocação para entender o sistema social. Na visão dos autores o sistema jurídico é um subsistema, cuja função primordial é a integração ou o controle social.⁴

Vilanova comunga da idéia de que *não há fato jurídico fora do sistema jurídico*, porquanto a realidade fática, natural e social, é sempre complexa e interconexa com outros fatos, sendo o suporte fático isolado, resultante de uma operação normativa.⁵

Os sistemas sociais e jurídicos, segundo André-Jean Arnaud e Maria José Fariñas Dulce, são dicotômicos por possuírem significados diversos, de acordo com a consideração do objeto do conhecimento se numa perspectiva jurídico-dogmática ou sociológica:

Do ponto de vista da dogmática jurídica, o sistema jurídico surge como um conjunto lógico-formal de regras jurídicas, cujas

³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 140.

⁴ ARNAUD, André-Jean; DULCE Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pelleu Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 11.

⁵ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1985. p. 30. Para Lourival Vilanova o fato jurídico, em sentido técnico pertence à norma que se baseia na hipótese de incidência do fato natural, ou o fato social da conduta, como base de qualificação. Idem.

*características fundamentais são a sistematização, a generalidade, a completude, a unidade e a coerência.*⁶ Já do ponto de vista sociojurídico, o sistema jurídico é polissêmico, ou seja, enseja várias significações.

Giorgio Del Vecchio, analisando a dimensão de evolução e involução do sistema jurídico, teoriza que o Direito e sua ciência e, de resto, todo o conhecimento humano, e a própria vida, estão em constante crise, isto é, sujeitos a um contínuo esforço de *adaptação, transformação e reintegração*, exemplificando, que esse fluxo e influxo do sistema jurídico é o mesmo drama da existência humana.⁷

Convém transcrever o pensamento de Vilanova no ponto em que diz que *os fatos jurídicos são internos a cada sistema. Não há fato jurídico fora de um sistema normativo.*⁸

Sintetizando a idéia de sistema dentro e fora do Direito, Marcelo Neves afirma que o caráter formal-normativo, dentro do sistema global do Direito, apresenta-se como um subsistema de caráter *nomoempírico* e com função prescritiva. O autor distingue o caráter *nomoempírico* dos sistemas *nomológicos* (lógicos e matemáticos), pois, nestes, os dados da experiência são relevantes: *"A sua função prescritiva (normativa), incluindo-o na ordem da práxis, diferencia-o dos sistemas nomoempíricos teóricos (descritivos), insertos na ordem da gnose."*⁹

⁶ ARNAUD, André-Jean; DULCE Maria José Fariñas, loco citado.

⁷ DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Lider, 2005. p. 47.

⁸ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1985. p. 30.

⁹ NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988. p.16.

Ao contrário dos sistemas *nomoempíricos* de descrição, o ordenamento jurídico é um sistema aberto aos dados da experiência, sendo por eles condicionados, exercendo, ainda, a função precípua de controlá-los e de dirigi-los de forma direta.

Para René David, o sistema de direito romano-germânico, do ponto de vista científico surge no século XIII, sobretudo, pelo renascimento do estudo do direito romano nas universidades.¹⁰

Sabemos que a evolução do Direito em Roma durou cerca de dez a doze séculos. A recepção do Direito Romano foi um dos fenômenos mais importantes para a história do Direito. Não fosse ela, certamente, a história do Direito seria contada de forma diferente. A recepção, no dizer de Sílvio Neves Baptista, é de grande representação para a História da Humanidade, porque serviu de ponte para o intercâmbio de diversas civilizações e culturas. O processo de assimilação, ou seja, de recepção do Direito Romano pela Alemanha, deu-se na Idade Média, fins do século XV e século XVI.¹¹

Conforme Sílvio Baptista, a assimilação do Direito Romano ocorreu de forma lenta, sendo que o *jus privatum* foi o que teve maior intensidade. Na via do Direito Privado, a recepção verificou-se em todas as suas divisões (direito das obrigações, reais, família, sucessões etc).

No campo do Direito Processual Civil, operou-se a recepção à base da prática das tradições do direito canônico e do direito italiano. Porém, diferentemente do que aconteceu

¹⁰ DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35.

¹¹ BAPTISTA, Sílvio Neves. Recepção do direito romano. Recife: Indústria Gráfica do Recife, 1975. p. 07.

com o Direito Civil, o Direito Penal foi recepcionado sem que nenhum ato legislativo fosse realizado, com a atuação marcante dos criminalistas italianos Albertus Grandinus (1300) e Angelus Aretinus (1450).¹²

Especificamente no âmbito do Direito Penal, o movimento teve início com Worms, em 1498, com as Ordenanças dos Tribunais para o Território de Tirol, em 1499. Todavia, o auge da reforma foi atingida com a *Constitutio Criminalis Bambergensis* de 1507 e *Constitutio Criminalis Carolina* ou *Peinliche Gerichtsordnung* (PGO) vigindo a partir de 1532. Registre-se que a *Constitutio Carolina* foi o único Direito Penal do Reich até 1870, constando de 219 artigos dos quais 70 tratam do Direito Penal substantivo. Demais artigos dizem respeito ao Direito Penal formal ou objetivo, isto é, do procedimento organizacional dos Tribunais.¹³

Do ponto de vista da historicidade, enfatiza René David, que o sistema romano-germânico formou-se na Europa Continental e é lá que ainda hoje se conserva o eixo principal devido aos fenômenos de expansão ou de recepção de numerosos países não europeus que aderiram ao sistema ou dele extraíram alguns de seus elementos.

Da passagem da cultura romana para a medieval, o Cristianismo desempenhou papel importante e decisivo ao fazer distinção entre política e religião. Para os antigos, o ser humano distinguia-se dos outros animais por ser um animal político no sentido de um cidadão da *polis*, criado à imagem e semelhança de Deus.

¹² *Idem*, p. 10-11.

¹³ *Ibidem*.

A teoria jurídica ganhou corpo com a compilação das leis, a exemplo do *Corpus Jus Civilis* de Justiniano (528, d.C) e do *Decretum* de Graciano de 1140, além de farta documentação jurídica, que Roma nos legou, permitindo-nos obter informações precisas sobre sua história, que durou de dez a doze séculos, desde sua fundação, ou mais precisamente, desde a vigência da Lei das XII Tábuas, até os tempos do Imperador Justiniano, já na fase da decadência do Império Romano.¹⁴

Os textos romanos, na opinião de Tércio Sampaio, continuaram a servir de modelos para fundamentar o pensamento prudencial que não chegou a desaparecer. Todavia, o jurista foi mais além e, ao invés de utilizar-se somente da equidade, um dos recursos prudenciais, para apreciação dos interesses em jogo, buscou princípios e regras que foram capazes de reconstituir o *corpus* e, nesse caminhar, a prudência fez-se de dogmática.¹⁵

Argumenta René David que a família romano-germânica hodiernamente está espalhada pelo mundo inteiro, rompendo, assim as antigas fronteiras do Império Romano e dispersando-se mundo afora, sendo que sua expansão facilitou e muito a recepção, pela técnica jurídica da *codificação*, adotada no século XIX.¹⁶

Verdade é que a repercussão da recepção do Direito Romano processou-se com maior intensidade no terreno do Direito Penal do que no Direito Privado, tendo a recepção

¹⁴ BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 19.

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 63.

¹⁶ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 33-34.

grande virtude ao preparar o Direito Penal para sua autonomia dogmática.

2 - A DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

A ciência penal é uma disciplina dogmática que tem como sinônimo o Direito Penal. O termo ciência é usado, geralmente, para designar um conjunto de conhecimentos sistematizado sobre a realidade jurídica.¹⁷ Para Kelsen, é evidente que o objeto da ciência jurídica é o Direito, e a ciência jurídica busca apreender o seu objeto juridicamente, ou seja, do ponto de vista do Direito.¹⁸ Francisco Muñoz Conde parte do pressuposto de que a atividade de direito positivo chama-se dogmática, porque parte das normas jurídico-positivas que são consideradas como um dogma, ou seja, com uma declaração de vontade com pretensão de validade geral, objetivando solucionar problemas sociais, sendo que a missão da dogmática jurídico-penal é formular teorias, partindo de uma solução legal.¹⁹

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986. p. 09. Para o autor a concepção de ciência é muito genérica e tem como pressuposto várias discussões que se desenvolvem não só em torno da expressão *ciência jurídica*, mas também em volta do próprio termo ciência: a) o termo ciência não é unívoco; b) as concepções modernas sobre ciência estão sempre ligadas à metodologia; c) conquanto haja certo acordo em classificar a Ciência do Direito entre as ciências humanas surgem daí vários debates sobre as diversas epistemologias jurídicas sobre a existência ou não de uma ciência exclusiva do Direito. Concordo com Enrique Gimbernat Ordeig quando diz que, ao que parece, nós os juristas somos os únicos que acreditamos que a dogmática jurídico-penal é uma ciência. ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Tecnos, S.A., 1999. p. 38.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.79.

¹⁹ CONDE, Francisco Muñoz. *Introducción al derecho penal*. 2. edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F., 2003. p. 212.

A dogmática penal, neste panorama, é um setor da dogmática jurídica.

Na lição de Muñoz Conde:

*La dogmática jurídicopenal, por tanto, trata de averiguar el contenido de las normas penales, sus presupuestos, sus consecuencias, de delimitar los hechos punibles de los imputados, de conocer, en definitiva, qué es lo que la voluntad general, expresada en la ley, quiere castigar y como quiere hacerlo.*²⁰

Para Enrique Gimbernat Ordeig *El derecho penal es el orden de la convivencia humana, bajo la exigencia de la justicia, que en cada momento se sabe vinculante em una determinada comunidad jurídica*:²¹ "Lo que caracteriza al Derecho penal frente a los demás sectores del ordenamiento jurídico es, sobre todo, su consecuencia jurídica, es: la pena."²²

Ora, o problema do Direito Penal é o descobrimento da verdade para aplicar a pena, enquanto direito positivo válido para regular a multiplicidade dos atos da vida. Em outras palavras, conclui Gimbernat: o que é dogmático é a verificação - se um dado fático concreto está disciplinado pelo Direito Penal. Ao fazer isso, faz-se a ciência do Direito Penal.²³

²⁰ Id. *ibidem*.

²¹ ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1999. p. 17.

²² Id. *ibidem*.

²³ ORDEIG, Enrique Gimbernat, 1999, *passim*, põe em xeque o caráter científico da dogmática, afirmando que somente os próprios juristas é que acreditam que a dogmática penal é um ciência, depois deles, mais ninguém. *Op. cit.*, pp. 34 e 36.

3 - A CRISE DO SISTEMA PENAL

No pensamento de Nelson Saldanha, a acepção da idéia da palavra crise, hodiernamente, desconectada ou não da idéia de crítica, deriva-se dos postulados da filosofia de Augusto Comte, assumindo, assim, a sensação de ruptura e instabilidade propalada nos países europeus a partir do movimento da Revolução Francesa. O sentido da palavra crise é reforçado, no século passado, com o advento das duas Grandes Guerras Mundiais, em face das dificuldades surgidas dentro das sociedades europeias e com o surgimento do regime soviético.²⁴

Do ponto de vista de Aléxis de Tocqueville, a crise da França do ancién-regime levou ao movimento revolucionário, promovendo mudanças e reformas sociais de toda ordem, sendo que uma das primeiras diligências pós-revolucionária foi atacar a igreja para fortalecer o poder político do Estado, abolindo a antiga forma de sociedade no sentido de superar a crise.²⁵

Para Saldanha, certos teóricos como Danilevski e Spengler passaram a se utilizar do termo crise no sentido conotativo da *crise do Ocidente*.²⁶

Aulis Aarnio pontifica que a relação entre Estado, direito e sociedade tornou-se deficitária em toda a sociedade pós-industrial. Neste contexto, o Estado é o mesmo que as construções do exercício do poder baseadas na Constituição, e a sociedade é uma rede de relações formadas por cidadãos.

²⁴ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 01.

²⁵ TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a revolução*. 4. ed. Tradução Yvonne Jean. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1997. p. 55 et seq.

²⁶ SALDANHA, Nelson, *op. cit.*, p. 24.

Textualmente, acentua Aulis Aarnio: "*Se puede hablar o bien de la socialización del Estado o de la creciente actividad rectora del Estado en una sociedad de ciudadanos*".²⁷

Arturo Rocco, no final do século XX, ao tratar da problemática e do método da ciência do direito penal, já afirmava que o direito penal atravessava àquela época, não só na Itália, como na França, e na Alemanha um período de crises.

Segundo Rocco:

*No depende, sin embargo, esta crisis, como podría creerse, solo de los simples deseos de novedad o de tendencias abiertamente hipercríticas, o de costumbres inveteradas de afición científica y enciclopedismo furente, sino también de las corrientes generales que le dan vida al pensamiento científico contemporáneo.*²⁸

Conforme Rocco, a crise é ainda mais grave do que se pensa, porque agita todos os campos das ciências éticas e, portanto, não atinge somente as ciências jurídicas, como também, as disciplinas políticas, morais e sociais. Rocco aponta como causas das crises do direito penal: 1) o fracasso do positivismo, e 2) o problema do método do direito penal.²⁹

Para Vera Regina Pereira de Andrade, no contexto da crise do final do século XIX para o início do século XX, a Ciência

²⁷ AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 35.

²⁸ ROCCO, Arturo. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal: monografías jurídicas*. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999. p.02.

²⁹ Id., ib.

Penal viu-se inserida no horizonte da mais ampla crise do pensamento científico e das Ciências Humanas e Sociais.

Neste pormenor, segundo Vera, a Escola Positiva teve o mérito de libertar a velha Ciência Penal das incrustações metafísicas que a recobriam, que logo frustraram o pensamento da construção de uma nova ciência, cuja edificação, sem método adequado pretendia destruir sem reconstruir, resultando um Direito Penal sem direito.³⁰

Na opinião de Cezar Bitencourt, a prisão converteu-se na resposta penalógica principal, especialmente no século XIX; passou-se a acreditar que a pena seria um meio adequado para se conseguir a reforma do delinqüente. Todavia, afirma Bitencourt que a prisão está em crise:

*Essa crise abrange também o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que se faz à prisão, referem-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.*³¹

Nos dias atuais, de fato, como observa Carlos Vico Mañas, a dogmática penal voltou-se para dentro de si, dedicando-se tão somente à elaboração de teorias abstratas, sem conexão com a realidade social, virando as costas aos casos concretos circundantes.³²

³⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 81.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 143.

³² VICO Mañas, Carlos. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 19.

Eduardo Novoa Moreal critica a luta sem trégua travada entre finalistas e causalistas, desenvolvida sobretudo na Alemanha e sua repercussão no juspenalismo latino-americano como algo que tem desgastado a dogmática penal, permitindo, desta maneira, que muitos descubram sua insuficiência, sua desconexão com a realidade social e seu estéril exclusivismo.³³ Para Santiago Mir Puig, a tendência atual da metodologia do direito penal da Alemanha é sua aproximação com a realidade.³⁴

Para verificar-se a crise do sistema penal brasileiro, veja-se o sistema penitenciário, ele possui eficácia pelo avesso, uma vez que causa sofrimento e desrespeita os direitos básicos do encarcerado. A pena já não intimida, não ressocializa, nem retribui. A prisão não consegue afastar, deter a criminalidade, posto que quadrilhas atuam dentro das penitenciárias. O sistema não consegue acompanhar a criminalidade e sair da unidade carcerária para roubar constitui um alibi perfeito. Alguns pensadores são favoráveis à privatização do sistema penitenciário nacional, como saída para a crise que não é de agora.

Apesar de gizado na Carta Política (art. 5º, XLIX) que aos presos é assegurado o respeito à integridade física e moral, corolário da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III), do Diploma Constitucional, na prática, isso não ocorre.

³³ MONREAL, Eduardo Novoa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, numero 3, tomo xxxi, fascículo III, septbre-dicbre, Madrid: Publicações Del Instituto Nacional de Estudos Jurídicos, 1978. p. 533.

³⁴ PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, s.d., p. 281.

4 - O CONTROLE DE SELEÇÃO AO SISTEMA PENAL

Diante desse panorama, o sistema penal de seleção mais contribui para o aumento da crise do sistema do que para estancá-la e, por esta razão, o sistema penal no Brasil está deslegitimado, por não se prestar à finalidade de retribuição (*quia peccatum est*), muito menos ao escopo de prevenção (*quia ne peccetum*).

Diante de tal crise, Michel Foucault na sua magna obra *Vigiar e Punir*, analisando os efeitos das condenações a penas privativas de liberdade, tem a opinião seguinte:

(...) a prisão foi sempre um grande instrumento de recrutamento. A partir do momento em que alguém entrava na prisão, se acionava um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar à delinquência. Caía necessariamente no sistema que dele fazia um proxeneta, um policial ou um alcaguete. A prisão profissionalizava.³⁵

Para Zaffaroni, o poder seletivo de controle do sistema penal elege alguns candidatos à criminalização, desencadeando um processo de criminalização que o submete à decisão da agência penal, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa; o bom candidato é escolhido a partir de um estereótipo, mas a agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, mediante certo critério objetivo próprio e diverso do que rege a ação seletiva do restante do poder exercido pelo sistema penal, pois, do contrário, não se

³⁵ REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA COMENTADA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. RJ 268, fevereiro/2000 p. 127-135.

justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (somente se explicaria funcionalmente).³⁶

O reduzido poder da agência judicial a coloca entre a disjuntiva - decidir ou deixar toda a decisão - ao arbitrio do poder de outras agências de controle primárias (este último fato sucede no âmbito do controle social onticamente punitivo, mas se subtrai à agência judicial, sendo isto ocultado mediante as racionalizações que implicam os elementos negativos do discurso jurídico-penal e, segundo se supõe, são próprias do exercício ilícito do poder do sistema penal.³⁷

Assim, se o sistema penal só consegue punir os suspeitos de sempre, pessoas desfavorecidas dos seus direitos que caem na malha do sistema, a intervenção do Estado é carente de legitimidade punitiva.

Em síntese, argumenta Zaffaroni;

Como la selección de los prisioneros de la política responde a la altísima irracionalidad con que el hecho de poder de la política procede a la misma, el discurso jurídico-penal que pretenda operar como reductor de sua violencia debe hacerse cargo de ese dato de irracionalidad selectiva.³⁸

5 - A DESLEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

A descriminalização e a despenalização comparecem como resposta à deslegitimação do direito de punir do Esta-

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: EDIAR, 1989, p. 251 et seq.

³⁷ Id., ib.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Buenos Aires: EDIAR, 1989, p. 251 et seq. e 239-240.

do, cuja crise intra-sistêmica nos leva a repensar um novo modelo para o aparelho punitivo estatal.

Sabemos que na idade contemporânea o Princípio da Legalidade marcou profundamente a dogmática jurídico-penal. Tal princípio foi recepcionado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, que no seu artigo oitavo prescreve, claramente, a limitação do *ius puniendi* estatal:

A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Razão assiste a Cláudio Brandão quando leciona que a sistematização dogmática do Princípio da Legalidade não se deu com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, e sua fórmula jurídica só veio com Feuerbach, por meio de sua obra, no século XIX, em 1801.³⁹ Foi com Feuerbach que surgiu a fórmula - não só científica, como também política, do Princípio da Legalidade - *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade conceituam a descriminalização, *desqualificação do crime*, como um *leitmotiv* pela importância que o tema encerra como um dos temas centrais das ciências criminais frente à crítica da reforma penal:

Com efeito, sempre, o processo de evolução do direito criminal correspondente à dialética da superação de uma

³⁹ BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 36.

definição oficial da realidade por outra, traduziu-se em medidas de descriminalização, articuladas com soluções de neocriminalização.⁴⁰

Asseverava Montesquieu que as penas devem ser, antes de mais nada, apropriadas para o povo, para o qual elas são feitas.⁴¹

Beccaria, reformista do sistema penal, precursor do Princípio da Legalidade na concepção de Cláudio Brandão⁴², já em 1764, reclamava pela adoção do princípio da proporcionalidade da pena ao delito cometido. Com sua obra *Dos delitos e das penas* inaugura a idade moderna do direito penal com o princípio da legalidade das penas, estruturando sua obra em três pilares principais: a legalidade, a separação dos poderes do Estado, e a utilização social da pena. Insurgindo-se contra as injustiças dos processos criminais do seu tempo, condena o direito à vingança e abolição da pena de morte, que era funesta para a sociedade pelos exemplos de crueldade que dava aos homens, porquanto o Estado tinha como princípio não matar, mas o próprio Estado matava.⁴³

Cláudio Brandão, inspirado no liberalismo de Beccaria, propugna que ele enxerga no Princípio da Separação dos Po-

⁴⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992, p. 397-398.

⁴¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*; introdução. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 81.

⁴² BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33.

⁴³ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução Flório De Angelis. Bauru, São Paulo: Edipro, 1993, p. 53.

deres outro requisito necessário para evitar o terror penal, fazendo-se a distinção entre legislador - cuja função é de elaborar a lei - da do magistrado, cabendo a este aplicá-la.⁴⁴

É de Cláudio Brandão a assertiva de que Beccaria, seguindo as pegadas de Rousseau, afirmava que os homens sacrificaram uma parte de sua liberdade individual para fazer prevalecer a vontade de todos.⁴⁵

Nas reflexões de Rousseau, no tocante ao reducionismo da vontade individual em vontade coletiva, cada associado aliena todos os seus direitos a favor de toda a comunidade, entregando-se cada qual por inteiro a uma condição de igualdade para todos e, por consequência, sendo esta condição idêntica para todos, nenhum integrante do pacto tem interesse em fazê-la onerosa aos demais membros da comunidade.⁴⁶

Pela análise de Ricardo de Brito, Beccaria se distancia de Rousseau no que diz respeito à concepção de estado da natureza e se aproxima de Locke e de Hobbes, porquanto, para Beccaria, o estado de natureza é um estado de beligerância, conflituoso que impede os seres humanos de desfrutarem da segurança e da tranquilidade. Brito vê semelhança entre as idéias de Beccaria e de Montesquieu no ponto em que ambos defendem que o legislador pode livremente desenvolver sua atividade política, expressando a vontade geral em função do mandato que lhe fora outorgado.⁴⁷

⁴⁴ BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33.

⁴⁵ BRANDÃO, Cláudio, 2002, *Passim*, p.32

⁴⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios de direito político*; tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Edições Ouro, s.d. p. 49.

⁴⁷ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 72.

Desde que Beccaria iniciou-se na moderna ciência do Direito Penal, observa Santiago Mir Puig que las concepciones sobre el método ha variado hasta tal punto, que han determinado distintas elecciones en cuanto al objeto mismo de estudio.⁴⁸

Michel Foucault, ao tratar do suplicio público do ancién regime, afirma que Catarina II mandou redigir um projeto para um novo código das leis, transcrevendo a lição de Beccaria, repetindo-a quase palavra por palavra, *verbis*:

*É o triunfo da liberdade civil, quando as leis criminais tiram cada pena da natureza particular de cada crime. Então cessa qualquer arbitrariedade; a pena não depende em nada do capricho do legislador, mas da natureza da coisa; não é de modo algum o homem que faz violência ao homem, mas a própria ação do homem.*⁴⁹

Claus Roxin tecendo críticas à dicotomização dos conceitos teóricos de política criminal e sistema jurídico-penal afirma que a lei e bem assim o código penal não são instrumentos de reformas sociais, mas, apenas, meios pelos quais se restabelecem a ordem e as liberdades coexistentes.⁵⁰

Somente com a falência de mecanismos de controle social e formal do Estado, deve-se aplicar o direito penal. A corrente defensora do direito penal mínimo ou abolicionismo moderado, restringe ao máximo o alcance do direito penal. Pelo princípio da intervenção mínima, o Estado somente

⁴⁸ PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. Barcelona, Bosch, Casa Editorial, s.d. p. 175.

⁴⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução Raquel Ramalheira. Petrópolis, Vozes, 1987. p. 97.

⁵⁰ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.13.

deverá intervir com a *sanctio juris* quando não houver outros remédios jurídicos, extrapenais para composição do litígio, sendo a pena a *ultima ratio regum*.

5.1 – A descriminalização como resposta à crise do sistema penal

Descriminalizar significa retirar do fato o caráter de ilícito. Isto ocorre por via legislativa (*abolitio criminis*), a exemplo da recente Lei n. 11.106, de 28 de março de 2005, que aboliu, dentre outros, o crime do art. 217 (sedução) e o do art. 240 (adulterio). A descriminalização pode ser, também, por via judicial, interpretativa. A descriminalização formal é sempre precedida da descriminalização fática, como é o caso do adulterio que de antanho deixou de sofrer reprovação pela consciência popular, ocorrendo o fenômeno da desuetudo, ou seja, a derrogação da norma pelo costume.

O direito costumeiro nasce no seio da sociedade. A desuetudo (derrogação da norma pelo costume) ocorre quando determinadas condutas são irrelevantes do ponto de vista social para sofrerem reprovação penal, ainda que o legislador expressamente considere tais condutas como criminosas, conquanto penalmente em desuso.⁵¹

⁵¹ Leciona o Prof. Cláudio BRANDÃO, 2002, *passim*, p. 26, que o Direito Inglês baseia-se no costume e no precedente judicial. Para Hans KELSEN, *op. cit.*, p. 252, o Direito legislado e o costumeiro revogam-se um ao outro pelo princípio da *lex posterior*. Afirma, inclusive, que o Direito Consuetudinário tem força derogatória até mesmo em face de uma lei constitucional formal. E conclui expressamente: *Tem-na mesmo em face de uma lei constitucional que expressamente exclua a aplicação de Direito consuetudinário*. Por fim, desde os Romanos *consuetudo perrem vim habet cum lege* tradução livre: o costume tem força igual à lei.

O crime de adultério, abolido pelo legislador, não obstante, continua sendo fato antijurídico do ponto de vista do Direito Civil, para o efeito de dissolução da sociedade matrimonial, por constituir-se de ilícito que torna impossível a vida em comum dos cônjuges, a teor do art. 1.573, inciso I, do vigente Código Civil, *verbis*:

Art. 1.573. Pode caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I - adultério.

Mutatis mutandis, a conduta contravencional do jogo do bicho, art. 50, do Decreto-lei n. 3.688, de 03 de outubro de 1941, há muito deixou de merecer reproche da sociedade. Não obstante, na esfera na Justiça Especializada do Trabalho, malgrado negar-se eficácia ao contrato de trabalho, reconhece-se a relação de emprego, relativamente aos direitos adquiridos do empregado, pela contraprestação do serviço efetivamente prestado, para evitar o enriquecimento ilícito daqueles que exploram o jogo de azar.

5.2 - A despenalização como resposta à crise do sistema penal

Despenalizar consiste em adotar processos substitutivos ou alternativos que visam, sem a retirada do caráter ilícito do fato, dificultar ou evitar o cumprimento de pena. Podemos citar como medidas despenalizadoras aquelas instituídas pela Lei n. 9.099/05: (composição dos danos civil, art. 74), (medidas restritivas de direitos e pena de multa, art. 76), (representação, art. 88) e (suspensão condicional do processo, art. 89), mitigando os princípios do processo penal da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, para

fazer valer o princípio da oportunidade. Vale salientar que a *Lex Magna* elegeu como princípios fundamentais, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inciso III) e a prestação social alternativa (art. 5º, XLVI, alínea "d").

Como leis despenalizadoras, podemos, também, citar a Lei n. 9.714/98, que deu nova redação aos arts. 43 e seguintes do Código Penal, substituindo as penas privativas de liberdade cominadas, por restritivas de direito, não superiores a quatro anos, nas hipóteses dos incisos I a III, do aludido artigo e a Lei n. 10.259/01, que instituiu os juzizados especiais cíveis e criminais, na esfera da Justiça Federal, elevado ao patamar de dois anos as penas cominadas aos delitos de menor potencial ofensivo, derogando, implicitamente, o art. 61, da Lei n. 9.099/95.

Enrique Ruiz Vadillo, traçando uma linha paralela aos aspectos da descriminalização e despenalização, assegura que o grave problema a se enfrentar hoje no direito Penal é, justamente, conseguir um ponto de equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e a repressão punitiva de determinadas condutas, levando-se em conta o indivíduo e a sociedade.⁵²

Aníbal Bruno admite que o Direito Penal, como sistema jurídico, possui dupla face: uma que protege a sociedade contra a agressão do indivíduo e a outra protege o indivíduo contra os possíveis excessos de poder daquela contra este, na prevenção e repressão à criminalidade, e sua atuação deve ser feita dentro de um critério que regulamente a justiça.⁵³

⁵² VADILLO, Enrique Ruiz. *Reformas penales en el mundo de hoy* / curso de verano, Madrid :Edición de Antonio Beristain, 1994. p. 375.

⁵³ BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral, tomo 1º* / introdução, norma penal, fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 32-33.

Para Ruiz Vadillo, a desjudicialização ou desjurisdicionalização, substituindo-se os tribunais por instâncias de natureza não-penal, isto é, administrativas, de inclusão social. Cita como exemplo o adultério e o amancebamento que deixaram de ser crimes no País Basco, de acordo com a Lei de 26 de maio de 1978.³⁴

Ruiz Vadillo pugna pela transformação em ilícitos administrativos de determinadas condutas, *verbi gratia*, a condução de veículo automotor sem a correspondente habilitação, pelo estigma que uma sanção penal carrega. Entre nós a antiga contravenção penal de dirigir sem habilitação foi criminalizada, nos termos do art. 309, do Código de Trânsito Nacional, Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997, desde que haja perigo de dano. Sem a existência de perigo de dano, a conduta não constitui crime, configurando-se mera infração administrativa, consoante orientação consolidada no Superior Tribunal de Justiça.³⁵

5.3 – A questão do feto anencefálico

Atualmente, existe no Supremo Tribunal Federal uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-8-DF, pendente de julgamento, objetivando a descriminalização do abortamento de feto anencefálico. Se a decisão for favorável, estamos diante de uma descriminalização por via judicial.

³⁴ VADILLO, Enrique Ruiz. *Reformas penales en el mundo de hoy: curso de verano*. Madrid: Edición de Antonio Beristain, 1994. p. 375.

³⁵ Ementa: Penal. Contravenção Penal. Condução de Veículo sem Habilitação. Superveniência da Lei n. 9.507/97. Mera Infração administrativa. Resp. 264166/SP; Recurso Especial. 2000/0061804-7, Rel. Min. Fozes de Alencar, Sexta Turma, DJ 11.06.2001, p. 264. No mesmo sentido: Resp. 331303/SP; Recurso Especial 2001/0081089-8, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, DJ 07.10.2002, p. 310. RSTJ vol. 163, p. 573.

No tocante aos fundamentos a favor do abortamento por anencefalia, devemos considerar o seguinte: 1) o feto anencefálico morre pouco tempo após o nascimento e, sem vida cerebral extra-útero, o fato é atípico, a teor do art. 3º, da Lei n. 9.434 (interpretação sistemática); 2) o Código Penal, no seu art. 128, II, permite o abortamento sentimental, decorrente de estupro, eliminando-se uma vida, viável, em detrimento da violência moral sofrida pela gestante, situação esta mais grave que a gestação de feto anencefálico; 3) ponderação do bem jurídico vida do feto – irremediavelmente inviável – em cotejo ao bem jurídico saúde psíquica da gestante, em decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (art. 1º, III, da CF).

6 – CONCLUSÕES

A dogmática penal, voltando-se para si, dedicou-se à elaboração de teorias abstratas, descolando-se do meio circundante. Prova disto, é a luta travada entre causalistas e finalistas, desenvolvida, sobretudo, na Alemanha, que muito tem desgastado a dogmática penal, pelo nível de discussão teórica, sem conexão com a realidade social.

No tocante ao abortamento de feto anencefálico, o fato é atípico, porquanto, com a cessação das funções cerebrais, não existe vida e, neste caso, ponderar-se-á a dignidade da gestante em detrimento de uma vida inviável fora do claustro maternal.

7 - REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable* : un tratado sobre la justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica* : do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARNAUD, André-Jean; DULCE Maria José Fariñas. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*. Tradução do francês por Eduardo Pellew Wilson. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BAPTISTA, Sílvio Neves. *Recepção do direito romano*. Recife: Indústria Gráfica do Recife, 1975.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução Flório de Angelis. Bauru, São Paulo: Edipro, 1993.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão* : causas e alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BRANDÃO, Cláudio. *Introdução ao direito penal* : análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BRUNO, Anibal. *Direito penal, parte geral, tomo 1º* : introdução, norma penal, fato punível. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CONDE, Francisco Munõz. *Introducción al derecho penal*. 2. edición. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F., 2003.

- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Herminio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Tradução de Henrique de Carvalho. Belo Horizonte: Líder, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1986.
- _____. *Introdução ao estudo do direito* : técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Teoria da norma jurídica* : ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FOUCAUL, Michel. *Vigiar e punir* : nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis : Vozes, 1987.
- FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *Razão e sensibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MONREAL, Eduardo Novoa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, serie 1, numero 3, tomo xxxi, fascículo III, septbre-dicbre. Madrid: Publicações Del Instituto Nacional de Estudos Juridicos, 1978.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis** : as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes, presidencialismo versus parlamentarismo; introdução. Tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 3. ed. aum. São Paulo: Saraiva, 1994.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Concepto y método de la ciencia del derecho penal**. Madri: Editorial Tecnos S.A., 1999.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal** : concepto y método. Barcelona : Bosch, Casa Editorial, s.d.

ROCCO, Arturo. **El problema y el método de la ciencia del derecho penal** : monografías jurídicas. Santa Fé de Bogotá: Colombia, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social** : princípios de direito político; tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Edições Ouro, s.d..

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica** : sobre as relações entre formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. 4. ed. Tradução Yvonne Jean. Brasília: Editora Universitária de Brasília, 1997.

VADILLO, Enrique Ruiz. **Reformas penales en el mundo de hoy** : curso de verano. Madrid :Edición de Antonio Beristain, 1994.

VICO Mañas, Carlos. **O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas** : deslegitimación y dogmatica jurídico-penal. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

AGRAVOS RETIDOS E DE INSTRUMENTO*

Teresa Arruda Alvim Wambier

Mestre em direito pela PUC-SP, Doutora em direito pela PUC/SP, Livre docente em direito pela PUC/SP, Professora dos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da PUC-SP, Professora do programa de mestrado da Faculdade Integradas Curitiba, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP - Tesoureira, Membro do Instituto Ibero Americano de Direito Processual, Membro da Academia de Letras Jurídicas do Paraná e São Paulo, Membro do Instituto dos Advogados do Estado do Paraná, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Família

Boa noite a todos vocês!

Em primeiro lugar, quero agradecer a lembrança do meu nome para desempenhar essa função de tanta responsabilidade, que é falar a respeito de uma lei nova, sobre a qual ainda não há doutrina, ainda não há jurisprudência, O tema em questão é: Agravos Retidos e de Instrumento. Tecerei algumas considerações sobre as alterações que ocorreram e ao mesmo

* Palestra proferida pela professora doutora Teresa Arruda Alvim Wambier na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco em 17.02.06

tempo farei uma exposição do que se tem pensado, do que se tem escrito a respeito da nova lei. São idéias de doutrinadores, processualistas clássicos; de estudiosos jovens, que vêm refletindo sobre a referida lei. As informações serão temperadas com opinião pessoal.

O agravo surgiu sem forma nem figura de juízo, como o remédio excepcional contra uma determinação de Dom Afonso IV, que foi anterior ao Afonso das Ordenações Afonsinas, no sentido de tornar as interlocutórias irrecoríveis, e acabou se tornando um remédio comum; incorporou-se a nossa cultura processual, não tendo jamais deixado de existir no Brasil e em Portugal.

Um mestrando da São Francisco, em São Paulo, fez uma comparação da trajetória do agravo no Direito Lusitano e no Direito Brasileiro, com a trajetória de Prometeu, na peça teatral clássica de Ésquilo, "Prometeu Acorrentado".

Ele diz:

"Assim como Prometeu, que desafiou a tirania de Zeus e roubou do monte Olímpico o fogo da sabedoria, o fogo eterno, que só era usufruído pelos Deuses, para que os mortais pudessem usá-lo também, o agravo surgiu sem forma nem figura de juízo, fruto da rebeldia e do inconformismo dos litigantes contra a irrecorribilidade das decisões interlocutórias".

Zeus, impôs a Prometeu, como castigo, em função desse roubo, ficar para sempre acorrentado a uma montanha, onde um abutre diariamente comia o seu fígado que se recompunha durante a noite".

"Com o agravo acontece o mesmo".

O legislador jamais quis, realmente, extirpá-lo, mas, há mais de um século, envia abutres para enfraquecê-lo. E o Agravo

vo vai se regenerando, às vezes por sua própria força, às vezes travestido de Mandado de Segurança contra ato judicial, mas ele está sempre aí com os seus contornos, às vezes um pouco modificados, enfraquecidos, fortalecidos, mas sempre presente. É uma analogia interessante porque de fato ela corresponde a essa trajetória sinuosa, desse Agravo sempre presente com diferentes desenhos no Direito Lusitano e no Direito Brasileiro.

É importante observar, a título de reflexão, que não só no agravo, mas principalmente no agravo, tem mexido o legislador da reforma, desde o início das diversas fases pelas quais a reforma do Código de Processo Civil passou. Os recursos têm sido um dos principais pontos de atenção do "Legislador Reformista".

Sempre me surpreendeu que não se pudesse compreender com facilidade a circunstância de ser absolutamente natural a consequência inexorável, inafastável, o aumento do número de agravos, como decorrência do aumento do número de interlocutórias importantes. Basta pensarmos no artigo 273, no artigo 461, na possibilidade de o juiz conceder quase que indiscriminadamente liminares, desde que presentes, evidentemente, os pressupostos que justificam essa concessão, e sobretudo conceder liminares que, se não cumpridas, geram a incidência de multa. Então são liminares, realmente, relevantíssimas e era de se esperar que, ao aumento drástico dessas decisões relevantes proferidas pelo juiz de primeiro grau de jurisdição, correspondesse, efetivamente, um aumento considerável também do número de agravos.

Parece-me, realmente, que quanto mais poder tiver o magistrado de primeiro grau de jurisdição, mas se acentua a tendência de os tribunais ficarem abarrotados de recursos, principalmente os dos Estados mais populosos, como é o caso de São Paulo.

Então, de fato, sempre me assustou, de certo modo, a ausência de compreensão do Legislador Reformista a respeito da inexorabilidade desse fenômeno. Não poderia acontecer de o juiz ter os seus poderes triplicados e não haver correlatamente o aumento da possibilidade de controle dessas decisões do magistrado de primeiro grau por parte dos Jurisdicionados.

Mas eu acho relevantíssimo observar que realmente reduzir, excessivamente, os recursos por meio de critérios às vezes arbitrários pode chegar a comprometer, indesejavelmente, o princípio de acesso à Justiça.

O nosso sistema de fato é montado a partir da suposição de que o recurso é um meio através do qual pode o jurisdicionado conseguir uma jurisdição mais qualificada. Uma prestação jurisdicional de mais qualidade.

Nesse contexto de idéias nasceu um princípio do Duplo Grau de Jurisdição, e a própria estrutura do Poder Judiciário é montada a partir dessa suposição. A suposição de que os recursos servem à obtenção de uma Justiça de melhor qualidade.

Nós temos os Tribunais Superiores, o STF, o STJ; o STJ, Tribunal cuja função ao julgar o Recurso Especial é a de fixar a correta interpretação da lei, e o STF, Tribunal cuja função ao julgar o Recurso Extraordinário é a de estabelecer a correta interpretação da Constituição Federal.

Então, o legislador deve tomar mais cuidado, e deve tomar cuidados os tribunais, também, no movimento interpretativo excessivamente restritivo no que diz respeito à admissibilidade dos recursos, porque existem meios extremamente sádios de se diminuir a carga de trabalho dos tribunais.

Dentre esses meios sádios, e eu chamo de sádios porque me parecem que eles diminuem a carga dos tribunais sem comprometer a qualidade da jurisdição prestada, são, por exemplo, a repercussão geral e a Súmula Vinculante.

Tem-se, todavia, esboçado tendência no STF e no STJ; infelizmente essa tendência já está sumulada no STF, no sentido de não se admitir Recurso Especial nem Recurso Extraordinário de decisão que concede medida liminar.

Essa Súmula de 2003 é do STF, mas já há alguns Ministros no STJ que têm demonstrado certa simpatia por esse verbete e não têm admitido recursos especiais emergentes de agravos interpostos de decisão, em que tenha sido concedida uma medida liminar e confirmada pelo segundo grau de Jurisdição.

O argumento em que se baseiam essas decisões é no sentido de que, numa decisão liminar, na verdade, não se faz nenhuma afirmação definitiva a respeito do direito. Portanto, rigorosamente, sob o ponto de vista lógico, uma decisão liminar, que não declara direito de ninguém, não poderia ser contrária à lei nem contrária à Constituição. Esse argumento é inteiramente inconsistente, e faço votos sinceros e veementes, no sentido de que essa tendência não venha a prevalecer.

É interessante que se tenha presente um dado curioso a respeito dos recursos. E a respeito dessa vontade, dessa ansiedade, que o legislador reformista vem manifestando e sempre manifestou, desde o início da vigência do Código de 73, no sentido de alterar o sistema recursal. Do capítulo III, do título "Recurso do Código de Processo Civil", que é o que trata do Agravo, nenhum dispositivo mantém a redação original de 1973. Dos 72 artigos que tratam de recursos, apenas 30 são

os mesmos; 42 não são mais os mesmos, e já foram modificados muitos deles mais de uma vez.

