

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE



VOLUME 10 • n. 21 • janeiro a junho 2005





**ESCOLA SUPERIOR DA
MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**

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

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



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO - ESMAPE

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco,
conforme Resolução nº 28/87, constante da Ata da 5ª sessão de 23/03/87.
Rua Imperador Pedro II, s/nº 221, Santa Cruz - Recife - PE. CEP.: 50010-140
Site: <http://www.esmape.com.br>

DIRETORIA

Des. JOSÉ FERNANDES DE LEMOS - Diretor Geral

Juiz SILVIO BOMERO BELTRÃO - Supervisor

Juiz ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL - Coordenador dos Cursos Extensão,
Pós-Graduação, Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Juiz JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO - Coordenador do Curso
de Preparação à Magistratura

Juiz CARLOS FREDERICO GONÇALVES DE MORAES

Juiz SAULO FABIANNE DE MELO FERREIRA - Coordenadores de
Comunicação Social

Juiz FERNANDA MOURA DE CARVALHO - Coordenadora de Prática
Jurídica Criminal em Serviço e em Sala de Aula

Juiz JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO

Juiz ADEILDO NUNES - Coordenadores de Eventos Científicos e Culturais e
da Assessoria Jurídica Virtual

Juiz ANTÔNIO CARLOS ALVES DA SILVA - Coordenador de
Aperfeiçoamento de Servidores

Des. JOSÉ ANTÔNIO MACÉDO MALTA - Presidente do Tribunal de Justiça
do Estado de Pernambuco

ISSN 1415-112X



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO

REVISTA DA ESMAPE

Volume 10 - Número 21
janeiro/junho - 2005

Recife

Semestral

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb. FA 20050113

Local P-01

Ch. 00001467 E

© Copyright by ESMape

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente: Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

Membros: Juiz Alexandre Freire Pimentel Juíza Ana Paula Costa de Almeida
Juiz André Vicente Pires Rosa # Juíza Blanche Marysone Fortes Mouton
Juíza Fernanda Moura de Carvalho Juiz Lúcio Grassi de Gouveia

Coordenação Técnica e Editorial: Bf. Joseane Ramos Duarte Soares
(Bibliotecária - CRB-4/1006)

Revisão: Ana Maria César

Editoração eletrônica: Joselma Firmino

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 À ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO - ESMape

Tiragem: 1200 exemplares

Solicita-se permuta/exchange disued/en demande échange

revistadaesmape@esmape.com.br
esmape@esmape.com.br

biblioteca@esmape.com.br
www.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 • 2005

Corpo Docente

Cursos de Preparação à Magistratura

Equipe de Professores

1º PERÍODO

Direito Constitucional I

Professor André Régis de Carvalho
Juiz Estadual André Vicente Pires Rosa /

Direito Administrativo I

Procurador Estadual João Armando Costa Menezes
Conselheiro subst. Tribunal de Contas Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Direito Civil I

Juiz Estadual Jorge Américo Pereira de Lira

Direito Penal I

Delegado Estadual José Durval de Lemos Lins Filho
Promotora de Justiça Joana Cavalcanti de Lima

Direito Processual Civil I

Professor Doutor Sérgio Torres Teixeira
Professor Doutor Lúcio Grassi de Gouveia
Juíza Iasmína Rocha

Direito Processual Penal I

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

Direito Tributário I

Professor Doutor Hélio Silvio Ourem Campos
Advogado Aristóteles Queiroz Câmara

Direito Empresarial I

Advogado Eduardo Montenegro Serur

Administração Judiciária

Juíza Wilka Pinto Vilela

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Responsabilidade Civil

Professora Larissa Maria Leal

Responsabilidade Civil

Professora Doutora Fabíola Santos Albuquerque

2º PERÍODO

Direito Processual Penal II

Juíz Estadual Carlos Alberto Berriel Pessanha

Juíz Estadual Honório Gomes do Rego Filho

Direito Processual Civil II

Juíz Estadual Fábio Eugênio Durstas de Oliveira Lima

Professor Doutor Alexandre Freire Pimentel

Direito Civil II

Professora Larissa Maria Leal

Advogado Hebron Costa Cruz de Oliveira

Direito Penal II

Promotora de Justiça Joana Cavalcanti de Lima

Juíz Estadual Latete Jatobá Neto

Direito Empresarial II

Juíz Estadual Silvío Romero Beltrão

Direito Tributário II

Juíz Estadual José Viana Ulisses Filho

Direito Administrativo II

Professor Eduardo Muniz Machado Cavalcanti

Procuradora Estadual Carine Delgado Cantila Reis

Direito Constitucional II

Professora Sabrina Azeujo Feres Fernandes Rocha

Procurador Estadual André de Albuquerque Garcia

Técnica de Elaboração de Decisões Cíveis

Juíz Estadual José André Machado Barbosa Pinto

Juíz Estadual Cátia Luciene Laranjeira de Sá Sampaio

3º PERÍODO

Direito da Criança e do Adolescente

Juíz Estadual Humberto Costa Vasconcelos Júnior

Juíz Estadual Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Direito Eleitoral

Juíz Estadual Mauro Alericar de Barros

Direito Penal III

Procurador da República Antônio Carlos de V. Coelho Barreto Campello

Direito Processual Civil III

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Direito Processual Penal III

Juíz Estadual Sandra de Azevedo Beltrão

Teoria Geral do Direito

Professor Emílio Paulo Pinheiro D' Almeida

Professor Fabiano Melo Pessoa

Técnica de Elaboração de Decisões Penais

Juíz Estadual Teodomiro Noronha Cardozo

Direito Civil III

Juiz Estadual Alberto Flávio Barros Patriota
Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo

Medicina Legal

Médico Legista Clóvis César de Mendoza

Direito do Consumidor

Procuradora Rosana Grimberg

Cursos de Pós-Graduação

Direito Civil e Processo Civil

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel
Prof. Dr. João Ferreira Braga
Prof. Pós-Dr. João Maurício Adeodato
Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara
Prof. Msc. Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Prof. Ivo Dantas
Prof. Dr. Lúcio Grassi
Prof. Msc. Sívio Romero Beltrão
Prof. Dr. Hélio Sívio Ourem
Prof. Dr. Delosmar Mendonça
Prof. Esp. Francisco Rodrigues
Prof. Artur Stamford

Direito Constitucional, Administrativo e Tributário

Prof. Msc. André Vicente Pires Rosa
Prof. Msc. Dr. Marcos Antônio Rios da Nobrega
Prof. Msc. Francisco Alves
Prof. Msc. Dr. Fernando Araújo
Prof. Esp. Paulo Alcântara
Prof. Msc. Dr. Raymundo Juliano Feitosa
Prof. Pós-Doutor João Maurício Adeodato

Prof. Walber de Moura Agra
Prof. Dr. Adonis da Costa e Silva
Prof. Msc. José Lopes Filho
Prof. Msc. Jackson Borges de Araújo
Prof. Esp. Oswaldo Moraes
Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho
Min. José Delgado
Prof. Dr. Hélio Ourem Campos
Prof. Msc. Ivo Dantas
Prof. Msc. Artur Stamford