O artigo 511, que foi alterado, resolveu tratar o problema do pagamento de custas recursais de uma maneira extremamente drástica; logo depois, o próprio STJ começou a amolecer, dizendo que se poderia complementar, é o pagamento das custas, quando faltasse um pouco; o 511 acabou sendo reformado pela segunda vez, porque simplesmente a primeira vez não deu certo.

Algumas reformas são feitas, tendo o jurisdicionado e o operador do Direito, também, indiretamente, como cobaias. Quer dizer, não há dados estatísticos suficientes, estudos realmente científicos que demonstrem, cabalmente, onde está o problema e que alteração deverá ser efetuada. Apesar da reforma ter sido desde o começo extremamente democrática, na medida em que foram de fato ouvidos os Professores, os Desembargadores, Promotores, Procuradores, Advogados, Juristas da mais alta estirpe, ela vem padecendo deste defeito de ser, ainda que extremamente democrática, empírica.

Assim como o artigo 511, o artigo 526, dispositivo que fala da necessidade de o agravante juntar ao processo, no primeiro grau de jurisdição, cópia da peça de interposição do agravo, somada à lista de documentos juntados, também sofreu uma segunda alteração.

No começo se discutia se era ônus ou não; se a não-juntada podia levar à não-admissibilidade do Agravo; aí o legislador resolveu que ele iria transformar, expressamente, esse ato do agravante num ônus. Resolveu um problema e criou outro, porque, na verdade, do modo como a lei hoje está redigida, tem-se que juntar um ônus, mas comprovar, não,

porque a outra parte, o agravado, é que tem que alegar, em todos os problemas que disso decorrem. Já já esse artigo vai mudar de novo.

Mas enfim pelo menos se resolveu esse problema que dividia a doutrina e a jurisprudência no sentido de saber se era ônus ou não. Quer dizer, se poderia gerar a ausência dessa atitude por parte do agravante a inadmissibilidade do recurso ou não. É hoje o que se entende é que pode.

O Professor Barbosa Moreira, comentando esses dados, a respeito da falta de estabilidade que têm os dispositivos do Código que tratam dos Recursos, diz o seguinte:

**De duas uma, ou os recursos realmente são a parte mais defeituosa do Código, o que é difícil de se acreditar, ou Os Promotores das reformas têm especiais razões para vivenciar com ansiedade, problemas ligados aos recursos. Mais ansiedade do que os problemas ligados a outras partes do Código.*

Retomando, então, a analogia com a peça de Êsquilo, vamos ver, em função das disposições contidas nessa nova lei, a quantas anda o figado do sistema recursal. O 522 tornou, agora, expressa e explícita a regra no sentido de que o Agravo Retido é a regra. E o Agravo só será de Instrumento, excepcionalmente. Hoje, a leitura dos artigos 522 c/c o artigo 523, § 3º, e 527, § 2º, não deixam a menor dúvida a respeito de que o recurso regra é o Agravo sob o regime da retenção, e o Agravo de Instrumento se tornou um recurso excepcional.

De fato, o Agravo só será de Instrumento se se tratar de decisão que cause à parte lesão grave e de difícil reparação, de decisão que inadmita a Apelação e de decisão que declara os

efeitos em que é recebida a Apelação. É isso que diz a lei. Mas evidentemente a lei não está completa.

Evidentemente também na execução os agravos hão de ser de instrumentos, porque não se trata de processo vocacionado a gerar sentença de que se venha posteriormente a interpor o recurso de Apelação.

Então, a regra no processo de execução, evidentemente, há de ser a de que os agravos sejam interpostos sobre o regime da interposição direta no Tribunal, sobre o regime do instrumento. As exceções que vão se abrir para que o Agravo seja de Instrumento são as mesmas exceções que se têm aberto para que se permita que o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário escapem ao regime da retenção criado pela Lei 9756 do final de 98. Essa Lei foi editada, como dizem alguns, entre um champagne e outro, no dia 18/12/1998. Ela pegou todo mundo de surpresa, porque foram inúmeras as pessoas que, após alguns meses, ainda não sabiam que havia o Recurso Especial e o Recurso Extraordinário retido no nosso sistema, porque veio realmente numa fase, em que as pessoas positivamente não estão preocupadas em saber o que é que mudou no Código.

Essa lei tem uma redação imperativa que poderia dar a impressão de que não haveria restrições. O Recurso Extraordinário e o Recurso Especial, quando interpostos de decisão de Tribunal que decide Agravo, na verdade, a lei fala em decisão interlocutória, mas o que o Legislador quis dizer é um Agravo, cujo conteúdo seja de decisão interlocutória, são passíveis de impugnação pela via do Recurso Extraordinário, do Recurso Especial, mas esses recursos ficam retidos, não sobem imediatamente. Sobem quando e se houver o Recurso Extraordinário ou Recurso Especial principais.

Então logo os tribunais começaram a abrir exceções contra essa regra porque entenderam que em determinados casos haveria verdadeira negativa de acesso à Justiça, se o Recurso Extraordinário, se o Recurso Especial ficassem retidos.

Os tribunais começaram, acertadamente, sensatíssimamente, com maior senso jurídico e senso de justiça, também, a abrir exceção a esse sistema da retenção, admitindo que se o Recurso Especial e se o Recurso Extraordinário fossem interpostos de liminares, eles poderiam e deveriam ser examinados imediatamente, sob pena de a decisão desses recursos não adiantar mais para a parte.

Então, se a parte que conseguiu a liminar não tem o direito à liminar, a outra parte, digamos, é vítima da concessão indevida de uma liminar, tem o direito de atacar esse ato e de conseguir desde logo a revogação de uma liminar equivocada e vice-versa. Quem tem o direito à liminar e não conseguiu é lógico que, se ficar esperando até o final para saber se vai conseguir ou não a liminar, não terá uma liminar, terá uma decisão final.

Agora vem essa história dos tribunais começarem a decidir no sentido de que não cabe Recurso Extraordinário, e de que não cabe Recurso Especial contra decisão que defere liminar.

Vejam vocês que contra-senso num espaço de tempo tão pequeno. Quer dizer, antes era tão importante que ia se abrir uma exceção ao regime de retenção e os recursos iam subir imediatamente.

A exceção, vejam, é contrária à letra da lei. A lei tem uma redação aparentemente imperativa, mas a construção foi

com base em princípios. Agora há decisões, enfim, de ministros sérios, de ministros, enfim, estudiosos, que estão embarcando nessa de dizer que não cabe Recurso Especial e que não cabe Recurso Extraordinário dessas decisões, porque nessas decisões não se faz nenhuma afirmação a respeito de quem tem o direito.

Enfim, acertadamente os tribunais já estão abrindo essas exceções quanto ao regime de retenção do Agravo, inspirando-se, justamente, nesses casos em que a jurisprudência, desde logo, divergindo um pouquinho, claro, todos nós nos lembramos disso, a respeito do meio que seria adequado para conseguir que o recurso subisse. No começo se entendeu que seria uma cautelar, o Recurso Especial, Extraordinário. Depois se entendeu que seria através de Agravo, nós pediríamos do Tribunal *a quo*, e o Tribunal negando, nós agravariamos para o recurso subir, para pedir o destrancamento,

Mas, de um modo geral, pode-se dizer que houve uma certa uniformidade com relação aos casos em que se admitia essa exceção, e se admitia que os recursos subissem.

A mesma coisa deve acontecer com o regime do Agravo de Instrumento e do Agravo Retido. A exceção da execução é evidente. Não são evidentes as razões em função das quais no processo de execução o Agravo não pode ficar retido.

Agora, outros casos são, por exemplo: as decisões sobre competência absoluta e relativa. Essa é uma exceção que já tem sido aberta com frequência pelo STJ e pelo STF. Acredito que pelas mesmas razões devem ser abertas também pelos tribunais de segundo grau, para que se admita que o Agravo seja interposto nesses casos, também, por razões de ordem lógica sobre a forma do instrumento, porque, se, de fato, no

final, chegar à conclusão de que o juiz era incompetente, volta tudo para trás e começa tudo de novo. Até por economia processual.

Outros casos têm sido encontrados também na jurisprudência do STF e do STJ, que tem sido usada, como inspiração para que se abram exceções também contra o regime do Agravo, como por exemplo: decisão que no inventário remete às partes as vias ordinárias; decisão que indefere pedido de denunciação à lide, intervenção de terceiros; Agravo interposto por terceiro, estranho ao processo e finalmente deliberações em geral a respeito do valor da causa, porque é um valor que acaba servindo de base à fixação de competência e à quantificação de multas. Então é conveniente que se saiba, desde logo, afinal, qual é o valor da causa, para que se dê um rumo razoavelmente estável ao próprio processo.

Uma observação interessante que me parece deva ser feita a respeito das novidades introduzidas por essa nova lei, é que isso já foi me perguntado até por alunos. A lei diz que o requisito para que o Agravo seja de Instrumento, assumindo, então, a sua roupagem excepcional e não fique retido, é a circunstância de que a decisão impugnada seja possível de gerar lesão grave de difícil reparação.

Na verdade a lei se serve praticamente das mesmas expressões que se serve para dizer que o Agravo pode, nesses casos, também, ter efeito suspensivo. Isso significaria que os agravos de instrumentos deverão ter sempre efeito suspensivo? Será que os requisitos são de fato os mesmos? Apesar de a lei se servir de termos praticamente idênticos, a resposta é negativa.

Evidentemente não há a obrigatoriedade, a necessidade de que o Agravo de Instrumento, só porque ele é de

instrumento, seja sempre dado efeito suspensivo ou efeito ativo. E isso se dá em função da circunstância de que a diferença entre esses requisitos, na verdade, é uma diferença de intensidade. Claro que o perigo de lesão grave e de difícil reparação para que o Agravo seja de Instrumento, é nota 04, e o perigo para que a ele se dê efeito suspensivo tem que ser nota 10.

Então sempre me lembro de uma dúvida a respeito da qual, como diria o Prof. Barbosa Moreira, gastou-se muita tinta. Ele diz isso e depois observa que é uma comparação jurássica, porque, na verdade, ninguém mais gasta tinta; hoje, o que se gasta é teclado de computador, qualquer coisa do gênero.

Mas eu lembro muito bem que houve um certo período da história do Direito Brasileiro em que os doutrinadores que se dedicaram com mais profundidade ao processo cautelar, que foram o Prof. Ovidio, Prof. Galiano Lacerda, Prof. Humberto Theodoro Júnior, discutiam calorosamente se o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* eram condição ou mérito da ação cautelar.

Eu tinha acabado de me formar, fazia mestrado, com bastante humildade, desconfiava que essa discussão era inútil, mas nunca tive a coragem de dizer e de muito menos escrever, naquela época, que essa discussão é uma discussão que, no fundo, não tem o menor cabimento.

Lembro-me, até, em congressos, discussões de fatos veementes entre eles a respeito dessa pergunta: *fumus boni iuris* e *periculum in mora* é condição de admissibilidade das cautelares ou é mérito? É a mesma discussão que se pode travar quando se quer saber se o direito líquido e certo é requisito para se impetrar o Mandado de Segurança, é requisito para se conse-

guir uma liminar no Mandado de Segurança ou é requisito para se conseguir uma sentença de procedência no Mandado de Segurança?

É claro que o fenômeno não é o mesmo, e a diferença entre esses fenômenos reside numa questão de intensidade. O direito líquido e certo de que a parte precisa demonstrar para entrar como Mandado de Segurança é um, nota dois; para conseguir uma liminar, é um direito líquido e certo que gera uma convicção já diferente do magistrado para ele conceder a liminar, e da certeza no espírito do magistrado, nasce a sentença de procedência em que ele constata, de fato, a existência do direito líquido e certo do impetrante.

Então, a gente, na verdade, denomina os fenômenos com a mesma expressão, mas não se trata do mesmo fenômeno. A mesma coisa com o *fumus boni iuris* e com o *periculum in mora* das ações cautelares. Uma coisa é o perigo que eu preciso para conseguir a admissibilidade de uma cautelar; outra coisa é o *periculum* e o *fumus* que eu preciso para conseguir uma liminar e outra coisa diferente, mais intensa, mais robusta, mais expressiva é o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* que eu preciso demonstrar para obter uma sentença de procedência de uma ação cautelar. E aqui o problema é exatamente o mesmo, eu preciso demonstrar que a lesão a perigo de que a decisão de que se recorreu, venha, uma vez eficaz, a gerar lesão de grave e de difícil reparabilidade para o agravante, por isso, ele precisa ser de instrumento, e a lesão é tão grande que ele precisa de um efeito suspensivo ou de um efeito ativo. Essa expressão nasceu quando a lei não falava dela, ainda, para significar, na verdade, antecipação de tutela recursal, que, desde logo, o agravante possa usufruir de uma provável decisão de provimento do seu agravo, enquanto o Agravo está tramitando.

O art. 532, § 3º, uma outra novidade, diz que as decisões proferidas na audiência devem ser agraváveis através de um agravo que será necessariamente retido e oral. Achei interessante, aplaudo essa alteração e, na verdade, o que se acolheu foi uma observação que já vinha sendo feita há muito tempo pelo Professor Dinamarco. Ele naquele livrinho dele - Livrinho, não no mau sentido, livrinho, é carinhoso -, conta uma história do Sérgio Bermudes, que ele foi dar uma palestra não sei onde e alguém chegou para ele e falou - *nossa, professor, adorei o seu livrinho* -. Ai, ele virou-se para esse fulano e falou: - *muito obrigado pela sua opiniãozinha*.

Mas livrinho, é porque era magrinho mesmo, foram as primeiras considerações a respeito da primeira fase da reforma do Prof. Dinamarco. E ele disse lá que o legislador tinha, realmente, perdido uma boa oportunidade para tornar obrigatória a interposição do Agravo sob a forma da retenção e sob a forma oral quando se tratasse de decisão proferida em audiência de instrução e julgamento, e agora o legislador se curvou a essa observação feita pelo Prof. Cândido e tornou, de fato, obrigatória esta forma.

É necessário que se observe, evidentemente, que o juiz pode proferir uma liminar numa audiência e, evidentemente, parece-me que, se for esse o caso, a regra não se aplica. Nesse caso, o Agravo poderá, sim, ser de Instrumento.

É importantíssimo observar que o contraditório, para retratação eventual, também deve ser oral e na audiência, ou seja, a resposta do agravado há de ser oral e na audiência em função do respeito ao princípio da isonomia, porque o agravante teve que e manifestar oralmente, ditar o seu Agravo Retido, praticamente, que vai constar, e o agravado, se for o caso dele se manifestar para provocar retratação judicial a pedido do juiz, também, deve se manifestar oralmente e na audiência.

Isso não acontecia no regime anterior, no regime que acabou de ser revogado, porque, na verdade, era uma opção do agravante, agravar retido e agravar sob a forma oral, e o agravado não precisava submeter, se fosse um advogado menos experiente - Ah! O cara é louco, quer agravar oralmente na audiência; eu não, eu quero me reservar o direito de me manifestar, por escrito, em dez (10) dias. Podia, porque era uma opção do agravante, agora não é mais. Agora, o agravante tem que agravar retido e oralmente, e o agravado, se for o caso, também deve responder oralmente, na própria audiência.

O art. 527, no meu entender e no entender de todos os autores cujos artigos tenho lido, para publicar, uns já publicados, outros não publicados ainda, não trouxe nenhuma alteração. Ele, ontem, antes do dia 18 de janeiro, a lei dizia que o Relator poderia converter - "o Relator poderá converter..." Hoje, a lei diz: "o Relator converterá". Mas, na verdade, nenhuma alteração substancial houve. Na verdade, rigorosamente, nem substancial nem não substancial, não houve mudança nenhuma, porque o Relator converte se estiverem presentes os pressupostos para a conversão.

O art. 527, § 5º, diz que o agravado poderá juntar no prazo de 10 dias a documentação que entender conveniente. Diz a lei. É relevante que se observe que essa documentação que julgar conveniente tem que constar dos autos. Na verdade, essa documentação juntada pelo agravado só pode não estar nos autos se o agravado ainda não contestou ou se não juntou a contestação ao documento por justa causa ou força maior. De regra, portanto, essa documentação que o agravado entender conveniente, tem que constar dos autos.

A grande novidade trazida pela nova lei foi a irrecurribilidade da decisão do Relator que converte o Agravo

de Instrumento em Retido. No meu entender, o Relator deve converter aquele Agravo que já deveria ter sido interposto como Retido. No meu entender e no entender de 99,9 dos autores que tem escrito sobre o tema, é nessa hipótese que a regra se aplica. Assim como tornou irrecorrível esse dispositivo, a decisão do Relator que dá ou que não dá ao agravo efeito ativo ou que concede ou não concede antecipação de tutela.

Eu observei com bastante veemência que, essa conversão deve se dar quando o agravante deveria ter optado pelo regime do instrumento e não optou, ao contrário, deveria ter optado pelo regime da retenção e não optou, agravou de instrumento; então, o Relator converte.

Recentemente, em uma reunião no Tribunal de Justiça do Paraná, estava na mesa comigo um professor de Processo Civil do Paraná que tem um trabalho interessante a respeito de recursos publicado numa coleção da RT, uma coleção de comentários ao Código de Processo Civil. A parte de recursos coube a ele, então, ele foi convidado para falar comigo, trinta minutos eu, e trinta minutos ele a respeito do Agravo, e o Manoel Caetano sustentou uma opinião que foi combatida por todos, inclusive por mim, e até pelos próprios juizes. Ele disse o seguinte: "se a parte optou pelo Agravo de Instrumento, quando, na verdade, deveria ter escolhido o regime da retenção, o Relator pode deixar de admitir o recurso". Quer dizer, se há um erro flagrante, se não há nenhum tipo de urgência que teria eventualmente justificado a opção pelo Agravo de Instrumento, mas ele optou pelo Agravo de Instrumento, não seria o caso de conversão, seria o caso de não admissão do recurso. Ele sustenta que, na verdade, essa conversão só pode ter lugar nos casos de dúvida. Parece-me que essa posição está realmente equivocada, porque ela se choca frontalmente com a tendência do processo civil moderno, que é toda

ela enraizada no princípio da instrumentalidade. Hoje se tem dado adequadamente, corretamente, um alcance muito maior para o próprio princípio da fungibilidade recursal, quer dizer, eu posso admitir um recurso por outro e não posso admitir o mesmo recurso, uma forma por outra? Eu espero que essa opinião dele não pegue, mas é sempre uma opinião para alguém citar no momento em que tem interesse de sustentar isso no processo.

Bom, dentre esses trabalhos que venho publicando, existe um muito interessante de Bruno Nascimento, Assessor de Legislação do Senado, É um trabalho extremamente rico do ponto de vista de citações, muito inteligente, muito bem escrito, e ele sustenta, com argumentos substanciais, que esse dispositivo é inconstitucional. Ele cita, fundamentalmente, a doutrina do Professor Egas Muniz de Aragão, seguido por um outro jurista, ainda, bastante jovem, mas extremamente talentoso, lá do Paraná, que é o Eduardo Talamine, que faz mestrado na USP, também, sob a orientação do Prof. Dinamarco. Todos eles dizem que o juiz natural do segundo grau de jurisdição é o órgão colegiado, que o Relator age em nome do colegiado, *ad referendo* do colegiado. Como o Prof. Egas Muniz de Aragão é um processualista paranaense por adoção, porque ele não é paranaense, na verdade, nasceu em Taubaté, formou-se no Rio, enfim, andou pelo Brasil afora, mas ele virou processualista no Paraná; isso influenciou de tal forma os juristas paranaenses e o próprio Tribunal, que durante um determinado espaço de tempo não se pagavam custas de Agravo Regimental, porque se dizia que o Agravo Regimental, aquele Agravo que tem o condão de levar a decisão do Relator para o órgão colegiado, na verdade, não tinha natureza de recurso, portanto, não poderia se exigir dos jurisdicionados o pagamento de custas, porque, na verdade, o jurisdicionado não estaria fazendo nada mais do que exercer o seu direito consti-

tucional a ver o seu problema julgado pelo juiz natural do segundo grau, que seria o órgão colegiado.

Então, dizia-se que, para levar a idéia dele às últimas conseqüências, esse Agravo Regimental não precisaria nem ser fundamentado, era só falar - "olha, quero que essa decisão do Relator seja revista pelo órgão colegiado". Hoje, isso foi abandonado, mas foi abandonado recentemente, há uns 03 ou 04 anos. Já se entende que o Agravo Regimental é recurso nos casos em que cabe e, durante um tempo, antes dessa nova lei de 18 de janeiro, houve, na época em que os tribunais não estavam unidos, ainda, um dos tribunais, acho que era o de Alçada do Paraná, em que havia previsão no Regimento Interno no sentido de que essa decisão do Relator era irrecorrível, exatamente em consonância com o que hoje diz a lei, mas lei federal.

Eu sempre sustentei nas palestras, nos meus recursos, que essa disposição, sim, era inconstitucional, porque Regimento Interno de Tribunal não pode dispor a respeito de hipótese de cabimento de recurso. O Agravo é um recurso criado pela lei federal, ele tem diversos procedimentos; nós temos o Agravo do art. 532, nós temos o Agravo interponível contra decisão que denega seguimento a Recurso Especial Extraordinário, o Agravo contra decisão do Relator que nega seguimento aos infringentes. Vários agravos, mas o recurso de Agravo é previsto pelo Código. O Tribunal Estadual, o Tribunal Federal, enfim, podem dispor a respeito das normas de processamento interno deste Agravo, mas não podem dizer, nesse caso, não cabe Agravo. Agora, a lei federal diz: é uma outra história.

Bom, parece-me, não que eu concorde com o Professor Egas, nem com Talamine, nem com esse artigo do Bruno,

embora elogie, porque, de fato, é um artigo muito bem escrito, mas o que me parece, na verdade, é que o legislador passou dos limites com relação ao cinismo nesse dispositivo, porque não se teve a coragem de dizer que a decisão por meio da qual o Relator converte o Agravo de Instrumento em Retido é irrecorrível, que a decisão por meio da qual o Relator dá ou não dá efeito suspensivo, nega ou concede antecipação de tutela, é recorrível.

O dispositivo diz o seguinte: "essa decisão somente é passível de reforma no momento do julgamento do Agravo." De fato, reformar decisão que converteu o Agravo de Instrumento em Retido, quando do julgamento do Agravo, não adianta muito, nem a que teria dado efeito suspensivo ou a que teria antecipado a tutela; já se está julgando o próprio recurso, mas o legislador não chegou a dizer isso categoricamente, mas com certeza, é isso que ele quis significar. Dessa decisão, então, segundo a lei, só cabe pedido de reconsideração para o próprio Relator que converteu o Agravo de Instrumento em Retido, que concedeu ou que não concedeu antecipação de tutela.

Tem um artigo muito interessante do José Eduardo Carreira Alvim, que está, também, publicado numa dessas coletâneas, não sei se é volume IX ou X e essa confusão nasce da seguinte circunstância - era um volume IX, só, muito grande, e acabou ficando com umas 900 páginas, e o pessoal da Revista dos Tribunais resolveu dividir esse volume em dois. Então, digo volume IX ou X, porque nunca me lembro se acabou ficando no primeiro ou no segundo, no IX ou no X. Mas, nesse artigo, o Carreira Alvim sustenta que a lei diz, sim, de uma forma meio disfarçada, que essas decisões são irrecorríveis; mas a lei não diz que é irrecorrível a decisão do pedido de reconsideração. Ele afirma isso; é um processualista,

enfim, respeitado, desembargador federal, opinião que tem que ser levada em conta, mas me parece que, se prevalecer essa posição do professor Carreira Alvim, o intuito da lei, praticamente, acaba caindo por terra, que foi justamente a de evitar um incidente recursal, que atrapalhasse o julgamento do Agravo. Melhor pôr em pauta logo o Agravo e julgar.

Muitos problemas com certeza vão surgir da circunstância de haver esses dois regimes e me parece que um que merece ser comentado aqui é a possibilidade que existe de ser proferida uma decisão de primeiro grau de jurisdição mista, uma decisão que formalmente seja uma, mas que, na verdade, abranja substancialmente dois pontos e que, a primeira parte da decisão venha ensejar a interposição do recurso de modo a que ele seja imediatamente julgado pelo regime do instrumento. E a segunda parte, não, uma parte em relação a qual inexistente urgência, perigo de lesão, então, o Agravo poderia ser Retido sem problemas. Mas o juiz profere uma decisão só, envolvendo esses dois capítulos, essas duas decisões no sentido substancial da expressão.

Como fazer?

Parece-me que o mais correto seria, de fato, interpor dois agravos e pedir que um subisse imediatamente. Pedir que um subisse imediatamente, não, porque isso é um regime revogado. Foi só para testar, para ver se vocês estavam prestando atenção. - Olha, eu estou na lei antes de 1995 - pedir que o Agravo suba, interpor direto no Tribunal. É porque são tantas modificações, que a cabeça da gente não consegue acompanhar. Então, parece-me que a conduta correta da parte seria entrar com Agravo, no regime de instrumento, diretamente no Tribunal e com Agravo sob o regime da retenção, que ficaria então nos autos.

Mas e se o agravante entrar com um Agravo só e de Instrumento? Surge a dúvida. Será que o Relator deveria converter parcialmente o Agravo em Retido? Parece que não. Muitos autores, cujos artigos tive o privilégio de publicar, são praticamente unânimes no sentido de concluir que, nesse caso, o Agravo deve ser processado, deve ser interposto diretamente no Tribunal e, realmente, processado até o seu final como de instrumento, porque a conversão parcial seria procedimentalmente, extremamente complexa.

Bom, para concluir essas rápidas considerações a respeito dessas novidades, que trouxe essa lei, que entrou em vigor, agora, no último dia 18 de janeiro, eu diria que as alterações do Agravo são bem-vindas, podem, e essa é minha opinião pessoal, de fato, contribuir para a diminuição da carga de trabalho do Judiciário sem comprometer a qualidade da justiça prestada.

Eu sempre tenho insistido muito nas minhas exposições, porque como tenho participado de uma maneira intensa e ativamente dessas reuniões em que se cogitam das alterações, o que tem me parecido extremamente desonesto, e mais um desabafo, é que algumas mudanças têm sido motivadas pela única e exclusiva razão de diminuir a carga de trabalho do Poder Judiciário. E me parece, realmente, como cidadã, não é como estudiosa de processo, não é como advogada, que esse não é o motivo que justifique realmente, legitimamente, qualquer alteração, seja de lei, seja de entendimento jurisdicional. Digo isso para quem quiser ouvir, porque acho que realmente isso não se faz, e porque acredito que existem muitos meios interessantes que acabam por levar à diminuição da sobrecarga de trabalho dos tribunais superiores e dos tribunais de segundo grau, sem comprometer a qualidade da justiça prestada, porque, se a gente, de fato, vive num país em que o siste-

ma é todo montado em função dessa ideia de que a possibilidade de a parte recorrer, significa uma chance dela obter uma Justiça melhor, não se pode simplesmente contar recurso, cortando recurso, quase que arbitrariamente. Como disse a vocês, os últimos institutos que me parecem realmente ter essa força de diminuir o trabalho da magistratura de um modo geral e principalmente dos tribunais superiores sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional, são a Súmula Vinculante e o instituto da repercussão geral. A Súmula Vinculante, já em vigor, e o instituto da repercussão geral, ainda, dependendo de disciplina por Lei Ordinária.

Mas, e essa é a minha última observação, última de verdade, sinceramente, o que eu espero é que esse ritmo frenético das alterações do CPC se desacelere. Mudanças feitas com tanta frequência e nessa velocidade, infelizmente, geram mais tumulto do que aprimoramento. Não há tempo para que as alterações se sedimentem, para que a gente se familiarize com as mudanças. Então me lembrei de uma frase do Eduardo Culture: "O tempo se vinga de tudo que é feito sem a sua colaboração".

Desembargador Jones Figueirêdo

Diretor da Esmape

Eminentes colegas, a palavra da Professora Tereza Arruda Alvim Wambier, com uma visão crítica da nova lei do Agravo, bem colocou a questão sob o ponto de vista controverso da nova disciplina que foi dada a esse recurso.

Antes de abrir o debate para formulação de alguns questionamentos que considero extremamente pontuais, quero em nome da ESMape, em nome do Tribunal de Justiça, em

nome dos colegas magistrados que aqui comparecem, agradecer a fidalguia da sua presença, que acudiu com toda afeição ao convite da Escola, colocando uma abertura, uma flexibilização na sua agenda concorrida de compromissos como professora tanto no Estado do Paraná, como em São Paulo, dizer que a Escola a recebe como uma permanente discípula dos seus ensinamentos; a sua palavra é extremamente percuciente, porque ela reflete também um juízo valorativo sobre a atuação do Judiciário.

Lembro que no seu recente trabalho - Omissão Judicial, Embargos de Declaração, há uma colocação muito reflexiva que nos faz repensar sobre a questão de ser ou não necessário o julgador manifestar, ponto a ponto, as questões suscetíveis para efeito de apreciar os Embargos Declaratórios naquilo que deva ser exauriente, e a sua visão profunda a respeito desafia esse trabalho judicante, e dizer, antes de colocar o debate, que a Quarta Câmara Cível deste Tribunal, já não relativizando, mas mudando substancialmente uma postura anterior, vem inclusive de admitir o Recurso de Agravo, não apenas o Regimental, porque no caso nosso, o recurso interno, o recurso do regimento não tem custas, mas o próprio Recurso de Agravo, a Quarta Câmara vem entender que, para o seu conhecimento, não se faz necessário o preparo justamente por essa visão integrativa. O Relator, monocraticamente, ele fala em nome do juízo natural, que é o seu colegiado e, conseqüentemente, o Recurso de Agravo não exigiria o preparo. Essa postura da Quarta Câmara Cível vem ao encontro, exatamente, de permitir essa revisitação do julgador que, numa atitude solitária, poderá ter a sua decisão revista pelos seus pares que integram o órgão natural da jurisdição recursal.

Para incentivar o debate, teria duas colocações para ouvir a eminente professora no tocante à questão da retenção obrigatória.

É certo que essa retenção obrigatória se fará quando não estiver presente o que a eminente palestrante trata como dano marginal, ou seja, aquele risco natural da duração do recurso e, conseqüentemente, a retenção obrigatória poderia impor severo gravame caso esse recurso não mantenha a sua capacidade de reparação, é do gravame imposto.

O que ocorre?

Nós estamos diante de uma possibilidade de o não conhecimento do Agravo, na sua forma instrumental, protraindo o pronunciamento judicial no exame desse Agravo Retido ao tempo do julgamento da Apelação, implicar necessariamente um dano de comprometimento à segurança do processo. E aí eu pergunto se é esse Relator que estabeleceu a forma retentória do recurso, que fica prevento para julgar a Apelação, ou se a doutrina vem entendendo de que o Relator desse Agravo dito de Instrumento o faz Retido impunemente, porque adiante a sua decisão será revista por outro julgador, que não ele?

Eu tenho sustentado que é obrigação do Relator que negou a forma instrumental, receber o Agravo Retido para o conhecimento no sentido de que ele próprio revise a decisão; qual seria a tendência natural? Se a retenção se faz "obrigatória", porque não há o perigo de dano, evidentemente que esse Agravo Retido seria, necessariamente, improvido ao depois, porque seria quase que um insucesso anunciado daquele recurso retido. Certo que não haveria, a rigor, a necessidade da irrisignação daquele que agrava de forma retida, salvo alguns casos, que a própria lei estabelece na fase de audiência.

Essa primeira questão do juiz natural para o Agravo Retido, que será aquele relator que o fez retido, eu colocaria

como uma reflexão para ouvir a opinião da eminente palestrante.

O segundo aspecto é que me parece que o Recurso de Agravo permanece incólume quando o Relator nega seguimento ao recurso ou dá provimento a ele. Isso a norma do 557, § 1º, ficou incólume na reforma, o que a lei do Agravo trata no desrespeito à negativa de seguimento ou ao provimento imediato. O desrespeito exatamente quando o Relator nega efeito suspensivo ou empresta efeito de tutela recursal.

Eu gostaria de ouvir se não teria sido melhor a lei, ou mais feliz, se ela cometesse a mesma disciplina que foi dada aos Embargos Infringentes, porque é sabido que, com a reforma processual mais recente, quando a decisão majoritária confirma o julgado, então já não seriam mais admissíveis os Embargos Infringentes porque nós teremos aí dois planos de acerto. O juiz acerta no primeiro grau e o colegiado, por maioria, também acerta porque confirmou a decisão do juiz. E aí nós vamos ter duas confirmações, o que significa ratificação do pronunciamento imediato que ocorreu.

Então, no momento em que o Relator nega efeito suspensivo ou nega a antecipação da tutela recursal, é porque ele está confirmando o juízo de valor feito pelo primeiro grau e, aí, se dirá que o Agravo, realmente, a decisão seria irrecurável. Mas, no momento em que o Relator atribua efeito suspensivo à decisão do Juiz, ou, ele ofereça a antecipação da tutela recursal, nós estaremos aí numa dicotomia de entendimento entre o primeiro e o segundo grau. E aí eu pediria a sua informação no que diz respeito ao chamado pedido de reconsideração, porque esse pedido deverá trazer, por óbvio, um suplemento às colocações feitas pelos agravantes que assim não tiveram o seu pedido imediatamente deferido. E se esse pedido de

reconsideração poderia ser levado ao colegiado, para essa hipótese onde houver esse desencontro de entendimentos.

Então são três colocações imediatas que faço, para aviventar aqui o debate, certos de que os eminentes colegas terão muito ainda o que formular.

Professora Doutora Tereza Arruda Alvim Wambier

Desembargador Jones, muito obrigado pelas suas perguntas. Tomara que eu tenha a competência que o senhor teve para formulá-las, para respondê-las.

Tomei algumas notas apressadamente daquilo em que eu pensei. A primeira pergunta que o senhor fez é muito interessante e ela comporta uma subdivisão, porque se trata de um tema extremamente atual, e que sempre me chamou muita atenção, porque na verdade, tradicionalmente, fala-se em *periculum in mora*, quer dizer, existe a pressa, digo pressa, *periculum in mora*, dano marginal). Quer dizer, na verdade, a pressa é vontade que as coisas aconteçam logo.

Agora, o *periculum in mora* é um tipo especial de pressa, decorrente da circunstância de que se o provimento não for concedido daquela maneira e naquele momento, muito provavelmente mais tarde ele será inútil.

Então, o *periculum in mora* consiste justamente nessa perspectiva da probabilidade, da ineficácia, da medida pleiteada se não for concedida no momento em que foi pleiteado.

O exemplo clássico do *periculum in mora*, que justificava a concessão de efeito suspensivo ao Agravo de Instrumento,

há dois mil anos, no artigo 558, em que havia aquela previsão números *clausus*, era prisão do depositário infiel, o exemplo continua atual. Mas na verdade era o grande exemplo. Então fulano agrava de uma decisão que determinou que ele fosse preso, porque depositado infiel, aí ele vai preso. A decisão é eficaz, aí ele sai, vem o julgamento do Agravo, dizendo que ele não deveria ser preso porque a decisão estava errada.

Então esse é o exemplo típico do *periculum in mora*, daquela pressa, qualificada pela perspectiva do perigo da ineficácia da decisão, que justificava no regime anterior, e justificaria hoje também, a concessão de efeito suspensivo à ordem. Não adianta, realmente, mais nada. Já entrei, já fiquei e já sai.

Por outro lado, essa figura do dano marginal, muito bem lembrada pelo senhor, foi sempre tratada, principalmente pela doutrina italiana, como se fosse um fenômeno de menos importância.

Na verdade, o dano marginal era o prejuízo natural que decorria da circunstância de que haveria, necessariamente, um espaço de tempo mais ou menos longo, entre o momento da propositura da ação e o momento da prestação jurisdicional.

É evidente que algum tipo de prejuízo deveria sofrer o autor, que tinha razão e que tinha que esperar esse tempo todo, até que houvesse uma sentença dizendo que ele tinha efetivamente razão. Dano marginal, fenômeno de menos importância.

Mas hoje no nosso contexto brasileiro e felizmente a gente tem o consolo de saber não é só aqui que essas coisas

acontecem, que os processos são morosos etc., etc., mas o dano marginal acabou adquirindo proporções desastrosas.

Então, nós sabemos, por exemplo, e é sempre o caso que se cita aqui no Tribunal de Justiça de São Paulo, uma apelação é distribuída imediatamente, como manda a nossa Constituição. Quer dizer mudou o lugar da pilha em vez da pilha ser lá no Distribuidor agora a pilha é na sala do Desembargador, mas substancialmente não houve mudança nenhuma. Foi mais uma alteração demagógica. Ah! Agora sim, os processos vão ser distribuídos imediatamente. Isso não alterou absolutamente nada, a situação do Tribunal de São Paulo, que continua os desembargadores assim, e continua se demorando cinco, seis anos, para se julgar. Antigamente eram cinco, seis anos para distribuir. Então, o dano marginal no nosso contexto atual é um fenômeno que não pode ser mais desconsiderado. Então, parece-me que o tratamento jurídico a ser dado ao *periculum in mora*, deve ser o mesmo tratamento jurídico a ser emprestado pelo dano marginal.

Então, imaginem vocês, um caso de pressa que não se caracterize pelo perigo da ineficácia da decisão. Por exemplo, fulano entra com uma ação contra um Banco, pleiteando indenização por dano moral, em função da circunstância de que o nome dele foi indevidamente para o SERASA, como mau pagador etc., etc.. É claro que não existe perigo de que o Banco não venha a indenizá-lo no montante a ser fixado, afinal, por uma decisão de mérito, mas, por causa desse dano marginal, que hoje é uma figura importante, essa indenização vai subir porque a cada dia que ele fica no SERASA, a cada hora que ele fica no SERASA, o prejuízo moral se agrava.

Então, a mim parece-me que a liminar tem que ser concedida também numa ocasião dessa natureza. Quer dizer, na verdade, hoje, as liminares têm por objetivo resolver a situa-

ção da parte, que está na iminência de sofrer danos, em função da duração excessiva do processo, sem que ela precise demonstrar que está correndo, também, o perigo de a decisão final ser ineficaz. Esse é um *periculum in mora* típico das cautelares.

Mas hoje em dia, justamente, em decorrência de os processos demorarem muito, o dano marginal se tornou, realmente, uma realidade a ser considerada, e a ser considerada também para que o Agravo possa ser interposto pelo regime de Instrumento.

O Desembargador também formulou uma questão a respeito da prevenção. Vou até responder algumas em conjunto.

Penso que, uma vez sendo distribuído o Agravo para um determinado Relator, que venha converter esse Agravo em Retido, há prevenção, sim, para o julgamento do Agravo, para o julgamento da Apelação. Essa é a regra do Código de Processo. Mas nós temos tribunais em que as coisas se passam de maneira curiosa. Por exemplo, lá no Tribunal de Santa Catarina, há uma Câmara dos Agravos. Há uma Câmara cuja função é receber todos os agravos em primeira mão e dar ou não dar efeito suspensivo e dar ou não dar antecipação de tutela.

Então, na verdade, é um sistema que, de certo modo, conflita com o Código de Processo Civil. Tanto é verdade, que lá em Santa Catarina o pessoal escreve livros sobre Processo Civil em Santa Catarina. Eles se aproveitaram de uma maneira extremamente criativa do permissivo constitucional, que trouxe a Constituição de 88, no sentido dos Estados poderiam criar regras procedimentais. Processo Civil em Santa Catarina é Processo Civil em Santa Catarina.

O Código de Processo Civil é fonte subsidiária do Código. Não como Câmara de Agravo. Aqui tem uma Câmara que recebe todos os agravos, que examina situações de urgência, e depois à distribuição para a Câmara que vai julgar o Agravo mesmo com o Órgão Colegiado; isso aí quebra drasticamente a prevenção. Mas esse procedimento, embora possa até funcionar na prática, não está correto de acordo com o nosso Código. O pedido de reconsideração deve ser decidido pelo próprio Relator, que não pode levar para o órgão colegiado, se não ele está transformando o pedido de reconsideração em recurso. Isso é exatamente o que o Código quis evitar na sua nova versão, com as novidades introduzidas. Muitas vezes o processo só chega até nós quando a situação já está complicada, e se entra com um pedido de reconsideração sem nenhum *plus*. O senhor falou em suplemento, não é? Então, eu fico imaginando que talvez do ponto de vista do magistrado, ele sempre imagine que no pedido de reconsideração venha um elemento novo. Mas, na verdade, tenho a impressão de que a grande preciosidade da vida do direito é a clareza. Às vezes, eu digo, exatamente, o que o fulano disse no Agravo, só que eu digo primeiro, em menos páginas, e de uma forma mais clara, mais convincente, posso colocar, por isso, mais dois ou três autores e um acórdão, mas não é isso que muda.

Percebo que houve uma mudança de valores; substituiu-se a erudição pela clareza. Um parecer deve ser breve, conciso, quer dizer, na verdade, hoje, o que muda o rumo das coisas é a clareza da argumentação, é o grau de convicção que se consegue gerar no poder do juiz. Não é mais aquela nota de rodapé com Direito Húngaro, com Direito Austriaco.

Desembargador Jones Figueirêdo

Diretor da Esmape

A reflexão é de que o juízo singular, o juízo solitário, ele tem um poder absolutista quando na verdade o Relator atua em nome do colegiado. Mas, no momento em que aquela decisão que nega efeito suspensivo ou não acolhe o pedido de antecipação da tutela recursal, ele está ao encontro da motivação da decisão agravada, e, conseqüentemente, quando é de conteúdo negativo está a se confirmar a decisão do magistrado. A contrário *sensu*, quando a posição do Relator é contrária, ela está, exatamente, nessa diretriz que foi dada à reforma dos Embargos Infringentes.

Então quer me parecer que talvez o legislador fosse mais feliz se oportunizasse o recurso a essa decisão monocrática quando no viés da contraposição, porque, como a eminente Professora diz, a lei não especificou de forma literal de que é irrecorrível a decisão, mas diz que essa decisão só poderá ser reformada quando do julgamento do Agravo; ou o Agravo de Instrumento ou o Agravo Retido.

A bem de ver, a outra solução seria entender o seguinte fato: o artigo 528, se não me engano, ele diz que o Relator colocará o Agravo de Instrumento com trinta dias. E se na prática isso não acontece, poderia a decisão do Relator ser apenas admissível depois de superado o prazo que, pelo artigo 528 do Código de Processo Civil, é dado ao Relator levar esse processo. Talvez, o legislador pensou exatamente em fazer essa contextualização, essa revisão sistêmica do Código, porque se é de obrigação do Relator colocar o Agravo de Instrumento, incluído na pauta com trinta dias após a intimação do agravado, é certo que não seria necessário qualquer recurso a essa

decisão, porque o colegiado estaria a decidir de forma definitiva aquela questão.

Como assim não acontece, quer me parecer de que não se pode fechar inteiramente a possibilidade de o órgão natural, que é a Câmara, conhecer da decisão monocrática, porque estaríamos diante de um autoritarismo judicial muito forte. Passaria apenas um julgador ter a palavra final e definitiva, enquanto não fosse possível reparar de imediato essa decisão.

Então são essas as diferenças, mas acho que a lei poderia ter avançado e avançado no sentido mais objetivo, que seria o sentido do resultado útil do processo e do recurso em particular.

De modo que o colega Jorge Américo tem também uma colocação a fazer, e nós estamos recebendo muitas perguntas. O Desembargador Paurá Peres está fazendo uma triagem.

Juiz Jorge Américo Pereira de Lira

Supervisor da Esmafe

Professora Tereza Arruda, cumprimentando a senhora, tenho apenas uma única pergunta, que, acredito, traduza a angústia de todos os colegas magistrados, notadamente os colegas com assento no segundo grau de jurisdição.

Já que a senhora começou se reportando a Ésquilo, não representa um risco de ressuscitar a utilização anômala do Mandado de Segurança a irrecorribilidade, em tese, da decisão proferida pelo Relator que converte o Agravo de Instrumento em Retido, se não for admitido o Agravo de Regimento, o Agravo Regimental, o Agravo Interno, o Agravo Domés-

tico? Importa dizer, nós não vamos retornar à origem, ao problema de origem, que ensejou a reforma do próprio Agravo, em 95, que era evitar a chamada utilização anômala do Mandado de Segurança?

Em síntese, não cabendo Agravo do Regimento, estaria reaberta a via anômala do Mandado de Segurança para emprestar a recurso efeito suspensivo?

Professora Doutora Teresa Arruda Alvim Wambier

Muito obrigada pela sua pergunta.

Tenho aqui uma alegria, secreta e extremamente egoísta, com relação a essa perspectiva, porque tenho um livro sobre Mandado de Segurança contra ato judicial.

Na verdade é uma alegria secreta e egoísta, no fundo ela tem uma razão de ser, porque na verdade essa proibição vai acabar ressuscitando o Mandado de Segurança contra ato judicial, ou vai ensejar uso de uma medida incidental, de caráter cautelar. O povo é criativo, e os tribunais acham que nos casos mais gritantes acabam de certo modo endossando a criatividade dos advogados, que foi o que aconteceu com Mandado de Segurança contra ato judicial. Começaram os advogados a fazer uso dessa medida contra o ato judicial, e os tribunais começaram a se render à circunstância de que em determinadas situações era só o Mandado de Segurança que resolvia mesmo.

Como frisei, quando respondi ao Desembargador Jones, sou muito humilde com relação a essa história de dar palpites de *legis ferenda*. Não tenho vocação para isso, para projetar, para imaginar se a lei daria certo desse modo, daquele modo,

não tenho. Realmente não tenho. Mas, quando mudou a Lei do Agravo, em 95, eu tive uma conversa com o Ministro Sálvio. Todos sabem que essa nova Lei do Agravo, essa que criou o regime da interposição direta no Tribunal, era a menina dos olhos do Ministro Sálvio. Ele queria com esse novo regime, que na verdade ressuscitava um regime anterior ao das Ordenações Afonsinas, que é esse regime de interposição do recurso diretamente perante o órgão que vai julgar, matar o uso do Mandado de Segurança contra ato judicial. E eu, muito humildemente, pensei, que não daria certo. Lembro-me de que se entrava com o Agravo sempre, mas Mandado de Segurança para dar efeito suspensivo, pensava-se muito antes de de realizar. Então, a gente fazia uma espécie de seleção natural. Se do ponto de vista ortodoxo, se do ponto de vista da doutrina tradicional, o uso do Mandado de Segurança contra ato judicial, chocava, na prática, funcionava bem, porque o Mandado de Segurança, sendo uma ação de dignidade constitucional, gera um certo respeito por parte de todos.

Será que hoje, com o nosso Código de Processo Civil, aparelhado do modo como está, nós precisaríamos do Mandado de Segurança? Nós temos o 461, nós temos liminar, tem o 273, tem a possibilidade de imposição de multa, enfim, tudo que tem na Lei de Mandado de Segurança, tem no Código. A gente encara com um certo endeusamento, o Mandado de Segurança, porque é uma medida de caráter constitucional e porque é uma medida que foi criada em 51, embora evidentemente ele já existisse antes, mas havia mil dúvidas porque era só a Constituição que tratava, então se discutia a respeito de um juiz ser ou não ser, aquela autoridade de que falava a Constituição, aí veio a lei que afastou essa dúvida, porque na lei está escrito no artigo 5º, que cabe Mandado de Segurança contra ato judicial.

Mas o Mandado de Segurança veio numa época em que as liminares eram raríssimas. Cabia liminar em Mandado de Segurança em Possessória, em Cautelares, e alguns procedimentos especiais. Se prestarmos atenção, hoje, a Lei do Mandado de Segurança tem mais vantagens para a autoridade coatora do que para o impetrante. Tem a possibilidade de suspensão da liminar quando ela seja nociva à ordem. Tem uma regra que é inconstitucional, que ninguém aplica, mas está lá, dizendo que se o processo durar mais que noventa dias, a liminar cai. Tem a limitação da prova documental, que o 461 não tem. Então, perguntamos se o Mandado de Segurança precisava existir. Quer dizer, será que não poderíamos montar um Mandado de Segurança sem ser com esse nome só porque está no Código?

Faço a pergunta, para provocar raciocínio, etc., e todo o mundo se choca. Mas como? Por quê? Porque a gente tem essa atitude de respeito com relação a Mandado de Segurança. Então, eu sentia o sistema extremamente equilibrado com o uso dos Mandados de Segurança para dar "efeito suspensivo" ao recurso. Que na verdade o Mandado de Segurança só teria cabimento, no duro, quando a decisão fosse legal. Então, o caso que eu citava à luz da antiga redação do 558, era prisão de alimentante. Fulano prova que ganha dois mil reais por mês. É regime de dedicação exclusiva, tempo integral, e o juiz profere uma decisão dizendo que ele tem que pagar três mil e quinhentos de pensão. Essa hipótese não estava no 558, que era números *clausus*. Então, ele entrava com um Mandado de Segurança contra a própria decisão, e com a liminar fazia as vezes do efeito suspensivo que o Agravo não tinha. Mas ele não entrava com Mandado pedindo o efeito suspensivo, porque, na verdade, esse direito líquido e certo ele não tinha. Ele tinha direito de afastar os efeitos de uma decisão, flagrantemente ilegal. E eu achava que o regime era razoavelmente equilibrado.

Agora, a gente pode pedir efeito suspensivo e antecipação de tutela no bojo do próprio Agravo. Vá explicar para o cliente que você vai entrar com o Agravo e não vai pedir efeito suspensivo. Ah! Tem que pedir. Tem que pedir efeito suspensivo, efeito ativo, tem que pedir tudo. Então isso já tornou o caminho mais fácil. Não existe nenhum tipo de receio, de respeito, Ah! não vamos pedir efeito suspensivo. Imagina tem que pedir. Se não derem, não deram, mas a gente vai pedir. Com o Mandado de Segurança não era assim, primeiro ponto.

É segundo ponto é esse que eu falei no começo da exposição. Na verdade, com a proliferação de decisões interlocutórias importantes, a tendência no sentido de que o número de agravos aumentasse consideravelmente, se concretizou. O Agravo é fácil pode pedir efeito suspensivo no próprio Agravo, e olhe o que tem de decisão interlocutória importante. Ai os tribunais estão sucumbindo ao peso dos agravos.

Então, resumindo e concluindo, a mim me parece que a volta do Mandado de Segurança não é má, porque o Mandado de Segurança vai acabar sendo usado com certa parcimônia, com certo respeito. Estou entusiasmada com essa volta do Mandado de Segurança.

Juiz Jorge Américo Pereira de Lira
Supervisor da Esmape

Não afasta, preemtoriamente, a possibilidade do regimental?

Professora Doutora Teresa Alvim de Arruda Wambier

Ué! A lei parece que não dá margem a outra interpretação, não é? Você acha que dá?

Juiz Jorge Américo Pereira de Lira
Supervisor da Esmape

Mas a objetividade teleológica da reforma foi pelo menos evitar utilização do Mandado de Segurança?

Professora Doutora Teresa Alvim de Arruda Wambier

Foi, mas aquela de 95, não essa.

O legislador tem um objetivo a cada quatro meses. A gente não consegue entender por que uma alteração vai para lá, a outra vai para cá. Basta pensar nessa Súmula do STF de 2003.

Desembargador Jones Figueirêdo
Diretor da Esmape

Nós temos aqui três perguntas que tratam da mesma matéria, formuladas por Renato Maia, Maria do Rosário, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e por outro que não assina.

Trata de matéria de Direito intertemporal. Aplica-se a lei 11187 aos recursos de Agravo de Instrumento interpostos anteriormente a sua vigência e que tenham sido interpostos antes da vigência da lei, e que não tenham sido apreciados pelo Relator. Seguirá a nova lei ou não?

Professora Diretora Teresa Alvim de Arruda Wambier

No meu entender, essa lei só se aplica para os agravos que foram interpostos a partir do momento em que ela está em vigor. Já refleti muito sobre isso, já li muito sobre isso, e cheguei a uma conclusão de que existe uma primeira afirmação que é muito comum na doutrina, e que realmente não está de todo correta. É porque a gente em Direito vai repetindo as coisas, repetindo, repetindo, sem parar para pensar se elas estão certas mesmo. Sempre brinco com os meus alunos que a gente sempre fala quando a administração contrata com terceiro, pergunto quem é o segundo? Então, a administração é o contratante, o contratado é o terceiro, cadê o segundo? Quer dizer, são certas formas que a gente vai repetindo, vai repetindo.

O Direito Intertemporal, quando se trata de normas de Direito Processual, é diferente. São diferentes as normas de Direito Intertemporal que se aplicam quando se trata de Direito Processual, daquelas que se aplicam quando se trata de direito material.

Pensei muito, refleti demais, li bastante de jurisprudência quando mudou a Lei do Agravo, jurisprudência de quando mudou o regime do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, quando criaram o regime da retenção, e cheguei à conclusão de que as coisas não são diferentes. Cheguei à conclusão de que a regra é uma só. A lei é feita para disciplinar o presente. É óbvio. A lei não é feita para disciplinar situações que vão ocorrer depois que ela for revogada, e nem é feita para disciplinar situações do passado. Quais são as situações do passado para o Direito material? Qual é a porta que fecha o passado e que delimita daqui para frente a presente? São a coisa julgada, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Isso é passado, nisso em princípio a lei não mexe.

E é muito interessante a gente observar, que essa expressão 'coisa julgada' é usada para delimitar o passado do presente, não no sentido de processo, no sentido de direito material. Quer dizer, é o direito adquirido decorrente de uma sentença que está acobertada pela autoridade da coisa julgada.

No fundo, diz o Professor Galiano Lacerda, com toda razão, a situação de direito adquirido engloba as três. Coisa julgada, - olha! estou divorciada, acabou -, ato jurídico perfeito e direito adquirido. No fundo, o ato jurídico perfeito gera um direito adquirido, o contrato está rescindido. E o direito adquirido é o direito adquirido propriamente dito.

Então no direito material isso é muito claro; a Constituição diz que a lei é vocacionada para disciplinar o presente, e não atinge situações consolidadas, situações do passado. Olhando para trás, o passado começa quando eu encontrar coisa julgada, ato jurídico perfeito e direito adquirido. Bom, a situação do processo é idêntica. Também tenho no processo um presente, um passado e um futuro. E é lógico que a vocação da norma é atingir o presente.

O problema é que não existem para o processo critérios tão claros quanto existem para o direito material, e aí começam as divergências. Mas dizer que a lei processual mudando, incide imediatamente; imagine há pouco, não sei se foi há pouco mais, acho que foi em 2001/2002, mudou aquela norma a respeito da perícia. Então surgiu a dúvida. As perícias marcadas na antiga lei deveriam ser realizadas de acordo com o que dizia a antiga lei? Claro que sim. Ela foi marcada e aí ela foi realizada numa data X, mas na verdade ela foi marcada quando a outra lei estava em vigor ainda.

Então, às vezes, fico pensando que as pessoas fazem aquela imagem, não sei se vocês se lembram disso, da dança das cadeiras, que a gente dançava, parava a música, e tinha que parar virando estátua. Não é assim. Quer dizer, muda a lei, atinge o processo em curso, em termos. A mim me parece que realmente, no que diz respeito especificamente a recurso, a situação consolidada não é um recurso interposto, é a decisão proferida. Então, a regra que indica qual é esse traço divisorio entre o passado e o presente e o futuro para o processo, no que diz respeito a essa situação específica dos recursos, é o momento em que a decisão se torna recorrível. A lei do recurso é a lei da sentença e a lei do seu procedimento. Então, no momento em que eu tenho uma determinada decisão proferida, tenho prazo de 15 dias corridos, eu estou no décimo dia e entra em vigor a lei, que diz que o prazo é dias. Eu tenho só dois dias? Não, eu tenho quinze, porque o meu direito se configurou, criou-se uma situação consolidada, quando a decisão foi proferida e o prazo iniciou a sua contagem.

Então, não é essa história de a lei muda e ela cai no processo, assim como um jato d'água, e tudo que acontecer nele vai ter que acontecer de acordo com o que diz a nova lei. Não é assim. Então, parece-me que os agravos interpostos no antigo regime devem ser julgados até o final com o procedimento previsto pela lei revogada. Portanto, não há possibilidade de conversão sem recurso. Eu sei que essa posição não é uma posição simpática, assim, pelo menos para quem estaria com vontade de ter um pouco menos de recurso para julgar, mas foi a posição, por exemplo, que se sustentou no STF e no STJ quando houve a alteração da lei em 1995, os agravos que já estavam tramitando perante o juiz de primeiro grau: então, lembro como era aquele regime - havia o contraditório, daí os autos do agravo iam para o juiz, o juiz se manifestava no sentido de se retratar ou não; se ele se retratasse, o agravo

vo não era julgado, a não ser que a outra parte pedisse e se ele não se retratasse, mandava para o Tribunal.

A orientação uníssona dos tribunais superiores foi no sentido de que os agravos que tinham começado a ser processados pelo procedimento anterior, deveriam seguir o procedimento anterior até o final; os agravos que deveriam ser interpostos diretamente no Tribunal seriam só os agravos interpostos depois da lei entrar em vigor.

No Paraná houve uma recomendação da Corregedoria, na época era o Des. Sidney Sapa, e ele defendeu uma posição inversa, ele disse que todos os agravos que estivessem com os juízes deveriam ser remetidos imediatamente para o Tribunal, o que, na verdade, era uma orientação contra os interesses ilegítimos do Tribunal, mas ele achou que era assim que tinha que ser. Não foi essa a orientação dos tribunais superiores. No entanto, quando mudou a lei do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário em 98, eles aplicaram o regime da retenção, para os Recursos Extraordinários que tinham sido interpostos muito antes da lei mudar. Então, a orientação do STJ nesse sentido foi inteiramente contraditória e, no meu entender, orientada por razões muito pouco nobres.

Então, a gente teve que acordar os Recursos de Agravo porque a intenção do Tribunal era não julgar. O Ministro Frantuly até o último momento disse que aquilo estava errado, que o regime da retenção só poderia ser aplicado aos recursos interpostos depois de a Lei 9756 estar em vigor.

Desembargador Jones Figueirêdo
Diretor da Esmape

No caso de decisões mistas, uma parte que seria agravável pela forma de instrumento e outra pela forma retida, a interposição de dois recursos, Retido e de Instrumento, não feria o princípio da unirão recorribilidade recursal?

Pergunta de três colegas juizes, Blanche, Cíntia e Ana Luiza.

Professora Doutora Teresa Alvim de Arruda Wambier

Não, porque, na verdade, trata-se de duas decisões substancialmente consideradas; era a mesma coisa que acontecia no regime anterior, Numa dessas mudanças foi alterado para melhor, parece-me, mas vocês devem se lembrar da fase em que a gente tinha que entrar com Embargos Infringentes da parte da decisão em que não havia unanimidade, e com o Recurso Especial Extraordinário da parte em que havia unanimidade. Embora os recursos não fossem julgados simultaneamente, eu tinha que entrar necessariamente com os três recursos simultaneamente. Na verdade, eu entrava com os recursos de capítulos diferentes da decisão e, aqui, seria o caso, também.

Desembargador Jones Figueirêdo
Diretor da Esmape

Fica prejudicada a sentença quando, em data posterior a ela, o agravo é provido para que seja realizada uma prova denegada pelo juiz de primeiro grau?

Professora Doutora Teresa Alvim de Arruda Wambier

Essa pergunta é ótima. Muito interessante e não pode ser respondida em cinco segundos. Mas eu vou responder em cinco segundos, não se preocupem.

Na verdade, vou só indicar uma bibliografia interessante sobre esse assunto que está num desses volumes de recurso, acho que é o VII ou o VIII. São dois artigos, um meu e o outro do Nelson Nery, e os dois no mesmo sentido. O título do meu artigo é "O Destino do Agravo Depois da Sentença". É exatamente isso. Então, tem uma interlocutória, que gerou um Agravo, que gerou um Especial, o Especial está lá para ser julgado e o juiz sentencia. O que acontece com todo esse seguimento recursal derivado da liminar? Não dá para responder numa palavra só, mas se eu pudesse resumir, grosseiramente a minha opinião, começaria por dizer - depende. Se for um Agravo, cuja matéria seja prova, se for um Agravo que verse sobre algum assunto que seja pressuposto para que a sentença seja proferida, legitimidade, prova, esse Agravo tem que ser julgado e, se ele for provido, a sentença cai por terra.

Diferentemente ocorre se for um Agravo, cujo objeto seja uma decisão relativa a qualquer medida de urgência, porque o momento do *fumus boni iuris*, o momento da cognição não exauriente, o momento da primeira impressão no processo, já acabou. Essa minha opinião, que é a mesma do Nelson, só não lembro do título do trabalho do Nelson, mas o assunto é o mesmo e está no mesmo volume, decorre do seguinte: na verdade, existe aquele princípio que todo mundo conhece, que é o princípio da substitutividade - decisão dos tribunais que julgam determinado recurso, ela vai substituir aquela proferida pelo juiz de primeiro - então, se o juiz diz: não se produz tal prova e sentencia. E lá na frente se diz - não, a

prova tinha que ser produzida. Essa decisão é que vai ser substituída e, portanto, a sentença perde, é apagada do mundo jurídico.

Agora, não tem sentido se pensar na substituição de uma decisão que foi proferida num momento processual que não existe mais, que é o momento da cognição perfunctória superficial, não exauriente, sumária, seja lá o que for. Então, liminar, tutela de urgência, antecipação de urgência, liminar cautelar, tudo isso morre.

Desembargador Jones Figueirêdo

Diretor da Esmape

A recorribilidade da decisão do Relator que julga o pedido de reconsideração não acarretaria a reforma das decisões dos incisos II e III do art. 527 antes do julgamento do Agravo, o que está vedado pelo parágrafo único daquele dispositivo?

Confesso que não alcancei bem a pergunta.

Professora Doutora Teresa Alvim de Arruda Wambier

Na verdade, eu fico devendo uma resposta melhor, mas, pelo que estou entendendo, está certo a primeira parte da questão, está correta, na medida em que descreve exatamente o que acontece; o juiz, quando ele acolhe o pedido de reconsideração, ele volta atrás. Ele tinha transformado um Agravo de Instrumento em Retido e volta atrás: - não, vai ser de instrumento mesmo, ou ele tinha concedido efeito suspensivo e nega, ou o contrário.

Agora, isto não está vedado pelo parágrafo único daquele dispositivo. O que diz o parágrafo único daquele dispositivo?

Desembargador Jones Figueirêdo

Diretor da Esmape

É que a decisão só seria reformada ao tempo do julgamento do Agravo.

Professora Doutora Teresa Alvim de Arruda Wambier

Ou por pedido de reconsideração.

Desembargador Jones Figueirêdo

Diretor da Esmape

É a cabeça como matriz da solução.

Professora Doutora Teresa Alvim de Arruda Wambier

A decisão liminar proferida nos casos dos incisos II, III, do caput deste artigo, somente é possível de reforma no momento do julgamento do Agravo (cinismo do legislador, conforme eu observei) salvo se o próprio Relator a reconsiderar.

A exceção está no próprio dispositivo.

Desembargador Jones Figueirêdo
Diretor da Esmape

Passo a palavra ao Cerimonial.

Mestre de Cerimônia

A Escola Superior da Magistratura agradece a presença de todos.

Boa noite!



**Artigos
de alunos**

O REGIME DISCIPLINAR
DIFERENCIADO ANTE OS PRINCÍPIOS
DA ISONOMIA, DIGNIDADE DA
PESSOA HUMANA E DA RELATIVIDADE
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
GARANTIA DO DIREITO DO PRESO
NÃO PERIGOSO AO CUMPRIMENTO
DA PENA E À RESSOCIALIZAÇÃO

Débora Dayse Tavares da Costa

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP; Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE em convênio com a Faculdade Maurício de Nassau; Oficiala de Justiça Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Pernambuco.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 - FACÇÕES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS VERSUS MANIPULAÇÃO DE PRESOS E COMANDO DE CRIMES DE DENTRO DO CÁRCERE: O ENFRAQUECIMENTO PELA APLICAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. 2 - DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À UTILIZAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD: breve análise. 2.1 - Agressão ao primado da ressocialização. 2.2 - Inconstitucionalidade do regime. 2.3 - Criação de nova modalidade de pena. 2.4 - Não contribuição para um sistema carcerário mais seguro. 2.5 - Agressão a direitos fundamentais. 3 - Direitos versus deveres do preso à luz da lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal). 4 - Os princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e da relatividade dos direitos fundamentais versus Utilização do Regime Disciplinar Diferenciado. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em março de 2003 dois juizes de Execução Penal, de Presidente Prudente/SP e de Vitória/ES, foram mortos supostamente mediante o comando de presos participantes do crime organizado. Acreditou-se, na época, que havia uma lista de mais outros juizes e promotores cujo assassinato aguardava apenas por um outro comando oriundo do sistema carcerário.

Em caráter de urgência, o Regime Disciplinar Diferenciado - RDD (Lei nº 10.792/2003) foi aprovado no Congresso Nacional, alterando, por conseguinte, a Lei de Execução Penal brasileira - LEP (Lei nº 7.210/84) de modo substancial.

A despeito das mais fervorosas críticas à nova legislação, ela surgiu como uma providência imediata ao clamor social e à manutenção e garantia do próprio funcionamento do Estado, diante de um nível de violência cada vez mais descontrolado. O novo regime disciplinar é ao mesmo tempo sanção disciplinar e forma diferenciada de tratamento de presos de alta periculosidade.

A LEP, em diferentes artigos, dentre os quais o 41, inciso XII, possibilita exigir tratamento distinto aos presos que se encontrem em situações jurídicas diferentes, estatuidando que "constitui direito do preso: igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena".

O RDD se caracteriza, basicamente, pela duração máxima de 360 (trezentos e sessenta dias), sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; pelo recolhimento em cela individual; pelas visitas semanais de 2(duas) horas; pelo direito de saída do preso da cela por duas horas diárias para banho de sol; por poder abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; e pela sujeição do preso provisório ou o condena-

do sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

Tais características encerram indiscutível rigor, insurgindo-se contra elas diversos juristas sob o fundamento, em síntese, de ofensa ao princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e a direitos fundamentais, além de constituir-se na prática da tortura e de penas cruéis banidas pela Carta Federal de 1988. Criticam, sobretudo, a aplicação do RDD a presos provisórios, aduzindo antecipação de pena.

Vale ressaltar, no entanto, que a privação da liberdade, seja como pena (preso condenado), seja como cautela (preso provisório) tem como um dos principais objetivos proteger a sociedade da prática de mais delitos. Se os crimes continuam a ocorrer sob comandos advindos de dentro do sistema prisional, quer seja de apenados ou presos provisórios, uma das principais finalidades da supressão da liberdade acaba por comprometida. Em outras palavras, desprotegida e vulnerável permanecerá a sociedade.

Além da vulnerabilidade social diante do crime organizado comandado de dentro do cárcere, existe o problema da submissão (manipulação) de presos que, temendo por si e por seus familiares, submetem-se ao crime organizado. Resultado: aqueles que de algum modo desejam ressocializar-se perdem tal direito a fim de se proteger. Desta feita, submetem-se ao cumprimento dos ditames de líderes do crime organizado, num quadro de indiscutível estado de necessidade.

Em matéria de aplicação do RDD, portanto, é fácil verificar um curioso paradoxo: criticando o novo regime, parcela considerável da doutrina enfatiza o princípio da isonomia, dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. É bem verdade que mesmo os líderes do crime organizado têm direito a ver respeitados tais princípios, bem como seus direitos fundamentais. Entretanto,

to, os presos que não pactuam com as organizações criminosas também possuem o mesmo direito, que se evidencia, no caso, através de dignamente poder cumprir sua pena e ser reinseridos na sociedade.

Assim sendo, cabem alguns questionamentos:

1) Um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito e assegurado por nossa *Lex Mater* é o princípio da igualdade ou isonomia, que compreende a máxima "tratar iguais como iguais e desiguais como desiguais". Observando-se tal princípio, poderia um preso de alta periculosidade receber tratamento idêntico a outro preso de menor periculosidade? Estariam essas categorias de presos (alta periculosidade e menor periculosidade) num patamar de igualdade ou desigualdade?

2) É razoável, sob o manto do princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana e do respeito a direitos fundamentais, proteger-se os presos perigosos e chefes determinantes de crimes oriundos do estabelecimento prisional em detrimento de toda população carcerária, que será despojada da observância dos mesmos princípios e direitos, sobretudo do direito de dignamente cumprir sua pena e ressocializar-se?

3) Em matéria de execução penal, seria legítima a aplicação do RDD como forma de restringir-se direitos fundamentais em prol da sociedade, tomando-se por base os referidos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana atrelados ao princípio da relatividade dos direitos fundamentais?

Buscaremos, no presente trabalho, constatar o funcionamento do crime organizado no sistema carcerário e a manipulação de presos lá existentes. Em seguida, faremos uma breve análise dos argumentos contrários à utilização do RDD e dos direitos e deveres do preso elencados na Lei de Execução Penal brasileira; por fim, faremos uma síntese dos princípios da isonomia, dignidade da pessoa humana e da relatividade dos direitos fundamentais no âmbito da aplicação do Regime

Disciplinar Diferenciado, procurando demonstrar que esse Regime constitui uma ferramenta impar na garantia do direito do preso que não quer submeter-se ao crime organizado, mas, ao contrário, quer cumprir sua pena e ressocializar-se, a fim de ser reintegrado à sociedade.

1 - FACÇÕES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS VERSUS MANIPULAÇÃO DE PRESOS E COMANDO DE CRIMES DE DENTRO DO CÁRCERE: O ENFRAQUECIMENTO PELA APLICAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Sabemos que as facções criminosas existem há muito tempo no mundo. A Máfia é a mais antiga e conhecida. Surgiu por volta de 1860, nos Estados Unidos da América, com a chegada dos primeiros imigrantes italianos àquele País, transformando-se, posteriormente, em uma poderosa organização.

No Brasil, O Comando Vermelho (CV) foi criado em 1979, no Presídio Cândido Mendes, no Rio de Janeiro, através da convivência entre presos comuns e militares de grupos armados, que combatiam a ditadura militar implantada no Brasil com o golpe de 1964. Surgiu a partir da Falange Vermelha, cujo lema era "Paz, Justiça e Liberdade", institucionalizando nas prisões o mito das organizações criminosas que começaram a atuar no tráfico de drogas, no Rio de Janeiro.

A cocaína ampliou o poder do Comando Vermelho, entre os anos 70 e 80. Foi a partir de tal Comando que o Brasil entrou na rota das drogas, configurando-se ponto de distribuição na Europa e nos Estados Unidos da América. O Comando Vermelho também trouxe para o país, diversos armamentos pesados e sofisticados.

Desde então, sabemos que as facções criminosas atuam dentro e fora das prisões, embora sua administração seja centralizada no âmbito dos grandes presídios.

Segundo o magistrado Adeildo Nunes,

A infiltração de membros de facções criminosas, dentro dos presídios, é tamanha, fato, aliás, reconhecido pelas nossas autoridades carcerárias, que a Coordenadoria das Unidades Prisionais, da Região Central do Estado de São Paulo, deu início, em agosto de 2002, a uma mega operação de remanejamento de detentos nos presídios de Campinas – a maior cidade do interior de São Paulo – com a finalidade de isolar líderes do Primeiro Comando da Capital (PCC). Para esse fim, algumas providências foram tomadas: durante todo o mês de agosto de 2002, os seis presídios do Complexo Campinas-Hortolândia não receberam presos de outras cidades. O traficante de drogas, Luiz Fernando da Costa, Fernandinho Beira-Mar, abertamente membro da facção Comando Vermelho, de dentro da cadeia, em início de setembro de 2002, planejou, comandou e acompanhou, pelo telefone celular, duas mortes no Presídio Bangu 1, de segurança máxima, no Rio de Janeiro, segundo relato do Ministério Público carioca. (grifos do autor e nossos) (NUNES, 2005, p. 261-262)

O Primeiro Comando da Capital (PCC), outra organização criminosa que demonstrou grande força no Brasil, começou a funcionar em 2002, atuando junto aos traficantes de armas e drogas no Rio de Janeiro. Sempre esteve relacionado às grandes rebeliões desencadeadas em São Paulo.

Comprovadamente, em 2002, o PCC foi responsável por vários atentados a prédios públicos em São Paulo e no Rio de Janeiro, através da explosão de bombas artesanais, aterrorizando servidores públicos, e demonstrando o poder e a força da Organização. (NUNES, 2005, p. 265)

A manipulação de presos pelos líderes de organizações criminosas é um fato. A política do terror imposta por essas Organizações não deixa outra alternativa àqueles que tentam, sem sucesso, cumprir sua pena e se reintegrar socialmente,

senão a de se submeter aos comandos criminosos dos referidos líderes. Somente a título de exemplo, vale destacar como atua o Comando Democrático pela Liberdade (CDL), facção que surgiu em 1996, na Penitenciária de Alvaré, interior de São Paulo, principal rival do PCC: "A disciplina inclui surras, facas e extorsão de dinheiro de familiares" (NUNES, 2005, p. 259)

Mas o Regime Disciplinar Diferenciado, concretizando as vontades legislativa e popular, tem reduzido significativamente o poderio dessas Organizações. É o que o jurista Adeildo Nunes atesta, ao escrever sobre a atuação do PCC na atualidade:

O PCC, na verdade, tem sofrido grandes perdas em seus quadros, no momento em que muitos dos seus membros estão presos em São Paulo, em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), isolados, o que tem dificultado suas ações, até porque todos, indistintamente, não podem usar telefones celulares, nem contatos diretos com agentes penitenciários corruptos, como acontecia no passado. (NUNES, 2005, p. 267)

Assim, a despeito das críticas ao novo regime, através da aplicação deste, os presos que desejam cumprir sua pena, podem ter, mediante a sua utilização, alguma tranquilidade nesse sentido.

2 - DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À UTILIZAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO - RDD: BREVE ANÁLISE

Variadas são as críticas à utilização do RDD. As principais podem ser verificadas no manifesto proferido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em 14 de abril de 2003, contra o Projeto de Lei 5.073/2001, que veio mais tarde a ser ratificado sob a forma da Lei 10.792/2003, que instituiu o novo regime. Nesse manifesto, o referido Con-

selho elenca, em síntese, como principais argumentos contrários à utilização do RDD a agressão ao primado da ressocialização do sentenciado, a inconstitucionalidade do regime; a caracterização do RDD como nova modalidade de pena; a não contribuição para um sistema carcerário mais seguro e a configuração de afronta aos direitos fundamentais do ser humano (KUEHNE, 2004, p. 152-154). Fazemos uma breve análise dos mesmos.

2.1 – Agressão ao primado da ressocialização

O aludido manifesto ressalta que o RDD agride o primado da ressocialização do apenado, presente na consciência mundial desde o iluminismo e pedra angular do sistema penitenciário nacional, aduzindo que, já no primeiro artigo, a Lei de Execução Penal Brasileira – LEP traça como objetivo do cumprimento da pena a reintegração social do condenado, sendo esta indissociável da efetiva aplicação da sanção penal. Nesse sentido, alerta o dito manifesto que qualquer modalidade de cumprimento de pena em que não haja a concomitância dos dois objetivos legais, quais sejam, o castigo e a reintegração social, observando apenas o primeiro, mostra-se ilegal, contrariando a Constituição de 1988.

De fato, a Lei de Execução penal Brasileira em seu artigo 1º estatui que “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença criminal e **proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado**” (grifo nosso) (MIRABETE, 2004, p. 19).

À luz da teoria abraçada pela Escola do Neodefensismo Social ou a Nova Defesa Social, a finalidade da pena privativa da liberdade, é ressocializar, recuperar, reeducar ou educar o condenado, tendo uma finalidade educativa que é de natureza jurídica. (MIRABETE, 2004, p. 25)

Diante do objetivo da reintegração do condenado à sociedade, cabe uma pergunta que não quer calar: havendo

presos perigosos, que subvertem a ordem e impõem o medo nos presídios e fora deles, o que fazer para assegurar a reintegração social daqueles presos que não fazem parte desse grupo?

Aqueles que alegam que o RDD agride o primado da ressocialização porque impõe restrições aos presos perigosos, esquecem que tais presos, embora perfaçam hoje um número razoável, frente à população carcerária, tornam-se “alguns”. Devemos, então, em nome da ressocialização de “alguns”, comprometer o processo de reintegração social de toda população prisional? Não nos parece razoável; sobretudo analisando os princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da relatividade dos direitos fundamentais que faremos mais adiante.

2.2 – Inconstitucionalidade do regime

Não temos aqui a intenção de esgotar a discussão do tema deste item, vez que, somente ele, já seria suficiente para um trabalho monográfico. Objetivamos, apenas, tecer breve comentário, corroborando para a reflexão sobre a inconstitucionalidade ou não do RDD.

Alegam os críticos ferrenhos ao novo regime que este afronta a Constituição Federal de 1988 em diversos dispositivos: no tocante ao artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”, que veda a aplicação de pena de natureza cruel; ainda quanto ao artigo 5º, inciso XLIX, que assegura ao preso o respeito à integridade física e moral; e quanto ao princípio da isonomia, que determina igualdade de tratamento frente à lei.

Vale ressaltar, entretanto, que o isolamento por si só, não constitui uma pena cruel. O preso deve ser isolado, mas terá resguardado, ainda que de forma restringida, seus direitos fundamentais, que não são absolutos. Além disso, apesar da possibilidade de ser tal isolamento por período de tempo

considerável (360 dias podendo ser prorrogado), é temporário.

Quanto à afronta ao princípio da isonomia, podemos antecipar que ela inexistente, pois, como discutiremos em tópico específico, os presos perigosos não estão em situação de igualdade em relação aos não perigosos.

2.3 - Criação de nova modalidade de pena

Segundo os contrários ao RDD, sob a aparência de mera aplicação de sanção disciplinar mais rígida, na verdade criou-se uma nova modalidade de cumprimento de pena, que poderia ser chamada de "regime fechadíssimo", em que não há trabalho, educação ou qualquer forma de terapia. (KUEHNE, 2004, p. 154)

Na verdade, o regime disciplinar não se trata de nova modalidade de cumprimento de pena, mas sim de uma forma diferenciada de tratamento de presos, em razão de circunstâncias específicas (alta periculosidade, instituição do crime organizado no cárcere, entre outras) e em observância ao princípio da isonomia, que determina o tratamento de iguais como iguais (presos não perigosos não podem ser tratados, entre si, de forma distinta; do mesmo modo ocorre entre os presos perigosos, sob pena de afronta à isonomia; em contrapartida, presos perigosos não podem receber idêntico tratamento dado aos presos não perigosos, pois eles não estão em situação de igualdade, como já fora dito acima).

2.4 - Não contribuição para um sistema carcerário mais seguro

Do ponto de vista prático, o jurista Adeildo Nunes já corroborou com a conclusão de que a aplicação do RDD tem dificultado a ação do crime organizado no sistema prisional, através do isolamento de seus líderes.

Ora, estando os líderes das organizações criminosas impossibilitados de agir livremente, comandando e cometendo crimes dentro e fora do cárcere, não apenas o sistema carcerário ganha em segurança, mas também toda a sociedade.

2.5 - Agressão a direitos fundamentais

Apesar de assegurados constitucionalmente e reconhecidos aos presos, os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser relativizados em caso de conflitos. Isso será melhor analisado posteriormente, no tópico que aborda o princípio da relatividade dos direitos fundamentais.

3 - DIREITOS VERSUS DEVERES DO PRESO À LUZ DA LEI Nº 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÃO PENAL)

A Lei de Execução Penal Brasileira estatui em seu artigo 41 os direitos do preso, entre os quais se incluem a visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados e o contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. No parágrafo único, entretanto, ressalva que tais direitos podem ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (MIRABETE, 2004, p. 120)

Ora, o que o Regime Disciplinar Diferenciado implementa é exatamente a restrição temporária de tais direitos como sanção disciplinar, em razão de circunstâncias relevantes que a justificam (cometimento de falta grave; subversão da ordem ou disciplina interna; alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; suspeita de participação em organizações criminosas, quadrilha ou bando).

Vale destacar que, conforme o artigo 54, caput e parágrafos 1º e 2º, da LEP, o RDD será aplicado por prévio e

fundamentado despacho do juiz competente; dependerá de requerimento circunstanciado elaborado pelo diretor do estabelecimento ou outra autoridade administrativa; sendo a decisão judicial sobre a inclusão do preso no RDD precedida de manifestação do Ministério Público e da defesa. (MIRABETE, 2004, p. 154). Vê-se, então, que não se trata de decisão arbitrária. Ao contrário, teve o legislador a preocupação em assegurar ao preso o contraditório e a ampla defesa, de modo que a medida somente será aplicada se indispensável.

O mesmo diploma legal estabelece em seu artigo 38 que "Cumpra ao condenado, além das obrigações legais inerentes ao seu estado, submeter-se às normas de execução da pena". No artigo 39, elenca como deveres do condenado, entre outros, o comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; e a conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina. E no parágrafo único estabelece que se aplica ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo. (MIRABETE, 2004, p. 114)

Sendo o comportamento e cumprimento fiel da sentença um dever imposto ao preso, como condição, inclusive e principalmente, para que retorne à sociedade, esse dever acaba por constituir-se em um direito. O preso tem, portanto, o dever e o direito de cumprir fielmente a sentença, e assim fazendo, voltará à liberdade.

Mas os líderes do crime organizado, como veremos no tópico adiante, cerceiam esse direito, coagindo os presos (que desejam cumprir sua pena e ressocializar-se) a continuar delinqüindo dentro do cárcere, temendo por sua vida e de seus entes queridos. E eis que o direito ao cumprimento da pena reduz-se ao dever ao cumprimento da pena, dever esse violado pelo preso por falta de opção.

Nessa perspectiva, o Regime Disciplinar Diferenciado surge como uma opção aos presos para o restabelecimento do

direito de dignamente cumprirem sua pena, sem o constrangimento do crime organizado, que tem sua ação neutralizada através do isolamento de seus líderes.

4 - OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VERSUS UTILIZAÇÃO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Podemos conceituar princípios como sendo proposições gerais que não se referem a nenhum fato e que podem ou não estar expressamente escritos. Enquanto normas jurídicas, os princípios "desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa" (ESPÍNDOLA, 2002, p. 78). Eles refletem, em última análise, os valores fundamentais do sistema jurídico, conseqüentemente, da sociedade. Dirigem a aplicação do Direito de modo a se alcançar a solução mais adequada aos valores relativos aos bens, direitos e interesses de uma nação, ao mesmo tempo em que limitam a atividade do julgador, na medida em que garantem que as suas decisões não contrariem os valores expressos no ordenamento jurídico e na consciência social.