Direito Penal e Processo Penal

Profa. Dra. Virginia Colares
Prof. Msc. Dr. Ricardo de Brito
Prof. Dr. Claudio Brandão
Prof. Msc. Paulo César Maia Porto
Prof. Msc. Flávio Fontes
Prof. Pós-Doutor João Maurício Adeodato
Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt
Prof. Esp. Paulo Alcântara
Prof. Dr. Roque de Brito Alves
Profa. Érica Lopes
Prof. Msc. Dr. João Olímpio Mendonça
Prof. Msc. Dr. Carlos Alberto Berriel Pessanha
Prof. Pós-Doutor João Maurício Adeodato
Prof. Des. Nildo Nery

Direito Privado (Civil e Empresarial)

Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira
Prof. Pós-Doutor João Maurício Adeodato
Profa. Msc. Larissa Leal
Profa. Dra. Fabíola Santos
Prof. Dr. Geraldo Neves
Prof. Dr. Sady Torres
Prof. Msc. Ruy Trezena Patu Junior

Prof. Msc. Eduardo Serur
Prof. Dr. Paulo Lôbo
Prof. Msc. Sílvio Romero Beltrão
Prof. Msc. Sílvio Neves Baptista
Prof. Msc. Ivanildo Figueiredo
Prof. Esp. Paulo Alcântara

MBA – Administração Judiciária

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

Sumário

Nossa capa 17

Teoria

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: PRINCIPAIS ASPECTOS

Ana Cecília Moura Campos 21

BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

André de Albuquerque Garcia 33

ASPECTOS CRIMINAIS À LUZ DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

Andressa Maria dos Santos 65

A POLÊMICA DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A NECESSIDADE DE SUA REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA

Blanche Maymone Pontes Matos 73

ASPECTOS RECURSAIS PRESENTES NA TUTELA DE PREVENÇÃO DO ILÍCITO: A SENTENÇA INIBITÓRIA E AS VIAS ADEQUADAS DE IMPUGNAÇÃO

Breno Angelim Figuerôa 101

APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO DISCIPLINAR NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

Celso Augusto Cocco Filho 119

HOMICÍDIO DOLOSO NA DOGMÁTICA COMPARADA

Claudio Brandão 139

AMICUS CURIAE: PLURALIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL

Fabiana Carla Canato Souto Maior Lemos 159

O INSTITUTO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E SUAS REPERCUSSÕES NA TEORIA CLÁSSICA DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

Fabiola Santos Albuquerque 181

O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

Hailton Gonçalves da Silva 197

QUESTÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. PROPOSTAS

Hélio Sílvio Ourem Campos 221

UMA PEQUENA TEORIA ACERCA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO E A RESPONSABILIZAÇÃO DO FORNECEDOR POR VÍCIOS DO PRODUTO: PL 4906/01-OAB, Código de Defesa do Consumidor e um pouco de direito comparado

Itamar Dias Noronha Filho 237

CDA, WA, CDCA, LCA e CRA: as novas siglas que talvez possam dar futuro risonho ao agronegócio!

Jayme Vita Roso 265

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO DEPÓSITO RECURSAL PRÉVIO DA ESFERA ADMINISTRATIVA

José Carlos Arnuda Dantas 281

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL NA NOVA LEI DE FALÊNCIA

Karla Virginia Bezerra Caribé 299

SOCIEDADE LIMITADA: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES OCORRIDAS COMO ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Karyanna Alercar Muniz 319

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ASPECTOS GERAIS E PROCESSUAIS DO INSTITUTO

Leonardo Lumack do Monte Barretto 349

CONTEÚDO E ALCANCE DO DEVER DE DIZER A VERDADE NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Lúcio Grassi de Gouveia e Iasmína Rocha 371

DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO QUANTO À UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Rebeca Mignac de Barros Rodrigues 407

LEI 11.106/2005: Novas modificações ao Código Penal Brasileiro

Renato Macedo 435

**TIPO PENAL ABERTO. INTEGRAÇÃO DA NORMA PENAL
COM AUXÍLIO DA SOCIOLOGIA LUHMANNIANA**

Roberta Virginia de Souza e Silva 469

**A ARGUMENTAÇÃO NO SISTEMA DO "COMMON LAW"
Um Estudo Comparado em Face do "Civil Law"**

Rosângela Araújo Viana de Lira 487

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Uma visão do princípio observado sobre a estrutura do conceito
de culpabilidade

Sabrina Araújo Feioza Fernandes Rocha 515

**A AUTO-EXECUTORIEDADE DA SENTENÇA
MANDAMENTAL**

Simone Duque de Miranda 541

**VERDADE E PRAGMATISMO:
O CONCEITO DE VERDADE DE RICHARD RORTY**

Teodomiro Noronha Cardozo 567

Prática

SENTENÇA CÍVEL. Ação coletiva de indenização.

Condomínio do Conjunto Residencial Enseada do Serrambi

Clécio Bezerra e Silva 585

SENTENÇA CÍVEL E COMERCIAL. Marca gráfica

Jorge Américo Pereira de Lira 609

SENTENÇA CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Nilsen Guerra Nery 615

**SENTENÇA CRIMINAL. ARQUIVAMENTO DE
INQUÉRITO POLICIAL. POSSE DE ARMA DE
FOGO. ATIPICIDADE TEMPORÁRIA**

Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim 631

Nossa capa

Arnaldo Lopes é pernambucano do município de Água Preta. Iniciou nas artes em 1980.

Estudou desenho com o Prof. Luiz Notari, quando cursava Edificações na Escola Técnica Federal de Pernambuco (ETFPE).

Fez o Curso Integral de Desenho e Pintura com Jacques Weyne; Cerâmica com Maria Souza Leão; Escultura (modelagem e forma) com Cavani Rosas, Ronaldo Câmara e José Roberto; e Estética com Milton Bacarelli, autodidata na arte de gravação.

Realizou diversas exposições individuais e participou de várias coletivas, notadamente a II Exposição Internacional de Outdoor.

Em 1996, participou de exposições coletivas na Europa. Tem esculturas e pinturas de sua autoria em edifícios da cidade do Recife, sendo membro efetivo da Associação dos Artistas Plásticos Profissionais de Pernambuco.

A pintura, que ilustra a capa da vigésima primeira **Revista da ESMAPE**, representa o *Trio de Forró*, ritmo característico de nossa região.

Há quem diga que o nome “forró” vem de “for all” (para todos) e que indica o livre acesso aos bailes promovidos pelos ingleses que construíam ferrovias em Pernambuco no início do século. Mas, há quem defenda que a palavra forró vem do termo africano “forrobodó” que expressa festa, bagunça.

No entanto, todos não de concordar que o forró caiu no gosto popular quando Luiz Gonzaga, o “Velho Lua”, apresentou o ritmo ao público de outras regiões do país. Hoje, o forró está presente nas festividades de jovens e adultos das grandes cidades brasileiras.

A Arnaldo Lopes, nossos agradecimentos pela sua boa vontade em atender ao pedido para ilustrar a nossa capa.