No que diz respeito aos princípios constitucionais, podemos dizer que têm natureza de verdadeira norma jurídica, apesar de possuírem características estruturais e funcionais diferentes das demais normas jurídicas. Eles expressam opções políticas fundamentais, elegendo valores éticos e sociais que fundam uma idéia de Estado e de Sociedade. Nesse sentido, afirma Ruy Samuel Espíndola, citando a constitucionalista Cármen Rocha:

Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Esta-

do. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional (...). (...) As decisões políticas e jurídicas contidas no ordenamento constitucional obedecem às diretrizes compreendidas na princiologia informadora do sistema de Direito estabelecido pela sociedade organizada em Estado. (...) O princípio sediado na norma constitucional é que objetiva o conteúdo do Direito a ser observado na sociedade estatal (...). Assim, o princípio constitucional predica-se diferentemente de qualquer outro princípio ou valor prevalente na sociedade, mas não juridicizado, por carecer da normatividade que o torna impositivo ao acatamento integral (...). A norma que dita um princípio constitucional (...) põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam. (ESPÍNDOLA, 2002, p. 80-81)

Não se pode, portanto, violar um princípio, pois isso configuraria, em última ratio, numa violação a todo o sistema normativo, equivalendo a uma situação de maior gravidade do que a violação a uma lei. Na verdade, é a forma mais gravosa de ilegalidade ou de inconstitucionalidade (caso o princípio violado seja constitucional). Nesse sentido, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que,

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema

normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isso porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (grifo nosso) (MELLO, 2000, p. 747-748)

A nossa Magna Carta, no caput de seu artigo 5º, estatui que "todos são iguais perante a lei". Trata-se do princípio constitucional da igualdade ou isonomia que proíbe o tratamento não uniforme aos indivíduos. Porém, a lei tem por principal função dispensar tratamentos desiguais, ou seja, discriminar situações, de modo que os indivíduos em umas ou em outras venham a ser abrangidos por regimes distintos. Dessa forma, a alguns se atribuem determinados direitos e deveres não atribuídos a outros, por pertencerem à outra categoria que é regulada por outros direitos e deveres. (MELLO, 1995, p. 13)

Ora, na exata observância desse princípio e com vistas a não contrariá-lo, não podemos considerar presos não perigosos, aqui entendidos como os que se comportam na prática como desejosos de cumprirem sua pena e retornarem à sociedade, juridicamente iguais aos presos de alta periculosidade, que infringem diuturnamente o dever de disciplina, comandam delitos dentro e fora do presídio e impõe o terror aos demais presos, que se vêem obrigados a pactuar com as suas práticas criminosas, temendo por si e por seus familiares. Incluir as duas categorias de presos numa única categoria, configurar-se-ia em uma afronta direta à nossa *Lex Mater*, pois que

violado estaria um princípio constitucional, nos lúcidos e supracitados entendimentos de Ruy Samuel Espíndola e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Tratar tais presos perigosos como desiguais, aplicando-lhes medidas distintas das dos demais presos, reflete, em última análise, o respeito à isonomia. Neste sentido, a própria Lei de Execução Penal brasileira, em seu artigo 41, inciso XII, estatui que "Constituem direitos do preso: (...) XII - igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena." (grifo nosso) (MIRABETE, 2004, p. 120). Exige, portanto, que seja dado tratamento distinto àqueles que se encontrem em diferentes situações jurídicas.

O isolamento é uma sanção disciplinar aplicável às faltas graves. A Lei de Execução Penal brasileira apenas impõe que se dê em ambiente adequado (salubre e com área mínima de seis metros quadrados) e, antes da aprovação da Lei 10.792/2003 (Regime Disciplinar Diferenciado), limitado ao tempo máximo de 30 dias.

Ora, talvez o isolamento por 30 dias seja medida suficiente a ser imposta ao apenado que tenta agredir fisicamente o seu desafeto que se encontra em uma cela vizinha. Entretanto, certamente não será eficaz contra aqueles que, dentro de uma mesma cela, conseguem armazenar fuzis, pistolas e mais de 2.000 munições, conforme apreensão feita em 05 de agosto de 2003, em Bangu IV.

O princípio da isonomia, como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, exige que o Estado trate os iguais de forma igualitária, mas também impõe que aos desiguais seja destinado um tratamento diferenciado, na exata medida em que essa desigualdade exigir. É exatamente essa a proposta do Regime Disciplinar Diferenciado.

Quanto ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a Constituição de 1988 o estabeleceu em seu artigo 1º como sendo um dos fundamentos da República.

Acerca desse princípio como fundamento da República Federativa do Brasil, José Afonso da Silva ensina que

Poderíamos dizer que a eminência da dignidade da pessoa humana é tal que é dotada ao mesmo tempo da natureza de valor supremo, princípio constitucional fundamental e geral que inspira a ordem jurídica. Mas a verdade é que a Constituição lhe dá mais do que isso, quando a põe como fundamento da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito. Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do país, da democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí a sua natureza de valor supremo, pois que está na base de toda a vida nacional. (SILVA, 1998, p. 92)

Em matéria de execução penal, podemos dizer que tanto os presos não perigosos, quanto os presos perigosos merecem a tutela estatal em razão da dignidade da pessoa humana, que, vale ressaltar, subsiste mesmo atrás das grades, já que o indivíduo não se descaracteriza como um ser humano em virtude do cumprimento de uma pena. Nesse sentido, o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana compreende um direito humano fundamental.

Podemos conceituar direitos humanos fundamentais como sendo

o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 2002, p. 39)

As normas que disciplinam tais direitos e garantias fundamentais são direitos constitucionais, pois estão inseridos

na Constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem de seu próprio enunciado, já que a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. De regra, as normas que compreendem os direitos fundamentais e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A atual Constituição Federal de 1988 ratifica tal entendimento quando estatui no parágrafo 1º de seu artigo 5º que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Os direitos humanos fundamentais, entretanto, não podem ser utilizados como uma proteção para a prática de atividades criminosas, nem como argumento para afastar ou reduzir a responsabilidade penal por atos delituosos, sob pena de consagração do desrespeito ao Estado de Direito.

Assim sendo, tais direitos e garantias fundamentais consagrados pela Magna Carta não são ilimitados, vez que se encontram limitados pelos demais direitos igualmente amparados por nossa Lei Maior. Daí decorre a necessidade de aplicação do princípio da relatividade dos direitos humanos fundamentais.

Conforme alerta Norberto Bobbio,

Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os Direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são Direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma só vez e nem de uma vez por todas. (...) (grifo nosso) (BOBBIO, 1992, p. 5)

Tomando por base a historicidade dos direitos humanos fundamentais e a dinâmica social, podemos dizer que não existe um direito humano fundamental absoluto (independente,

irrestrito, ilimitado, não sujeito a restrições ou contradições), pois os direitos são historicamente relativos. Dizer que um direito humano fundamental é absoluto é atribuir a este um fundamento absoluto, que, segundo Bobbio, é o fundamento irrefutável, irresistível ao qual nada pode se opor. Justamente em razão desse relativismo é que devemos a conquista de novos direitos humanos fundamentais, pois se um determinado direito fosse considerado absoluto, não poderia existir um outro direito que tivesse como fundamentação idéias que fossem contrárias aos fundamentos do primeiro. A título de exemplo, podemos questionar: como poderia existir no ordenamento jurídico, o direito à informação e o direito à intimidade, se algum desses direitos fosse considerado absoluto? *Ab initio*, os fundamentos desses direitos podem vir a se contrapor, de modo que os argumentos que justificam a existência do primeiro podem contrariar os do segundo. Corroborando com esse entendimento, Norberto Bobbio ressalta:

Pois bem: dois Direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um Direito e seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns Direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos Direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: oposição quase secular contra introdução dos Direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos Direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras. (BOBBIO, 1992, p. 22)

Diante do acima exposto, é forçoso, portanto, concluir pela existência de direitos humanos fundamentais que se

apresentam opostos (não é possível satisfazê-los concomitantemente), porém convivendo harmonicamente no mesmo ordenamento jurídico, já que nenhum deles é absoluto. Por isso, havendo conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais ou entre princípios, o intérprete deve valer-se de um outro princípio: o da harmonização ou ponderação de interesses, fazendo uso da proporcionalidade, de modo a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional quanto ao alcance de cada qual, sempre buscando o verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com as suas finalidades precípua. Cumpre identificar, portanto, o âmbito de incidência dos direitos ou princípios confrontados para se concluir pela predominância de um deles no caso concreto. Nessa perspectiva, evidenciam-se no moderno constitucionalismo, os postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade. (SABINO, 2006, on-line). Acerca da ponderação de interesses, levando-se em consideração a proporcionalidade e razoabilidade, o advogado Thiago Bottino do Amaral, cita o entendimento de Robert Alexy:

a ponderação resulta do reconhecimento necessário da proporcionalidade. (...) aceitar a proporcionalidade é aceitar que princípios são mandatos de otimização, ou seja, que determinadas normas poderão ser cumpridas em maior ou menor grau, dependendo das possibilidades jurídicas e das possibilidades fáticas, devendo ser objeto de uma ponderação quando colidirem com outros princípios. (...) As colisões entre princípios são superadas mediante a restrição parcial de um ou de ambos os princípios envolvidos, servindo a ponderação como um procedimento racional para resolver a colisão, fixando critérios para estabelecer a prevalência de um princípio em detrimento de outro naquelas determinadas circunstâncias verificadas no caso concreto. A preocupação é preservar a

segurança jurídica a partir de um procedimento para a realização da ponderação. (AMARAL, 2005, on-line)

Não podemos esquecer, no entanto, que a ponderação de interesses, consubstanciada na aplicação do princípio da proporcionalidade, traduz-se numa elevada carga de subjetividade, pois ao ser aplicado tal princípio, ocorre uma valoração, baseada na idéia de justiça (conceito bastante abstrato), de direitos que colidem em dada situação. Caberá ao julgador, ante as circunstâncias fáticas do caso concreto e dos direitos constitucionais contrapostos, aplicar o princípio da proporcionalidade, e, através de uma ponderação de valores, determinar qual interesse deve prevalecer. Essa escolha, sem dúvida, apresenta uma elevada carga de subjetividade, uma vez que o legislador não estabeleceu uma hierarquia entre os valores tutelados constitucionalmente. Daí a crítica feita por parte da doutrina ao princípio da proporcionalidade. Entretanto, não podemos esquecer que essa ponderação deve obedecer a um caráter racional; não deve ser aleatória. Além disso, faz-se necessária a fundamentação do resultado, de modo a eliminar o subjetivismo irracional (que ocorre quando, num conflito de direitos fundamentais, o intérprete pondera bens conforme seu juízo de valor sem atribuir a essa ponderação um caráter racional e controlável. Deixando de fundamentar sua decisão, o operador do direito atribui a esta um caráter puramente subjetivo, muitas vezes irracional, já que essa decisão foi tomada por um juízo íntimo de valor, quando da ponderação de bens, sem a preocupação de externar a lógica e o racionalismo de ela). Assim sendo, o intérprete deverá fundamentar racionalmente a sua decisão, mostrando os motivos que o levaram a determinar a prevalência de um valor sobre o outro. (BARROS, 2002, p. 172)

Ainda sobre os direitos humanos fundamentais, ensina Alexandre de Moraes, citando Quiroga Lavié, que eles "nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Cons-

tuição, sem, contudo, desconhecere[m] a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito" (MORAES, 2002, p. 47). Em outras palavras, eles limitam a um só tempo a atuação do Estado e do indivíduo, que tem responsabilidades e deveres perante a sociedade.

Sobre a responsabilidade social de todo indivíduo, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, expressamente, em seu art. 29 afirma que

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração. (MORAES, 2002, p. 47)

Não podemos esquecer, portanto, que através da pena a sociedade responde às agressões que sofre com a prática de um crime. Conseqüentemente, não podemos deixar de ressaltar que o indeclinável respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, direito humano fundamental, não deve obscurecer a natureza aflitiva da sanção penal. Assim é que afirma Luiz Luisi, citando H.H. Jescheck:

O direito penal não pode se identificar com o direito relativo à assistência social. Serve em primeiro lugar a justiça distributiva, e deve pôr em relevo a responsabilidade do delinqüente por

haver violentado o direito, fazendo com que receba a resposta merecida da Comunidade. É isto não pode ser atingido sem dano e sem dor principalmente nas penas privativas de liberdade, a não ser que se pretenda subverter a hierarquia dos valores morais, e fazer do crime uma ocasião de prêmio, o que nos conduziria ao reino da utopia. Dentro destas fronteiras, impostas pela natureza de sua missão, todas as relações humanas disciplinadas pelo direito penal devem estar presididas pelo princípio da humanidade. (LUIZI, 2003, p. 50-51)

Atento à dupla função da pena (sancionar e ressocializar) e à necessidade prática de relativização dos direitos fundamentais, bem como da necessidade da ponderação de interesses diante de um conflito de direitos, o Pretório Excelso afirma que um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas. Do mesmo modo, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça entende que:

Está muito em voga, hodiernamente, a utilização ad argumentandum tantum, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Passem, ceifam vidas, estupram, seqüestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente, por aqueles que impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares das vítimas. (MORAES, 2002, p. 47)

Nesse diapasão, aos criminosos que, mesmo presos, buscam dar continuidade a práticas delituosas, liderando o crime organizado nos presídios, urge que o Estado lhes imponha um regime de disciplina diferenciado que, respeitando a dignidade humana e a Constituição Federal, possa limitar seus

direitos, impossibilitando que, ao arrepio da lei e do Poder Constituído, acabem por restringir direitos dos demais presos.

É exatamente mediante a observância do princípio da isonomia, da dignidade da pessoa humana, bem como da relatividade dos direitos fundamentais, portanto, que concluímos pela legítima aplicação do Regime Disciplinar Diferenciado como forma de garantir à enorme massa carcerária de presos não perigosos o direito ao cumprimento da pena e à ressocialização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que o crime organizado está institucionalizado em nosso sistema prisional. Em vários momentos, demonstrou força e poder, comandando mortes dentro e fora do cárcere, promovendo atentados a prédios públicos, entre outras ações criminosas.

Essa lamentável constatação não atinge apenas a sociedade, que ratifica ser a pena privativa de liberdade medida ineficaz para garantir a segurança da população frente aos presos perigosos; atinge, sobretudo, os reclusos que buscam, sem êxito, cumprir sua pena, sonhando com o retorno à liberdade. Eles são compelidos a se submeter à liderança criminosa, temendo por sua integridade física e de seus familiares.

Diante desse contexto assustador, o Regime Disciplinar Diferenciado - RDD surge como uma medida alternativa que pode e deve ser utilizada, objetivando conter a livre atuação das facções criminosas dentro do sistema carcerário, buscando, em última razão, assegurar aos presos não perigosos o seu direito de dignamente cumprir sua pena e retornar à sociedade.

O fundamento para a aplicação do RDD nas circunstâncias acima expostas não se encontra meramente na lei. Antes e principalmente, tem sua razão de ser na atenta observância dos princípios da isonomia, da dignidade da pessoa humana e da relatividade dos direitos fundamentais.

Não podemos dar idêntico tratamento a indivíduos que estão, nitidamente, em situações de desigualdade (presos não perigosos diferem dos presos perigosos). Além disso, não apenas os presos perigosos devem ter assegurada a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil; também, e com maior razão de ser, os presos não perigosos que buscam pagar o preço de seu erro e retornar ao convívio social. Vale ressaltar que essa última categoria de presos (não perigosos) constitui a grande maioria da população carcerária.

Em sendo assim, os presos perigosos devem ter restringidos alguns de seus direitos fundamentais, que, é importante destacar, não são absolutos, mas, ao contrário, podem ser relativizados, no intuito de neutralizar as ações das organizações criminosas, garantindo os direitos dos demais detentos, bem como o funcionamento estatal e a existência do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do. A segurança por meio da estruturação da ponderação em matéria penal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 814, 25 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7274>>. Acesso em: 08 mar. 2006.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de Direitos fundamentais*. 2. ed.. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5. ed.. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KUEHNE, Mauricio. *Lei de Execução Penal Anotada*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES, Adeildo. *A Realidade das Prisões Brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. *Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal. Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 340, 12 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5328>>. Acesso em: 08 mar. 2006.

SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. Revista de Direito Administrativo*, n. 212, p. 92, abril/junho de 1998.

VALIDADE JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO¹

Janaina de Lima Veiga

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, aluna do curso de Preparação à Magistratura - ESMAPE, acadêmica do curso de Medicina Veterinária na Universidade Federal Rural de Pernambuco-UFRPE e membro da Sociedade Brasileira de Bioética-PE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. 2 - PONDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO. 2.1 - Aspectos médicos. 2.2 - Aspectos legais. 2.3 - Aspectos contratuais. 3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4 - REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Reproduzir-se não é mais algo impossível, quando presentes os óbices da infertilidade e da esterilidade, diante da gama de técnicas de procriação humana assistida desenvolvida e em desenvolvimento.

Atualmente, o Brasil é considerado um dos principais destinos para aqueles que buscam alternativas para contornar

¹ O artigo consiste em extratos da monografia de conclusão do curso de Bacharelado em Direito, com apresentação realizada no dia 05 de novembro de 2005, na UNICAP.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KUEHNE, Maurício. *Lei de Execução Penal Anotada*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES, Adeildo. *A Realidade das Prisões Brasileiras*. Recife: Nossa Livraria, 2005.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. *Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 340, 12 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5328>>. Acesso em: 08 mar. 2006.

SILVA, José Afonso da. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, p. 92, abril/junho de 1998.

VALIDADE JURÍDICA DO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO¹

Janaina de Lima Veiga

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, aluna do curso de Preparação à Magistratura - ESMAPE, acadêmica do curso de Medicina Veterinária na Universidade Federal Rural de Pernambuco-UFRPE e membro da Sociedade Brasileira de Bioética -PE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. 2 - PONDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO. 2.1 - Aspectos médicos. 2.2 - Aspectos legais. 2.3 - Aspectos contratuais. 3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS. 4 - REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Reproduzir-se não é mais algo impossível, quando presentes os óbices da infertilidade e da esterilidade, diante da gama de técnicas de procriação humana assistida desenvolvida e em desenvolvimento.

Atualmente, o Brasil é considerado um dos principais destinos para aqueles que buscam alternativas para contornar

¹ O artigo consiste em extratos da monografia de conclusão do curso de Bacharelado em Direito, com apresentação realizada no dia 05 de novembro de 2005, na UNICAP.

os obstáculos à reprodução. No entanto, até hoje, decorridos mais de vinte anos do nascimento do primeiro bebê de prole brasileira, do qual se tem notícia, não existe legislação específica que regule a prática, a qual tem sido comum, e as consequências advindas das tecnologias reprodutivas, apenas projetos de lei em tramitação. A única norma existente que regula a utilização destas, é a Resolução nº 1358/92, do Conselho Federal de Medicina, a qual apresenta caráter deontológico e administrativo. Os poucos dispositivos trazidos pela Lei 10.406/02, Código Civil Brasileiro, sobre reprodução assistida, não são suficientes para responder aos inúmeros questionamentos de cunho jurídico.

Uma das questões suscitadas diz respeito à validade jurídica do contrato de gestação de substituição, o qual tem sido utilizado, na prática, diante da lacuna legislativa, para servir de base a decisões judiciais, consistindo no tema do presente trabalho.

O problema se resume em verificar se há a possibilidade de a natureza da relação jurídica existente entre, via de regra, um casal, que fornece seu embrião e pretende a criança, cuja mulher é incapaz de levar a termo uma gravidez, e a que, numa atitude altruísta, dispõe-se a gerá-lo, podendo, ainda, ceder seu material genético, caracterizar-se como contratual válida, através da identificação dos requisitos exigidos.

Nossa intenção reside em demonstrar a viabilidade ou não da utilização do contrato, como meio apto para se verem adimplidas as obrigações assumidas pela mulher que se dispõe a gerar, ultimadas com a entrega do recém-nascido.

A escolha do tema partiu da nossa preocupação, diante da ausência de lei específica, com a proteção jurídica dos interesses, normalmente, de casais, que dependem, exclusivamente, da técnica de gestação de substituição, para verem realizado o desejo de terem filhos oriundos de seu material genético *in totum* ou em parte.

1 – CONSIDERAÇÕES ACERCA DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A palavra *reprodução*, em seu sentido biológico, significando procriação, consiste, pois, na função através da qual o ser humano, assim como os demais seres vivos, realizam a perpetuação da respectiva espécie. Pode ser sexuada ou assexuada, conforme haja ou não junção de gametas, células reprodutivas maduras, ou troca de material genético entre indivíduos (HOUAISS, 2004, p. 2433).

Em se tratando da espécie humana, é necessária a presença da célula reprodutora masculina, o espermatozóide, e da feminina, o óvulo, para que possa ser realizada. Através da deposição do sêmen ou esperma no fundo da vagina, durante o coito, no período propício (durante a ovulação) à mulher, para engravidar, e diante da existência de determinadas condições específicas ao indivíduo do sexo feminino, assim como das peculiares ao homem, para que a fertilização seja efetuada, inicia-se o processo da reprodução natural. Esta efetivamente ocorre com a união dessas células gaméticas, ou melhor, com o encontro e com a fusão entre os núcleos das mesmas, na trompa de Falópio, para dar origem ao ovo ou zigoto, célula que representa o início do novo ser, momento que pode ser chamado de fecundação, fertilização ou concepção, e que principia o desenvolvimento da gravidez ou gestação (estado de grávida). Daí em diante, o ovo se desloca, através da trompa, até o útero, onde ocorre a nidacão, isto é, fixação daquele à mucosa uterina, e a subsequente desenvolvimento do feto gerado, até a sua expulsão.²

² A explanação acerca da reprodução humana natural foi elaborada a partir da leitura de vários autores que escreveram sobre o tema: Rezende e Montenegro; Maria Helena Machado; Sonia Lauer de Garcia e Casimiro Garcia Fernandes.

A reprodução humana somente poderá ocorrer de forma normal ou natural se existirem no homem e na mulher certas circunstâncias para que a fecundação se efetue, tais como: a mulher deverá produzir um óvulo maduro dentre os aproximadamente 200.000 folículos (folículo de Graaf) de qualquer um dos seus ovários. O homem terá que produzir em seus testículos, sêmen, com as propriedades adequadas para a fecundação. Com o coito, os espermatozoides na quantidade de no mínimo 20 milhões, vez que, cada ejaculação contém entre 20 a 300 milhões de gametos masculinos, destes, um número de 65 por cento deverão ter mobilidade normal e capacidade de penetração suficiente para ascender a continuação pelo interior do colo do útero e da trompa de Falópio (MACHADO, 2003, p. 19).

A procriação humana pode ser natural ou assistida. Aquela é a decorrente da cópula, do ato sexual entre homem e mulher; esta é a artificial, a independente do coito, a resultante dos avanços da Medicina Reprodutiva, sendo um dos meios a que devem recorrer aqueles que querem ter filhos, mas que, por problemas relativos à infertilidade ou à esterilidade, feminina e/ou masculina, devido a fatores congênitos ou resultantes de operações, não os conseguindo eliminar via tratamentos, como intervenções cirúrgicas e/ou medicamentos, acham-se impossibilitados ou apresentam sérias dificuldades.

No que toca às definições de esterilidade e de infertilidade, sói haver confusão ou identificação entre seus significados, a primeira diz respeito a um estado de caráter irreversível que impossibilita a concepção: "Em geral, a incapacidade de fertilização ou reprodução" (STEDMAN, 1996, p. 1.229). Já o segundo óbice, pode ser assim definido: "Esterilidade relativa; fertilidade diminuída ou ausente, não significa (tanto no homem como na mulher) a existência de uma condição positi-

tiva ou irreversível como a esterilidade" (STEDMAN, 1996, p. 648).³

A infertilidade feminina pode ser decorrente de doenças de causas gerais, de anomalias congênitas, de disfunções endócrinas e de patologias do aparelho genital, sendo a causa mais freqüente, a de origem endócrina (ALVARENGA, 2005, p. 229-230).

Relativamente às causas de infertilidade masculina, estas podem ser oriundas de problemas nos testículos, no eixo hipotálamo - hipofisário, no transporte dos espermatozoides e de motivos outros (ALVARENGA, 2005, p. 231).

A OMS, Organização Mundial da Saúde, define como infertilidade, a incapacidade de procriar, após exposição a condições propícias à gravidez, ou seja, a relações sexuais sem a utilização de métodos contraceptivos, num período de, pelo menos, um ano.

A preocupação com os supramencionados obstáculos não é hodierna. A História demonstra que a fertilidade sempre foi algo bastante valorizado pelos seres humanos, principalmente, com o fito de perpetuar a espécie, deixando descendentes.

Os mitos a respeito da esterilidade surgidos através dos povos antigos, as citações sobre a infertilidade constantes dos textos bíblicos, deixam claro que a esterilidade para a humanidade teve sempre muita importância, sendo, por isso, motivo de investigação e questionamento, durante toda a história humana (MACHADO, 2003, p. 28).

Ao se fazer uma breve retrospectiva acerca das investigações e descobertas, no campo da reprodução humana assisti-

³ No presente trabalho, os referidos termos serão tratados como sinônimos em virtude de a literatura médica não distinguir quando das explicações para as causas da infertilidade/esterilidade e das explanações acerca dos tratamentos e técnicas para contornar estes óbices.

da, relativamente à infertilidade, constata-se que, apenas a partir do século XVII, com a criação do microscópio, foi verificada a possibilidade de a esterilidade ocorrer, também, pela ausência ou escassez de espermatozóides. Posteriormente, surgiu a noção de esterilidade conjugal (QUEIROZ, 2005, p. 276). Antes disso, como demonstram as notícias históricas, a mulher era considerada a única responsável pela incapacidade de procriação.⁴

No tocante aos meios para contornar os supramencionados óbices, Fátima Oliveira (2004, p. 52) verifica que "[...] o primeiro relato de uma gravidez humana por inseminação artificial é de 1799". Através da fecundação *in vitro*, em 25.07.1978, na cidade de Oldham, Inglaterra, nasceu o primeiro bebê, Louise Joy Brown, como resultado do trabalho dos pesquisadores, Drs. Patrick Steptoe e Robert Edwards (MACHADO, 2003, p. 31). No Brasil, o primeiro "bebê de proveta" foi Anna Paula Caldera, nascida em 07 de outubro de 1984 (DINIZ, 2001, p. 465).⁵

As pesquisas e descobertas na área reprodutiva são incessantes. Um conceito para o conjunto das modalidades artificiais de procriação seria a da mestra Juliana Frozel de Camargo (2003, p. 07):

Essas Novas Tecnologias Reprodutivas conceptivas (NTRc), também chamadas: Procriação Assistida (PA),

Reprodução Assistida (RA) e Procriação Medicamente Assistida (PMA) - consistem em um conjunto de técnicas que objetivam fazer uma mulher engravidar, quando ela ou o seu companheiro é infértil ou ambos.

Essas tecnologias reprodutivas, no entanto, apenas compensam o problema da infertilidade, visto que não devolvem à mulher, nem ao homem, a capacidade natural de procriar.

Várias são as técnicas de reprodução medicamente assistida existentes. Costuma-se classificá-las em de baixa e de alta complexidade, a depender da intensidade da exigência de recursos tecnológicos. Dentro do primeiro grupo, podem ser citados a inseminação artificial intra-uterina e o coito programado. No segundo, podemos incluir a fertilização *in vitro* (FIV) com transferência de embriões (FIVETE) e a sua variante ICSI, injeção intracitoplasmática de espermatozóide (PESSINI, 2002, p. 187). Há recursos que não são considerados, efetivamente, técnicas de reprodução assistida, mas que decorrem destas e/ou servem para auxiliá-las ou complementá-las. São exemplos: a gestação de substituição, a doação de embriões e de gametas, a criopreservação de embriões e de esperma, o *assisted hatching* e o diagnóstico genético pré-implantação (PGD, DGP, DGI).

A ICSI, injeção intracitoplasmática de espermatozóide, é técnica em que apenas uma única célula reprodutora masculina é injetada no citoplasma do óvulo através da utilização de agulha. É indicada, principalmente, para os casos de hipofertilidade masculina (MACHADO, 2003, p. 47). É, na prática, uma variante da fertilização *in vitro*. Atualmente, é a mais utilizada no Brasil e no mundo.

Indicada inicialmente para homens que possuem baixíssima concentração de espermatozóides no sêmen,

⁴ No entanto, Fustel de Coulanges (2005, p. 56) noticia que, entre os antigos hindus e, em cidades, como Esparta e Atenas, na Idade Antiga, quando o casamento era estéril em função do homem, a mulher era obrigada a se entregar a um irmão ou a um parente do marido, para dar a luz a um filho, o qual seria considerado seu e do seu esposo e seria o continuador do culto, pois família e religião eram inseparáveis.

⁵ Não nos alongamos quanto às datas, em virtude de serem muitas as divulgas, quando levada em consideração cada descoberta na área da reprodução humana. Limitamo-nos a fornecer a da primeira técnica a ser utilizada e a da que consiste na base para as demais, ou seja, a da *in vitro*.

ou para os que não apresentam espermatozoides no sêmen. Nesse caso é feita a maturação, em laboratório, das espermátides, células matrizes dos futuros espermatozoides e que são extraídas dos testículos. A ICSI se faz acompanhar de outras técnicas complementares, para a obtenção do espermatozoide a ser injetado, caso os espermatozoides sejam obtidos através de aspiração nos epidídimos, nos testículos ou através das espermátides extraídas da biópsia tecido testicular. A ICSI não promove gestação múltipla e seu índice de sucesso é superior a outras técnicas (BRAGA, 2005, p.65).

Diante das várias alternativas para contornar os óbices à reprodução natural, é útil, no entanto, alertar que: "Estes recursos, entretanto, nem sempre são coroados de êxito e sua aplicação é, muitas vezes, constrangedora" (LEITE, 1995, p. 28). Os procedimentos integrantes das técnicas trazem repercussões não só físicas, como também psicológicas, para o casal participante, sobre as quais não nos deteremos aqui.

Quanto aos aspectos jurídicos, a procriação humana assistida exige posicionamentos das searas civil, penal etc, devido às relevantes conseqüências advindas da sua utilização. O Biodireito surge como resultado do tão grande impacto da ciência médica, nos últimos anos, no Direito (LIMA, 2004, p. 251).

A Resolução, do Conselho Federal de Medicina, nº 1.358/92, norma de caráter deontológico e administrativo, não tendo força de lei, direcionada à classe médica, e única específica a respeito do tema, no Brasil, traz como um dos princípios gerais:

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quat

do outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

Dentre as orientações fixadas pela Resolução incluem-se a exigência do consentimento informado do casal e do doador sobre a técnica e implicações; a imposição do anonimato de ambos, com exceção de situações especiais em que a identidade do doador poderá ser revelada a médicos; a possibilidade de ocorrência da chamada "produção independente" e da gestação de substituição; a gratuidade nas doações de gametas ou pré-embriões; a proibição de descarte ou destruição destes e o limite do número na implantação etc.

O Código de Ética Médica traz dispositivos que se referem direta (artigos 67 e 68) e indiretamente (artigos 122 e 127) ao tema. "O código de ética médica (1988), através de 4 artigos, não especifica ou limita nada, desde que os participantes estejam cientes do procedimento" (BARCHIFONTAINE, 2002, p. 167).

Vários projetos legislativos já foram elaborados para a regulamentação das técnicas de RA: PL nº 3638/1993, PL nº 2855/1997, PL nº 1135/2003, PL nº 1184/2003 e PL nº 2061/2003.

A lei nº 10.406/02, Código Civil Brasileiro, inovou ao mencionar modalidades de reprodução artificial relacionando à presunção da paternidade, porém de maneira superficial, em seu artigo 1.597 e incisos III, IV e V.

A lei nº 11.105/05, Lei de Biossegurança, traz dispositivos que dizem respeito à utilização de embriões excedentes para fins de pesquisa e terapia.

Inúmeras questões de caráter jurídico encontram-se sem resposta, devido à lacuna do ordenamento pátrio. No entanto, o Judiciário, devido à proibição do *non liquet*, terá de apreciar e se pronunciar acerca do que lhe for apresentado, conforme disposição do artigo 126, do Código de Processo Civil. No

que tange, por exemplo, à inseminação artificial homóloga *post mortem*, discutem-se questões jurídicas pertinentes à filiação, direitos sucessórios etc (MACHADO, 2003, p. 142), assim como nas modalidades heterólogas, por envolver terceiros.

2 – PONDERAÇÕES SOBRE O CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

2.1 – Aspectos médicos da técnica

Não é hodierno o recurso ao uso do útero de outrem para realizar o desejo de ter filhos ante a existência de condições físicas adversas. Passagens bíblicas, por exemplo, trazem notícias do chamado "adultério consentido". Em Gênesis 16, Sarai, mulher de Abrão, era incapaz de procriar, não podia, portanto, lhe dar filhos. Possuía uma escrava egípcia, Agar, e pediu a Abrão que, através desta, tornasse possível a concretização de sua maternidade. Apenas aos 99 anos, é relatado que Sarai pôde procriar. Outro exemplo, o qual se encontra em Gênesis 30, é o de Raquel, esposa de Jacó, a qual suplica a este que, por intermédio de sua serva, Bala, realize a sua vontade de se tornar mãe. Posteriormente, conforme noticiado, aquela se torna fecunda.

O Código de Hammurabi já trazia disposições a respeito do suprimento da necessidade de descendência. Escravas também eram utilizadas para procriar (BOUZON, 2001, p. 145).

No campo da Medicina Reprodutiva, tem-se que: "Os primeiros casos clínicos relativos ao empréstimo de útero datam de 1963, no Japão, e de 1975, nos Estados Unidos. Em 1988 tornou-se conhecida da população americana, a existência de uma associação de mães de substituição" (LEITE, 1995, p. 67).

A gestação de substituição ou doação temporária do útero⁶ é a técnica complementar às modalidades de reprodução humana assistida em que se faz a utilização de útero alheio, em virtude da incapacidade de procriação.

As indicações do empréstimo de útero são essencialmente médicas: infertilidade vinculada a uma ausência (congenita ou adquirida) de útero, ou a uma patologia uterina de qualquer tratamento cirúrgico, ou contra-indicações médicas a uma eventual gravidez: insuficiência renal severa, ou diabetes grave insulino-dependente.

Quer se trate de uma anomalia de nascença, ou a consequência de um problema grave detetado na idade adulta e provocador de uma necessária ablação do útero (histeretomia), a sanção para a mulher é severa: absoluta impossibilidade de levar a termo uma gravidez (LEITE, 1995, p. 67).

Pode ser realizada através de métodos *in vivo* ou *in vitro* (fecundação extracorpórea), assim como ocorrer nas modalidades heteróloga, quando o material genético não é *in totum* oriundo do casal pretendente, ou homóloga, em que não ocorre participação de material estranho a este, a depender do caso concreto. "Há outras variáveis, mas só duas hipóteses, ou o óvulo a ser fecundado pertence à mulher que engravida ou esta não é aquela de quem se originou o embrião" (MENEZES, 1990, p. 254). Dentro do conjunto "gestação de substituição" são possíveis várias combinações entre os elementos envolvidos.⁷

⁶ São as expressões encontradas na Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1358/92.

⁷ É válido acrescentar que não há vedação legal à "produção independente", ou seja, situação em que a mulher solteira e impossibilitada de gerar fornece o óvulo e recorre ao banco de sêmen, para, só depois, o embrião ser gerado no útero de outrem, embora tal prática seja eticamente censurada em virtude da ausência do hiparentesco. A Resolução 1358/92 a admite.

São concebíveis várias modalidades em que se pode traduzir a colaboração dos intervenientes. Partindo da existência de um casal e de uma mulher que vai gerar o filho, teremos: fecundação com os gametas de um casal e transferência do embrião para a mulher que gera; fecundação de um óvulo de mulher que gera, com esperma de um dador; fecundação de um óvulo da mulher que gera, com esperma do marido; fecundação de um óvulo da mulher do casal com esperma de um dador e transferência do embrião para a mulher que vai gerar o filho; fecundação de um óvulo de uma dadora com esperma de um dador e transferência do embrião para a mulher que vai gerar (OLIVEIRA, 1992, p. 09).

Não há unanimidade na terminologia utilizada para denominar esta prática. São exemplos: maternidade subrogada, útero de aluguel, gestação por outrem, cessão de útero, barriga de aluguel, gestação de substituição, empréstimo de útero etc.

2.2 – Aspectos legais

No Brasil, vários projetos de lei já foram elaborados, disciplinando acerca da reprodução humana assistida, incluindo dispositivo sobre a estudada técnica complementar.⁸ Estão, ainda, em tramitação no Congresso Nacional. Não há, pois, lei que regule a temática. “Uma vez que não é proibida, só há concluir-se que esta técnica de reprodução humana é permitida em nossa legislação vigente” (MENEZES, 1990, p. 253).

Existe uma tendência maior, nos diversos projetos de lei, à permissão da prática da estudada técnica, porém, com

⁸ A terminologia empregada nos projetos de lei existentes é a mesma da Resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 1358/92.

determinadas exigências.⁹ O quadro comparativo, abaixo, foi elaborado a partir da análise daqueles, levando-se em consideração a proibição ou não da prática, e as exigências dos que a admitem.

Projetos de lei	Posição	Exigências
3638/1993	Permite	Parentesco até 2º grau e demais casos com autorização do Conselho Regional de Medicina. Vedação ao lucro ou ao comércio.
2855/1997	Permite	Parentesco até 4º grau, consanguíneo ou afim, e exigência de consentimento de um Conselho de Reprodução. Assistida para os demais casos. Vedação ao lucro ou comércio.
1135/2003	Permite	Parentesco até 2º grau e demais casos com autorização ética do Conselho Regional de Medicina. Vedação ao lucro ou ao comércio.
1185/2003	Proíbe (prevê como crime)
2061/2003	Permite	Vedação ao lucro ou ao comércio

Há apenas a Resolução de nº 1358/92, do Conselho Federal de Medicina, de caráter deontológico, que traz dispositivo sobre a “gestação de substituição ou doação temporária do útero”. Destacam-se a necessidade do parentesco próximo e a proibição à vantagem de ordem econômica.

As Clínicas, Centros ou Serviços de Reprodução Humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação

⁹ A nosso ver, a proibição forçaria os casais, cuja mulher seja incapaz de levar a termo uma gestação, que não optem por adotar, a ter de recorrer a países onde tal prática seja possível ou realizá-la clandestinamente.

identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Quanto à orientação da necessidade do parentesco até o segundo grau, é válida a seguinte observação:

É importante recordar, no entanto, que a referida norma, por estar contida em mera resolução administrativa, cuja finalidade única é delimitar eticamente a atuação médica no uso das técnicas de reprodução assistida, não tem o condão de coibir uma prática que a lei formal não proíbe (MEIRELLES, 1992, p. 69).

A própria Resolução 1358/92, todavia, prevê a possibilidade de uma mulher que não tenha a referida relação com a outra, vir a gerar em seu lugar, a depender de autorização do Conselho Regional de Medicina. Infere-se, no entanto, a nosso ver, que é mais provável que exista uma garantia maior, entre parentes próximos, devido aos laços familiares, na entrega do bebê e no acompanhamento da gravidez, além do que na existência mais intensa de altruísmo e de desinteresse por remuneração. "Estranha a limitação ao segundo grau (irmãos, ou avós), já que a prática tem demonstrado que são as primas (quarto grau) que mais vem em socorro das parentes inférteis" (LEITE, 1995, p. 185).

No que tange à proibição do lucro ou comércio, a própria Constituição Federal veda, de maneira implícita, em seu artigo 199, § 4º:

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

É válido acrescentar que, no Brasil: "Não há norma de cunho penal tipificando a atividade de intermediação de pessoas para firmarem contrato ou de firmar o pacto em si" (LIMA NETO, 2001, p. 140).

Apesar de o atual Código Civil brasileiro trazer dispositivos específicos sobre reprodução humana assistida, nada previu a respeito da gestação de substituição. Inovou, porém, timidamente.

2.3 - Aspectos contratuais

Antecede à gestação de substituição, na prática, um acordo de vontades, geralmente, envolvendo, via de regra, o casal fornecedor do embrião e pretendente da criança, e a mulher genitora, que também poderá ser a doadora do óvulo.

Na relação de maternidade substituta, ou maternidade sub-rogada, são partes uma mulher (e, normalmente, seu esposo ou companheiro) que, fornecedora ou não do material genético, tem o desejo de ter o filho, a titular do projeto parental, e uma mulher que, por dinheiro ou altruísmo, cederá seu útero para que nele seja desenvolvida a criança até o parto, entregando-a àquela (LIMA NETO, 2001, p. 126).

Antes de qualquer outra cogitação, deve-se perquirir sobre a natureza ou essência da relação existente entre as pessoas

envolvidas, em virtude da ausência de legislação específica. Não há unanimidade nas opiniões. "Há uma relação jurídica entre os interessados na gestação e a mulher que se dispõe a receber o embrião. Muitos não vêem efeito jurídico nenhum do contrato, dadas as complexas situações que advêm durante a gravidez" (RIZZARDO, 1991, p. 65).

Dois requisitos são, portanto, necessários para que haja uma relação jurídica. Em primeiro lugar, uma relação intersubjetiva, ou seja, um vínculo entre duas ou mais pessoas. Em segundo lugar, que esse vínculo corresponda a uma hipótese normativa, de tal maneira que derivem conseqüências obrigatórias no plano da experiência. O trabalho do jurista ou do juiz consiste propriamente em qualificar juridicamente as relações sociais de conformidade com o modelo normativo que lhes é próprio (REALE, 1990, p. 212).

Quanto ao primeiro requisito, não há o que se discutir, pois existe uma relação intersubjetiva entre, via de regra, um casal, cujo material genético forma o embrião, e a mulher que vai gerar, podendo ser a fornecedora do óvulo. No que concerne à segunda exigência, cabe um estudo com maior vagar.

Como visto, ainda não há lei própria sobre a procriação humana assistida no Brasil. No entanto, por analogia, com arrimo no artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, pode-se aplicar à relação interpartes, na gestação de substituição, vários diplomas legais que a protegem implicitamente. "No campo do Direito Civil e outros ramos do Direito, muitas vezes a qualificação jurídica das relações se opera por analogia" (REALE, 1990, p. 212). Esta é considerada uma técnica de integração das lacunas da lei e "[...] consiste em aplicar a um caso não previsto de modo direto ou específico por uma norma jurídica uma norma prevista para uma hipótese

distinta, mas semelhante ao caso não contemplado" (DINIZ, 2002, p. 70).

A começar pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que, em seu artigo XVI, 1, prevê o direito de fundar família, o que traz, implicitamente, o de se reproduzir. Assim como, no dispositivo XXVII, há a previsão do de participar do progresso científico e dos benefícios decorrentes.

No mesmo sentido, a nossa Carta Magna, no caput do artigo 226, afirma ser a família a base da sociedade e ter especial proteção do Estado. Mais adiante, em seu § 7º, prevê o direito de planejamento familiar.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Pode-se inferir deste parágrafo que a Lei Maior protege, embora não de forma manifestamente declarada, o direito de procriação, não especificando a modalidade.

Quando a Constituição confere ao casal a livre decisão do planejamento familiar, proibindo a interferência do Estado ou da iniciativa privada na constituição da família (art. 226, § 7º), também está prevendo, embora de forma indireta, o direito à procriação. Ora, se cabe ao casal planejar livremente a constituição da família, presume-se que ambos têm ampla liberdade de decisão, no que tange à geração dos filhos, utilizando-se, destarte, de métodos artificiais, caso haja alguma impossibilidade natural para tal (TEIXEIRA, 2005, p. 311).

Regulamentando o referido parágrafo, existe a Lei nº 9.263/96 que, em seu artigo 1º, prevê o planejamento familiar como direito de todo cidadão. Em seu artigo 2º, *caput*, define-o:

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Parágrafo único - É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.

Mais adiante, em seu artigo 9º, faz referência a técnicas de concepção, nas quais podem ser inclusas as de reprodução assistida, não se fazendo restrições.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o *caput* só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

É importante lembrar que, embora exista proteção de caráter constitucional e infraconstitucional, ao direito de planejamento familiar e, conseqüentemente, ao de reprodução, estes não podem ser considerados absolutos. "Indispensável, portanto, confrontá-lo com outros princípios constitucionais, submetendo-o a rigoroso trabalho de ponderação, para que se

lhe fixem os limites" (BARBOZA, 2004, p. 231). Os direitos e interesses da criança que está a nascer devem ser observados sob pena de se contrariar, dentre outros, o princípio da dignidade humana, garantido pela Lei Maior. "Este novo ser não pode servir apenas de instrumento para realização irrestrita da felicidade dos pais, sob pena de conduzir a discussão para a reificação de uma vida" (TEIXEIRA, 2005, p. 311).

No contexto dos direitos da personalidade, especificamente, no âmbito do direito ao uso do próprio corpo e do alheio, enquanto vivos, ressalvadas limitações, tais como o respeito aos direitos personalíssimos à vida e à integridade física, à ordem pública e aos bons costumes, existe legislação brasileira a permitir. A Carta Magna assim o faz no já citado § 4º, do artigo 199. No mesmo sentido, reza o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 13. A Lei nº 9434/97, que dispõe "sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências", também permite e regula a disposição gratuita em vida. O Decreto nº 2.268/97 regulamenta a referida lei. *In casu*, a nosso ver, pode ser aplicado o brocardo "quem pode o mais, pode o menos", já que, ao dispor da capacidade de procriar, não se estaria nem sequer extraindo parte do corpo, tal como se admite legalmente. Estar-se-ia, apenas, dispondo-se da utilização do útero para fins humanitários e terapêuticos.

A gestação é função fisiológica para a qual o útero está preparado, sendo esta a razão de sua existência como órgão no corpo humano. A retirada do feto, ou a sua expulsão, não constitui mutilação, é a conseqüência natural decorrente do término da gravidez (MENEZES, 1990, p. 255).

Nesta mesma seara, com relação à hipótese em que o óvulo a ser fecundado, é oriundo da mulher que irá gerar, não

encontramos, também, vedação legal. Nesse caso, não há a transferência, do modo como se proíbe na referida Lei de Transplantes, no parágrafo único, do artigo 1º. Não se proíbe, também, a doação para um banco de óvulos.

Como se vê, há proibição legal expressa da venda de gametas, mas a interpretação desse parágrafo induz à idéia de que não há formal proibição da doação desses materiais quando não se trata de transplante, desde que obedçam ao critério da gratuidade (CAMARGO, 2003, p. 96).

Arrematando esse raciocínio, em nosso entendimento, a posição que melhor se coaduna ao tema, sob o pálio do direito disponível ao uso do próprio corpo e do alheio, porém com limitações de ordem pública, é a de Carlos Alberto Bittar (2004, p. 81):

O uso do corpo é possível, também, em consonância com as técnicas modernas de inseminação, para a gestação de embrião, formado artificialmente, em casos de problemas genitais do homem ou da mulher. Essa técnica permite a geração de filho sem contato fisiológico e mesmo sem contribuição pessoal para o embrião (elementos retirados de terceiros). Outro problema que provoca é o da locação de útero de outrem por um casal, em que se verifica, por submissão contratual, o uso do corpo alheio (possível, em nosso entender, desde que a cessão seja gratuita), como ato de fim altruístico, não gerando qualquer direito à cedente, senão quanto a ressarcimento de despesas.

Constatada a existência de uma relação jurídica, o próximo passo será analisar a sua espécie. A discussão, que assume maiores proporções, diz respeito à possibilidade de se

considerar esta relação, um negócio jurídico do tipo contratual. A problemática pode ser assim apresentada:

Surgiu a locação do útero, mas até hoje se questiona se a lei do contrato pode ou não ser aplicada diferentemente quando a transação envolve engravidar, dar à luz e entregar um bebê, daquelas situações que envolvem negócios por trocas de serviços comerciais ou bens imóveis (LEITE, 1995, p. 400).

Para aqueles que não admitem a existência de tal ajuste, os argumentos se encontram, crucialmente, na indisponibilidade da vida e do corpo humanos. "Como o embrião não é coisa, esbarramos sempre na inadmissibilidade da noção de contrato" (LEITE, 1995, p. 404).

Discute-se, pois, a validade jurídica ou não do referido pacto, porém não se pode olvidar que a técnica pode se tornar inútil, se não houver um meio que possa garantir o seu desiderato e fornecer arrimo para decisões judiciais. O cerne das discussões diz respeito ao objeto, pois não se observam, na doutrina, questionamentos acerca dos requisitos subjetivos dos contratos, quais sejam, existência de duas ou mais pessoas, capacidade genérica para os atos da vida civil e específica para contratar, e pode ser assim apresentada:

Com relação ao Brasil, no entanto, cabe salientar que, embora a expressão "contrato de locação de útero" seja utilizada com relativa freqüência, não há, de direito, condições para se afirmar da viabilidade de seu objeto (SCARPARO, 1991, p. 54).

Pode-se dizer que, quanto à determinação do objeto da relação estudada, uma das exigências para o negócio jurídico válido, não se notam indagações, e recai em prestações e abstenções para a genitora da criança. Na hipótese de o embrião ser

oriundo do casal que depende de uma terceira pessoa para gerar, a esta caberia, basicamente, levar a termo uma gestação, com os cuidados inerentes ao estado de grávida e, posteriormente, entregar o bebê. Já numa segunda hipótese, além das obrigações elencadas para a mulher geradora, estaria a de fornecer o óvulo. Para o casal, recairiam deveres de arcar com as despesas médico-hospitalares e as de caráter alimentício de que necessitasse a gestante.

Excluída a onerosidade do pacto, não se vê na gestação de substituição afronta ao princípio da dignidade humana. Sem dúvida, a entrega da criança é a principal obrigação da gestante, sendo, portanto, a criança objeto da prestação de dar (LIMA, 2004, p. 259).

No entanto, é necessária uma análise quanto à licitude ou ilicitude do objeto do referido acordo, a questão controversa envolve o seu conteúdo. Como se sabe, objeto lícito, ou seja, que não vai de encontro à lei, à ordem pública e aos bons costumes, é um dos requisitos para que os negócios jurídicos, em que se incluem os contratos, possam ser considerados válidos.

Quanto ao objeto de uma relação jurídica, é ele o elemento em razão do qual a relação se constitui, e sobre o qual recai tanto a exigência do credor como a obrigação do devedor, podendo ser uma coisa (uma casa, por exemplo) ou uma prestação (como a de pagar X no dia Y) ou então a própria pessoa, como nos direitos pessoais.

Há autores, como Legaz y Lacambra e Recaséns Siches, que contestam possa uma pessoa ser objeto de direito. Tudo está em considerar a palavra "objeto" apenas no seu sentido lógico, ou seja, como a razão em virtude da qual o vínculo se estabelece. Assim, a lei civil atribui ao pai uma soma de poderes e deveres quanto à pessoa do filho

menor, que é a razão do instituto do pátrio poder (REALE, 1990, p. 215-216).

Quanto à exigência da possibilidade física e jurídica, não se notam questionamentos em relação à primeira espécie. Em relação à segunda, as indagações recaem nas mesmas feitas sobre a licitude, sendo válido lembrar que não há vedação legal à utilização da técnica em estudo. "No entanto, é nossa conclusão que no Brasil o pacto de gestação não fere a moral e os bons costumes quando é feito de forma gratuita e para solucionar problemas de infertilidade da mulher portadora do material genético" (LIMA NETO, 2001, p. 140).

Questiona-se, pois, tanto a validade de um contrato a título oneroso, quanto gratuito, em suma, a aplicação do instituto, por este dizer respeito, essencialmente, a relações jurídicas de cunho patrimonial, à situação existente. Contudo, como nos lembra Sílvio de Salvo Venosa (2003, p. 439): "Nosso Código não dispõe que o objeto da obrigação deva ser suscetível de apreciação pecuniária, a exemplo de outras legislações". Apesar dessa constatação, opina que, mesmo a obrigação que não tenha conteúdo patrimonial, deve ser, de alguma maneira, passível de valoração econômica, sob pena de não ser considerada jurídica:

Desse modo, o objeto da prestação e o objeto do contrato devem ser suscetíveis de avaliação em dinheiro. Ainda que no contrato seja ressaltado unicamente uma obrigação de cunho moral, seu descumprimento acarreta indenização; doutro modo, a obrigação não seria jurídica. A indenização, nesse caso, não equivale ao cumprimento das obrigações ou do contrato, mas de um "substitutivo", ou seja, a tentativa mais perfeita que tem o Direito para reequilibrar uma relação jurídica. No caso de inadimplemento, impõe-se avaliar o interesse apreciável do cre-

dor. É o que ocorre nos casos de indenização decorrentes de dano moral exclusivo (VENOSA, 2003, p. 440).

No mesmo sentido, opinando pela necessidade de valoração em pecúnia, Orlando Gomes (1997, P. 16) explana: "Na definição do objeto da obrigação é necessário, em suma, ressaltar que deve ser suscetível de avaliação econômica, e corresponder a um interesse do credor, que, todavia, pode não ser patrimonial".

No caso do pacto de gestação de substituição, o que pode ser suscetível de apreciação econômica, são as despesas médicas e outros gastos em benefício da gestante, que correspondem a danos materiais, e às expectativas frustradas, a título de danos morais, quando da recusa da genitora em entregar a criança. "Todavia, em todo o caso, deve existir sempre o interesse do credor no cumprimento da prestação, ainda que esse interesse seja de ordem ideal, afetiva ou moral, merecendo, então, a proteção jurídica" (VENOSA, 2003, p. 41).

Relativamente às exigências formais, não há, na lei, forma estabelecida para o perfazimento do pacto.

Requisitos específicos são apontados, na doutrina, para que se possa considerar como válido o pacto de gestação de substituição: consentimento e informação; interesse legítimo; gratuidade e anonimato (LIMA, 2004, p. 258-259).

No que diz respeito à primeira exigência, a qual não se resume ao mero acordo de vontades, uma das exigências para que os contratos, de uma maneira geral, produzam seus efeitos legais, explica-se:

Não basta o consentimento manifestado pelas partes; é necessário ainda que elas tenham prévio conhecimento de suas conseqüências, do ponto de vista médico e jurídico. A utilização de método reprodutivo tem suscitado, nos Estados Unidos, muitos processos. Algumas vezes a mãe

de aluguel recusa-se a entregar o bebê como o combinado; outras vezes o casal que contratou o serviço nega-se a aceitar a criança em caso de malformação, numa cruel semelhança com os vícios redibitórios.

Por isso, candidata à gestante deve ter plena consciência de que estará renunciando a maternidade e o casal de que deverá aceitar a criança ainda que ela não seja saudável (LIMA, 2004, p. 258).

O consentimento informado é, também, uma das orientações trazidas pela Resolução nº 1358/92, do Conselho Federal de Medicina.

No que concerne ao segundo requisito, interesse legítimo, com base no direito de procriação previsto no art. 226, § 7º, da Carta Magna, e na Lei nº 9.263/96, que o regulamenta, já suscitados acima, explana-se: "O interesse legítimo é revelado pelo direito (ou simples liberdade) de ter filhos. Para realizar esse desejo, é lícito ao casal utilizar-se dos novos métodos reprodutivos, tanto que o novo Código Civil disciplina a inseminação artificial" (LIMA, 2004, p. 258).

A terceira condição é a gratuidade do ato. Explicita-se:

Não causa repulsa ao Direito que o casal assuma o pagamento das despesas da gestante com roupas, medicamentos, alimento, consultas médicas, hospital. Mas o pagamento de qualquer valor a título de "lucro" é vedado. Nesse sentido, o pacto somente é lícito quando gratuito (LIMA, 2004, p. 259).

Aqui, invoca-se o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, para ser rejeitada a onerosidade do referido pacto. Ana Carolina Brochado Teixeira (2005, p. 314) comenta que: "Atribuir um caráter econômico à avença viola o Princípio da

Dignidade Humana, pois os atributos objetos da avença são insitos à personalidade dos envolvidos e, sobretudo, a uma vida humana que nascerá e que, por si só, merece ser respeitada".

Nesse mesmo jaez, são válidas as palavras de Francisco V. Lima Neto (2001, p. 132):

No campo específico da *gestação de substituição*, poderemos fazer uso do Princípio do Respeito à Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1.º, III), do qual decorre que o corpo humano não pode ser objeto de comércio ou ser reduzido a um item patrimonial. Por consequência, o contrato de *gestação com compensação financeira* não possui validade, sendo nulo por ser ilícito o seu objeto.

O supramencionado princípio está erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1.º, III, da *Lex Mater* e pode ser assim definido:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade (KANT, 2005, p. 65).

A reforçar este argumento, está o já citado art. 199, § 4º, da Lei Maior, regulamentado por lei, que veda a comercialização do corpo e de suas partes.

O doutrinador português, Guilherme Freire Falcão de Oliveira (1992, p. 47), constata que os casos de ajuste gratuito suscitam menos sentimentos de repulsa, principalmente, em virtude de "[...] não se misturar o dinheiro neste acordo

de natureza eminentemente pessoal; as grandes objecções que os acordos onerosos desencadearam fundam-se no caráter lucrativo do negócio, que aqui desaparece". Essa é, também, a constatação feita por Regina Fiúza Sauwen e por Severo Hryniewicz (2000, p. 112):

Esses acordos são, em geral, vistos com mais simpatia tanto no meio jurídico quanto na sociedade em geral. Embora em ambientes mais tradicionais, como o meio religioso e certos setores da sociedade, ainda se resista contra tal prática, a tendência é a da aceitação não só do empréstimo do útero quanto dos contratos que o regem.

A onerosidade, em nosso entender, reduziria o ser humano à coisa, a um item patrimonial. No entanto, aquele está "fora do comércio", conforme já visto anteriormente. Porém, uma remuneração de natureza alimentícia não iria de encontro ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. "Não deixa de ser gratuito o contrato que circunstancialmente impõe deveres à parte beneficiada, como o dever do donatário em não incorrer em ingratidão (art. 555; antigo, art. 1.181)" (VENOSA, 2003, p. 401).

Quanto ao anonimato, parece não ser razoável a sua exigência nos contratos de *gestação*. Opina Taisa Maria Macena de Lima (2004, p. 259), mesmo o elencando como requisito de validade, que:

Diferentemente da inseminação artificial heteróloga, em que o doador do gameta pode permanecer anônimo, na *gestação de substituição* nem sempre é possível o anonimato. A grávida, por seus sinais exteriores, é fato de conhecimento geral do grupo. Não seria, portanto, razoável, exigir-se o anonimato das partes.

Além do exposto, não se pode conceber a sua viabilidade se a relação jurídica ocorre entre parentes ou pessoas de grande proximidade.

Quanto à tipicidade ou não do referido pacto, Jussara Meirelles (1998, p. 79) afirma: "Pela peculiaridade do fim que pretende atingir, o ajuste efetuado entre as partes que se submetem à técnica de gestação por outrem é de difícil qualificação". Há quem opine pela afeição do estudado contrato ao civil de prestação de serviços, adaptando-o aos seus elementos.

Os serviços vão desde a prestação de alimentos, respiração, calor, ambiente propício para o crescimento do embrião e posteriormente feto, até uma série de condutas que deve assumir, como a observância de hábitos alimentares, moderação nos esforços físicos, consultas médicas regulares, restrições sociais e recreativas, etc (RIZZARDO, 1991, p. 65).

Arnaldo Rizzardo (1991, p. 65) descarta a hipótese de considerar o contrato, como de cessão, de empréstimo ou de locação do útero, devido à ausência da transmissão da posse, ou do uso, ou do gozo. Vê a possibilidade de remuneração, o que, como visto, encontra proibição no ordenamento jurídico pátrio.

Mas justifica-se a remuneração em face da série de cuidados e posturas a que se obriga a gestadora. O fato do aumento do ventre, da perda de agilidade, das constantes visitas médicas, da disponibilidade total para todas as limitações é que procura dar um enfoque justificativo da remuneração (RIZZARDO, 1991, p. 66).

Os projetos de lei brasileiros que admitem a prática da referida técnica não trazem dispositivos sobre o modo de como

se proceder no que diz respeito ao instrumento jurídico que deva ser utilizado como apoio para decisões perante possível conflito judicial.¹⁰ Várias idéias, portanto, já foram apresentadas como meios de se regularizar a prática da gestação de substituição:

Cabe salientar a existência de várias sugestões sobre as formas a serem adotadas para a normatização dessas ocorrências, propostas por juristas nacionais e internacionais. Entre elas: a adoção pré-natal pelo casal contratante; a adoção, após o nascimento, pela esposa do contratante e pai biológico; que o contrato seja permitido como forma de prestação de serviço ou trabalho eventual da gestante; e a declaração da gestante contratada, mediante escritura pública, para garantir aos pais contratantes o direito de reconhecimento da filiação após o nascimento (SCARPARO, 1991, p. 55).

Na seara judicial, em virtude de o tema consistir em matéria que envolve o denominado "segredo de justiça", a pesquisa sobre decisões a este respeito não é uma atividade exitosa. Vez por outra, tomamos conhecimento através da imprensa e/ou da doutrina, de casos de gestação de substituição.¹¹

¹⁰ Conflitos em torno da maternidade são observados na prática da estudada técnica, no entanto, não nos deteremos sobre estes, em virtude de não constituírem tema do presente trabalho.

¹¹ Só a título de informação, esta prestada pela juíza, no presente ano, na 1ª Vara de Família e Registro Civil da Capital (Recife), houve uma ação denominada de justificação de paternidade e maternidade biológica para fins de registro de nascimento, processo nº 001.2005.003246-2, na qual os autores, fornecedores do material genético para geração em útero de outrem, peticionaram no sentido de que a criança, ao nascer, fosse registrada em seus nomes. O processo foi extinto sem julgamento de mérito em virtude da desistência dos autores (CPC artigo 267, VIII).

Recentemente, no ano de 2004, conforme divulgado pelo jornal Estadão, de 14 de junho do mesmo ano, houve um caso, em Nova Lima, Minas Gerais, em que a sogra, em virtude de sua nora ter nascido sem o útero, gerou o embrião oriundo daquela e do seu filho, ou seja, a avó foi responsável pela gestação da sua própria neta. O juiz, Átila Andrade de Castro, ao tomar conhecimento do caso, devido a dúvidas levantadas quanto à maternidade, pelo oficial do Registro Civil de Pessoas Naturais, já que na Declaração de Nascido Vivo consta o nome da mulher que gera, no caso, o da avó paterna, pronunciou-se no sentido de que a prática não é proibida por lei e de que o bebê deveria ser registrado em nome dos pais biológicos. Foi tomado como base o exame de DNA.

Outro caso de pedido de esclarecimentos por parte do Cartório é o apresentado pelo doutrinador Francisco Vieira Lima Neto (2001, p. 141-142), correspondente ao processo nº 66/00, da 2ª Vara de Registros Públicos de São Paulo. In *casu*, o componente genético foi oriundo do casal e foi a sobrinha da mulher incapaz de procriar, a responsável por processar a gestação. Quanto à maternidade, o juiz, baseado no caráter gratuito do ato e na chamada paternidade de intenção, determinou fosse o recém-nascido registrado em nome da mulher impossibilitada de se reproduzir.

Nas duas situações, observa-se que os magistrados não consideraram o objeto da relação jurídica, ilícito, e por via de consequência, o contrato, inválido. Do contrário, poderiam ter extinguido o processo, sem julgamento de mérito, com base no artigo 267, VI, por impossibilidade jurídica do pedido, ou seja, por inexistência de uma das condições da ação. No entanto, não se pode fazer um levantamento da posição majoritária, dada à existência da garantia do segredo de justiça.

3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendemos, diante de tudo o que foi exposto, que identificada está uma relação jurídica, pois estão presentes, simultaneamente, os requisitos da intersubjetividade e da previsão legal. O primeiro, como visto, dá-se entre, via de regra, um casal que fornece o seu embrião, cuja mulher seja incapaz, de alguma forma, de levar a termo uma gestação, e uma terceira que, por um ato de altruísmo, predispõe-se a gerá-lo, podendo ser a doadora do óvulo. Quanto à segunda exigência, conforme constatado, não há legislação específica, apenas projetos de lei, cuja tendência é a permissão da prática da referida técnica. No entanto, utilizando-se da analogia, meio de integração das lacunas da lei, pudemos identificar vários diplomas legais que a protegem, de modo implícito: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948; a Constituição Federal do Brasil; a Lei nº 9.263/96 (planejamento familiar) e a Lei nº 9434/94 (Lei dos transplantes).

Partindo-se dessa constatação e verificando a existência dos requisitos para a visualização de um contrato válido, averiguada está a possibilidade de se caracterizar a referida relação jurídica como do tipo contratual. Não se observa discussão quanto às exigências relativas às partes, tais como existência de duas ou mais pessoas, capacidades para os atos da vida civil e específica para contratar. O cerne das controvérsias diz respeito ao objeto da obrigação contratual, pois envolve a geração de uma criança, elemento objetivo da prestação de dar, em razão do qual a relação se constitui. Como visto, pode uma pessoa, como nos direitos pessoais, consistir nesse elemento da relação jurídica, levando-se em consideração, que esta se constitui em razão daquele, sobre o que recai a exigência do adimplemento. A nosso ver, o objeto é determinado e possível fisicamente, pois a obrigação consiste em prestações e abstenções para a genitora, correspondentes a cuidados

peculiares ao estado de gravidez, ultimando-se com a entrega do recém-nascido. Numa segunda hipótese, caberia a ela, também, o fornecimento de um óvulo. Ao casal recairia o dever de arcar com todas as despesas médico-hospitalares e daquelas de caráter alimentício, necessárias ao bem-estar da gestante. Como não há proibição legal, é possível juridicamente. É lícito, pois não vai de encontro à lei, à ordem pública e aos bons costumes, o fato de, por um ato de altruísmo, uma mulher se predispor a gerar para outrem. Em relação ao requisito da economicidade, concordamos que o Código Civil não afirma ser o objeto da obrigação necessariamente de caráter patrimonial. Assim como, também, estamos de acordo que esta deve ser, de alguma maneira, passível de ser economicamente valorada, para que seja considerada jurídica. No caso do pacto de gestação de substituição, não pode o recém-nascido ser convertido em pecúnia, pois o ser humano está fora do comércio, mas o inadimplemento da obrigação de entregar a criança, diante da recusa da mulher geradora, frustrando todas as expectativas do casal, pode configurar danos morais. Os gastos de cunho médico-hospitalares e alimentícios podem, a nosso ver, serem cobrados a título de danos materiais.

A doutrina, com a qual concordamos, aponta exigências específicas para a validade do referido pacto, a saber: o consentimento informado, o interesse legítimo, a gratuidade e o anonimato, conforme explanado. Na nossa opinião, apenas o último não deveria ser obrigatório, pois não parece razoável exigí-lo, quando são partes pessoas da mesma família e de relação de amizade. Em nosso entendimento, o referido contrato é atípico, devido às peculiaridades dos elementos envolvidos, não se enquadrando, pois, em nenhuma das modalidades existentes no ordenamento jurídico.

Deve o legislador atentar para as conseqüências advindas da referida técnica, não só estabelecendo sua permissão, mas também, regulando seu procedimento, de modo que o seu desiderato possa ser observado na prática.

4 - REFERÊNCIAS

Artigos

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologias e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 229-247.

BARBOZA, Heloísa Helena. Reprodução assistida e o novo código civil. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coords.). **Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 225-249.

BARCIFICONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e reprodução medicamente assistida. In: BARCIFICONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Léo (Orgs.). **Fundamentos da bioética**. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2002. (Nova práxis cristã).

KATTAH, Eduardo. Bianca, gestada pela avó, afinal é registrada. **O Estado de São Paulo**. São Paulo, 14 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/agestado/noticias/2004/jun/14/171.htm>>. Acesso em: 25 de jun. de 2005.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org). **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.120-149.

LIMA, Taisa Maria Macena de Lima. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (Coords.). *Bioética, biodireito e o novo código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 251-280.

MENEZES, Thereza Christina Bastos de. Novas técnicas de reprodução humana: o útero de aluguel. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 660, p. 253-258, out., 1990.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético - sêmen - após a morte do seu titular. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Bioteχνologias e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 271-300.

RIZZARDO, Arnaldo. *Fecundação artificial*. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 52, p. 62-78, jul., 1991.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Conflito positivo de maternidade e a utilização de útero de substituição. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). *Bioteχνologias e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 309-323.

Dicionários

HOUAISS, Antonio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2004.

STEDMAN, Thomas Lathrop. *Stedman dicionário médico*. Trad. Cláudia Lúcia Caetano de Araújo et al. 25. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996.

Teses

BRAGA, Maria da Graça Reis. *Maternidade e tecnologias de procriação: o feminino na contemporaneidade*. 2005. 240 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2005.

VEIGA, Janaina de Lima. *Validade jurídica do contrato de gestação de substituição*, 2005. 59 f. Monografia (Graduação em Bacharelado em Direito). Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2005.

Livros

BARCIIIFONTAINE, Christian; PESSINI, Léo. *Problemas atuais de bioética*. 6. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2002.

BIBLIA, A.T. *Gênesis*. Português. Bíblia Sagrada. Trad. de: Padre Matos Soares. 35. ed. São Paulo: Paulinas, 1979.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. rev., atual. e aument. por Eduardo Carlos Bianca Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. (Biblioteca Jurídica).

BOUZON, Emanuel. *O código de Hammurabi: introdução, tradução do texto cuneiforme e comentários*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana: ética e direito*. Campinas: Edicamp, 2003.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. Trad. de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2005. (Coleção A obra-prima de cada autor, n. 2, série ouro).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 19. ed. rev. de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.

_____. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIREITOS humanos: Declarações de direitos e garantias. 2.ed. Brasília: Senado Federal, 1996.

FERNANDES, Casimiro Garcia; GARCIA, Sonia Lauer de. **Embriologia**. 2 ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2001.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HRYNIEWICZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **Direito "in vitro": da bioética ao biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005. (Coleção A obra-prima de cada autor, n. 111).

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: controvérsias éticas e jurídicas**. Curitiba: Juruá, 2003.

MEIRELLES, Jussara. **Gestação por outrem e determinação da maternidade: "mãe de aluguel"**. 1. ed. Curitiba: Gênese, 1998.

MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa; REZENDE, Jorge de. **Obstretícia fundamental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1999.

OLIVEIRA, Fátima. **Bioética: uma face da cidadania**. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004. (Coleção polêmica).

OLIVEIRA, Guilherme Freire Falcão de. **Mãe há só uma, duas! O contrato de gestação**. Coimbra: Coimbra, 1992. (Coleção Argumentum, n. 2).

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2.

WORLD HEALTH ORGANIZATION.

Communicating family planning in reproductive health: key messages for communicators. WHO, 1997. Disponível em:

<http://www.who.int/reproductive-health/publications/fpp_97_33/fpp_97_33_12.en.html>. Acesso em: 01 de set. 2005.

A LIVRE ASSOCIAÇÃO SINDICAL E O DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Marília Jackelyne Nunes

Aluna do curso de Graduação em Direito
da Universidade Federal de Pernambuco -
UFPE. Estagiária voluntária do Ministério
Público do Estado de Pernambuco

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - DOS SERVIDORES PÚBLICOS. 3 - DA GREVE E DO DIREITO À GREVE - GENERALIDADES. 4 - DO DIREITO À GREVE E ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO DIREITO BRASILEIRO. 5 - ART. 37, VI, CR/88: EFICÁCIA CONTIDA OU LIMITADA? 6 - (DES)ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS. 7 - CONCLUSÕES. 8 - REFERÊNCIAS

1 - INTRODUÇÃO

A administração Pública, que consiste, no dizer de MORAES¹, no "conjunto de pessoas colectivas públicas, seus órgãos e serviços que desenvolvem a actividade ou função administrativa", tem sua disciplina constitucional prevista no Capítulo VII da CR/88.

Neste capítulo, já em sua primeira seção, constam as disposições gerais - princípios e regras - norteadoras da atividade administrativa no Brasil, dispostas nos artigos 37

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 296

e 38 e seus incisos, as quais devem obrigatoriamente ser obedecidas no âmbito da Administração direta e indireta, tanto na União, como nos Estados e Municípios e no Distrito Federal.

O já citado artigo 37 da Constituição Republicana, em seu caput, lista os princípios pelos quais se deve reger a atividade da Administração pública, estabelecendo, ainda, que devem ser seguidas as regras estipuladas em seus 22 incisos e 12 parágrafos.

Dentre essas regras, duas se destacam pela importância e pelas discussões geradas em seu redor. Trata-se do disposto nos incisos VI e VII do supracitado artigo, que conferem aos servidores públicos civis o direito à livre associação sindical e à greve.

Muito tem sido discutido acerca do tema e de como essas disposições constitucionais devem ser tratadas, e as soluções apontadas são as mais diversas, sendo, por vezes, inconciliáveis.

2 - DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Na conceituação de MELLO², servidores públicos, conforme compreendido no texto constitucional,

são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional de caráter não eventual sob o vínculo da dependência.

Neste grupo, ainda segundo o mesmo autor, estão englobados os servidores titulares de cargos públicos e empre-

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 231

gados na Administração direta e indireta, estando excluídos dessa caracterização os empregados de empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações de Direito privado, estando estes últimos, juntamente com os servidores públicos, incluídos num grupo maior, o dos servidores estatais.

É, portanto, com o sentido acima explicitado que deve ser entendido o texto constitucional quando se refere genericamente a servidores públicos, como é o caso dos dispositivos ora em análise.

3 - DA GREVE E DO DIREITO À GREVE - GENERALIDADES

Greve é a cessação coletiva e concentrada do trabalho a fim de apoiar determinada reivindicação.

Segundo afirma JORGE³, acerca do surgimento do termo *greve*,

A expressão GREVE foi utilizada no final do século XVIII, quando se reuniram, tanto desempregados quanto trabalhadores, numa praça em Paris chamada de "Place de Greve" (na referida praça, acumulavam-se gravetos trazidos pelas enchentes do rio Sena, daí o termo "grève", originário de graveto) que, insatisfeitos geralmente com os baixos salários e com as jornadas excessivas, paralisavam suas atividades laborativas e reivindicavam melhores condições de trabalho.

O direito à greve se enquadra dentre aqueles chamados direitos sociais ou de segunda geração. De uma certa forma, tal direito está intrinsecamente ligado à classe operária,

³ JORGE, Carlos Augusto. *A greve do servidor público federal*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 266, 30 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5018>>. Acesso em: 16 fev. 2006.

posto que foi ela a primeira a se mobilizar, dando surgimento à idéia de organização sindical juntamente com a de greve, como forma de resistência organizada, a partir das *trade unions*, surgidas na Inglaterra em 1838.

No que respeita aos servidores públicos, embora sejam eles também trabalhadores, a questão é mais recente e enfrentou resistência, sendo que, no Brasil, a primeira constituição a reconhecer tal direito foi a CR/88.

4 - DO DIREITO À GREVE E ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS NO DIREITO BRASILEIRO

A despeito da tradição brasileira de não permitir aos servidores públicos o direito à livre associação sindical e à greve, o constituinte de 1988 consagrou tais direitos no art. 37 da Carta Constitucional, incorporando, assim, a recomendação constante da Convenção nº 151 da OIT (art. 8º), que dispõe sobre a institucionalização de meios voltados à composição dos conflitos de natureza coletiva oriundos da relação de trabalho entre o Poder Público e seus servidores.

No que respeita ao direito à sindicalização, não traz o texto constitucional qualquer restrição, afirmando, apenas, que "é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical".

É, entretanto, no que se refere à possibilidade de realização de movimentos grevistas por parte dos servidores públicos que se encontram as maiores divergências, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais.

Muito embora tenha o constituinte explicitamente criado o direito ao exercício da greve por parte dos servidores públicos, consta do texto constitucional a ressalva de que tais direitos devem ser exercidos "nos termos e limites da lei específica". Isso, no entendimento de muitos, inclusive do Supre-

mo Tribunal Federal, indica que tal direito apenas será exercido quando do advento de tal "lei específica".

É verdade que a falta de regulamentação dificulta o exercício do direito, posto que não delimitados os termos de sua legalidade. Ainda, diante do princípio da continuidade do serviço público, mister atuar o legislador a fim de conciliar o direito reconhecido aos servidores públicos e tal princípio que informa o direito administrativo.

Por outro lado, como afirma SILVA⁴, condicionar o exercício da greve pelos servidores públicos à existência desta lei "é o mesmo que recusar o direito prometido". De fato, passadas quase duas décadas desde a promulgação da Carta de 1988, ainda não foi criada tal lei, muito por força da pouca vontade de se regulamentar o instituto.

Até maio de 2002, haviam sido distribuídos à Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados seis projetos de lei:

- a) PL Nº 4.497/01 (Deputada Rita Camata - PMDB/ES), b) PL Nº 5.662/01 (Deputado Airton Cascavel - PPS/RR), c) PL Nº 6.141/02 (Deputada Iara Bernardi - PT/SP), d) PL Nº 6.032/02 (Poder Executivo), e) PL Nº 6.675/02 (Comissão de Legislação Participativa - CD), f) PL Nº 6.668/02 (Deputado Elcione Barbalho - PMDB/PA), dos quais nenhum logrou ser convertido na lei que regulamentaria a greve dos servidores públicos.

Por outro lado, interessante a observação de DI PIETRO⁵, quando afirma que o fundamento do direito de greve dos servidores públicos é diferente daquele que se verifica com relação aos trabalhadores em geral, de vez que, enquanto para estes o exercício de greve se relaciona com assuntos

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998.

referentes a pretensões salariais, não poderão os servidores públicos exercê-lo com o mesmo fim.

Isso porque sendo os servidores públicos titulares de cargos públicos criados por lei, a qual fixa os respectivos vencimentos, não poderão eles realizar negociação coletiva que assegure vencimentos superiores ao determinado legalmente.

Assim sendo, a greve dos servidores públicos tem muito mais o sentido de atuar como pressão sobre o poder público, ante a impossibilidade de se realizar convenções coletivas acerca de dissídios salariais.

5 - ART. 37, VII, CR/88: EFICÁCIA CONTIDA OU LIMITADA?

A Constituição traz as normas que fundarão toda a ordem jurídica. Traz em seu bojo normas e princípios. Dentre as regras esposadas na Carta Magna, algumas têm aplicação imediata, outras são meramente programáticas e algumas trazem ressalvas, devendo ser reguladas por lei ordinária e complementar. Isso porque o constituinte houve por deferir ao legislador ordinário a tutela de situações que não poderiam constar no texto da própria Constituição.

A eficácia dessas normas carecedoras de regulamentação pelo legislador pode ser de dois tipos, segundo leciona SILVA⁶: **contida e limitada**.

As normas de eficácia limitada são aquelas cuja aplicação depende de norma que a regulamente

Por sua vez, normas de eficácia contida são aquelas que, tendo eficácia imediata, houve o constituinte prever que seu conteúdo poderia ter delimitado por norma inferior - lei complementar ou ordinária. Assim as define SILVA⁷:

⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁷ *Idem*, p. 116

Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à interpretação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.

Entretanto, é de se salientar que não é fácil diferenciá-las das normas de eficácia limitada, cumprindo verificar, em cada caso, a aplicabilidade imediata da norma em que haja a previsão de legislação ulterior que a regule.

No caso específico do direito de greve dos servidores públicos, muito embora haja inúmeros posicionamentos em contrário, peço vênica para concordar com José Afonso da Silva e Celso Antônio Bandeira de Mello, quando afirmam que se trata de norma de eficácia contida.

De fato, não se pode olvidar do caráter de direito fundamental da norma em análise. Muito embora não esteja arrolado este direito no art. 9º, que trata do direito de greve do trabalhador em geral, o dispositivo que dá aos servidores públicos o direito à greve, não se afasta do caráter deste, concedendo-lhe o direito, o qual poderá ser limitado nos termos da lei, visto que as normas definidoras de direitos têm, em nosso sistema constitucional, aplicabilidade imediata.

Assim, não é razoável imaginar que a Constituição tenha criado um direito o qual apenas poderá ser exercido no momento em que o legislador tenha a boa vontade de criar uma norma, regulando-o.

Sendo os direitos assegurados constitucionalmente limites à atuação do Estado e/ou norteadores dessa mesma atuação, não é concebível que tenha a possibilidade de dispor dos mesmos, sob pena de inocuidade.

Destarte, é de se considerar o direito à greve por parte dos servidores públicos imediatamente aplicável, não sendo condição a esta aplicabilidade a existência de norma que a regulamente.

6 - (DES)ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Longe de se tratar de matéria pacífica, o direito de greve dos servidores públicos tem sido alvo de intensos debates por parte dos nossos Tribunais, inclusive superiores.

Basicamente, são três os principais posicionamentos esposados pelas nossas cortes: a) o primeiro, de que os movimentos paredistas por parte dos integrantes do serviço público são ilegais, de vez que a previsão constitucional é inaplicável à mingua de regulamentação infraconstitucional; b) o segundo, que afirma que o direito à greve assegurado aos servidores públicos é desde já aplicável, mas que, à falta de regulamentação, deve ser aplicada a legislação existente, e, portanto, os servidores devem ser punidos pelas faltas injustificadas ao trabalho através de desconto em folha de pagamento; e c) o terceiro, segundo o qual é injustificável tolher direito constitucionalmente assegurado, bem como punir o servidor pela inexistência da legislação regulamentar imputável apenas à omissão do poder público.

De um modo geral, então, os Tribunais têm se filiado a uma das três correntes, não raro sendo possível encontrar em uma mesma Corte decisões nos três sentidos.