Des. José Fernandes de Lemos
Diretor



Teoria

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: PRINCIPAIS ASPECTOS

Ana Cecília Moura Campos
Advogada. Ex-aluna da Escola Superior da
Magistratura de Pernambuco - ESMAPE

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO; 2 - NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO, CONCEITO E OBJETIVOS; 3 - MODALIDADES; 4 - CARACTERÍSTICAS E DIRETRIZES; 5 - CLÁUSULAS ESSENCIAIS E NÃO ESSENCIAIS E VEDAÇÕES; 6 - SOCIEDADE DE PROPÓSITOS ESPECÍFICOS; 7 - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO; 8 - REFERÊNCIAS

1 - INTRODUÇÃO

As parcerias público-privadas foram introduzidas no nosso ordenamento através da Lei 11079/2004, de 30/12/2004, que institui as normas gerais do assunto, baseada na competência prevista no artigo 22, XXII da nossa Constituição Federal (competência da União para legislar sobre normas gerais).

Trata-se de uma lei federal aplicável à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como às entidades da administração indireta, sendo estendidas também a fundos especiais (o que retrata uma impropriedade técnica, porque os fundos não são entidades integrantes do aparelhamento administrativo, não têm personalidade jurídica e sempre integram a estrutura de alguma das pessoas governamentais) e às

outras entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos. Esta competência vem disposta no artigo 1º e seu parágrafo único da Lei 11079/04, mera repetição do artigo 1º da Lei 8666/93 – Lei de Licitações.

Além das normas gerais, a Lei 11079/04 também estabeleceu algumas normas específicas direcionadas apenas à União Federal como as dispostas nos artigos 14 ao 22. Neste campo de incidência, os demais entes federativos podem editar sua própria legislação, exercendo a competência suplementar prevista na Constituição.

A parceria público-privada não é novidade no direito alienígena. Países como Portugal, Inglaterra e Irlanda vêm implementando essa forma de associação com sucesso.

2 – NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO, CONCEITO E OBJETIVOS

A Lei 11079/04 não definiu nem o contrato de concessão especial, nem a parceria público-privada. Apenas, limitou-se a estabelecer, em seu artigo 2º, que “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

A ementa da lei refere-se à “contratação de parceria público-privada”, mas o artigo 2º qualifica a parceria como contrato administrativo de concessão. A expressão “contrato de parceria” é tecnicamente imprópria, uma vez que há total contradição nos termos: os institutos contrato (na sua forma típica) e parceria são incompatíveis. O que caracteriza a parceria é a cooperação mútua, técnica e financeira, com objetivos comuns, convergentes e sem fins lucrativos, ao passo que, nos contratos, tem-se divergência de interesses. Nos termos da lei, portanto, o “parceiro” seria uma concessionária que visa o lucro.

A teor do disposto na lei supramencionada, o ilustre administrativista José dos Santos Carvalho Filho conceitua o contrato de parceria público-privada como “o acordo firma-

*do entre a Administração e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimentos de bens, mediante financiamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes”.*¹

A natureza jurídica é de contrato administrativo de concessão de serviço público, assim dispõe a própria lei (art. 2º). A lei faz referência à delegação comum, regulada pela Lei 8987/95, assim há que se considerar a delegação em apreço como uma concessão especial, para diferenciá-la daquela outra modalidade.

Como contrato administrativo que é, incide sobre ele o princípio da desigualdade das partes e as cláusulas exorbitantes peculiares a todos eles.

As parcerias público-privadas surgiram como uma alternativa à falta de recursos públicos para investimentos em obras de infra-estrutura, como a construção de rodovias, portos e ferrovias.

Devem servir como forma de angariar investimentos do particular e de conseguir uma gestão eficiente por parte dos mesmos na prestação de serviços públicos.

O particular é o financiador e prestador do serviço público mas, no caso de prejuízo, o Poder Público divide-o com o particular. A responsabilidade é **solidária**, ou seja, riscos e ganhos são compartilhados entre as partes.

3 – MODALIDADES

A concessão especial de serviços públicos se apresenta sob duas modalidades: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 326.

A concessão patrocinada é a concessão no conceito da Lei 8997/95 e caracteriza-se pelo fato do concessionário ter duas formas de remuneração, ou seja, duas fontes de recursos: o pagamento de tarifas pelos usuários e outra oriunda de contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular contratado (recurso público da Administração). É o que dispõe o parágrafo 1º do artigo 2º da Lei 11079/04.

A concessão administrativa é aquela concessão comum, contudo, o usuário do serviço é a própria Administração. Temos o particular prestando serviço para a Administração de forma direta ou indireta, nos termos do artigo 2º, parágrafo 2º.

A lei mencionada acima faz distinção no que pertine à disciplina suplementar a ser adotada conforme a modalidade de concessão.

As concessões patrocinadas sujeitam-se à aplicação subsidiária da Lei nº 8987/95 (lei geral das concessões).

Quanto às concessões administrativas, aplicam-se supletivamente alguns dispositivos das Leis nº 8987/95 e 9074/95.

O objeto da concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas, cabendo aos usuários pagar ao concessionário a respectiva tarifa pelo uso do serviço.

Na concessão administrativa, o objeto é a prestação de serviços, sendo a Administração Pública a usuária direta ou indireta. A respeito, ressalta-se o comentário do já citado José dos Santos Carvalho Filho: "Nota-se, pois, que o sistema pretende admitir a contratação de variada gama de serviços públicos de natureza administrativa, única hipótese em que se pode entender o fato de ser a Administração usuária direta ou indireta desses mesmos serviços".²

² Op. cit. Manual de Direito Administrativo, 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p.328z

Embora possua alguma semelhança com o contrato de serviços comum (previsto na Lei 8666/93), o contrato de concessão administrativa tem suas peculiaridades. Naquele, o particular contratado limita-se a prestar o serviço e a Administração deve pagar o respectivo preço em dinheiro; no contrato de concessão administrativa, entretanto, o concessionário presta o serviço, mas lhe é exigido que invista na atividade, obrigando-se a Administração a uma contraprestação pecuniária que não precisa ser, necessariamente, em dinheiro, como reza o artigo 6º da Lei 11079/04.

4 - CARACTERÍSTICAS E DIRETRIZES

Os contratos de concessão especial sob o regime de parceria público-privada apresentam três características básicas que os diferenciam dos demais contratos administrativos.

A primeira consiste no **financiamento do setor privado**. O Poder Público não disponibilizará integralmente recursos financeiros para os empreendimentos públicos que contratar, cabendo ao parceiro privado a incumbência de fazer investimentos no setor objeto da concessão, seja através de recursos próprios ou não.

Outra característica é o **compartilhamento dos riscos**, consistente na solidariedade entre o poder concedente e o parceiro privado nos casos de eventuais prejuízos.

Característica marcante da concessão especial é a pluralidade compensatória, pois, em tal sistema, é admitida contraprestação pecuniária de diversas espécies, além do pagamento em pecúnia, que é a forma comum de pagamento.

A concessão especial sob regime de parceria deve levar em conta algumas diretrizes, verdadeiras linhas a serem seguidas pela Administração ao elaborar seus projetos para tais espécies de ajuste.

As diretrizes estão previstas no artigo 4º da Lei 11079/04. Algumas delas, de tão óbvias, não mereciam referência expressa na lei.

Vejamos as principais:

Deve a Administração levar em consideração a indelegabilidade de funções exclusivas do Estado, como, por exemplo, a função legiferante. Há atividades que não podem ser delegadas às pessoas do setor privado, impondo-se que sejam sempre executadas por entes dotados de poder de império (*jus imperii*).