O Supremo Tribunal Federal, por primeiro, tem firmado o entendimento de que a norma constitucional que franqueia aos servidores públicos o direito à greve é de eficácia limitada, carecendo de regulamentação para sua aplicação, conforme definiu no Mandado de Injunção nº 20, julgado em 19 de maio de 1994, tendo por Relator o Ministro Celso de Mello, conforme ementa abaixo colacionada:

STF: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VIII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. *O preceito constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se,*

objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina. - *grifos nossos*

Por seu turno, o Superior Tribunal de Justiça admite como possível o exercício do direito à greve por parte dos servidores públicos, sendo que afirma ser medida legal o desconto em folha pelas ausências injustificadas dos referidos servidores, em função da adesão ao movimento paredista. Há também decisões do STJ no sentido de serem ilegais os movimentos grevistas por falta de regulamentação da norma constitucional, seguindo entendimento do Supremo Tribunal Federal:

STJ: CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. SERVIDORES ESTADUAIS. GREVE. PARALISAÇÃO. DESCONTO DE VENCIMENTOS. GRATIFICAÇÕES DE FUNÇÃO. PAGAMENTO RESTABELECIDO. - O DIREITO DE GREVE ASSEGURADO NA CARTA MAGNA AOS SERVIDORES PÚBLICOS, EMBORA PENDENTE DE REGULAMENTAÇÃO (ART. 37, VII), PODE SER EXERCIDO, O QUE NÃO IMPORTA NA PARALISAÇÃO DOS SERVIÇOS SEM

O CONSEQÜENTE DESCONTO DA REMUNERAÇÃO RELATIVA AOS DIAS DE FALTA AO TRABALHO, À MÍNGUA DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL DEFINIDORA DO ASSUNTO. RMS 8426 / PR Rel. Min. Vicente Leal. Publicado no DJ 23.03.1998 p. 176 - *excerto; grifos nossos*

STJ: NÃO É AUTO-APLICÁVEL A DISPOSIÇÃO AGASALHADA NO ART. 37, VII, DA CARTA POLÍTICA VIGENTE, POIS DEPENDE DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR. É NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA. LOGO, NÃO SE PODE FALAR EM DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. PRECEDENTES: STF (DJU, SEÇÃO I, ED. DE 01.08.90, P. 7056/7057, REL. MINISTRO CARLOS VELLOSO) E STJ (RMS N. 669-PR, 1A. TURMA, JULGADO EM 06/05/91, REL. MINISTRO GERALDO SOBRAL). - RMS 2676 / SC - Rel. Min. Anselmo Santiago. Publicado no DJ 30.08.1993 p. 17311 - *excerto; grifos nossos*

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região, também traz precedentes nos três sentidos já citados:

TRF5; ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DIREITO DE GREVE. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO POR LEI ESPECÍFICA. DESCONTOS NOS VENCIMENTOS. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. Precedente do STF. Subsiste a ilegalidade da greve de servidores públicos enquanto não se lhe estabelecerem, por meio de lei específica, as condições e restrições para seu efetivo exercício, a rigor

do que dispõe o art. 37, VII da CF/88, alterado pela EC nº 19, de 1998. - AMS 78548/SE Rel. Des. Fed. Paulo Machado Cordeiro. Julgado em 28/10/2004 - *excerta; grifos nossos*

TRF5: PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL SERVIDORES PÚBLICOS - GREVE - ART. 37, VII, DA CF/88 - NECESSIDADE DE NORMA INTEGRALIZADORA - PRECEDENTES DO STF - DESCONTO DOS DIAS PARADOS - POSSIBILIDADE. 1. NO ÂMBITO DO EXCELSO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM REITERADOS JULGADOS, RESTOU CONSIGNADA A NECESSIDADE DE INTEGRALIZAÇÃO DA NORMA PREVISTA NO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL (ART. 37, VII), QUE GARANTE O DIREITO DE GREVE AOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS, PARA DEFINIR OS TERMOS E OS LIMITES DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTE: (STF - MI 485/MT-PLENO - REL. MIN. MAURÍCIO CORRÊA - DJ DE 23-08-2002, PP-00071). 2. ENCONTRA-SE PACIFICADO PELA JURISPRUDÊNCIA DO COLENO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA O POSICIONAMENTO NO SENTIDO DE QUE É ASSEGURADO AO SERVIDOR PÚBLICO O DIREITO DE GREVE, MAS NÃO HÁ IMPEDIMENTO, NEM CONSTITUI ILEGALIDADE, O DESCONTO DOS DIAS DE PARALISAÇÃO EM RAZÃO DE MOVIMENTO GREVISTA. PRECEDENTE: (STJ - AGRG NA SS 1363/PR - CORTE ESPECIAL - REL. MIN. EDSON VIDIGAL - DJU 09.02.2005 P. 165) - "(...) É PACÍFICO O ENTENDIMENTO NESTA CORTE DE QUE O DIREITO DE GREVE, CONSTITUCIONALMENTE

ASSEGURADO AOS SERVIDORES PÚBLICOS, NÃO IMPORTA, VIA DE REGRA, NA PARALISAÇÃO DOS SERVIÇOS SEM O CONSEQÜENTE DESCONTO DA REMUNERAÇÃO RELATIVA AOS DIAS DE FALTA AO SERVIÇO. 3. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO". 3. RECENTEMENTE, EM 17.08.2005, EM SEDE DE DECISÃO LIMINAR, O PRESIDENTE DESTA EGRÉGIO TRF5, DES. FED. FRANCISCO CAVALCANTI, SUSPENDEU OS EFEITOS DA LIMINAR CONCEDIDA PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU, QUE PROIBIA O DESCONTO DOS DIAS DE PARALISAÇÃO DOS SERVIDORES DO INSS EM RAZÃO DA GREVE OCORRIDA, COM RESPALDO EM DECISÃO DO EXCELSO STF, PROFERIDA NO SS-2759/BA, PROCESSO DOS GREVISTAS DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DA BAHIA, NO QUAL O PRESIDENTE, MINISTRO NELSON JOBIM, AUTORIZOU O DESCONTO DOS DIAS PARADOS NA FOLHA DE PAGAMENTO DOS SERVIDORES PARTICIPANTES DA GREVE. 4. CONSOANTE ORIENTAÇÃO DE NOSSAS CORTES SUPERIORES, É DE SE RECONHECER QUE NÃO CONSTITUI ILEGALIDADE, NEM HÁ VEDAÇÃO LEGAL, A TEOR DA LEI Nº. 8.112/90, E DO DECRETO Nº 1.480/95, PARA O DESCONTO DOS DIAS DE FALTA AO SERVIÇO, DOS SERVIDORES PÚBLICOS, EM RAZÃO DE MOVIMENTO GREVISTA, DEVENDO SER REFORMADA A SENTENÇA A QUO. 5. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDA. - AC 364543/RN - Rel. Des. Fed. Ubaldo Ataíde Cavalcante. Julgado em 10/09/2005 - *grifos nossos*

TRF5: - A FALTA DE REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE GREVE NÃO JUSTIFICA O DESCON-

TO DA REMUNERAÇÃO DOS DIAS PARALISADOS, SOB PENA DE EXTIRPAÇÃO DE UM DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO E OMISSÃO INDEFINIDA DO PODER PÚBLICO EM REGULAMENTÁ-LO. SS 6529/01/PE - Rel. Des. Fed. Francisco Cavalcanti. Julgado em 27/07/2005. *excerto*

Em verdade, esta última posição merece aplauso e acolhida dos tribunais nacionais, à vista de que revela uma interpretação coerente com o espírito da nossa "Constituição Cidadã".

Entretanto, a maioria das decisões dos nossos Tribunais continuam seguindo as primeiras posições citadas, que são jurisprudencialmente dominantes, embora representem cerceamento do direito assegurado, direta ou indiretamente, através do "corte de ponto" dos servidores, consistindo em interpretação *a contrario sensu* da norma constitucional.

Inobstante - e felizmente, diga-se - tais entendimentos retrógrados e teleologicamente inconstitucionais vêm perdendo espaço, enquanto que a terceira corrente vem aparecendo como interpretação mais coerente, esperando-se que em breve alcance nossos Tribunais Superiores. Nesse sentido, entendendo que o direito dos servidores públicos à greve é constitucionalmente garantido, não podendo ser turbado pela ausência legislativa ou transversamente através da suspensão dos vencimentos ou registro de faltas funcionais. Tal é a inteligência dos acórdãos abaixo transcritos:

TJRS: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. DIREITO DE GREVE. NÃO ABUSO NO SEU EXERCÍCIO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO. MORA DO CONGRESSO NACIO-

NAL. A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA ASSEGURA AOS SERVIDORES PÚBLICOS O DIREITO DE GREVE (ART.37, VI). NOS LIMITES PREVISTOS EM LEI. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL QUE NÃO PODERÁ VEDAR A PARALISAÇÃO DA ATIVIDADE FUNCIONAL, QUE SE CONSTITUÍNA ESSÊNCIA DO DIREITO DE GREVE. UNIVERSALMENTE RECONHECIDA PELOS PAÍSES NOS QUAIS VIGE O ESTADO DE DIREITO. E A MORA DO CONGRESSO NACIONAL EM REGULAMENTAR ESSE DIREITO NÃO IMPEDE SEJA EXERCIDIDO, OBSERVADOS ANALOGICAMENTE OS PRINCÍPIOS E LEIS QUE EXISTEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO-NORMATIVO. DIREITO EXERCITÁVEL MESMO PARA O SERVIDOR QUE SE ENCONTRAR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO, EM SIMETRIA AOS FUNCIONÁRIOS ESTÁVEIS NO SERVIÇO PÚBLICO. PARECER, DE RESTO, DA CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA - TRATA-SE DE SERVIDOR DA JUSTIÇA - RECONHECENDO COMO ÓTIMO O DESEMPENHO FUNCIONAL DO SERVIDOR ORA IMPETRANTE, FATOR A SER CONSIDERADO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO PRESENTE NO SENTIDO SEJA ESTABILIZADO NO SERVIÇO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DA ORDEM IMPETRADA. VOTOS VENCIDOS. Mandado de Segurança Nº 596202762, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Vellinho de Lacerda, Julgado em 02/12/1996 - *grifos nossos*

TRF4: DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS. FALTA DE REGULAMENTAÇÃO. DESCONTO DE VENCIMENTOS. - A não-regulamenta-

ção de um direito garantido constitucionalmente não o extingue, tampouco autoriza a punição de quem o exerce. Entender que um direito é não-exercitável vista a falta de regulamentação, é negar o próprio direito. EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL 2001.71.00.031196-8 – julgado em 11/04/2005 – grifos nossos

TRF4: SERVIDOR PÚBLICO - GREVE - FALTAS INJUSTIFICADAS - ANULAÇÃO. CABIMENTO. 1 - Embora a Constituição de 1988 tenha reconhecido ao servidor público o direito de greve, condicionou seu exercício aos limites a serem fixados em lei complementar (art. 37, VII), que sabidamente não foi editada, como não o foi também a 'lei específica' que, pela a Emenda Constitucional nº 19/98, hoje seria bastante. 2 - *A mora do Legislativo não pode impedir o exercício do direito de greve e não autoriza a administração a imputar faltas injustificadas aos servidores grevistas, à míngua de autorização legal ou de deliberação negociada.* 3 - Apelo provido." (AC nº 6.04.05017-6/RS, Rel Juiz Antônio Albino Ramos de Oliveira, unanimidade, julgado em 15.08.2000)

7 - CONCLUSÕES

A Constituição Republicana de 1988, juntamente com uma série de direitos, logrou garantir ao servidor público o exercício da greve e da livre associação sindical.

Deste modo, seguiu tendência mundial, contida, inclusive, em recomendação da OIT, que preceitua sejam abertos meios de resolverem-se os dissídios entre o Poder Público e seus servidores.

É certo, entretanto, que os movimentos paredistas por parte dos servidores do poder público, por força dos prin-

cípios que regem a Administração Pública, devem ter alguns limites, mormente no que refere à continuidade do serviço público e à manutenção dos serviços essenciais.

Por este motivo, o Constituinte estabeleceu que o direito à greve seria exercido nos termos de lei complementar, sendo que a Emenda 19 modificou esta disposição, delegando à lei ordinária a regulamentação da greve dos servidores públicos.

Em nenhuma das duas hipóteses, entretanto, houve o legislador infraconstitucional por editar a lei regulamentadora, surgindo a questão se o direito seria desde logo exercitável.

Uma parcela da doutrina entende que o direito assegurado no art. 37, inciso VII, da Constituição da República, não seria de logo aplicável, por se tratar de norma de eficácia limitada, carecendo da norma citada no texto constitucional a fim de se fazer exercitar. A essa corrente filia-se o STF, conforme entendimento esposado no Mandado de Injunção nº 20, relatado pelo Ministro Celso de Mello.

Outros, por sua vez, entendem que o direito conferido pela Carta Constitucional no supracitado dispositivo é de aplicação imediata, apenas logrando a norma infraconstitucional especificar seu limite, tratando-se, pois, de norma de eficácia contida. Nesse sentido, José Afonso da Silva, Celso Antônio Bandeira de Mello e emergente corrente jurisprudencial.

Ora, como se pode entender que o direito criado pela Constituição estará ao alvitre do legislador infraconstitucional ou do "quase-legislador" poder judiciário? Se a Constituição da República Federativa do Brasil conferiu aos servidores públicos o direito de associar-se em sindicato e de promover movimentos grevistas, não condicionaria tais direitos à "boa vontade" dos deputados em votar a lei que regulamentasse tal direito.

Nem tampouco imaginou o constituinte que o direito fosse reconhecido, mas que, aos que exercessem a greve, fossem descontados os dias de não comparecimento por não se poder justificar as ausências por "falta de amparo legal".

A má vontade política neste caso, como em muitos outros, tem obstado o correto exercício das garantias trazidas pela tantas vezes vilipendiada "Constituição Cidadã".

Concluindo estas linhas acerca de ponto tão sensível, mister trazer o esclarecedor voto do Desembargador Federal Edgard A Lippman Júnior, nos Embargos infringentes em Apelação Cível 2001.71.00.031196-8/RS, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

A questão, restrita à divergência, enseja uma análise sistêmica das disposições constitucionais.

A Constituição de 1988, no tocante ao direito de greve, garantiu significativo avanço às relações trabalhistas, bem como esboçou certa tendência evolutiva no que concerne às relações entre o servidor e a administração, como, por exemplo, garantindo-lhe o direito à greve.

A própria história da humanidade e, em especial, a do Brasil, demonstra que os grandes avanços legislativos resultam de reivindicações de grande relevo social, cujo exercício restou obstado pela cristalização das instituições e do próprio Direito - como ciência social - que não acompanharam a evolução da sociedade.

Em nossa história constitucional, chegou-se, em 1988, democraticamente, à "Carta Cidadã", documento considerado, à época, o mais avançado instrumento de organização sócio-política da sociedade. Entretanto, alguns dos direitos então garantidos, tiveram sua regulamentação delegada ao Estado e, transcorridos quase quinze anos de sua promulgação, tais garantias restam pairando em campo abstrato, sem instrumentos coercitivos hábeis a fazê-las valer concretamente.

No setor público, alguns dos avanços constitucionais esbarram na inércia do detentor da competência - estabelecida pela mesma CF/88 - para legislar acerca da matéria e que, em inúmeras situações, é o "empregador" contra o qual deveria valer o direito conquistado pelo servidor.

Assim, apesar do eminente caráter social e avançado traço progressista impresso pela Carta Constitucional de 1988, no tocante ao setor público, até o momento, em várias situações, inexistente legislação infraconstitucional (lei específica) que discipline o regimento constitucional.

Poder-se-ia citar, apenas exemplificativamente, o tempo de serviço prestado em condições insalubres e o próprio direito de greve, em questão neste feito.

Ora, o fim a que se destinou o movimento grevista é legítimo e busca preservar outro direito garantido constitucionalmente: direito à revisão anual de vencimentos.

A falta de regulamentação do direito previsto constitucionalmente não pode retirar do beneficiário (servidor) o direito de exercê-lo, assim como a mesma ausência de expediente normativo regulador não pode autorizar a administração a punir a quem exerce o direito não-regulamentado.

De tal sorte, o resguardo a um direito não pode implicar a supressão de outro, não sendo técnica recomendável atribuir-se primazia a um ou outro e, sim, buscar-se a harmonização dos dispositivos, atenuando-se os extremos de ambas as garantias conflitantes.

No caso concreto, o direito de greve, relativamente eficaz pela não-regulamentação, é atenuado pela manutenção de serviços públicos essenciais em funcionamento (direito garantido aos administrados) e traduz forma de exercício de outros direitos também fundamentais, como o da dignidade humana (justa retribuição pelo trabalho prestado) e o direito à vida (manutenção do valor aquisitivo do vencimento), que devem ser preservados.

Além, a doutrina inclina-se à teoria de que "Negar o direito de greve do servidor público civil, ou reconhecê-lo sob condição, é ignorar que antes mesmo de ser direito constitucionalmente reconhecido, a greve tem caráter de liberdade, e como tal, a rigor, prescinde de regulamentação para ser exercitável" (artigo doutrinário na "Jurisprudência Brasileira Trabalhista", nº 33/65, Juová).

Outra, a garantia de direito intangível, condicionado, ao qual falta concretude e a cujos beneficiários não são assegurados meios capazes de exigí-lo, mais se assemelha à negação do próprio direito dito garantido.

8 - REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 1998.

JORGE, Carlos Augusto. A greve do servidor público federal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 266, 30 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5018>>. Acesso em: 16 fev. 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2000.

SARAIVA, Josilma Batista. **Comentário aos projetos de lei que regulamentam o direito de greve dos servidores públicos**. Disponível em <http://www.fasubra.org.br/coordenacoes/juridico2/direito_greve/comentarios_projetos.htm>. Acesso em 16 de fevereiro de 2006.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

ASPECTOS PROCESSUAIS DA PRESCRIÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL: INTERRUPTÃO E DECRETAÇÃO EX OFFICIO

Marta Jussara Vila-Nova Alves de Lima
Bacharela em Direito pela Universidade
Federal de Pernambuco - UFPE; estudante
da Pós-graduação em Direito Civil e Proce-
so Civil (Empresarial) da Escola Superior
da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE,
em convênio com a Faculdade Maurício de
Nassau Servidora Pública dos quadros da
Justiça Federal Seção Judiciária de Recife

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - PRESCRIÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL. 3 - O
IMPACTO DAS ALTERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL NO ART. 219 DO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. 3.1 - A interrupção da prescrição
por despacho do juiz que ordenar a citação. 3.2 - A decretação ex officio da
prescrição. 4 - CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1 - INTRODUÇÃO

O estudo da prescrição suscita forte debate em decorrência das falhas de ordem técnica existentes no Código Civil de 1916, competindo à doutrina e à jurisprudência essa árdua tarefa de estabelecer os seus limites.

Nesse contexto, o Novo Código Civil promoveu uma série de inovações. Estabeleceu-se o conceito de prescrição, bem como se previram normas processuais afetas a este instituto as quais revogaram o Código de Processo Civil.

Assim, o presente trabalho será dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo, sem a pretensão de exaurir o tema, será feita uma abordagem sobre as discussões envolvendo a prescrição, culminando com o disciplinamento deste instituto pelo Novo Código Civil.

No segundo capítulo, tratar-se-á das normas processuais constantes no Novo Código Civil referentes à prescrição, que tiveram o condão de derrogar o art. 219 do Código de Processo Civil. Dessa forma, será abordada a modificação do fato gerador da interrupção do prazo prescricional, que se desloca da citação válida para o despacho que ordenar a citação, conforme o art. 202, I, do Código de Processo Civil.

Por fim, será abordada permissão conferida ao magistrado de decretação *ex officio* da prescrição, quando favorecer a absolutamente incapaz, conforme o art. 194 do Novo Código Civil, bem como as alterações promovidas pela nova Lei 11.280/2006, que revoga o referido art. 194 e modifica a redação do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil.

2 - PRESCRIÇÃO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Nos dizeres de Silvio Rodrigues: "De fato, dentro do instituto da prescrição, o personagem principal é o tempo"¹. Nessa ordem de raciocínio, o decurso do tempo constitui-se como força de propulsão da relação jurídica, produzindo efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos ou faculdades jurídicas.

¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.1, p. 317.

A conceituação de tal instituto gerou e ainda dá ensejo a muitas celeumas, mormente, em razão da grande deficiência quanto ao tratamento desse instituto pelo Código de 1916. Este diploma englobava todos os prazos sob o *nomem iuris* de prescrição. Isso porque a comissão encarregada da redação final do projeto de Código Civil brasileiro, sem prévia discussão e votação, suprimiu os prazos decadenciais constantes na parte especial e os incluiu no bojo do art. 178 da Parte Geral, que tratava especificamente dos prazos especiais de prescrição.²

Ante a ausência de parâmetros legais para a definição do instituto, competiu à doutrina e à Jurisprudência estabelecê-la. Tarefa esta inçada de dificuldades, conforme ressaltado pelo professor Humberto Theodoro Júnior, haja vista que, no direito comparado, não havia uniformidade de posições e conceitos que pudessem respaldar a delimitação do instituto em apreço.³

Esta diversidade de posições refletiu-se no âmbito da doutrina nacional. Estabeleceu-se uma divisão entre os juristas, de forma que entenderam alguns que a prescrição fulminaria o direito material⁴, tal qual o direito italiano⁵, e, em contrapartida, os prosélitos da tese de que a prescrição extinguiria apenas a ação, entre os quais, Orlando Gomes, que ensina que "a prescrição é o modo pelo qual o direito se extingue em

² MANSO, Costa M. Da prescrição intentada e da execução. *Revista dos Tribunais*, n. 85, São Paulo: RT, fev. 1933. p. 257 apud SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.27.

³ THEODORO Jr. Humberto. Prescrição e Decadência no Novo Código Civil: Alguns Aspectos Relevantes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 23, mai./jun. 2003. p. 130.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.1, n. 121, p. 435; SANTOS, Carvalho. *CBB interpretado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. III, p. 372.

⁵ THEODORO Jr. Humberto. Prescrição e Decadência no Novo Código Civil: Alguns Aspectos Relevantes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 23, mai./jun. 2003. p. 130.

virtude de inércia, durante certo lapso de tempo, do seu titular, que, em consequência, fica sem ação para assegurá-lo.”.

Pelas brilhantes conclusões a que chegaram, vale destacar os trabalhos realizados pelos professores Antônio Luiz da Câmara Leal e Agnelo Amorim Filho, que muito somaram à penosa empreitada de distinguir os institutos da prescrição e da decadência.

Câmara Leal destaca algumas características que diferenciariam a prescrição da decadência, quais sejam: a) assinala que a prescrição extingue a ação, e a decadência extingue o direito; b) o momento de início dos institutos seria diferente, de forma que a decadência tem início a partir do nascimento do direito, ao passo que a prescrição tem seu momento inicial quando o direito é violado; c) quanto à ação, na prescrição a ação nasce em momento posterior à constituição do direito, enquanto, na decadência, o direito e a ação surgem num mesmo momento.⁶

O professor da Universidade Federal da Paraíba, Agnelo Amorim Filho, apresentou importante estudo crítico sobre o tema, sob o título “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”. O mencionado doutrinador discorda do critério adotado pela doutrina majoritária de que a prescrição e a decadência fulminariam, respectivamente, a ação e o direito. Argumenta que “(...) tal critério, além de carecer de base científica, é absolutamente falho e inadequado, pois pretende fazer a distinção pelos efeitos e consequências (...), (...)” o que se procura é a causa, não os efeitos”.

A tese defendida pelo professor paraibano tem como fundamento os conceitos jurídicos desenvolvidos por Giuseppe Chiovenda quanto às categorias de direitos subjetivos e à

⁶ CAMARA LEAL, Antônio Luiz. Da Prescrição e da decadência. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 398.

classificação das ações. Os direitos subjetivos são divididos em duas grandes categorias, quais sejam, os direitos a uma prestação e os direitos potestativos. Naqueles há uma obrigação de uma prestação pessoal positiva ou negativa. Por sua vez, os direitos potestativos caracterizam-se pela sujeição de alguém, independentemente de sua manifestação volitiva, a determinados efeitos jurídicos a favor do titular do direito.

Conclui o professor Agnelo Amorim que apenas daria ensejo à prescrição os direitos a uma prestação, os quais seriam protegidos pelas ações condenatórias. Em contrapartida, daria lugar à ocorrência da decadência, os direitos potestativos, os quais seriam guarnecidos pela ação constitutiva. Nessa linha, o prazo será prescricional se a ação for condenatória; por outro lado, tratando-se de ação declaratória ou constitutiva com prazo especial de exercício fixado em lei, será caso de decadência.

Ante o aduzido, forçoso concluir que a prescrição está diretamente relacionada à influência do tempo sobre as relações jurídicas. A sua conceituação, no entanto, apresenta divergência, conforme se infere em diversos compêndios de Direito Civil. No entanto, abandonando a atecnia do Código revogado, que sequer distinguia decadência e prescrição, o Novo Código Civil posicionou-se no sentido de que a prescrição extingue a pretensão, afastando a tese de que o objeto da prescrição seria a perda do direito material.

A fim de corrigir as falhas de ordem técnica previstas no Código de 1916, diploma posterior traz louvável inovação ao estabelecer o objeto da prescrição. Assim, reza o art. 189 do Novo Código Civil: “violado o direito, nasce para o titular a **pretensão**, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.” - *grifo nosso*.

O ordenamento jurídico adotou a tese de que a prescrição extingue a pretensão. Portanto, a inércia do titular do direito fará desaparecer, tão-somente, o direito de exigir em Juízo a prestação inadimplida. Malgrado sem o respaldo da

pretensão, é certo que o direito subjetivo, de forma débil, continuará existindo.

O Novo Código Civil utilizou linguagem mais técnica ao estabelecer que a "pretensão" restaria fulminada pela prescrição. Evitou-se a utilização da expressão "ação", pois esta modernamente passou a pertencer ao âmbito do direito processual, saindo da seara do direito material. Em consonância com o direito alemão⁷, adotou-se o conceito de pretensão concebido por Widscheid, o qual "nada mais fez do que dar a denominação de pretensão ao que Savigny chamava de ação em sentido material"⁸.

Assim, "não será nem o direito subjetivo da parte, nem o direito processual de ação que a prescrição atinge, é apenas a pretensão de obter a prestação devida por quem a descumpriu (actio romana ou a ação em sentido material)"⁹. Logo, mesmo que a pretensão tenha sido extinta pela prescrição, poderá o titular do direito violado provocar a máquina judiciária, visto que o direito de ação não está relacionado ao acolhimento do seu pedido.

A título de ilustração, trago à colação comentários da comissão revisora sobre o termo "pretensão":

A expressão 'ação' usada pelo Código Civil é atacada pelos processualistas que salientam que a ação, sendo direito subjetivo público abstrato, independe do direito material e não prescreve. Acentuam que o que prescreve é o direito. Outros aludem à ação em direito material.

⁷ O código civil alemão de 1900 - Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) estabeleceu expressamente que a pretensão é o objeto da prescrição. In SANTANA, Hector Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. p. 34.

⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, s.d. p.157.

⁹ THEODORO Jr. Humberto. *Prescrição e Decadência no Novo Código Civil: Alguns Aspectos Relevantes*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 23, p.131, mai./jun. 2003.

Para evitar a discussão, e para atender à circunstância de que a prescrição é instituto de direito material, usou-se, no Projeto, do termo 'pretensão', que diz respeito à figura jurídica do campo do direito material, e se conceituou o que, no Projeto, se entende por essa expressão (art. 187). Procurou-se sanar, assim, um falha de ordem técnica do Código Civil.¹⁰

Destarte, atento ao conceito moderno de ação, que se encontra desvinculado do direito material, o legislador estabeleceu que o objeto da prescrição consiste na perda da pretensão. Dessa forma, a prescrição surge da inércia do titular da pretensão em fazê-la exercitar durante os prazos estabelecidos em lei. Mais, conforme Humberto Theodoro, a prescrição "faz nascer para o devedor uma exceção (ou defesa) que, se for utilizada, inibirá a pretensão do credor de exigir a prestação devida."¹¹

3 - O IMPACTO DAS ALTERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO CIVIL NO ART. 219 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Dada uma noção do conceito de prescrição à luz do Novo Código Civil, passaremos a analisar a repercussão das normas inseridas naquele diploma que influenciaram o Direito Processual.

Trata-se das normas heterotópicas, portanto, normas de caráter processual constantes em diploma de direito civil. Nesse sentido, interessante destacar lição do professor Leo-

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *A parte Geral do projeto de Código Civil brasileiro*, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2003. p. 158.

¹¹ THEODORO Jr. Humberto. *Prescrição e Decadência no Novo Código Civil: Alguns Aspectos Relevantes*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 23, mai./jun. 2003, p. 131.

nardo Cunha ao explicitar a relação de instrumentalidade do direito processual em relação ao direito material:

Dal porque o direito processual sofre inerentes influxos do direito material, com a estruturação de procedimentos adequados ao tipo de direito material, adaptando a correlata tutela jurisdicional. Não é estranho, inclusive, haver normas processuais em diplomas de direito material e, de outro lado, normas materiais em diplomas processuais (chamadas pela doutrina de normas heterotópicas (chamadas pela doutrina de norma heterotópicas)).¹²

Diversas são as normas constantes no Código Civil de 2002 que tiveram o condão de modificar o Código de Processo Civil, pois ante o conflito das normas aplicar-se-á o princípio intertemporal das normas consagrado na Lei de Introdução ao Código Civil.¹³

No presente ensaio, no entanto, não serão abordadas todas as regras heterotópicas eventualmente inseridas no Código Civil de 2002. Especificamente, tem-se a pretensão de apreciar, tão-somente, as alterações relativas à decretação *ex officio* e à interrupção da prescrição pelo despacho que ordenar a citação. Portanto, as modificações na Lei Adjetiva promovidas pelo art. 202, I, do Código Civil, bem como a repercussão do art. 194 do mesmo diploma, ora revogada pela Lei 11.280 de 16 de fevereiro de 2006.

3.1 – A interrupção da prescrição por despacho do juiz que ordenar a citação

Reza o art. 202, I, do Novo Código Civil¹⁴, que interromperá a prescrição o despacho que ordenar a citação. Tal norma não é inédita em nosso ordenamento jurídico, visto que a redação originária do art. 219 do Código de Processo Civil, a Lei de Execução Fiscal (art. 8º), bem como, atualmente, o Código Tributário Nacional, por força da Lei Complementar 118/2005, estabelecem que a interrupção do prazo prescricional efetiva-se com a prolação do despacho do cite-se.

Pressuposto para a caracterização da prescrição, a inércia do sujeito por determinado lapso temporal enseja a extinção da sua pretensão. Com a propositura da ação, todavia, o titular do direito violado deixa sua condição de inércia, "(...) a apresentação em juízo traduz uma atividade (o oposto de inércia) e justifica a interrupção da prescrição".¹⁵

O *caput* do art. 219 do Código de Processo Civil¹⁶ foi diretamente afetado pela alteração prevista no art. 202, I, do Novo Código Civil. Até o advento do Novo Código Civil, a citação válida implicava a interrupção da prescrição, além dos demais efeitos previstos no *caput* do art. 219 da Lei Adjetiva. Agora, com a vigência do Novo Código Civil, o reinício do prazo prescricional se dá a partir de ato processual anterior, qual seja, o despacho que ordenar a citação.

Portanto, sob a égide do Novo Código Civil, o despacho que ordenar a citação interrompe a prescrição. Destaque-se

¹⁴ Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á: I – por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual. – grifo nosso

¹⁵ CUNHA, Leonardo José Carneiro. Algumas Regras do Novo Código Civil e sua Repercussão no Processo – Prescrição, Decadência etc. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 5, p. 72.

¹⁶ Com redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973

¹² CUNHA, Leonardo José Carneiro. Algumas Regras do Novo Código Civil e sua Repercussão no Processo – Prescrição, Decadência etc. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 5, p. 70.

¹³ THEODORO Jr. Humberto. O novo Código Civil e as normas heterotópicas de natureza processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 32, p. 16, nov./dez. 2004.

que não será qualquer despacho que ensejará o recomeço do prazo prescricional, por exemplo, não se presta, para tal fim, aquele que determina a emenda da petição inicial, a correção da irregularidade de representação ou a intimação do autor para promover a citação dos litisconsortes necessários.

“É necessário que o magistrado tenha feito um juízo positivo, ainda que prévio/precário, da admissibilidade da causa (verificação da existência das condições da ação e pressupostos processuais), convocando o réu ao processo”.¹⁷ Com efeito, apenas tem o condão de interromper a prescrição o despacho que determinar a angularização da relação processual.

Cumpra destacar que embora haja antinomia do art. 202, I, do Código Civil de 2002 com a legislação processual, isso não implica que foi revogado todo o regramento da interrupção da prescrição, estabelecido no art. 219 do Código de Processo Civil.^{18 19} Assim, houve a derrogação apenas do *caput* do art. 219 do Código de Processo Civil. Dessa forma, o referido despacho acarretará a interrupção do prazo prescricional, retroagindo à data da propositura da demanda (art.

¹⁷ DIDIER Jr. Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 10.

¹⁸ DIDIER Jr. Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 11.

¹⁹ Interessante destacar lição do professor Fredier Didier, *op. cit.*, p. 11: “Parece-me totalmente aplicável o dispositivo, dès que se leve em consideração que o fato interruptivo é o despacho citatório. Determinada a citação pelo magistrado, interrompida estará a prescrição; sucede que a lei processual impõe que se a considere interrompida desde a data da propositura da causa, como medida de tutela jurídica do credor, plenamente aplicável no particular. O § 1º do art. 219 do CPC - 73 segue a sorte do *caput* desse dispositivo: como este foi parcialmente revogado, passa agora o parágrafo a “servir” à regra contida no art. 202 do CC-2002, como seu complemento. Ademais, deve-se lembrar que o parágrafo teve a sua redação alterada pela Lei federal n. 8.952/94, exatamente para beneficiar o credor - mesmo intuito da nova legislação codificada -, consolidando entendimento doutrinário e jurisprudencial da época. Eis como compatibilizarmos a nova regra do CC - 2002 com o regime da interrupção da prescrição contido no CPC”

263), conquanto o autor promova a citação no prazo estabelecido na norma processual (art. 219, §2º e § 3º²⁰).²¹

Assim, parece equivocada a tese de que o art. 202, I, do Código Civil de 2002 “ainda mantém a citação como fato gerador da interrupção da prescrição”, posto que aquele dispositivo condicionou a interrupção à promoção da citação pelo interessado no prazo e na forma da lei processual.^{22 23}

Primeiramente, faz-se mister diferenciar os termos “promover” e “efetivar” a citação. Promover a citação significa requerê-la e arcar com as despesas de diligência, ou seja, deve o interessado realizar as providências imprescindíveis para viabilizar-se o ato processual da citação. A efetivação desta, por sua vez, ocorrerá, em momento posterior, quando ocorrer o chamamento do réu para apresentar sua defesa em juízo.

Decerto, conforme se infere do art. 219 do Código de Processo Civil, o legislador condicionou a interrupção do prazo prescricional à “promoção” da citação - no prazo de 10 dias, podendo ser prorrogado até 90 dias. Deve, portanto, o autor, naquele prazo, realizar o pagamento das custas e informar o endereço do réu a fim de que o despacho tenha o condão de interromper o prazo prescricional. Caso contrário, corrigindo

²⁰ §§ 2º e 3º do art. 219 do CPC: § 2º Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. § 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.

²¹ CUNHA, Leonardo José Carneiro. Algumas Regras do Novo Código Civil e sua Repercussão no Processo - Prescrição, Decadência etc. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 5, p. 72.

²² CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Alguns impactos do Novo Código Civil no Direito Processual Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 06, p. 67.

²³ Nesse sentido, THEODORO Jr. Humberto. O Novo Código Civil e as normas heterotópicas de natureza processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 32, p. 17/18, nov./dez.2004.

esse defeito a destempo, a interrupção apenas ocorrerá com a efetivação da citação.

Nessa ordem de raciocínio, em regra, o despacho do "cite-se" acarretará a interrupção da prescrição. Constituem exceção os casos em que o autor não teria fornecidos os elementos imprescindíveis (endereço do réu + pagamento de custas) para proceder-se ao chamamento do réu ao processo para se defender naquele prazo.

Dessa forma, ao que parece, tal modificação trará grande repercussão prática diversamente do que ensina o professor Humberto Theodoro Jr.²⁴, que também insiste na tese de que a inovação trazida pelo art. 202, I, do Novo Código Civil seria apenas literal. Com a máxima vênia desse entendimento, tenho que há o deslocamento do fato gerador da interrupção, tanto que "diferentemente do que estabelecia o art. 175²⁵ do CC/1916 o novo código civil não desconsidera a interrupção da prescrição se a citação for nula ou vier a ser anulada"²⁶.

Ante o aduzido, forçoso concluir que devem ser conciliadas as normas do Novo Código Civil com as do Código de Processo Civil, de forma que, cumprindo o autor o ônus de promover a citação, nos prazos legais, a interrupção da pres-

²⁴ "A inovação, desta maneira, se deu apenas literalmente, porque, se a citação ocorrer fora do prazo do art. 219, § 2º, do CPC, não terá força interruptiva o despacho que a ordenou. Tudo na prática se manteve na mesma situação: sem a consumação da citação, não há interrupção alguma. Sempre haverá de se realizar a citação, e o efeito manifestar-se-á na data do despacho que a ordenou somente quando o cumprimento do ato citatório for tempestivo, segundo a lei processual. Mudaram-se os termos do enunciado legal, mas conservou-se o mesmo efeito concreto." In THEODORO Jr. Humberto, O Novo Código Civil e as normas heterotópicas de natureza processual, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 32, nov./dez. 2004, p.18.

²⁵ Art. 175. A prescrição não se interrompe com a citação nula por vício de forma, por circunducta, ou por se achar premissa a instância, ou a ação.

²⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro, Algumas Regras do Novo Código Civil e sua Repercussão no Processo - Prescrição, Decadência etc. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 5, p. 74.

crição, pelo despacho que ordenar a citação, deverá retroagir ao momento do ajuizamento da ação.

A interrupção do prazo prescricional em razão da prolação do despacho de cite-se, indubitavelmente, demonstra que o legislador está atento aos anseios sociais, que, no caso, espelha a necessidade de proteger o credor de eventuais manobras ardilosamente, não raro, aplicadas pelos devedores. Tal modificação, portanto, na esteira das recentes alterações às regras processuais prestigiou o princípio da efetividade do processo, mormente, apreciado o processo como instrumento de pacificação social.²⁷

3.2 - A decretação *ex officio* da prescrição

Certamente, a questão relativa à decretação *ex officio* consiste em questão bastante interessante, ante a possibilidade conferida ao juiz de, sem a necessidade de alegação do réu, extinguir processo cuja pretensão não mais produz seus efeitos.

Sem a intenção de esgotar o tema, interessante abordar o tratamento conferido pelo ordenamento à prescrição em face da teoria das exceções, mormente, ante as alterações promovidas pelo Novo Código Civil e a recente modificação pela Lei 11.280 de 16 de fevereiro de 2006²⁸.

A prescrição, em verdade, está relacionada ao nascimento de uma exceção. Dessa forma, Pontes de Miranda conceitua que "(...) prescrição é a exceção, que alguém tem, contra o que não exerceu, durante certo tempo, alguma regra jurídica fixa, a sua pretensão ou ação"²⁹. Assim, com a prescri-

²⁷ Nesse sentido, destaca: "os institutos da prescrição e da decadência têm como escopo a paz social e não o locumpletamento de quem quer que seja, ou muito menos a punição do credor em face da ocultação ou desaparecimento do devedor" in Tribunal Regional da 2ª Região, Apelação Civil 93.02.0204887-0, Relator, Juiz Alberto Nogueira, DJ 19.04.1994.

²⁸ Esta norma entrará em vigor noventa dias após a sua publicação, portanto, em 16 de maio de 2006.

²⁹ MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Bookseller: São Paulo, 2000. Tomo 5, p.135

ção, surge a possibilidade de o réu manejar defesa "apta a impedir ou retardar a eficácia de determinada pretensão manifestada pelo autor"³⁰.

Ensina Fredier Didier que a exceção substancial, em sua origem histórica, não admite seu conhecimento *ex officio* pelo magistrado por ser espécie de contradireito do réu em face do autor, e, como contradireito poderia ser objeto de demanda autônoma. Se tal exceção não fosse alegada pelo réu, o juiz que a conhecesse, ao arrepio de manifestação do demandado, violaria o princípio da demanda, previsto no art. 128 e 460 do Código de Processo Civil.³¹

Tal efeito diferencia a exceção substancial da objeção substancial – a decadência legal –, pois esta última poderá ser conhecida pelo magistrado independentemente de manifestação da parte ré. Observe-se que, na exceção substancial, não se discute a pretensão, posto que apenas retira-lhe a eficácia, ao passo que, na objeção, nega-se a existência da própria pretensão. Portanto, o acolhimento da objeção substancial reconhece a extinção da pretensão, e o acolhimento da exceção reconhece sua ineficácia.

Em que pese a conceituação doutrinária da exceção não admitir a sua decretação *ex officio*, veremos que o legislador atento aos aspectos práticos, que exigem a rápida solução dos conflitos, recentemente acabou por excepcionar tal regra.

O regime jurídico da decretação de ofício da prescrição tem sofrido substanciais alterações em nosso ordenamento jurídico. Inicialmente, a decretação *ex officio* era admitida nas causas que não versassem sobre direitos patrimoniais, nos termos do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil. Com o advento do novo Código Civil, aquele dispositivo foi

³⁰ DIDIER Jr., Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22.

³¹ DIDIER Jr., Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 21.

derrogado, pois o diploma de direito civil, em seu art. 194, autorizou a decretação de ofício quando favorecesse a absolutamente incapaz. Recentemente, a Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, ainda em *vacation legis*, promoveu mais uma modificação no regramento do instituto em estudo. A nova lei revogou o art. 194 do Código Civil e alterou a redação do §5º do art. 219 do Código de Processo Civil, determinando que "o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição".

A redação originária do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil faz referência a direitos patrimoniais para indicar a hipótese em que não caberia a decretação de ofício da prescrição. Essa dicotomia entre direitos patrimoniais ou não patrimoniais, não mais existe. Decorreu a utilização dessa expressão da atecnia do Código Civil de 1916, que não estabelecia a diferença entre prescrição e decadência. Em verdade, os direitos patrimoniais encerram prazo decadencial e o não patrimonial, prescricional. Assim, ensina o professor Leonardo Cunha "É que não há prazo prescricional que não diga respeito a questões patrimoniais. Daí se dizer que o juiz não poderia conhecer da prescrição de direitos patrimoniais, o que equivale a afirmar que o juiz não podia conhecer da prescrição."³².

Portanto, observa-se que o Código de Processo Civil atento à teoria das exceções, em verdade, não admitia a sua decretação *ex officio*, visto que as ações que versavam sobre os direitos não patrimoniais encerram prazo decadencial, não prescricional.

Essa, no entanto, não foi a diretriz adotada pelo Novo Código Civil que, por intermédio da norma prevista no art. 194, teria promovido efetiva derrogação do art. 219 do Código de Processo Civil. Assim, excepcionando a clássica conceituação das exceções substanciais que não admite a decretação de

³² CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Algumas Regras do Novo Código Civil e sua Repercussão no Processo – Prescrição, Decadência etc.* *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 5, p. 75, ago. 2003.

ofício pelo juiz, o Código Civil permitiu que o magistrado apreciasse, sem a alegação do réu, a prescrição quando em benefício de absolutamente incapaz. Ensina o professor Humberto Theodoro:

É sempre bom ter presente que o legislador não fica jungido às construções teóricas do doutrinador, quando busca disciplinar concretamente as relações sociais por meio do direito positivo. Ao jurista é que cabe conformar suas teorias à nova ordem jurídica imposta pelo legislador.³³

Recentemente, foi sancionada a Lei 11.280 de 16 de fevereiro de 2006 que resulta da aprovação de um dos 26 projetos enviados ao Congresso pelo Poder Executivo, no chamado "Pacto por um Judiciário mais Rápido e Republicano", que buscam imprimir alterações à legislação processual com o objetivo de diminuir a morosidade da Justiça.