A lei também traz como diretriz a repartição objetiva dos riscos, que, inclusive, constitui uma das características das parcerias público-privadas. Funciona como fórmula para não afastar eventuais parceiros que temeriam se os riscos fossem seus apenas.

Outra diretriz é a responsabilidade fiscal que incide antes e durante a execução da concessão especial. Seu êxito, contudo, depende da fiscalização por parte dos órgãos públicos.

Por fim, temos a sustentabilidade financeira, que consiste na necessidade de ser previamente verificada a relação custo-benefício do empreendimento projetado.

5 – CLÁUSULAS ESSENCIAIS, NÃO ESSENCIAIS E VEDAÇÕES

Cláusulas essenciais são as indispensáveis para o contrato sob pena de nulidade do mesmo. Têm intrínseca relação com a validade do pacto concessional. Estão dispostas no artigo 23 da Lei 8987/95, bem como no artigo 5º da Lei 11079/04, que são as denominadas cláusulas essenciais adicionais. São elas:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

Além das cláusulas obrigatórias, a lei também possibilita a inclusão de outras cláusulas, as denominadas não essenciais, ou seja, aquelas cuja ausência não acarreta a nulidade da

concessão. Portanto, são facultativas. Estão previstas no artigo 5º, parágrafo 2º, incisos I, II e III.

Há situações previstas na lei que constituem verdadeiras vedações aplicáveis às parcerias público-privadas, representando os pressupostos negativos do contrato. Se tais vedações não forem observadas, o contrato de concessão especial deverá ser anulado por vício de ilegalidade. As vedações dizem respeito ao valor, ao tempo/prazo e ao objeto do pacto concessional e estão elencadas no parágrafo 4º do artigo 2º da Lei 11079/04.

Como bem observa Leandro Sarai:

"Para começar a lei veda que os contratos de PPP: a) tenham valor inferior a 20 milhões de reais; b) cujo prazo seja inferior a cinco anos; e c) tenham como objeto o simples fornecimento de equipamentos ou de mão-de-obra, ou a simples execução de obra pública".³

6 – SOCIEDADE DE PROPÓSITOS ESPECÍFICOS

A Lei 11079/04 criou um instrumento que dá possibilidade de se colocar em separado a pessoa jurídica interessada na parceria, de um lado, e a pessoa jurídica incumbida da execução do objeto do contrato, de outro, permitindo uma melhor forma de controle do poder concedente sobre as atividades, desempenho e contas do parceiro privado.

Curioso é que o vencedor da licitação, antes mesmo de celebrar o contrato, deve constituir tal sociedade. Descumprida esta obrigação, o poder concedente não poderá celebrar o contrato com a sociedade primitiva, cabendo à Administração convocar o participante que ficou na ordem de classificação imediatamente inferior.

³ SARAI, Leandro. Breve análise da Lei nº 11079/04 – Parcerias Público-Privadas – PPP. Jus Vigilantibus, Vitória, 18 mar. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/14509> Acesso em: 5 abr. 2005.

A Lei 11079/04, em seu artigo 9º, parágrafo 2º, permite que a sociedade de propósito específico assuma a forma de companhia aberta, sob o modelo de sociedade anônima. A mesma lei veda que a Administração Pública seja titular da maioria do capital votante, conseqüentemente, não poderá adotar a forma de sociedade de economia mista ou de empresa pública em que o Poder Público seja detentor da maioria do capital com direito a voto. Entretanto, é admissível a aquisição da maioria do capital votante por instituição financeira controlada pelo Poder Público, como reza o artigo 9º, parágrafo 5º.

7 – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A Lei 11079/04 contemplou algumas normas específicas para os contratos de concessão especial, contudo, tais normas não excluem a aplicação das normas gerais sobre o certame licitatório previstas na Lei 8666/93.

A modalidade de licitação a ser utilizada é a concorrência (artigo 10º da lei supra), que, como se sabe, é a modalidade prevista para contratos de grande vulto e que, por tal motivo, exige maior rigor no processo seletivo.

A lei das parcerias público-privadas impôs a presença de certas condições para a instauração do processo licitatório. Vejamos:

I autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguin-

tes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

A lei ainda traz algumas peculiaridades em relação ao edital previstas em seu artigo 11.

Como grande novidade surge a possibilidade de adoção da arbitragem para a resolução de eventuais conflitos decorrentes da execução do contrato. É o que preceitua o artigo 11, III.

Quanto ao procedimento, a lei também apresenta alguns aspectos singulares como a possibilidade de prévia aferição da qualidade técnica das propostas apresentadas, sendo desclassificados os interessados que não obtiverem pontuação mínima.

Permite ainda a adoção do regime de inversão das fases de habilitação e julgamento, com este sendo precedente àquela, o que também ocorre na modalidade de pregão. Tal sistema é condizente com o princípio da razoabilidade, uma vez que, não se perde tempo examinando documentos de habilitação, para, no fim, ser escolhido apenas um vencedor.

Após a divulgação do resultado final, sendo devidamente homologado, o objeto do contrato será adjudicado ao vencedor do certame.

Mostrados os principais aspectos da lei das parcerias público-privadas, espera-se que sejam fomentadas as discussões a respeito como forma de possibilitar a sua aplicação e constante aprimoramento.

8 – REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

RAPOSO, Pedro Câmara. Anotações preliminares à Lei nº 11.079/2004. **Parceria público-privada. Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 555, 13 jan. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6169>>. Acesso em: 11 abr. 2005.

SARAI, Leandro. Breve análise da Lei nº 11079/04 – Parcerias Público-Privadas – PPP. *Jus Vigilantibus*, Vitória. 18 mar. 2005. Disponível em: <http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/14509>. Acesso em: 5 abr. 2005.

BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

André de Albuquerque Garcia
Especialista em Direito Processual Civil.
Professor de Direito Constitucional da
Escola Superior da Magistratura de
Pernambuco-ESMAPE e da Universidade
Salgado de Oliveira (UNIVERSO). Procurador do Estado de Pernambuco. Secretário Geral da Procuradoria Geral do Estado

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO. 2 – DA FORMA FEDERATIVA DE ESTADO. 3 – DOS LIMITES À CAPACIDADE DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS. 4 – DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. 4.1 – Do Poder Legislativo. 4.1.1 – Das Comissões Parlamentares de Inquérito. 4.1.2 – Do Processo Legislativo. 4.1.3 – Do Regime de Imunidades das Parlamentares Estaduais. 4.1.4 – Dos Subsídios dos Parlamentares Estaduais. 4.2 – Da Responsabilidade do Governador. 4.3 – Do Tribunal de Contas do Estado. 4.4 – Do Poder Judiciário. 5 – DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. 5.1 – Da Via de Exceção. 6 – DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO MUNICÍPIO. 7 – CONCLUSÕES. 8 – REFERÊNCIAS

1 – INTRODUÇÃO

Em que pese a aparente desimportância do tema¹ prin-

¹ Na esteira da linha de pensamento de Sérgio Ferrari, as constituições estaduais há muito perderam o embate com a histórica tendência centralizadora do estado federal brasileiro, sendo a elas atribuído um papel secundário, por vezes irrelevante, no contexto federativo, não passando, como afirma o citado autor, de meras leis orgânicas das unidades da federação.

principalmente no que respeita à tendência centralizadora historicamente vivenciada no modelo federal brasileiro, nos estados federais há uma espécie de Poder Constituinte derivado que não se confunde com aquele responsável pela reforma do texto constitucional originário, mas se fundamenta na capacidade deferida aos seus integrantes para criarem as suas próprias Cartas Políticas. Trata-se do Poder Constituinte Derivado Decorrente, condicionado às normas expressamente definidas pela Constituição Federal.

É decorrente esse poder exercido pelas unidades federativas, porque ele deriva do Poder Constituinte Originário, consagrando a autonomia dos Estados-membros da Federação com a possibilidade de organização por meio de Constituições próprias.

2 – DA FORMA FEDERATIVA DE ESTADO

O exercício do denominado Poder Constituinte Derivado Decorrente resulta da revelação de característica básica e inalienável para configuração da forma federativa de estado, a saber, a autonomia político-administrativa de seus Estados-membros.

Sob o ponto de vista formal, a forma federativa de Estado revela toda a sua complexidade ao ser descrita como uma ordem jurídica global – o Estado sob o ponto de vista estritamente formal é confundido com seu próprio ordenamento jurídico – composta de ordens jurídicas parciais, uma delas central conhecida como União e as demais periféricas, conhecidas, especificamente no modelo brasileiro, como Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

Trata-se de tarefa gigantesca, a cargo da Constituição do Estado Federal, a busca de mecanismos de convivência har-

mônica entre ordens jurídicas distintas e autônomas. Autonomia, repita-se, resultante da descentralização política típica da forma federativa de Estado.

Essa descentralização político-administrativa pode ser entendida através das características identificadas pela doutrina mais autorizada que são: capacidade de auto-organização dos Estados-membros por meio de cartas políticas próprias; capacidade de auto-administração por meio de autoridades próprias; capacidade de auferir rendas próprias; participação dos Estados-membros na formação da vontade nacional; repartição constitucional de competências definida na Carta do Estado Federal.

Todas as mencionadas características² demonstram que o traço essencial da Federação privilegia seus formadores originários, os quais renunciaram em dado momento histórico à soberania em favor da indissolubilidade do vínculo e da criação de uma nova pessoa política batizada de União.

A participação do Estado-membro na formação da vontade nacional encontra explicação no modelo originário norte-americano. A chamada bicameralidade do tipo federativo surgiu justamente com o propósito de acomodação dos representantes dos antigos Estados independentes que formaram, logo após a sangrenta guerra de independência no fim do século XVIII, uma Confederação integrada por treze ex-colônias inglesas.

A autonomia dos componentes do Estado Federal, como visto anteriormente, revela-se também através do poder

² Em verdade, o repertório apresentado não constitui definitivo padrão incontestável, dadas as peculiaridades das diversas federações conhecidas.

de auto-organização, ou seja, diante da possibilidade de edição das próprias leis fundamentais das ordens jurídicas parciais juntamente com seu ordenamento jurídico.

Importa ainda destacar que, apesar da necessidade de manutenção da supremacia constitucional federal, falsa é a premissa de existência de hierarquia entre os entes que compõem o estado federal. Devemos, portanto, para melhor entendermos essa forma de organização do exercício do Poder Político, analisá-la sob o ponto de vista de sua proposta histórica.³

Seguindo o modelo norte-americano, pode-se concluir que o Estado Federal constitui uma forma complexa de organização do Estado que se propõe a preservar um mínimo de autonomia para os entes políticos que a integram. Para tanto, a norma fundamental deve disciplinar de forma harmônica e coerente a convivência de ordens jurídicas distintas e, irredutivelmente, autônomas.

Para atingir esse difícil objetivo utiliza-se a carta federal de técnicas voltadas ao disciplinamento dos limites de atuação administrativa, fiscal e legislativa dos seus entes federados, o que comumente conhecemos como repartição de competências.

É justamente na definição dos limites de atuação de cada um dos entes federados e na necessidade de preservação

³ A origem da federação remonta ao modelo norte-americano, no qual as antigas treze colônias que após a guerra de independência formaram uma espécie de confederação, preservando a soberania individualmente, optaram após longo processo de discussão por uma nova forma de organização resultante da renúncia à soberania individual em favor da federação, preservando-se, entretanto, determinadas prerrogativas sob o ponto de vista político-institucional que resultou no surgimento do que hoje se conhece como autonomia política.

de sua autonomia, que reside a principal questão relacionada ao Estado Federal. Como consequência dessa característica básica da forma federativa de Estado, afirma-se, sem medo de errar, que inexistente hierarquia entre os componentes do estado federal.

Como relata Zeno Veloso: *A sobreposição de três ordens jurídicos diferentes, de quatro governos distintos – da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios – não gera problemas, contradições e conflitos, se houver respeito de cada uma dessas entidades ao respectivo círculo possível de atuação, decorrente da faixa de competência específica que foi estabelecida no Texto Fundamental.*⁴

Em outro trecho arremata: *Insistimos em chamar a atenção de que não há uma hierarquia entre as leis emanadas da União, dos Estados-membros e dos Municípios, sendo falso o entendimento de que a lei federal prevalece, em qualquer caso, sobre a lei estadual e esta sobre a lei municipal. Tudo se resume numa questão de competência, de atuação dentro da respectiva órbita de atribuições.*⁵

Destarte, estamos com Duguit, grande mestre do direito público, ao assinalar a necessidade de preservação dos limites de atuação de cada um dos entes federados e, conseqüentemente, a impossibilidade de alteração das competências atribuídas pela norma fundamental a cada um deles, salvo com anuência recíproca.⁶

⁴ VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.331.

⁵ *Op.cit.*, p. 352.

⁶ Sem aprofundarmos a polêmica acerca da condição do município, consideramos a federação essencialmente com sua face bidimensional. Não obstante a redação do artigo 1º da CRFB/88, o município não integrou a federação, não participando da formação da vontade nacional. Consideramos, inclusive, a possibilidade de supressão da autonomia municipal através de emenda constitucional, uma vez que a referida característica não se enquadra na chamada forma federativa de estado.

Nunca é demais lembrar a necessidade de observância da chamada compatibilidade vertical, tanto da constituição estadual quanto, obviamente, do seu ordenamento jurídico, este, particularmente, subordinado duplamente à carta federal como também à própria lei fundamental do Estado-membro.

É bom que se diga que desrespeitados os limites de atuação referidos pelo mestre paraense ou, o que pode ser mais grave, violada a autonomia política do ente federado, sujeita-se o ato violador ao exercício da jurisdição constitucional voltada à preservação da forma federativa de estado, núcleo imodificável escolhido pelo Poder Constituinte Originário. A jurisdição constitucional de controle da constitucionalidade corresponde a mecanismo aplicável a toda e qualquer violação aos parâmetros organizacionais estabelecidos, inclusive à extrapolação de limites promovida pela União em detrimento das competências próprias dos demais entes federados.

3 – DOS LIMITES À CAPACIDADE DE AUTO-ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS-MEMBROS

Como se sabe a capacidade de auto-organização encontra limites nos parâmetros estabelecidos pela Carta Federal.

Tais limites podem ser identificados por se revelarem explicitamente no texto constitucional da federação, como de fato ocorre com os *princípios constitucionais sensíveis* relacionados no artigo 34, VII, da Carta em vigor. Ainda podem ser destacadas como limites à capacidade de auto-organização as chamadas cláusulas pétreas, núcleo imune a modificações ao texto constitucional que deve ser observado pelos Estados-membros no exercício do poder constituinte decorrente.