O referido diploma legislativo alterou a redação do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil para estender, ainda mais, os poderes do juiz, pois tornou regra o que poderia ocorrer apenas excepcionalmente, ao autorizar a decretação *ex officio* da prescrição em todos os casos.

Portanto, atento à necessidade de conferir maior rapidez e eficiência ao processo civil brasileiro, permitiu-se, por intermédio da Lei 11.280 de 16 de fevereiro de 2006, a decretação *ex officio* da prescrição pelo juiz. Certamente, na prática, será bastante positiva a repercussão dessa modificação, porquanto possibilitará a redução do volume de processos, cuja pretensão não produz efeitos.

³³ THEODORO Jr. Humberto, O Novo Código Civil e as normas heterotópicas de natureza processual, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 32, p.19, nov./dez. 2004.

Com o advento da Lei 10.280/2006, o magistrado não mais será obrigado a desconsiderar a extinção da pretensão, determinando a produção de atos processuais inúteis, até que o réu suscite a exceção da prescrição. Encerrada a *vacation legis* do supracitado diploma legislativo, constatada a prescrição da pretensão, poderá o magistrado, antes mesmo da citação, extinguir o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

4 - CONCLUSÃO

O processualista José Carlos Barbosa Moreira, ao encerrar seus comentários sobre as modificações promovidas pelo Novo Código Civil no direito processual, afirma que "(...) há na Lei 10.406 o que louvar e o que criticar. O Novo Código Civil decerto invadiu aqui e ali a área do processo. Em mais de um caso, reconheça-se, veio suprir - com maior ou menor felicidade - deficiências do ordenamento processual. (...) "³⁴.

Dentre as inovações louváveis do novo diploma de direito material, a disciplina da prescrição constitui uma delas. É certo que o Código Civil de 2002 tem o mérito de corrigir falha de ordem técnica do diploma anterior, ao estabelecer o objeto da prescrição que consiste em aniquilar a pretensão. Ademais, no âmbito do direito processual, em consonância com o objetivo do atual movimento de reformas à norma processual, encerra normas heterônomas consistentes na interrupção e na decretação *ex officio* da prescrição que afetaram diretamente o teor do enunciado no caput e no § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil.

O art. 202, I, do Novo Código Civil estabeleceu novo momento para a interrupção do prazo prescricional, qual seja,

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Código Civil e o direito processual, *Revista Jurídica*, n. 304, fev. 2003, p.16.

o despacho que ordenar a citação. Dessa forma, conciliando-se aquele dispositivo com o art. 219 do Código de Processo Civil, a interrupção da prescrição pelo despacho retroage à propositura da ação, desde que o autor cumpra o ônus de promover a citação, nos prazos legais.

A interrupção do prazo prescricional em razão da prolação do despacho de cite-se, indubitavelmente, demonstra que o legislador está atento aos anseios sociais, que, no caso, espelha a necessidade de proteger o credor de eventuais manobras ardilosamente, não raro, aplicadas pelos devedores.

A possibilidade de decretação *ex officio* da prescrição, prevista no art. 194 do Novo Código Civil, nas hipóteses em que houvesse o favorecimento do absolutamente incapaz derogou o § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil. Tal alteração apenas iniciou a reforma à Lei Adjetiva, que culminou com o advento da Lei 11.280 de 16 de fevereiro de 2006, que ampliou ainda mais os poderes do juiz ao permitir que o magistrado reconheça, em qualquer caso, a existência da prescrição independente de manifestação do réu.

Destarte, as modificações promovidas pelo Novo Código Civil, bem como pela nova Lei 11.280/2006 permitirão o desenvolvimento de um processo mais célere e eficiente, permitindo que a jurisdição atenda o seu escopo principal, qual seja, a pacificação social.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. *A parte Geral do projeto de Código Civil brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, Valentino Aparecido. Prescrição no Novo Código Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 21, p. 124-132, dez. 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CAMPOS, Ricardo Ribeiro. Decadência e Prescrição no Novo Código Civil. *Revista Jurídica*, n. 320, p.65-72, jun. 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. Algumas Regras do Novo Código Civil e sua Repercussão no Processo – Prescrição, Decadência etc. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 5, p. 69-80, ago.2003.

DIDIER Jr., Fredie. *Regras Processuais no Novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2004.

CAMARA LEAL, Antônio Luiz. *Da Prescrição e da decadência*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Alguns impactos do Novo Código Civil no Direito Processual Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 06, p. 70-80, set. 2003.

MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Bookseller: São Paulo, 2000. Tomo 5.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Novo Código Civil e o direito processual. *Revista Jurídica*, n. 304, p.07-16, fev.2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.1.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva,1996. v.1

SANTANA, Héctor Valverde. Prescrição e decadência nas relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, André R. G. da. Alguns apontamentos sobre os institutos da prescrição e da decadência. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 7, p. 86-87, out. 2003.

THEODORO Jr. Humberto. O Novo Código Civil e as normas heterotópicas de natureza processual. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 32, nov./dez. 2004.

_____. Prescrição e Decadência no Novo Código Civil: Alguns Aspectos Relevantes. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 23, p. 128-147, mai./jun. 2003.

O CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI E OS EFEITOS DA RESOLUÇÃO Nº 71/2005 DO SENADO FEDERAL¹

Maurício Barboza de Melo

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Pós-Graduando *lata sensu* em Direito Constitucional, Tributário e Administrativo pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE. Representante Acadêmico do Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário. Advogado.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - CONTEXTUALIZAÇÃO. 2.1 - Histórico Legislativo do Crédito-Prêmio de IPI. 2.2 - Histórico Judicial do Crédito-Prêmio. As Manifestações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A Edição da Resolução nº 71/2005 do Senado Federal. 3 - A COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE E SEUS LIMITES. 4 - O CONTEÚDO DA RESOLUÇÃO Nº 71/2005 E O SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO PRESERVADA A VIGÊNCIA DO QUE REMANESCE DO ART. 1º DO DECRETO-LEI Nº 491, DE 5 DE MARÇO DE 1969. 5 - O STATUS DA RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL E OS EFEITOS DA AFIRMAÇÃO DA PRESERVAÇÃO DA VIGÊNCIA DO CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI. 6 - CONCLUSÕES. 7 - REFERÊNCIAS

¹ Trabalho apresentado para avaliação da disciplina de Direito Tributário Geral, ministrada pelo Professor João Hélio de Farias Moraes Coutinho, no Curso de Pós-Graduação *lata sensu* em Direito Constitucional, Tributário e Administrativo da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

1 - INTRODUÇÃO

No presente trabalho, o que propomos é uma breve análise acerca da recém-editada Resolução 71 de 27 de dezembro de 2005, do Senado Federal, por meio da qual quedou-se suspensa a execução no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.724/79, da locução "ou reduzir temporária ou definitivamente, ou extinguir" e, no inciso I do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.894/81, das expressões "reduzi-los" e "suspendê-los ou extingui-los", procurando-se definir: (i) os limites da competência atribuída ao Senado Federal por meio do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, analisando-se a conformidade da Resolução nº 71/2005 com a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal; (ii) o conteúdo da referida Resolução, destacando-se a natureza da expressão veiculada pelo art. 1º da multicitada Resolução, "preservada a vigência do que remanesce do art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969" e, por derradeiro, (iii) os efeitos da assertiva que afirma a subsistência do crédito-prêmio de IPI.

O debate que procuramos desenvolver com este estudo mostra-se de grande relevância do ponto de vista prático para o segmento industrial da economia brasileira, considerando-se os efeitos – especialmente financeiros – resultantes da edição da Resolução.

2 - CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1 - Histórico Legislativo do Crédito-Prêmio de IPI

Impulsionado pelo propósito da promoção do desenvolvimento econômico e social do brasileiro, o Governo Federal editou o Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1966, por meio do qual foi instituído um incentivo às exportações de produtos manufaturados consubstanciado no direito ao

aproveitamento de créditos incidentes sobre o montante das vendas destinadas à exportação, como meio de ressarcimento de tributos pagos internamente.

Posteriormente, o Decreto-lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972, ampliou o incentivo para também abranger as operações pelas quais o produtor vende sua produção no mercado interno à empresa comercial exportadora, desde que com o fim de destiná-la ao exterior, garantindo-se ao produtor o direito ao crédito-prêmio tanto nos casos em que realizava diretamente a exportação, quanto nos caso em que os vendia no mercado interno à empresa que os destinasse ao exterior.

Anos depois, foi expedido o Decreto-lei nº 1.658, de 24 de janeiro de 1979, por meio do qual restou estabelecida a extinção gradual do incentivo, até sua eliminação total a partir de 30 de junho de 1983. Pouco menos de onze meses depois, em 3 de dezembro de 1979, veio a lume o Decreto-lei nº 1.722, cujo texto previa a extinção gradual da subvenção até 30 de junho de 1983. Quatro dias depois, o presidente da República baixou o Decreto-lei nº 1.724, de 7 de dezembro de 1979, revogando a regra que estabelecia a supressão, mas delegando competência ao Ministro da Fazenda para aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, como também extinguir o direito ao crédito nas operações destinadas à exportação. Ante a delegação, o Ministro da Fazenda editou a Portaria nº 960/79, declarando extinto o direito ao crédito-prêmio a partir de 30 de junho de 1983.

Passados alguns anos, o artigo 1º do Decreto-lei nº 1.894, de 16 de dezembro de 1981, restabeleceu o incentivo sem definição de prazo e o estendeu às empresas comerciais que realizassem operações de exportação, determinando para isso a alteração originária do artigo 3º do Decreto-lei nº 1.248/72. Tratou, ainda, de delegar novamente ao Ministro da Fazenda a competência para extinguir o direito ao crédito-prê-

mio, o que foi feito através da Portaria nº 78 de 1º de abril de 1981, que também previa a extinção de forma gradativa até 30 de junho de 1983, oportunidade em que cessaria por completo o benefício. Por fim, sob o pálio desse último decreto-lei, foram editadas as Portarias nº 252, de 29 de novembro de 1982 e nº 176, de 12 de setembro de 1984, ambas do Ministro da Fazenda, e que acabaram por extinguir o crédito-prêmio com efeitos a partir de 1º de maio de 1985.

Foi diante desse contexto que se iniciou um verdadeiro combate perante o Poder Judiciário a fim de se saber se os instrumentos utilizados pelo Poder Executivo eram legítimos para a obtenção do fim perquirido.

2.2 - Histórico Judicial do Crédito-Prêmio. As Manifestações do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A Edição da Resolução Nº 71/2005 Do Senado Federal

Diante da iniciativa do Governo Federal de a partir de maio de 1985 determinar a extinção do crédito-prêmio de IPI, uma explosiva reação dos contribuintes, traduzida em quase duas décadas de discussões judiciais trilhadas principalmente no âmbito dos tribunais de primeiro e segundo grau, acabou por culminar, em fins de 2001, com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal - quando do julgamento de quatro recursos extraordinários - pela inconstitucionalidade da suspensão ou revogação do crédito-prêmio de IPI por meio de portarias ministeriais.

Tais decisões - em desfavor da Fazenda Pública Federal - geraram a expedição dos Ofícios nº 11, 15 e 17 de 2002, e do Ofício nº 11/2003, enviados pelo Supremo Tribunal Federal ao Presidente do Senado Federal, informando o conteúdo das decisões para efeito do disposto no art. 52, X, da Constituição Federal de 1988, ou seja, para que, caso o Senado

entendesse conveniente e oportuno, suspendesse os efeitos das normas declaradas inconstitucionais.

Derrotada no Supremo Tribunal Federal, a União - representada pela Procuradoria da Fazenda Nacional - movida pela vultosa perda de arrecadação gerada por tais decisões, buscou no Superior Tribunal de Justiça o encampamento de antiga tese - que inclusive já havia sido rechaçada pela 1ª Seção dessa Corte - segundo a qual diante da declaração de inconstitucionalidade das normas que autorizavam a extinção do crédito-prêmio por meio de portaria ministerial, voltaria a ter vigência o decreto-lei nº 1.658/79, cujo texto previa como termo final para a extinção do incentivo o mês de junho de 1983.

Inicialmente, a Fazenda Nacional obteve na Primeira Turma do STJ, quando do julgamento do Recurso Especial nº 591.708, por três votos a um, a vitória de sua tese. Depois disso, tendo a questão sido afetada à competência da Primeira Seção, esta, ao concluir o julgamento do Recurso Especial nº 541.239, por cinco votos a três, acolheu a tese da Fazenda, reconhecendo a revogação do crédito-prêmio de IPI em junho de 1983.

Quase dois meses depois da conclusão do julgamento realizado pela Primeira Seção do STJ, o Senado Federal, por meio da Resolução nº 71/2005, suspendeu a execução da expressão "ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir" veiculada pelo inciso I, do art. 3º do Decreto-lei nº 1.894/81, bem assim das expressões "reduzi-los" e "suspendê-los ou extingui-los", esclarecendo - e isso está expresso no texto da Resolução - que fica "preservada a vigência do que remanesce do art. 1º do Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969". Eis o texto integral da Resolução:

O Senado Federal, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pelo inciso X do art. 52 da Constituição Federal e tendo em vista o disposto em seu Regimento Inter-

no, e nos estritos termos das decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal,

Considerando a declaração de inconstitucionalidade de textos de diplomas legais, conforme decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nos autos dos Recursos Extraordinários nºs 180.828, 186.623, 250.288 e 186.359,

Considerando as disposições expressas que conferem vigência ao estímulo fiscal conhecido como "crédito-prêmio de IPI", instituído pelo art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969, em face dos arts. 1º e 3º do Decreto-Lei nº 1.248, de 29 de novembro de 1972; dos arts. 1º e 2º do Decreto-Lei nº 1.894, de 16 de dezembro de 1981, assim como do art. 18 da Lei nº 7.739, de 16 de março de 1989; do § 1º e incisos II e III do art. 1º da Lei nº 8.402, de 8 de janeiro de 1992, e, ainda, dos arts. 176 e 177 do Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002; e do art. 4º da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004,

Considerando que o Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, declarou a inconstitucionalidade de termos legais com a ressalva final dos dispositivos legais em vigor, RESOLVE:

Art. 1º É suspensa a execução, no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.724, de 7 de dezembro de 1979, da expressão "ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou extinguir", e, no inciso I do art. 3º do Decreto-Lei nº 1.894, de 16 de dezembro de 1981, das expressões "reduzi-los" e "suspendê-los ou extingui-los", preservada a vigência do que remanesce do art. 1º do Decreto-Lei nº 491, de 5 de março de 1969.

Art. 2º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

3 - A COMPETÊNCIA DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE E SEUS LIMITES

Como se sabe, a competência conferida ao Senado Federal decorrente do disposto no art. 52, inciso X da Carta Política, implica a autorização para a suspensão de execução das leis (em sentido formal e material) declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em decisão definitiva, proferida no exercício do controle concreto da constitucionalidade.

Saliente-se que, ante a ausência de previsão constitucional específica, não há prazo para a deliberação do Senado Federal, nem tampouco qualquer sanção no caso de sua omissão. Sendo, contudo, decidido pela edição do ato previsto no art. 52, X, da CF/88 não pode o Senado Federal rever a resolução suspensiva, sendo esta, pois, irrevogável.

Note-se, ainda, que o Senado pode suspender - no todo ou em parte - a execução do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, pode o Senado suspender a execução de parte apenas de uma lei declarada, por inteiro, inconstitucional pelo STF.

Trata-se - a resolução suspensiva - de verdadeiro ato político que empresta eficácia *erga omnes* à decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em caso concreto. Isso porque dispõe o Senado Federal de competência genérica e não de um dever constitucionalmente determinado de agir, consistindo em atividade discricionária de natureza política.

A Resolução, não obstante seu caráter político, é ato legislativo, obrigando os demais poderes como qualquer outra lei, quanto a isso não há dúvida.

Na doutrina a dúvida reside no tocante aos efeitos temporais observados com a edição da Resolução. Vozes de renome perfilham entendimento segundo o qual a decisão (no caso

a resolução) produzirá efeitos meramente prospectivos, ou seja, para o futuro.

Não obstante, adotamos, *data máxima venia*, a tese encampada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal que estabeleceu que "a suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional²".

Assim, vê-se que a competência constitucional atribuída ao Senado Federal (art. 52, X, da CF/88), trata-se (i) de ato discricionário de natureza política, não sendo obrigatória a sua edição; (ii) a despeito da discricionariedade, em consonância com o entendimento jurisprudencial adotado pelo STF produz efeitos *erga omnes e ex tunc*, pelo que torna obrigatória a observância do ato editado pelo Senado (inclusive pelo Poder Público), não sendo observados quaisquer efeitos aos atos praticados sob o império da lei inconstitucional.

4 - O CONTEÚDO DA RESOLUÇÃO Nº 71/2005 E O SIGNIFICADO DA EXPRESSÃO PRESERVADA A VIGÊNCIA DO QUE REMANESCE DO ART. 1º DO DECRETO-LEI Nº 491, DE 5 DE MARÇO DE 1969

Como visto, a Resolução nº 71/2005 tratou de manifestar-se expressamente acerca da vigência do ordenamento jurídico afetado pela norma declarada inconstitucional. Para tanto afirmou em seu texto que se encontrava preservada a vigência do art. 1º do Decreto-lei nº 469/69, que instituiu o crédito-prêmio de IPI. Tal previsão teria sido de fato para rechaçar o posicionamento que entende extinto o benefício ou seria vinculação, em princípio inconseqüentemente veiculada no texto legal analisado?

² RMS 17.976, Relator Ministro Amaral Santos, RDA 105/111-113

Para nós a expressão transcrita substancia verdadeiro pressuposto para o exercício da competência privativa do Senado Federal estipulada no art. 52, X, da CF/88. Isso porque por meio dessa Resolução de nº 71/2005 a Câmara alta logrou cingir-se, conforme consta em suas próprias razões e considerações aos termos do juízo de inconstitucionalidade promovido pelo próprio STF, nos arestos que serviram de base para a expedição dos já referidos ofícios, juízo esse que se restringiu, como visto, a declarar haver o vício apenas em algumas expressões presentes nos Decretos-lei sem atingi-los na íntegra, preservando a parte remanescente desses textos normativos.

Veja-se que no processo subjetivo, ou seja, nos recursos extraordinários julgados pelo STF, a apreciação da questão prejudicial (qual seja a declaração de inconstitucionalidade) figura como premissa lógica inafastável, cujo saneamento prévio condiciona o exercício pleno da função jurisdicional, o pronunciamento de mérito.

É seguindo essa lógica que se conclui que a Colenda Corte Suprema ao apreciar os mencionados recursos extraordinários (ensejadores da edição da Resolução nº 71/2005), não apenas declarou a inconstitucionalidade das expressões contidas em tais Decretos-leis, mas também, desprovendo os recursos da União, julgou procedente os pedidos formulados pelos contribuintes, **reconhecendo a existência** do crédito-prêmio de IPI e a sua **permanência** no ordenamento jurídico.

Com efeito, o Senado em demonstração de prudência, fiel observância e respeito à decisão do STF, fez constar do texto a expressão "*preservada a vigência do que remanesce do art. 1º do Decreto-lei nº 491, de 5 de março de 1969*", tratando a referida expressão apenas de refletir a exata dimensão da declaração de inconstitucionalidade realizada pelo STF, assegurando (como resultado do exercício da faculdade do art. 52, X da CF/88) a extensão dos efeitos daqueles julgados, seja porque

restringiu-se a declarar haver o vício apenas em algumas expressões presentes nos Decretos-leis, sem atingi-los na íntegra, seja preservando a parte remanescente desses textos normativos não eivada de inconstitucionalidade, em particular a que conduz, ainda que indiretamente, à preservação da vigência do crédito-prêmio de IPI, tal como restou efetivamente ocorrido quando da apreciação dos recursos extraordinários ensejadores da resolução.

5 - O STATUS DA RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL E OS EFEITOS DA AFIRMAÇÃO DA PRESERVAÇÃO DA VIGÊNCIA DO CRÉDITO-PRÊMIO DE IPI

Superados os pontos relativos aos limites da competência do Senado Federal instituída pelo art. 52, X, da CF/88, e visto que Resolução nº 71/2005, editada pela Câmara Alta encontra-se pautada exatamente dentro dos limites outorgados pela Constituição Federal, indaga-se quais seriam os efeitos da afirmação da subsistência do crédito-prêmio de IPI veiculada na referida Resolução.

De proêmio cumpre registrar que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 59, enumera as espécies normativas primárias, ou seja, aquelas que retiram seu fundamento jurídico de validade diretamente da Própria Carta Magna, dentre elas, destaca-se no particular a Resolução.

Relativamente a tais espécies normativas, saliente-se o nosso entendimento no sentido de inexistir hierarquia (salvo no tocante às emendas constitucionais) entre elas, havendo de fato reserva de competência de matérias para cada uma delas.

Ora, uma vez que as resoluções senatoriais integram, nos termos do art. 59 da Constituição da República, o processo legislativo e, assim, substanciam atos legislativos, a Resolução 71/2005, tendo força de lei, vincula e obriga todos

os poderes estatais, os quais lhe devem fiel, adequada e integral observância, tal como sucede em relação a qualquer lei.

Sendo assim, tem-se que os efeitos da assertiva que afirma a subsistência do crédito-prêmio de IPI deve ser obrigatoriamente observada por toda a coletividade, inclusive o próprio Poder Público, em observância ao princípio da legalidade.

6 - CONCLUSÕES

Por tudo o quanto foi exposto é que nos posicionamos no sentido de que a competência do Senado Federal para editar resoluções que suspendam a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo STF, quando este atua no exercício da fiscalização incidental da constitucionalidade das leis, a despeito de ser ato discricionário, produz efeitos *erga omnes* e *extunc*.

Firmamos, ainda, o entendimento segundo o qual a expressão *preservada a vigência do que remanesce do art. 1º do Decreto-lei nº 493, de 5 de março de 1969*, apenas cuidou de traduzir os exatos termos e efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tendo o Senado exercido sua atribuição constitucional nos exatos limites delineados pela Carta Magna.

Por derradeiro, concluímos que ante o caráter normativo da resolução do Senado, uma vez que essa espécie legislativa integra o rol taxativo do art. 59 da CF/88, temos que o ato em estudo, uma vez editado, passa a integrar o ordenamento jurídico com verdadeiro *status* de lei ordinária, devendo, pois, ser observada por toda a coletividade, bem como pelo Poder Público.

7 - REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 5 ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

BARROS, Sérgio Resende. *O Senado e o Controle de Constitucionalidade*. Disponível em <http://www.srbarros.com.br/artigos.php?TextID=75>.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de Direito Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4. ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo : Malheiros, 2000.



Prática

SENTENÇA CRIMINAL.
DA POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO
DA ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO EM
CASO DE APLICAÇÃO DO ARTIGO
366 DO CÓDIGO DE PROCESSO
PENAL BRASILEIRO

Abner Apolinário da Silva

Juiz de Direito Substituto das Varas de
Execução das Penas Alternativas (VEPA) e
Crimes Contra Criança e Adolescente e
do Colégio Recursal Criminal.

Processo nº 001.2001.007652-3

SENTENÇA

EMENTA: DIREITO PENAL E PRO-
CESSUAL PENAL - HOMICÍDIO DE
TRÂNSITO - COLISÃO DE VEÍCULO
EM CRIANÇA NA VIA URBANA -
INCRIMINADO EM LUGAR INCÓG-
NITO - APLICABILIDADE, EM PARTE,
DO ART. 366 DO CPP - OFERECIDAS
ALEGAÇÕES DERRADEIRAS - DECI-
SÃO TERMINATIVA ABSOLUTÓRIA,
BASEADA NA PRODUÇÃO ANTE-
CIPADA DAS PROVAS REPUTADAS

COMO URGENTES - AUSENTE O DENUNCIADO À INSTRUÇÃO CRIMINAL - RECURSO DE OFÍCIO EM LOUVOR AO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.

1. Materialidade com sustentação em perícia tanatoscópica e exposição fotográfica. Colhida a oitiva das testemunhas relacionadas pela parte autora. As provas produzidas nesta etapa autorizam um juízo de valor, com possibilidade de absolvição. Diante disso, ao invés da suspensão do curso do processo, foi empreendida dinâmica ao mesmo, na antiga moldura do art. 366 do CPP, seguindo-se-lhes alegações derradeiras, nas quais a parte autora pediu a absolvição, com aplausos da defesa.
2. A inditosa vítima, de súbito, adentrou o leito da rua, desatenta, não se apercebendo do perigo que corria, fruto de seu temperamento arrebatado e da conduta, reiteradamente, contumaz.
3. As provas são lúcidas e fulgurantes, inclusive com testemunha ocular. São suficientes para firmar o convencimento de que o denunciado não incorreu no menoscabo de quaisquer das variáveis ensejadoras do delito culposo. A rigor, não conduziu o veículo com imperícia, imprudência ou negligência. A conduta dele não tisonou o texto codificado, não merecendo reparo do julgador.

4. É dever do Estado-judiciário, na seara criminal, buscar a verdade real, ou "verdade verdadeira". Se ela aflorou no primeiro momento para beneficiar o acusado, não seria justo deixar de declarar um direito líquido e certo, louvando-se da lacuna da lei, sob pena de se ter a esdrúxula e paradoxal situação da forma (processo) sobrelevar o conteúdo (direito). Seria um preciosismo que não se harmoniza com a visão moderna de reta justiça.
5. O justo passar-se por injusto constitui-se um atentado, vilipêndio, afronta e insulto à dignidade da pessoa; pior do que isto será admitir que aquele que tem o dever de declarar o direito se vê obrigado a manter-se calado, em obediência a mera regra formal.

O Estado-promotor apresentou denúncia contra I. S. DE L., qualificado nos autos, como incurso nas penas do art. 302, parágrafo único, IV, da Lei nº 9.503/97.

Diz a denúncia, em síntese, que no dia 27.03.2001, pelas 18.00 horas, o acusado guiava o veículo ônibus, da Empresa Vera Cruz, número de ordem 142, placa KKO 0776-PE, na Av. Sul, na altura do imóvel nº 524, quando invadiu a faixa divisória de trânsito, ao manobrar de forma imprudente, ocasionando a morte da vítima A. M. M.V., de 10 anos de idade.

A denúncia foi recebida em 17.05.2001 (f.02). As tentativas de citação pessoal do acusado resultaram malogradas. Citado por edital, não compareceu em juízo, para além do que, não apresentou escusa pela ausência.

Foi aprazada audiência, à guisa de antecipação da prova, na conformidade do art. 366 do Código Processual Penal, dando-se ao acusado defensor dativo (f.63). Inaccolhendo a determinação insita no art.366, determinou-se a abertura da prazo para manifestação das partes no prazo do art. 499 do CPP, não havendo requerimentos. Nas alegações derradeiras, a parte autora (f.70) e a defesa (f.71), pediram a absolvição.

Brevíssimo relato. Decido.

MOTIVAÇÃO

A materialidade tem sustentação em perícia tanatoscópica e exposição fotográfica (f.31, 40/46).

O denunciado não compareceu em juízo para ser interrogado, permanecendo, até o momento, em lugar incógnito.

Determinou-se a oitiva das testemunhas arroladas pela parte autora. Finda tal etapa, percebeu-se que as provas então colhidas, autorizavam um juízo de valor, com possibilidade de absolvição. Diante disso, ao invés de suspender o curso do processo, na conformidade da atual redação do art. 366 do CPP, empreendeu-se dinâmica ao mesmo, na antiga moldura do referido artigo, culminando com as alegações derradeiras, nas quais a parte autora pediu absolvição, com aplausos da defesa. Enfim, este processo não seguiu a dinâmica do rito imposto pela lei instrumentária em vigor.

As provas produzidas são por demais esclarecedoras e retratam o ocorrido de forma fidedigna.

A testemunha J. F. B., professora da vítima, trouxe primorosas informações para o esclarecimento do fato. Traçou o comportamento da mesma, deixando-nos antever um garoto peralta, vivaz, irrequieto que, necessariamente, precisava ser constantemente vigiado, sobretudo, no violento trânsito desta nossa metrópole.

A criança era conduzida à escola por uma tia, e o pior nisso tudo, é que não aprendeu a obedecer-lhe. Poucos minutos antes do fato, a depoente soube que o aluno, de regresso para casa, iria atravessar a rua apenas com a tia, sem um professor ao lado, como sempre fazia. Pressurosa, saiu para detê-lo. No caminho, encontrou a tia dele desacompanhada do sobrinho. Perguntando à mesma onde estava a criança, ela disse-lhe que a vítima não obedecia a ninguém, ou seja, com seu temperamento arrebatado, estava atravessando a rua sozinha.

A depoente ainda viu quando ele adentrou o leito da via, em local e forma inadequados, não se apercebendo do perigo que corria. Sem detença, passou na frente de um ônibus estacionado na parada, quando foi alcançado pelo veículo guiado pelo acusado, que ultrapassava o aludido veículo estacionado, na faixa à esquerda da via. O acusado parou mais adiante, desceu para prestar socorro, contudo a lesão foi fatal e a vítima entrou em óbito no local. Acrescentou, ainda, que o veículo não trafegava em excessiva velocidade (f.67).

A outra testemunha, O. P., não soube dizer se o ônibus guiado pelo acusado trafegava em alta ou baixa velocidade. Acrescentou que a criança estava na faixa de retenção de travessia de pedestre, segurando a mão da professora e esta não foi atingida porque se afastou (f.67/68).

Esta versão não se harmoniza com o conjunto das provas, porque, se alguém segurava a mão da vítima, era de se esperar que ambos fossem colhidos pelo veículo. Por outra face, no croqui ilustrativo, não há registro da existência de faixa de retenção de travessia de pedestre, nas proximidades de onde ocorreu o fato (f.47).

A versão da professora se avulta com plausibilidade, devendo ser a adotada como veraz.

Não há dúvida de que nos defrontamos com um fato que, volta e meia, ocorre nas grandes metrópoles - a disputa entre o automóvel e o pedestre. O relato da testemunha

presencial esclarece que a inditosa vítima, de súbito, adentrou o leito da via, desatenta, não se apercebendo do perigo que corria, fruto de sua imaturidade, do temperamento arrebatado e da conduta, reiteradamente, contumaz.

Tratava-se de uma criança peralta, impulsiva cuja educação os responsáveis desdenharam, por não ensinar-lhe que a obediência é requisito fundamental para uma criança ter vida saudável no cosmo.

No perímetro urbano é dever do motorista dirigir com redobrada cautela para manter em segurança os transeuntes. Para tanto, há de se exigir que cumpra as normas legais e administrativas impostas pelo Poder Público.

Até onde enxergo, a conduta do acusado foi comedida e não podia ser outra, até porque não se exige conduta heróica do destinatário da norma. Quando dirigia, foi colhido de surpresa, pois, de inopino, a tenra vítima adentrou a faixa de rolamento, e mais do que isso, obstaculizando a visão daquele que guiava o veículo.

As provas são lúcidas, fulgurantes, inclusive com testemunha ocular. Elas são suficientes para firmar o convencimento de que o acusado não incorreu no menoscabo de quaisquer das variáveis ensejadoras do delito culposo. A rigor, não agiu com imperícia, imprudência ou negligência. A conduta dele não tisonou o texto codificado, não merecendo reparo do julgador.

A dificuldade para julgar este processo não está na prova produzida, mas na lei processual penal, pelo fato de não ter o denunciado comparecido em juízo para se ver interrogado.

Seguindo o novo desenho do multicitado artigo, as provas reputadas por urgentes, foram colhidas.

Na audiência de antecipação probatória, convenci-me da inocência do denunciado, contudo, se seguir o estrito rigor do rito, devo, tão-somente, sobrestar o feito e fazer com

que o processo procure um aconchegante e macio berço esplêndido, deite-se eternamente para uma doce e profunda sonolência eterna, até porque decretar a prisão processual desborda na ausência de razoabilidade.

Como visto, a legislação processual não oferece saída. Há de se fazer, no entanto, a seguinte indagação: Pode o juiz, no Estado de Direito, firmar o convencimento de que o denunciado é inocente e não declará-lo?

Com a nova redação do art. 366 do CPP, quis o legislador evitar a inútil revelia. O objetivo da convocação do acusado para vir em juízo é para que realize sua defesa, apresentando versão do fato pela ótica dele, e, assim, seja mantido o contraditório.

Ocorre que pode, se quiser, manter-se silente em juízo, sem que haja prejuízo à sua defesa. É possível concluir, portanto, que na audiência de interrogatório, mantendo-se calado, ou não comparecendo, são situações equivalentes, no que se refere à defesa. Ambas têm um ponto comum, ou o mesmo efeito jurídico - ausência da autodefesa.

No caso subexame, a situação é pródiga para o acusado, uma vez que o Estado se antecipa no reconhecimento da sua inocência. Nessa acepção, é de pouca ou de nenhuma valia o acusado vir a juízo apresentar defesa, se o seu direito tem plausibilidade e, mais do que isso, apresenta verossimilhança.

Alicerçado nesse entendimento, contrariando o texto codificado, facultei prazo para alegações derradeiras, com nomeação de defensor, por perceber que o legislador não contemplou a situação fática que ora aprecio. Conformou-se, tão-somente, em determinar a suspensão do processo, dentre outras medidas.

A meu ver, fez muito pouco, até porque, se for aplicado o artigo 366 (CPP), o Estado-judiciário se curvará, circunflexo, diante de uma visível injustiça - deixar de declarar inocente quem não cometeu crime. Seria o mesmo que manter

pendente, sobre a cabeça do denunciado, a agudíssima espada da lei.

Como obreiro do direito, não estou obrigado a prestar culto à lei, pondo-me em êxtase ou enlevo, quedando-me genuflexo e beatífico. Pelo contrário, devo torná-la dúctil, fazendo-a amoldar-se ao justo, e mais do que isso, que seja contemporizadora da retidão.

As provas colhidas e acolhidas, em caráter antecipatório, não deixam de ter validade probante, idoneidade e eficácia para dissipar a controvérsia.

"O juiz tem o poder-dever de buscar a verdade real, seja ela qual for. Analisa os fatos, as provas produzidas, inquirir as testemunhas, tentando extrair delas a linha de raciocínio lógico decorrente da imputação formalizada, com o intuito de descobrir a 'verdade verdadeira'¹. Se ela aflorou no primeiro momento para beneficiar o acusado, não seria justo deixar de declarar um direito líquido e certo, louvando-se da lacuna da lei, sob pena de se ter a esdrúxula e paradoxal situação da forma (processo) suplantando o conteúdo (o direito que se deseja). Seria um preciosismo que não se harmoniza com a visão moderna de reta justiça.

Ademais disso, nenhum prejuízo trará ao Estado e à sociedade, o reconhecimento do direito subjetivo do denunciado ao ser declarado inocente. Aliás, é o que o Estado se propõe, estribado no universo das provas, declarar o bom direito de quem o tem.

A propósito, o Código de Ritos, via do art. 564, apresenta *numerus clausus* das situações que dão causa a nulidades no âmbito do processo penal. Dentre elas, não está incluída a hipótese aqui tratada.

¹ ATAÍDE, Juliana de Melo; BARROCA, Natália Gonçalves. Considerações Sobre o Alcance do Art. 366 do CPP: Limites da Suspensão do Processo e do Curso do Prazo Prescricional e o Livre Convencimento do Juiz.

Se não bastassem tais argumentos para justificar o posicionamento deste magistrado, dou novo foco, chamando à baila o Estatuto da República.

É versículo da Carta de Princípio que a República Federativa do Brasil está edificada sob as pilstras da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dentre outros valores (art. 1º, II, III).

O legislador constitucional contemporâneo pôs a dignidade humana no pináculo, numa linguagem coloquial, como miolo ou fundamento de toda existência social. Foi buscar o vocábulo nos domínios da filosofia. Utilizou-se dele, mas não o definiu, nem deu seu campo de amplitude. É, pois, nos saberes filosóficos que haveremos de buscar o real sentido dele.

O pensamento kantiano, de imorredoura memória, aflora com a justeza de uma luva nos dedos, pois disse ele que o homem, dotado de razão, existe como um fim e não como meio. Por isso é considerado pessoa humana. Como tal tem valores intrínsecos, da sua própria essência, uma qualidade absoluta, mais precisamente, uma dignidade humana absoluta, susceptível de respeito e proteção.

O princípio teve gênese na filosofia, tomou corpo como valor moral junto ao imaginário coletivo, e o direito dele se assenhoreou, elevando-o ao patamar de constitucional.

No direito brasileiro, a proteção da dignidade da pessoa humana encontrou seu apogeu na Constituição de 1988. Como princípio constitucional, detém coercitividade e imperatividade. Não é, portanto, mero arrazoado, faculdade ou sugestão, mas tem poder vinculante, que compele a todos - Estado, pessoas e instituições.

Sempre entendi que princípio pode ser comparado às margens de um caudaloso rio, que traça o gráfico ou o curso onde as abundantes águas correm, e dentro delas (das margens) se contém. O que desborda, não é considerado rio.

Sendo a dignidade um princípio constitucional, dele ninguém está autorizado a se afastar.

No dizer de José Afonso da Silva: "Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida"¹.

Da leitura do texto constitucional, percebe-se que a dignidade pode ser comparada a um vértice comum de todo o direito. Para ele, todos os valores jurídico-legais convergem, como ponto central, que irradia a reta justiça. A adoção deste princípio, para o presente julgamento, não é solução meta-jurídica. Ao contrário, é o alicerce no qual repousa a razão maior, para declarar o bom direito do acusado.

Como fundamento da República, esse princípio se espalha por todos os recônditos do ordenamento jurídico pátrio, envolvendo-o e preenchendo-o. Nada, absolutamente nada, escapa aos seus poderosos tentáculos.

Ele alcança, também, o processo penal. Este, de sua vez, é um mecanismo, ou um ferramental que deve desaguar na realização da justiça, condenando ou absolvendo o homem - ponto central do direito. O processo penal é meio que leva a um fim, e que apresenta dupla faceta: proteção e garantia, guardando inteira submissão ao antes ferido princípio.

Na conduta do denunciado o Estado não tem o que reprimir e não merece reparos. Absolvê-lo nas circunstâncias destes autos é processo de inclusão social. Não se diga que é estimulante da impunidade, mas, um tônico revigorador da dignidade dele, denunciado, que se encontra fadado ao constrangimento de ter que vir em juízo, para que se declare que está sem culpa, por não ter cometido nenhum delito.

O constituinte moderno inovou, sobremaneira, ao colocar o homem no centro, como se estivesse em um sistema

¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 104.

constelar, de sorte que tudo gravita em torno dele, inclusive o Estado. Visto por este prisma, deve o Estado-juiz declarar a não-culpa do acusado, uma vez que as provas constantes dos autos levam a tal convencimento. O processo alcançou o seu objetivo, pois, logo na primeira etapa, trouxe à cognição, a verdade real.

O justo passar-se por injusto constitui-se atentado, vilipêndio e ultraje à dignidade da pessoa; pior do que isto será admitir que, aquele que tem o dever de declarar o direito, veja-se obrigado a manter-se calado em obediência a mera regra formal. Nada pode resistir à dignidade da pessoa humana no ambiente do Estado de Direito. Nenhum valor é bastante em si mesmo se desdenhar a dignidade. Este é o princípio norteador do direito brasileiro.

O princípio constitucional da proteção e da promoção da dignidade da pessoa humana deve deixar profundas marcas, influenciar e traçar o norte do sistema penal, para que, como uma engrenagem bem azeitada, funcione com precisão e acerto no reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. A rigor, todos os demais regramentos se rendem e prestam homenagem a ela - dignidade da pessoa humana, eis por que, neste processo, não segui, obstinadamente, o rito estabelecido no texto codificado.

A advertência de Ruy, o "Águia de Haia", sintetiza a real atitude que deve adotar o magistrado, quando se pronuncia, politicamente, através da sentença: "Recordai-vos, juizes, que, se sois elevados acima do povo, que vos circunda, não é senão para ficardes mais expostos aos olhares de todos. Vós julgais a sua causa, mas ele julga a vossa justiça. E é tal a fortuna, ou a desventura de vossa condição, que não lhe podeis esconder nem a virtude, nem os vossos defeitos"².

² REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. 6. ed. anotada, corrigida e atualizada por Benvindo Aires. São Paulo: Saraiva, 1959.

DECISÃO

Por tais fundamentos, **JULGO IMPROCEDENTE** a denúncia, ao tempo em que **ABSOLVO I. S. DE L.**, da imputação que lhe fora feita na denúncia, ancorado no art. 386, III, do Código de Processo Penal em vigor.

No Estado de Direito, o duplo grau de jurisdição é reclamo decorrente do Estatuto Republicano. Ocorre que não há nestes autos interessados para recorrer desta decisão, haja vista que as partes foram satisfeitas nos seus petítórios.

Por outra face, não há na legislação em vigor dispositivo que chancele possível recurso ao Órgão de Jurisdição Colegiada. Malgrado isso, em prestígio ao referido duplo grau de jurisdição, e, atento à peculiar forma procedimental utilizada nestes autos, louvando-me do que dispõem os artigos 3º e 411, do CPP, por analogia, recorro de ofício da decisão da minha lavra. Diante disso, após a ciência das partes, remeta-se ao Órgão Colegiado de segundo grau.