Como não poderia deixar de ser, a forma federativa de Estado impõe como parâmetro essencial para uniformização

do exercício do poder político a observância da necessária simetria entre institutos básicos do Estado Federal que devem ser compulsoriamente observados pelas ordens jurídicas parciais, como, por exemplo, a organização monocrática do Poder Executivo e as regras relativas ao processo de criação das espécies normativas primárias.

Em verdade, a simetria constitui um princípio hermenêutico, uma etapa preliminar de interpretação de Cartas Constitucionais que optaram pela forma federativa de Estado.

Reporta-se como necessária nessa espécie de organização do exercício do Poder político a existência de parâmetros harmônicos de organização em todas as esferas de Poder, sob pena de comprometimento da unidade, harmonia e indissolubilidade do vínculo federativo.

De fato, existem normas constitucionais que devem ser obrigatoriamente reproduzidas pelo constituinte decorrente, são as chamadas *normas de preordenação* na feliz expressão de *Raul Machado Horta*.⁷ Como exemplos temos os artigos 27,

⁷ HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.333. Expõe o renomado constitucionalista: "As normas constitucionais federais, que, transpondo o objetivo primário de organizar a federação, vão alcançar o ordenamento estadual, com maior ou menor intensidade, demonstram a existência de uma forma especial de normas na Constituição Federal, que denominamos de normas centrais. As normas centrais podem exteriorizar-se nos "princípios estabelecidos nesta Constituição", em equivalente denominação na Constituição de 1946, e, ainda, nos "princípios constitucionais" da Constituição de 1988, que retomou a linguagem da reforma de 1926, ou "os seguintes princípios", na redação da Constituição de 1946, num caso e no outro, mediante enumeração exaustiva. As normas centrais abrangem as normas de competência deferidas aos Estados e as normas de preordenação, estas últimas quando a Constituição Federal dispuser no seu texto sobre o Poder do Estado, titular de Poder ou instituição estadual. "Princípios desta Constituição", "Princípios constitucionais", "Normas de competência e normas de preordenação" limitam e condicionam o poder de organização do Estado e configuram as diferentes modalidades de normas centrais da Constituição Federal."

28, 75, 93, 125, 127, 132, 134, 144, e outros escolhidos pelo Constituinte Originário como parâmetros organizacionais inafastáveis para as ordens jurídicas parciais.

Alguns autores ainda mencionam os chamados *princípios constitucionais estabelecidos*, parâmetros não enumerados, alguns deles decorrentes dos princípios constitucionais expressos. O próprio Supremo Tribunal Federal tem decidido que as normas da CRFB/88, relativas ao processo legislativo, devem ser respeitadas pelo constituinte dos Estados-membros, especialmente as questões relativas à reserva de iniciativa.

Mais uma vez afirma o mestre *Zeno Veloso*: *É mansa e pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal de que as matérias reservadas constitucionalmente ao Chefe do Poder Executivo, quanto a projetos de leis, aplicam-se, igualmente, às emendas constitucionais. Em conclusão: é inconstitucional a emenda constitucional que tenha por objeto assunto cujo processo legislativo só poderia ser desflagrado, exclusivamente, pelo Chefe do Poder Executivo.*⁸

4 – DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

O Estado de Pernambuco, no exercício de sua autonomia constitucional e do Poder Constituinte Derivado Decorrente, convocado através da norma constitucional de eficácia exaurida, disposta no artigo 11 do ADCT, auto-organizou-se por meio da Constituição de 5 de outubro de 1989. O texto constitucional pernambucano, atento às limitações constitucionais federais, observou os chamados princípios constitucionais sensíveis, os princípios constitucionais estabelecidos e a simetria constitucional característica dos Estados Federais.

⁸ *Op. Cit.*, p. 340.

A Carta Constitucional pernambucana foi dividida em oito títulos, seguindo basicamente a ordem de apresentação dos títulos da Constituição do Estado Federal e contando ao fim com algumas normas constitucionais de natureza transitória, a maioria delas de eficácia exaurida.

Consagrou a Carta pernambucana o critério da residualidade na repartição horizontal de competências, a qual ao Estado atribuiu a atuação legislativa e material remanescente, que explícita ou implicitamente não tenham sido vedadas pela Carta Republicana.

Os capítulos referentes à organização dos Poderes constituídos reproduziram fartamente as normas dispostas na Carta Federal com discretas diferenças de redação acompanhadas das devidas adaptações à esfera estadual de Poder.

Em algumas situações, ao optar pela simples reprodução de dispositivos da Carta Federal, o constituinte estadual cometeu alguns erros que resultaram na incompatibilidade vertical de alguns artigos da Constituição do Estado. Assim, por exemplo, ao atribuir prerrogativas típicas do Chefe de Estado ao Governador, uma vez que a imunidade à prisão cautelar implicaria usurpação de competência legislativa atribuída constitucionalmente à União.⁹

4.1 – Do Poder Legislativo

O Poder Legislativo estadual é organizado de forma unicameral, possuindo a Assembléia Legislativa comissões parlamentares permanentes, organizadas em razão da matéria e previstas no regimento interno da Casa, e comissões temporá-

⁹ No particular, a impossibilidade de sujeição à prisão cautelar.

rias, e.g., as Comissões Parlamentares de Inquérito, previstas no artigo 28, §§ 3º e 4º, da Carta estadual.

4.1.1 – Das Comissões Parlamentares de Inquérito

A Constituição estadual organiza o legislativo pernambucano internamente nos mesmos moldes estabelecidos pela CRFB na organização das Casas do Congresso Nacional.¹⁰

Nesse aspecto o artigo 28, mais precisamente, os §§ 3º e 4º, atribuem às CPIs, comissões temporárias responsáveis pela condução dos chamados inquéritos parlamentares, “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.

Destacamos, portanto, duas questões relevantes, a primeira delas relacionada com os limites de atuação e a segunda, com “os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”.¹¹

Nesse aspecto as questões levantadas seriam resumidas

¹⁰ Exige a Carta estadual para instalação de CPIs no âmbito da Assembléia Legislativa requerimento de, pelo menos, um terço dos membros da Casa, confirmando a condição de comissão temporária ou fixar prazo certo para conclusão do inquérito parlamentar.

¹¹ No caso específico, verifica-se uma impropriedade de redação tendo em vista o fato de que, no sistema processual brasileiro, a autoridade judicial raramente realiza diligências de caráter investigatório. Cabe em verdade determinar o verdadeiro significado do dispositivo constitucional em tela, cabendo às Comissões Parlamentares de Inquérito os poderes de investigação próprios do Poder Legislativo, uma vez que cabe a esse Poder o exercício de função típica de caráter fiscalizador. Sendo próprio do parlamento fiscalizar, obviamente, é próprio do órgão legislativo investigar. A doutrina ainda noticia que a leitura do dispositivo constitucional comporta o entendimento de que cabe às CPIs os chamados poderes de instrução próprios das autoridades judiciais limitados pelas chamadas “cláusulas de reserva jurisdicional”, a saber, disposições inseridas no texto constitucional que remetem exclusivamente à autoridade judicial a competência para determinação da medida.

da seguinte forma: o que pode a CPI investigar? Quais os poderes que a CPI dispõe para investigar?

Relata Alexandre de Moraes:

*Assim, em face da imprecisão legislativa há a necessidade de definição de dois pontos básicos na atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito: amplitude de seu campo de atuação e limites de seu poder investigatório.*¹²

Portanto, em resposta às indagações, caberia às Comissões Parlamentares de Inquérito das Assembléias Legislativas investigar todas as questões de interesse público no exato limite das atribuições constitucionais do Poder Legislativo estadual, ou seja, no exercício da fiscalização político-administrativa e financeiro-orçamentária dos Poderes constituídos do Estado-membro.

Inicialmente é importante de plano salientar que o Supremo Tribunal Federal, no que tange aos poderes de investigação das CPIs criadas no âmbito do Congresso Nacional, reconhece às referidas comissões temporárias a competência para, por autoridade própria, decretar a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico – no particular, acesso a dados ou registros telefônicos.

Ainda no que respeita aos chamados poderes de investigação, trata-se de ponto verdadeiramente polêmico, pois é perfeitamente possível estabelecer a ilação acerca da impossibilidade de restrição a direitos fundamentais ou mesmo da

¹² MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 383.

efetivação de medidas próprias das autoridades judiciais às Comissões Parlamentares dos Estados-membros, uma vez que a Constituição Federal somente faz referência a comissões do Congresso Nacional e de suas Casas.

O argumento acima esposado padece de substância diante da própria essência da forma federativa de Estado, que comporta, como visto anteriormente, a convivência de ordens jurídicas autônomas.

Portanto, o princípio federativo autoriza o entendimento no sentido de se permitir às unidades federadas – dotadas de autonomia – o disciplinamento de função típica dos legislativos estaduais, obviamente, dentro de parâmetros limitadores impostos pela Carta Federal.

Trazemos à colação acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região que reforça o posicionamento relatado no sentido da extensão dos poderes de investigação tradicionalmente atribuídos às comissões criadas no âmbito do Congresso Nacional em favor das CPIs estaduais, a saber:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO. CPI DOS COMBUSTÍVEIS. SOLICITAÇÃO DE QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO PELA CPI DIRETAMENTE AO BANCO CENTRAL DO BRASIL. NÃO ACATAMENTO DO REQUERIMENTO, PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. NEGATIVA FUNDADA NA NECESSIDADE DE DETERMINAÇÃO

JUDICIAL. ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES DA CPI. CARÊNCIA DA AÇÃO MANDAMENTAL EM FACE DA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL SUPERVENIENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO. DISCUSSÃO QUE REFLETE NA REGULARIDADE DAS PROVAS COLIGIDAS PELA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO ESTADUAL COM ESPEQUE NA SUA AUTORIDADE PARA DETERMINAR A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. PERSISTÊNCIA DO INTERESSE. NÃO ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR. DESCARACTERIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL. PODERES DE INVESTIGAÇÃO DA CPI PRÓPRIOS DAS AUTORIDADES JUDICIAIS. INADMISSIBILIDADE DE DIFERENCIAÇÃO OU GRADAÇÃO DE PODERES ENTRE AS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO FEDERAIS, ESTADUAIS E MUNICIPAIS, QUANDO INSTITUÍDAS COM VISTAS A INVESTIGAÇÃO DE ASSUNTOS RELATIVOS A INTERESSE PÚBLICO RELEVANTE NOS LIMITES DE SUA COMPETÊNCIA, ART. 58, § 3º, DA CF/88. ART. 28, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. FEDERAÇÃO BRASILEIRA. UNIÃO, ESTADOS, MUNICÍPIOS E DISTRITO FEDERAL COMO UNIDADES DOTADAS DE AUTONOMIA E DE CAPACIDADE DE AUTO-ORGANIZAÇÃO, AUTONORMATIZAÇÃO, AUTOGOVERNO E AUTOADMINISTRAÇÃO. LEI Nº 4.595, DE 31.12.1964 (ATUALMENTE REVOGADA,

MAS VIGENTE NO MOMENTO DA IMPE-
TRAÇÃO) E LEI COMPLEMENTAR N° 105,
DE 10.01.2001. NECESSIDADE DE INTER-
PRETAÇÃO DA LEI CONFORMA COM A
CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APELAÇÃO
EM MANDADO DE SEGURANÇA N° 80286-
PE(2000.83.00.009250-2)1.

(Destaque inexistente no original)

Saliente-se ainda que as Comissões Estaduais não têm competência para investigar autoridades submetidas a foro privilegiado federal, como os casos do Governador do Estado e dos Conselheiros do Tribunal de Contas. Decidiu, a propósito, o Superior Tribunal de Justiça que autoridade que possuir foro privilegiado federal não estará sujeita ao poder de investigação das CPLs estaduais.¹³

4.1.2 – Do Processo Legislativo

Quanto ao processo legislativo, em especial, as espécies normativas primárias previstas no artigo 16 da Constituição estadual são as seguintes: emendas constitucionais; leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas; decretos legislativos e resoluções.

Não há previsão da possibilidade de edição de medidas provisórias por parte do governador do Estado, muito embora seja possível sua introdução através de emenda constitucional, uma vez que os princípios básicos que regem o processo legislativo fixados na Carta Federal são parâmetros de observância obrigatória para o constituinte estadual.

¹³ BRASIL, STJ, AGP 1611/RO. AGRAVO REGIMENTAL na petição 2001/0191600-5. Relator Ministro José Delgado.

No que respeita à iniciativa prevista na Carta estadual para apresentação de propostas de emendas constitucionais, admite a Constituição de Pernambuco a iniciativa popular através de proposta *"subscrita por, no mínimo, um por cento do eleitorado estadual, distribuído, pelo menos, em um quinto dos um quinto dos Municípios existentes no Estado, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles."*

As limitações ao poder de reforma são semelhantes àquelas fixadas na Carta Federal, no particular, o legislador constituinte estadual elegantemente deixou de mencionar as limitações materiais expressas, evitando, assim, repetição enfadonha e desnecessária.

A votação da proposta de emenda constitucional será feita em dois turnos de votação, sendo exigido quorum qualificado de três quintos dos membros da Assembléia Legislativa em ambos os turnos de votação.

A sistemática do processo legislativo ordinário, que inclui as fases introdutória, constitutiva e complementar, é semelhante à prevista na Constituição Federal, sendo ainda disciplinados na Carta estadual o regime de urgência para projetos de iniciativa do Governador do Estado, o procedimento de veto e a possibilidade de superação, bem como, o disciplinamento da sanção e as modalidades de aquiescência do executivo – tácita e expressa.

4.1.3 – Do Regime de Imunidades dos Parlamentares Estaduais

Interessante abordar mais uma vez a necessidade do reconhecimento das normas de pré-ordenação do direito constitucional estadual, o que inevitavelmente levou o constituinte-

te estadual decorrente à edição das chamadas normas de reprodução obrigatória. Como exemplo, temos as normas relativas ao regime de imunidades dos parlamentares estaduais, obrigatoriamente idêntico ao previsto para os congressistas por força de dispositivo constitucional federal expresso (art. 27, § 1º). No particular, ainda não promoveu o constituinte decorrente a atualização da Carta Estadual, necessidade presente em face da recente promulgação da Emenda Constitucional nº 35/01 que modificou o regime de imunidades dos congressistas.