Com o trânsito em julgado, façam-se as devidas anotações, dando-se-lhe baixa.

Publique-se, integralmente, no Diário da Justiça. Registre-se. Intimem-se.

Recife, 10 de março de 2006

SENTENÇA CÍVEL. INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. FETO ANENCÉFALO. DEFERIMENTO

Ana Carolina Avellar Diniz
Juíza de Direito

PROCESSO Nº 6619/06 - DISTRIBUÍDO EM 23.03.2006

REQUERENTES: M. M. B. B. E J. L. B.

SENTENÇA

EMENTA: AÇÃO DE ALVARÁ JUDICIAL. INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ. FETO ANENCÉFALO. DEFERIMENTO.

A nossa legislação penal só não pune a prática do aborto quando executada pelo médico em duas circunstâncias: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto terapêutico) e II - se a gravidez resulta de estupro, e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu responsável legal (aborto sentimental).

Não se trata de autorização para realizar aborto. O aborto é um crime contra a vida e, na hipótese vertente, não há vida a ser interrompida, dada a anencefalia. A anencefalia é uma malformação que faz parte dos defeitos de fechamento do tubo neural (DFTN). A anencefalia é uma malformação incompatível com a vida.

Obrigar uma mulher a manter uma gestação de um feto anencéfalo é um ato de sofrimento involuntário imputado pelo Estado às mulheres, equivalente à tortura. A manutenção da gestação acarretará muito mais danos à mulher do que a interrupção da mesma, pois prolongará o seu sofrimento.

Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Inteligência do art. 5º, III, da Constituição Federal. Julgamento Procedente.

Vistos, etc.

M. M. B. B. E J. L. B., ambos qualificados na inicial, por intermédio de advogado regularmente constituído e habilitado, sob os auspícios da justiça gratuita, requereram deste Juízo autorização para interrupção de gravidez, alegando, em resumo, que a autora encontra-se na 21ª semana da gestação e foi constatado que o feto tem má-formação incompatível com a vida, caracterizada pela ausência da calota craniana (anencefalia). Pedem, ainda, garantia de atendimento e acompanhamento pela equipe multidisciplinar do Centro Integrado de Saúde Amaury Medeiros - CISAM.

Acompanhando a inicial, instruindo-a, foram apresentados documentos comprobatórios do alegado, dentre os quais:

ultrasonografia e declaração firmada pelos médicos do - CISAM - Departamento Materno Infantil-FCM da Universidade de Pernambuco.

Com Vistas, a Representante do Ministério Público em exercício nesta Comarca requereu a realização de perícia médica por profissionais indicados pelo Juízo (fls. 10), o que foi indeferido pelo Juiz - então em exercício cumulativo nesta comarca - através da decisão interlocutória de fls. 11, sob fundamento de que já há nos autos laudo pericial fornecido por profissionais da Universidade de Pernambuco e Centro Integrado de Saúde Amaury Medeiros, entidades públicas, assinado, inclusive, por três médicos, os quais trazem elementos suficientes para uma decisão, a menos que seja argüido defeito técnico no laudo apresentado ou falta de veracidade. Não houve recurso da decisão.

Com novas vistas, a d. Promotora de Justiça, em seu parecer, preliminarmente, encampou as razões postas pelo Juiz ao indeferir o seu pedido de nova perícia posto que "não se teria no estado, por certo, instituição pública especialista na matéria, além do CISAM, o que redundaria na indicação da mesma para a perícia médica, o que não justificaria". No mérito, opinou pelo deferimento do pedido.

Assim vieram-me os autos conclusos em 03.04.2006.

Relatados, no que importa, **DECIDO:**

O feito comporta julgamento antecipado, a teor do disposto no art. 330, I, do CPC, posto que se encontra suficientemente instruído, sendo desnecessária dilação probatória.

M. M. B. B. E. J. L. B. requerem através de advogado constituído provimento jurisdicional que lhes autorize a interrupção da gravidez da primeira requerente em face de haver sido constatado pelos exames médicos pré-natais que o feto é portador de anencefalia, o que inviabiliza a sua vida extra-uterina.

O fato não tem regência específica pela legislação pátria vigente, no entanto, não pode o magistrado eximir-se de decidir a questão posta à sua apreciação, devendo valer-se das disposições dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que estabelecem:

"Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito".

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

O cerne da questão em tela repousa no conflito existente entre o direito da mãe interromper uma gravidez de um feto inviável e o direito à vida do nascituro.

Mister se faz anotar, de início, a conclusão a que chegaram os três médicos do Centro Integrado de Saúde Amaury Medeiros - Departamento Materno Infantil da Universidade de Pernambuco, que acompanham a gestante, à vista dos exames realizados na 21ª semana da gestação:

"apresentando feto único com a seguinte malformação: ausência de calota craniana (anencefalia), pés mal posicionados, cifoescoliose e espinha bifida. **O achado acima citado é incompatível com a vida**". (grifei)

A nossa legislação penal só não pune a prática do aborto quando executada pelo médico em apenas duas circunstâncias: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto terapêutico) e II - se a gravidez resulta de estupro, e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu responsável legal (aborto sentimental).

Como antedito, a hipótese em tela não é prevista pela legislação penal vigente como excludente da antijuridicidade do ato, certamente por conta das disposições penais não terem acompanhado a evolução da medicina.

À época da edição do Código Penal, por certo, era inimaginável a possibilidade de se constatar tão precocemente a anencefalia do feto. A gravidez chegava a termo - ou não - e a criança nasceria morta ou logo após o nascimento.

Não havendo disciplina jurídica sobre o assunto, trago ensinamentos da medicina legal, a qual aplica conjugadamente conhecimentos de vários ramos da medicina às necessidades das diversas vertentes do direito.

Genival Veloso de França, um dos maiores nomes da Medicina Legal no país, a conceitua como sendo a medicina a serviço das ciências jurídicas e sociais, ou seja, a arte de pôr os conceitos médicos a serviço da administração da justiça.

Ao passo em que Código Civil Brasileiro dita que o início da personalidade se dá com o nascimento com vida, fixa o fim da mesma com a morte.

A lei brasileira - tanto civil quanto penal - assegura os direitos do nascituro, sobretudo o direito à vida, a ponto de punir criminalmente o aborto.

Por essas razões, é de fundamental importância, no caso em tela, trazer-se o conceito de morte, dado ser o fenômeno morte o elemento definidor do fim da pessoa, sendo este o objeto específico de estudo pela tanatologia forense – especialidade da medicina legal.

A Resolução nº 1346 do Conselho Federal de Medicina define a morte como “a parada total e irreversível das funções encefálicas”. Atualizando esse conceito, em agosto de 1997 o referido CFM dispôs sobre novos critérios de constatação da morte encefálica, concluindo que só há a morte quando existe lesão irreversível de todo o encéfalo.

Assim, se havendo lesão total e irreversível das funções encefálicas constata-se a morte, o que dizer nos casos de anencefalia? – Não existe vida. Tanto que a conclusão dos médicos no laudo pericial inserto, suso mencionado, refere-se a um “achado” incompatível com a vida.

Não há qualquer possibilidade de vida para o anencéfalo, podendo-se verificar a ocorrência da morte ainda dentro do útero materno. É doloroso, é terrível, mas o avanço da medicina traz essa possibilidade. Foi o que ocorreu. Agora os pais decidem se desejam levar a gravidez a termo ou não. É uma decisão pessoal. Não é o Estado que vai impor a interrupção da gravidez nem se está a admitir um aborto por indicação eugênica, com o propósito de evitar que a pessoa nasça com algum defeito físico ou mental.

Admitir o aborto eugênico seria o mesmo que permitir que outra gestante – que não pôde ou não teve oportunidade de realizar exames pré-natais – pratique impunemente o infanticídio ou a eutanásia neo-natal.

A meu sentir, o caso presente não trata de autorização para realizar aborto. O aborto é um crime contra a vida e, na hipótese vertente, não há vida a ser interrompida, dada a anencefalia.

Em defesa dessa tese, trago o seguinte ensinamento:

A anencefalia é uma malformação que faz parte dos defeitos de fechamento do tubo neural (DFTN). Quando o defeito se dá na extensão do tubo neural, acontece a espinha bifida. Quando o defeito ocorre na extremidade distal do tubo neural, tem-se a anencefalia, levando à ausência completa ou parcial do cérebro e do crânio. O defeito, na maioria das vezes, é recoberto por uma membrana espessa de estroma angiomatoso, mas nunca por osso ou pele normal. A anencefalia é uma malformação incompatível com a vida. Apenas 25% dos anencéfalos apresentam sinais vitais na 1ª semana após o parto. A incidência é de cerca de 2 a cada 1.000 nascidos vivos. O seu diagnóstico pode ser estabelecido mediante ultra-sonografia entre a 12ª e a 15ª semana de gestação e pelo exame da alfa-fetoproteína no soro materno e no líquido amniótico, que está aumentada em 100% dos casos em torno da 11ª e 16ª semana de gestação. A gravidez do feto anencéfalo resulta em inúmeros problemas maternos durante a gestação. A FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia enumera tais complicações maternas, dentre elas: eclâmpsia, embolia pulmonar, aumento do volume de líquido amniótico e até a morte materna.¹ (grifei).

¹ LARA, André Martins; WILHEMS Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Clélia; FAYET, Fábio Agne. Existe aborto de anencéfalos? Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>>.

E ainda:

"Anencefalia é anormalidade do sistema nervoso central que se caracteriza, genericamente, pela ausência da abóboda craniana, massa encefálica reduzida a vestígios da substância cerebral.

Pelo geral, a gravidez não alcança o termo.

Os anencéfalos não sobrevivem. Excepcionalmente, atingem 2 a 3 dias."²

A interrupção da gravidez de fetos anencéfalos vem sendo objeto de decisões judiciais por todo o país, em sua maioria pelo deferimento do pedido, como se vê pelos seguintes julgados:

"Mandado de Segurança. Anencefalia. Alvará de autorização para que a requerente seja submetida à cirurgia. Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Se, os laudos médicos acusam a presença de feto anencéfalo, através de realização de exames de ultra-sonografia realizados em 21.03.2003, e em 25.03, do mesmo ano, demonstrado que a anencefalia é um defeito do fechamento da porção anterior do tubo neural, levando à não-formação adequada do encéfalo e da calota craniana, de etiologia multifatorial, é uma condição incompatível com a vida em 100% dos casos, levando ao óbito intra-uterino ou no período neonatal precoce, e a gestação é freqüentemente complicada por polidrammia a qual se ocorre no último trimestre, poderá acarretar graves conseqüências para a saúde da gestante, justificada a necessidade de realização de

² REZENDE, Jorge. *Obstetria*. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, s.d. p. 873-875.

cirurgia para remoção do feto anencéfalo, conduta atípica por não atingir nenhum bem jurídico penalmente tutelado, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concede-se a segurança." (MS nº2003.004.00030, TJRJ - 8ª CC, rel.Des. Maria Raimunda T. Azevedo, vu, julg em 26.06.2003 - Revista do Direito do TJERJ, vol 59, pg.374 Ementário: 39/2003 - nº10 - 17.12.2003)

"Afigura-se admissível a postulação em juízo de pedido pretendendo a interrupção de gravidez, no caso de se constatar a má-formação do feto, diagnosticada a ausência de calota craniana ou acrania fetal, com previsão de óbito intra-uterino ou no período neonatal. Apesar de não se achar prevista dentre as causas autorizadoras do aborto dispostas no art.128 do CP, a má-formação congênita exige a situação anômala específica à adequação da lei ao avanço tecnológico da medicina que antecipa a situação do feto" (TAMG - AC, rel.Des. Duarte de Paula - RT 762/147)

O mesmo entendimento também foi defendido recentemente (em maio/05) pelo Des. Silvio de Arruda Beltrão, membro do Tribunal de Justiça de Pernambuco, no julgamento do Mandado de Segurança nº 123022-6 - Comarca do Recife, de cuja decisão convém pinçar o seguinte trecho:

"No meu sentir, na hipótese in concreto, vê-se de forma irrefutável, a menor incidência da garantia constitucional do direito à vida no concernente ao feto, eis que, hodiernamente, é assente no cerne da ciência médica o entendimento de que a gravidez em tela, provavelmente, não alcançará seu término e, acaso isso aconteça, será impossível a sobrevivência do nascituro, porquanto a defor-

midade da qual é acometido é totalmente incompatível com a vida, consoante já explicitado, o que diferencia da hipótese do aborto eugenésico, que prevê a retirada do feto, apenas, em virtude de meras deformidades, não havendo, necessariamente, inviabilização da vida pós-parto.

Por sua vez, igualmente, é inconteste que o fato de que se trata, proporciona lesão à saúde física e psíquica da gestante, bem assim atenta contra a sua dignidade enquanto pessoa humana, uma vez que impõe situação vexatória e constrangedora, posto que a submete a levar a termo uma gravidez que não logrará êxito e, ainda, poderá lhe trazer sérios problemas de saúde, valendo ressaltar que o preceito ora invocado, perfaz-se, também, em princípio fundamental, previsto no nosso ordenamento jurídico-constitucional, no inciso III, do art.1º, da Carta da República de 1988.

Ex positis, em face da solicitação de autorização para realização de aborto, instruída com laudos médicos favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida acaso leve a termo a gestação, pois comprovado está cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro), anomalia incompatível com a sobrevivência extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez, em razão de que DEFIRO A LIMINAR, com a conseqüente expedição de competente Alvará, para que o médico assistente da impetrante realize o necessário procedimento médico-cirúrgico”.

Não se pode deixar de registrar a decisão do Min. Marco Aurélio Mello ao conceder liminar com o mesmo objeto, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54-8, formalizada pelo Conselho Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, o qual requereu pronunciamento para que o STF declare inconstitucional a interpretação dos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, como impeditivos de interrupção da gravidez em casos de anencefalia, diagnosticada por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento. Isso porque faltaria à hipótese legal o suporte fático e valorativo exigido pelo tipo penal “aborto”: a potencialidade da vida extra-uterina.

Comentando o assunto³, o Deputado Federal José Aristodemio Pinotti, Professor Titular de Ginecologia da USP, assim se pronunciou:

“A correta e corajosa liminar do Ministro Marco Aurélio Mello permitindo a interrupção da gestação em feto anencefalo colocou o assunto na pauta da imprensa - o que já ocorre há pelo menos dez anos nos países desenvolvidos que hoje permitem, em sua legislação, interrupção da gravidez nesses casos.

A idéia contida na liminar não foi a de obrigar a mulher a interromper sua gravidez, mas permitir-lhe o ato, se desejado. A manutenção da legislação atual, que precede em muitas décadas os avanços científicos que garantem o diagnóstico de certeza da anencefalia, obriga as mulheres a levarem adiante uma gestação que contém feto com morte cerebral e certeza de im-

³ PINOTTI, José Aristodemio. Anencefalia: Opinião. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anecefalia5.htm>>

possibilidade de sobrevivência ao nascerem. **PARA ESSAS MÃES, A ALEGRIA DE PENSAR EM BERÇO E ENXOVAL SERÁ SUBSTITUÍDA PELA ANGÚSTIA DE PREPARAR VESTES MORTUÁRIAS E SEPULTAMENTO**". (GRIFEI).

No entanto, a referida liminar foi cassada pelo STF em outubro do mesmo ano, sob o amparo de fundamentos de ordem eminentemente processuais, o que levou a Dra. Débora Diniz, Doutora em Antropologia e Professora da UnB a escrever o artigo "O luto das mulheres brasileiras"⁴, com o posicionamento a seguir transcrito, do qual comungo integralmente:

"Descrever o dever de gestação de um feto com anencefalia como um ato de tortura não foi uma criação da Corte Argentina ao julgar um caso semelhante no passado. O argumento tortura foi utilizado porque esta é a maneira pela qual grande parte das mulheres experimenta a obrigatoriedade de manter a gestação de um feto que não resistirá ao parto. Em mais da metade dos casos o feto não resiste sequer à gestação. E o Estado brasileiro obriga as mulheres a manter a gestação, independente de seu livre arbítrio, de sua dignidade e de seu sofrimento. (...) Obrigar uma mulher a manter uma gestação de um feto anencefalo é um ato de sofrimento involuntário imputado pelo Estado às mulheres. As poucas mulheres que, por convicções religiosas ou morais, desejarem manter a gestação experimentarão o sofrimento voluntário. Este, também deve ser protegido pelo Estado, muito embora não corresponda à vontade da maioria das mulheres".

⁴ DINIZ, Débora. *O Luto das mulheres Brasileiras*. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anecefalia3.htm>>

Alguns Ministros do STF externaram sua opinião quanto ao mérito do assunto, a ponto do Min. Cezar Peluso declarar que para a mulher era "um mero constrangimento" levar tal gravidez até o final. Talvez - felizmente - S.Exa. nunca tenha tido oportunidade de passar por um "constrangimento" dessa ordem. A pessoa (principalmente a mulher) que tem filhos, e, mais ainda, que teve de amargar o dissabor de um aborto no seio familiar, tem noção exata da diferença entre a gestação bem e a mal sucedida. São marcas absolutamente indelévels da memória e do coração.

Como anotado pela d. Promotora de Justiça em seu parecer, trazendo as palavras do Min. Celso Britto acerca da questão ora debatida:

o martírio de levar às últimas conseqüências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos seus estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quicá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Holanda (A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu), pois o fruto de um parto anencefalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto, nem berço, nem enxoval, nem brinquedos, nada desses amáveis apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus.

Por todo o exposto, entendo que acima de tudo deve prevalecer a dignidade da pessoa humana, pois equivale à tortura submeter a mulher à obrigação de manter até o final uma gravidez com absoluta impossibilidade de vida extra-uterina; levando-se em conta, ainda, os sérios riscos à sua saúde - tanto de ordem

física, quanto psíquica; considerando que a manutenção da gestação acarretará muito mais danos à mulher do que a interrupção da mesma, pois prolongará o seu sofrimento e poderá trazer conseqüências irreversíveis; à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que devem nortear as decisões judiciais, o pedido deve ser acolhido.

Com todas essas considerações, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal e ao disposto no art. 5º, III, da mesma Lei Maior, o qual estabelece que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; acolhendo integralmente o Parecer da d. Representante do Ministério Público, **JULGO PROCEDENTE** o pedido deduzido na inicial e autorizo a realização de procedimento médico para interrupção da gravidez de **M. M. B. B.**, à vista do requerimento firmado por ela e seu esposo **J. L. B.** e dos laudos periciais insertos constatando que o feto é portador de anencefalia, pés mal posicionados, cifoescoliose e espinha bifida, concluindo ser o mesmo incompatível com a vida.

Expeça-se o Alvará.

Sem custas nem honorários, em face da gratuidade concedida e da inexistência de contraditório.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

João Alfredo, 07 de abril de 2005

SENTENÇA CÍVEL. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI.

Catarina Vila-Nova Alves de Lima
Juíza de Direito

Processo n.º 222.2004.008585-4
MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRANTE: CANIDELO INVESTIMENTOS S/A
IMPETRANDO: DIRETOR GERAL DE ARRECADAÇÃO/
ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA PREFEITURA
MUNICIPAL DE JABOATÃO DOS GUARARAPES

SENTENÇA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ITBI. NÃO-INCL-
DÊNCIA NA TRASSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS IN-
TEGRADOS AO PATRIMÔNIO DE PESSOA JURÍ-
DICA EM REALIZAÇÃO DE CAPITAL. EXCEÇÃO
OBJETO SOCIAL DA PESSOA JURÍDICA. PREPON-
DERÂNCIA DA ATIVIDADE IMOBILIÁRIA CARAC-
TERIZADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 156, § 2º.

INCISO I DA CF. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- A Constituição Federal, em seu art. 156, § 2º, inciso I, excepcionalmente, prevê as hipóteses de imunidade ou não incidência do imposto de transmissão *inter vivos* - ITBI, dentre elas quando houver a transmissão de bens imóveis em realização de capital da pessoa jurídica, desde que esta não se dedique preponderantemente à atividade imobiliária, o que é a hipótese dos autos.
- Ordem denegada.

Vistos etc.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, interposto por CANIDÉLO INVESTIMENTOS S/A, indicando como autoridade impetrada o DIRETOR GERAL DE ARRECADAÇÃO/ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE JABOATÃO DOS GUARARAPES, cujo objeto é ter assegurada a imunidade atinente ao Imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis - ITBI - prevista no art.156, §2º, da Constituição, quanto a bens imóveis incorporados ao seu capital social.

A liminar pleiteada foi denegada através da decisão fundamentada de fls. 46.

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou as informações de fls. 50/53, alegando que, para fazer jus à imunidade perseguida, a impetrante deveria comprovar que não tem como atividade preponderante a compra e venda, locação de propriedade imobiliária ou cessão de direitos relativos à sua aquisição, conforme art.156, §2º, parte final, da CF e art.74, da Lei Municipal nº155/91.

Instada a se pronunciar, a representante do Ministério Público opinou pela denegação da segurança (fls. 54/57).

É o Relatório. Decido.

O cerne da presente lide reside em verificar se a impetrante preenche os requisitos constitucionais para fazer jus à imunidade prevista no art.156, §2º, da CF.

É pertinente examinar o artigo 156 da Constituição. Segue transcrição:

Art. 156 - Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

(...)

II - transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

§ 2º - O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

Excepcionalmente, não ocorrerá a incidência do ITBI - imposto de transmissão *inter vivos* - sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital. Entretanto, a própria norma

constitucional exclui das hipóteses de imunidade as situações em que a pessoa jurídica apresenta, como atividade principal, a compra, a venda, a locação e o arrendamento mercantil de bens imóveis. Em outras palavras, desde que a pessoa jurídica não se dedique, preponderantemente, à exploração da atividade imobiliária fará jus à imunidade tributária.

O legislador constituinte demarcou de maneira cristalina os limites positivos e negativos do imposto de transmissão *inter vivos* - ITBI, impedindo, pois, que o intérprete desrespeite as fronteiras previamente estabelecidas.

Com efeito, observo que a impetrante não se desincumbiu do ônus de provar que se encontra abrangida pela hipótese de não-incidência disciplinada na Magna Carta, na medida em que seus atos constitutivos fazem referência à "administração de bens patrimoniais próprios, bem como à participação em empreendimentos de terceiros e do capital de outras empresas" como objeto social.

Penso que a generalidade e a amplitude com que se descreve o objeto social da referida empresa (fl.10) perfeitamente contempla as atividades de compra e venda de bens imóveis ou dos direitos a eles relativos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, as quais, por seu turno, repise-se, encontram-se expressamente excluídas da imunidade prevista no art.156, §2º, inciso I, da Constituição. Ao lado disto, a impetrante não trouxe aos autos qualquer elemento de prova capaz de afastar tal conclusão.

Dessume-se que não restaram caracterizados os requisitos para a concessão da segurança, posto que não demonstrada ilegalidade ou abuso de poder na conduta praticada pela autoridade apontada por coatora, tampouco pode o direito

invocado pela impetrante ser qualificado como líquido e certo.

Direito líquido e certo é aquele "que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração". Segundo o escólio de Hely Lopes Meirelles: "o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais".¹

Diante dos argumentos anteriormente expostos, não reconheço o direito da impetrante à imunidade atinente ao imposto de transmissão *inter vivos*.

POSTO ISSO, julgo improcedente o pedido formulado nesta ação mandamental, extinguindo o processo com julgamento de mérito (art. 269, I, do CPC).

Custas pela impetrante.

Sem honorários advocatícios (Súmulas 105, do STJ e 512, do STF).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Jaboatão dos Guararapes, 11 de abril de 2006.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, Habeas Data. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.28.

constitucional exclui das hipóteses de imunidade as situações em que a pessoa jurídica apresenta, como atividade principal, a compra, a venda, a locação e o arrendamento mercantil de bens imóveis. Em outras palavras, desde que a pessoa jurídica não se dedique, preponderantemente, à exploração da atividade imobiliária fará jus à imunidade tributária.

O legislador constituinte demarcou de maneira cristalina os limites positivos e negativos do imposto de transmissão *inter vivos* - ITBI, impedindo, pois, que o intérprete desrespeite as fronteiras previamente estabelecidas.

Com efeito, observo que a impetrante não se desincumbiu do ônus de provar que se encontra abrangida pela hipótese de não-incidência disciplinada na Magna Carta, na medida em que seus atos constitutivos fazem referência à "administração de bens patrimoniais próprios, bem como à participação em empreendimentos de terceiros e do capital de outras empresas" como objeto social.

Penso que a generalidade e a amplitude com que se descreve o objeto social da referida empresa (fl.10) perfeitamente contempla as atividades de compra e venda de bens imóveis ou dos direitos a eles relativos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil, as quais, por seu turno, repise-se, encontram-se expressamente excluídas da imunidade prevista no art.156, §2º, inciso I, da Constituição. Ao lado disto, a impetrante não trouxe aos autos qualquer elemento de prova capaz de afastar tal conclusão.

Dessume-se que não restaram caracterizados os requisitos para a concessão da segurança, posto que não demonstrada ilegalidade ou abuso de poder na conduta praticada pela autoridade apontada por coatora, tampouco pode o direito

invocado pela impetrante ser qualificado como líquido e certo.

Direito líquido e certo é aquele "que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração". Segundo o escólio de Hely Lopes Meirelles: "o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais".¹

Diante dos argumentos anteriormente expostos, não reconheço o direito da impetrante à imunidade atinente ao imposto de transmissão *inter vivos*.

POSTO ISSO, julgo improcedente o pedido formulado nesta ação mandamental, extinguindo o processo com julgamento de mérito (art. 269, I, do CPC).

Custas pela impetrante.

Sem honorários advocatícios (Súmulas 105, do STJ e 512, do STF).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Jaboatão dos Guararapes, 11 de abril de 2006.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, Habeas Data*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p.28.

SENTENÇA CÍVEL. CONSTITUCIONAL.
AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
CONCURSO PÚBLICO

Frederico Augusto Leopoldino Koehler
Juiz Federal Substituto

Proc. nº 2005.83.00.010666-3 - Classe: 5024 - AÇÃO CIVIL
PÚBLICA

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÊU: CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE
EVENTOS DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - CESPE/
UNB e UNIÃO FEDERAL

SENTENÇA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO
CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO.
TAXA DE INSCRIÇÃO. HIPÓTESES
DE ISENÇÃO. AUSÊNCIA DE
PREVISÃO NO EDITAL. CONSTITUIÇÃO
FEDERAL. PRINCÍPIOS DA AMPLA
ACESSIBILIDADE AOS CARGOS
PÚBLICOS, DA VALORIZAÇÃO DO
TRABALHO, DA CIDADANIA E DA
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.
FORÇA NORMATIVA. ARTIGO 11 DA

LEI Nº 8.112/90. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

- Preliminares rejeitadas.
- Extinção do processo com julgamento do mérito, com a procedência do pedido, para determinar que os réus se abstenham de realizar qualquer concurso público, em todo o território nacional, sem a previsão editalícia de isenção de taxa de inscrição para as pessoas comprovadamente pobres na forma da lei.

1 - RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face do CENTRO DE SELEÇÃO E DE PROMOÇÃO DE EVENTOS DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA e UNIÃO FEDERAL, cujo objeto consiste em: 1) em sede de liminar, obrigar os réus a assegurar o direito de inscrição no Concurso Público para provimento de cargo de Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, isentando de taxa todo aquele que comprove não ter condições de adimpli-la; 2) de forma definitiva, determinar aos réus que se abstenham de executar qualquer concurso público sem a previsão de isenção da taxa de inscrição para as pessoas comprovadamente pobres na forma da lei.

Inicial instruída com os documentos de fls. 12-35.

À fl. 36, proferiu-se despacho determinando a intimação dos réus para falarem em 72 (setenta e duas) horas e a sua citação.

A União manifestou-se contra o pedido de medida liminar às fls. 42-49, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade do Ministério Público Federal e a perda do objeto da lide. No mérito, alegou a União que o Poder Judiciário não pode se imiscuir no mérito administrativo e nem avaliar disposições e critérios do Edital do Concurso e que eventual concessão de liminar geraria custos não previstos para a União quando da realização do concurso de Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

À fl. 50, decisão entendendo ter restado sem sentido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que a primeira prova do concurso em questão já fora realizada.

Às fls. 52-57, manifestação do *Parquet* rechaçando as preliminares suscitadas pela União.

Às fls. 59-72, a Fundação Universidade de Brasília apresentou contestação, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade do Ministério Público Federal para propor ação civil pública para tutela de interesses individuais homogêneos, a perda do objeto da lide e a impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, pugna pela improcedência do pedido.

A União apresentou contestação (fls. 100-107) alegando, preliminarmente, a ilegitimidade do Ministério Público Federal e a perda do objeto da lide. No mérito, reiterou os argumentos expendidos às fls. 42-49 e requereu a improcedência do pedido.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

2 - FUNDAMENTAÇÃO

2.1 - Preliminar de perda do objeto da lide

Como a primeira prova do concurso para o provimento de cargos de Juiz Federal Substituto do Tribunal Regional Federal da 5ª Região já ocorreu, os réus alegaram que a ação perdeu o objeto.

Tal argumentação não merece guarida. Na verdade, como foi explicitado no *decisum* de fl. 50, o que perdeu o objeto foi o pleito de antecipação dos efeitos da tutela. Contudo, em relação do pedido final - de que os réus se abstenham de executar qualquer concurso público sem a previsão de isenção da taxa de inscrição para as pessoas comprovadamente pobres na forma da lei - a demanda não perdeu seu objeto, uma vez que tal pedido se refere a outros concursos públicos que venham a ser realizados pelos réus.

Destarte, não acolho tal preliminar.

2.2 - Preliminar de ilegitimidade do Ministério Público Federal para propor Ação Civil Pública para tutela de interesses individuais homogêneos

Os réus alegam que o MPF não tem legitimidade para propor ação civil pública para tutela de interesses individuais homogêneos.

Percebe-se, entretanto, que o direito discutido não é individual homogêneo, mas sim um interesse difuso. Vejamos.

Faz-se de extrema relevância trazeremos a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli sobre a matéria¹. Segundo o renomado autor, interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas, são pessoas indetermináveis) entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos. A expressão interesses coletivos, por sua vez, refere-se a interesses transindividuais, de grupos, de classes ou categorias de pessoas. Interesses individuais homogêneos, por fim, são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilhem prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato.

Ora, eventual ação de procedência beneficiaria a quem? As pessoas comprovadamente pobres que desejarem se inscrever em todos os concursos públicos que vierem a ser realizados pelos réus. Esse grupo é formado, como se vê, de pessoas indetermináveis. Não há como saber quantos indivíduos carentes no Brasil desejam se inscrever nos concursos que vierem a ser realizados pelos réus e que serão beneficiados pela ação *sub judice*.

Dai se aduz que a lide trata de interesses difusos, para cuja defesa o Ministério Público está incontestavelmente legitimado.

E mesmo que assim não fosse, entendo que o Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos - e não só dos que tratem de relações de consumo

¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 48-52.

- que tenham significação fundamental para a coletividade (significação que está presente no caso dos autos, que trata do acesso de pessoas carentes ao emprego público), isto é, quando for atendida a finalidade institucional e social do órgão ministerial, com espeque no art. 127 da Constituição Federal.

Nesse sentido, trago à baila novamente a lição autorizada de Hugo Mazzilli, *in verbis*²:

No tocante aos interesses difusos, em vista de sua natural dispersão, justifica-se sua defesa pelo Ministério Público. Já no tocante à defesa de interesses coletivos e interesses individuais homogêneos, é preciso distinguir. A defesa de interesses de meros grupos determinados ou determináveis de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isso convenha à coletividade como um todo, respeitada a destinação institucional do Ministério Público.

Exatamente dentro dessa linha, assim dispõe a Súmula n. 7, do Conselho Superior do Ministério Público paulista: 'O Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, como (...)'

Negar o interesse geral da sociedade na solução de litígios coletivos de larga abrangência ou repercussão social, e exigir que cada lesado comparecesse a juízo em defesa de seus interesses individuais, seria desconhecer os fundamentos e objetivos da ação coletiva ou da ação civil pública.

(...).

² MAZZILLI, Hugo Nigro, *op. cit.*, p. 92-94.

Convindo à coletividade como um todo a defesa de um interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, não se há de recusar ao Ministério Público assumida sua tutela. (grifos do autor)

Assim, deixo de acolher a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público Federal para figurar no pólo ativo da lide e passo ao exame do mérito.

2.3 - Preliminar de Impossibilidade Jurídica

Argumenta a Fundação Universidade de Brasília que o Poder Judiciário não pode adentrar no mérito administrativo, razão pela qual estaria caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido.

Não tem fundamento tal preliminar. O pleito do MPF não interfere em qualquer juízo de conveniência ou oportunidade da Administração Pública. O que se pretende é a obtenção da máxima eficácia de normas constitucionais em benefício de indivíduos carentes que pretendam ingressar no serviço público.

Portanto, nego acolhida a essa preliminar.

2.4 - Mérito

O cerne da presente lide reside em saber se é lícita a conduta dos réus de realizarem concursos públicos com previsão editalícia que proíba a concessão de isenção total ou parcial do valor da taxa de inscrição.

Sobre a acessibilidade aos empregos, cargos e funções públicas, a Constituição Federal dispõe o seguinte:

Art. 5º, (...).

(...).

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...).

VIII - busca do pleno emprego; (grifos nossos)

Vê-se, portanto, que a Carta Magna exalta, em diversos dispositivos, a importância do trabalho, erigindo-o como direito social e garantindo a todos os cidadãos o livre acesso aos cargos, empregos e funções públicas.

Contudo, o acesso a cargos e empregos públicos só se dá por meio de aprovação em concurso público. Faz-se necessário, portanto, para imprimir eficácia ao comando constitucional, assegurar que todos os cidadãos possam prestar concurso público.

E foi precisamente com a intenção de prover essa garantia de acesso aos cargos e empregos públicos a todos os cidadãos que o legislador editou o artigo II da Lei nº 8.112/90, *in verbis*:

Art. 11. O concurso será de provas ou de provas e títulos, podendo ser realizado em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira, condicionada a inscrição do candidato ao pagamento do valor fixado no edital, quando indispensável ao seu custeio, e ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97) (grifos nossos)

Tal comando legal prevê de forma explícita que o edital disporá sobre o pagamento de taxas para a inscrição, **ressalvadas as hipóteses de isenção nele expressamente previstas**. Há, portanto, a obrigação legal de fixarem-se no edital as hipóteses de isenção da taxa de inscrição para o concurso público.

Ademais, não é razoável a argumentação dos réus de que a possibilidade de isenção de taxa de inscrição ocasionaria prejuízo econômico que inviabilizaria a realização dos concursos públicos, na medida em que: 1) já foram executados, sem qualquer problema, inúmeros certames com a previsão de isenção para as pessoas carentes; 2) o valor da taxa de inscrição a ser fixada já levaria em consideração um número estimado de isenções.

Acresce a todo o afirmado a necessidade de consideração, no caso em pauta, dos fundamentos constitucionais da República Federativa do Brasil, *in verbis*:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e **tem como fundamentos:**

(...).

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

(...).

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (grifos nossos)

A vedação de isenção de taxa de inscrição em concurso público afronta literalmente tais princípios. A fim de ressaltar a força normativa dos princípios, trago à baila a lição de Luís Roberto Barroso³, segundo a qual “Os princípios, como se percebe, vêm de longe e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade” (grifos nossos).

Corroborando toda a fundamentação expendida, passo a transcrever os seguintes julgados dos Tribunais Regionais Federais sobre o *thema decidendum*:

Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO

Classe: REOMS - REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 200434000006051

Processo: 200434000006051 UF: DF Órgão Julgador: QUINTA TURMA

Data da decisão: 5/11/2004 Documento: TRF 100204294

Fonte DJ DATA: 25/11/2004 PÁGINA: 48

Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL JOAO BATISTA MOREIRA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento à remessa oficial.

Ementa. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TAXA DE INSCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO, NO EDITAL, DAS HIPÓTESES DE ISENÇÃO.

³ Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, set., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 30 nov. 2005.

1. A cobrança de taxa de inscrição para realização de concurso público está prevista no art. 11 da Lei nº 8.112/90, que ressalva hipóteses de isenção previstas no edital.
2. Garante-se isenção ao candidato que não tem condições econômicas de arcar com referida taxa, se omissivo o edital a respeito.
3. Remessa oficial improvida. (grifos nossos)

* * *

Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO
 Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 199934000023686
 Processo: 199934000023686 UF: DF Órgão Julgador: SEXTA TURMA
 Data da decisão: 14/9/2001 Documento: TRF 100120259
 Fonte DJ DATA: 14/11/2001 PÁGINA: 308
 Relator(a) JUIZ DANIEL PAES RIBEIRO
 Decisão A Turma, por unanimidade, negou provimento à apelação e à remessa oficial.
 Ementa. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TAXA DE INSCRIÇÃO. LEGALIDADE (LEI N. 8.112/90, ART. 11). ISENÇÃO.
 1. Embora seja legal a cobrança de taxa para inscrição em concurso público (Lei n. 8.112/90, art. 11), ilegal se mostra disposição editalícia que veda a concessão de isenção, "seja qual for o motivo alegado", por contrariar não apenas o dispositivo legal mencionado, que prevê, expressamente, casos de isenção, mas também preceitos constitucionais, que asseguram a todos igualdade de livre acesso aos cargos públicos.
 2. Segurança concedida.

3. Sentença confirmada
4. Apelação e remessa oficial, desprovidas. (grifos nossos)

* * *

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO
 Classe: AC - Apelação Cível - 330816
 Processo: 200181000169262 UF: CE Órgão Julgador: Terceira Turma
 Data da decisão: 25/11/2004 Documento: TRF500091375
 Fonte DJ - Data: 28/02/2005 - Página: 598 - Nº: 39
 Relator(a) Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro
 Decisão UNÂNIME
 Ementa. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. PRELIMINAR. CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE. PROCESSO. UTILIDADE RECONHECIMENTO. CONCURSO PÚBLICO. TAXA DE INSCRIÇÃO. ISENÇÃO. CANDIDATO CARENTE. POSSIBILIDADE.
 1. Interesse processual e por consequência a utilidade do processo que se reconhece, em razão da necessidade de provimento jurisdicional a amparar o bem jurídico pleiteado.
 2. A isenção de taxa de inscrição aos candidatos carentes é assegurada pelo princípio do amplo acesso aos cargos públicos (inciso I, do art. 37 da CF/88).
 3. Precedentes jurisprudenciais deste Tribunal.
 4. Preliminar de carência de ação não acolhida.
 5. Apelação improvida. (grifos nossos)

* * *

Origem: TRIBUNAL - QUINTA REGIÃO
 Classe: AG - Agravo de Instrumento - 34847
 Processo: 200105000082540 UF: CE Órgão Julgador:
 Terceira Turma
 Data da decisão: 27/05/2004 Documento: TRF
 500083752
 Fonte DJ - Data: 20/08/2004 - Página: 1066 - Nº: 161
 Relator(a) Desembargador Federal Manuel Maia
 Decisão UNÂNIME
 Ementa. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO.
 INSCRIÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. ESTADO
 DE POBREZA. EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DE
 TAXA DE INSCRIÇÃO. ISENÇÃO GARANTIDA
 POR DECISÃO JUDICIAL.
 I - O princípio constitucional da acessibilidade aos
 cargos e empregos públicos garante a inscrição em con-
 curso público de candidato reconhecidamente pobre,
 sem que para tanto possa ser exigido o recolhimento
 de taxa de inscrição.
 II - Agravo de instrumento a que se nega provimento.
 (grifos nossos)

Destarte, impõe-se a procedência do pedido contido
 na ação *sub judice*.

3 - DISPOSITIVO

Diante do exposto, decreto a extinção do processo com
 julgamento do mérito, **julgando procedente o pedido**, para
 determinar que os réus se abstenham de realizar qualquer con-
 curso público, em todo o território nacional, sem a previsão
 editalícia de isenção de taxa de inscrição para as pessoas
 comprovadamente pobres na forma da lei.

Condeno os réus a pagarem os encargos de sucum-
 bência. Sem condenação em honorários advocatícios⁴.

A sentença está sujeita ao duplo grau de jurisdição obri-
 gatório.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

Recife, 30 de novembro de 2005.

ESMAPE - BIBLIOTECA

340.05

P-01

EMPRÉSTIMO

⁴Transcrevo a lição de Hugo Mazzilli sobre a questão: "Se o Ministério Público for vitorioso na ação civil pública por ele movida, o réu será condenado nos encargos da sucumbência, excluída, porém, a verba honorária. Primeiro, porque, segundo o art. 22 d Lei n° 8.906/94 (Estatuto da OAB), os honorários advocatícios, fixados em decorrência da sucumbência, constituem direito autônomo do advogado, e, no caso, não haveria por que cobrar honorários advocatícios do réu sucumbente, se a ação não foi movida por advogado; em segundo, porque são indevidos honorários advocatícios quer ao próprio Ministério Público quer a seus membros, que não desempenham atividade de advocacia em sua atuação; em terceiro, porque a verba honorária não poderia ir para o Estado ou seus procuradores, pois estes não promoveram a ação e assim não haveria título jurídico que justificasse a condenação honorária sem que tivesse havido atividade de advocacia na promoção da ação; enfim, porque o custo social não é pago pelas custas do processo, e sim pelos impostos gerais suportados pela população." (op. cit., pp. 478-479).



ESMAPE - ESCOLA SUPERIOR DE MAQUINISTAS DE PERNAMBUCO
Fone: (01) 3224-0000 / 3224-1283 / 3224-0827
Site: <http://www.esmape.edu.br>