Importa, no entanto, afirmar que a inércia do constituinte estadual não afasta a incidência do novel regime inaugurado com a emenda constitucional nº 35/01, por se tratar de uma norma central, conforme prescreve o multicitado artigo 27 a seguir transcrito:

Art. 27. O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze.

§ 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

Assim sendo, a imunidade formal dos deputados estaduais limita-se à impossibilidade de prisão do parlamentar estadual, ressalvada a hipótese de flagrante de crimes inafiançáveis, caso específico em que os autos devem ser remetidos à Assembléia Legislativa para que resolva sobre a prisão pelo voto da maioria dos seus membros.

Quanto à possibilidade de instauração de processo penal, a licença prévia da Casa respectiva não é mais necessária, uma vez que a CRFB/88 passou a admitir o recebimento da denúncia contra parlamentar, prevendo, apenas, nos casos de crimes cometidos após a diplomação, a sustação do processo instaurado, desde que por iniciativa de partido político com representação na Casa, a maioria dos membros delibere no sentido da suspensão enquanto durar o mandato. A sustação do feito implicará a conseqüente suspensão da prescrição.¹⁴

4.1.4 – Dos Subsídios dos Parlamentares Estaduais

Ainda no que respeita ao Poder Legislativo, a Constituição Federal – reproduzindo a Carta Federal, o artigo 12 da Constituição Estadual estabelece a mesma previsão – limita o subsídio dos deputados estaduais ao máximo de setenta e cinco por cento do subsídio previsto para os deputados federais (art. 27, § 2º, da CRFB/88). Como se verifica na hipótese, não há de fato uma vinculação como alguns chegam a afirmar, pois, majorada a remuneração dos deputados federais, o aumento da remuneração dos similares estaduais dependerá, dentre outros fatores, da observância dos limites prudenciais de comprometimento do orçamento do próprio Poder Legislativo e, obviamente, da deliberação executiva consubstanciada através da sanção do Chefe do Poder Executivo.

4.2 – Da Responsabilidade do Governador

Outra questão interessante versa sobre a previsão na Carta estadual da criação de um Tribunal Especial para julgar o Governador pela prática de crime de responsabilidade.

¹⁴ CRFB/88, artigo 53, §§ 2º, 3º e 5º.

O referido tribunal, formado por sete deputados estaduais e sete desembargadores do Tribunal de Justiça, sob a presidência do desembargador-presidente do TJPE, foi concebido seguindo modelo de outros estados da federação, tendo sido liminarmente suspensa a eficácia do modelo paulista (Adin 2.220-2-SP), idêntico ao modelo pernambucano.

A referida disposição, insculpida no artigo 39, § 1º, II, e § 4º, da Constituição do Estado, encontra óbice na garantia da vedação a tribunais de exceção (artigo 5º, XXXVII, da CRFB/88), tendo em vista que a composição da referida corte excepcional seria determinada em momento posterior à prática do ilícito político-administrativo. Perigosa a determinação *ex post facto* da composição, eis que sujeita o processo a influências indesejáveis decorrentes de momento político instável.

As regras relativas à vedação a tribunais de exceção são complementadas pelo princípio do juiz natural (artigo 5º, XXXVII, da CRFB/88), ficando vedados, conseqüentemente, os juízos extraordinários criados para processar e julgar casos determinados, sendo mesmo irrelevante a existência prévia do tribunal caso sua composição somente seja determinada *a posteriori*.

Com a evidente incompatibilidade vertical do tribunal estadual criado pela Carta estadual pernambucana, entendemos que, tendo em vista a organização unicameral do legislativo estadual, caberá à Assembléia Legislativa do Estado o exercício de duas atribuições claramente distintas, funcionando tanto no papel de órgão responsável pela admissão da acusação apresentada contra o chefe do executivo estadual, como tribunal político que atuará após o juízo positivo de admissibilidade.

Caberá à própria ALEPE a promoção com a devida urgência da atualização do texto constitucional estadual, compatibilizando-o à decisão da Suprema Corte Federal.

Ainda sobre a seção relativa à responsabilização do Governador, resta um breve comentário acerca da impossibilidade de ampliação de prerrogativas que o Supremo Tribunal Federal entende apenas atribuíveis ao Chefe de Estado. Assim, por exemplo, não é compatível com a Constituição Federal em vigor a garantia frente a prisões de caráter cautelar prevista pelo § 3º do artigo 39 da Constituição do Estado, a seguir transcrito:

Art. 39. (...)

(...)

§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória, nas infrações penais comuns, o Governador não estará sujeito a prisão.

Portanto, não obstante a previsão constitucional em relevo, poderá o Governador do Estado ser submetido a restrição de sua liberdade individual de caráter cautelar, originária de decisão emanada pelo Superior Tribunal de Justiça, em função de sua prerrogativa de foro.¹⁵

4.3 – Do Tribunal de Contas do Estado

Pecou o Constituinte Estadual no que respeita ao sistema de controle externo da administração pública a cargo da Assembléia Legislativa, auxiliada pelo Tribunal de Contas do Estado (artigo 30, da Constituição do Estado). Foi desperdiçada a oportunidade de aperfeiçoamento do modelo quando deixamos de criar uma corte de contas responsável

¹⁵ CRFB/88, artigo 105, I, "a"

especificamente pelo controle das administrações públicas municipais, liberando o TCE para direcionar seus esforços ao controle da administração estadual e dos demais Poderes do Estado no exercício de suas funções atípicas de caráter financeiro-orçamentário.¹⁶

Nos mesmos moldes do Tribunal de Contas da União, o TCE funciona como órgão autônomo responsável pelo auxílio ao Poder Legislativo, estadual, e legislativos municipais, no exercício da fiscalização financeiro-orçamentária.¹⁷

Como se vê, o TCE não faz parte da estrutura orgânica do Poder Judiciário, estando sujeitas suas decisões ao crivo do órgão detentor do quase-monopólio da jurisdição, tendo em vista os princípios processuais de natureza constitucional da inafastabilidade e da unidade da jurisdição estatal.¹⁸

Importante ressaltar que existem limites à revisão das decisões do Tribunal de Contas, em verdade as mesmas limitações impostas ao julgador quando da revisão dos atos administrativos em geral, restringindo-se ao campo da competência, finalidade e forma das decisões proferidas.

Quanto às contas do próprio Tribunal, a previsão de sujeição ao julgamento da Assembleia Legislativa, conforme

¹⁶ A CRFB/88 vedou apenas a criação de novos tribunais de contas por parte dos municípios, sendo possível, portanto, que seja instituído pelo constituinte estadual um tribunal de contas responsável pelo auxílio do exercício do controle externo das administrações municipais da respectiva unidade federada.

¹⁷ O TCE é composto de sete Conselheiros escolhidos segundo critérios muito semelhantes aos previstos para provimento do cargo de Ministro do TCU.

¹⁸ Art. 5º, XXXV.

previsão constitucional expressa, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁹

4.4 - Do Poder Judiciário

O Poder Judiciário está regulado no Capítulo IV, do Título II, entre os artigos 44 a 66.

De acordo com o sistema fixado pela Carta Federal, ao Poder Judiciário dos Estados cabe o exercício residual da competência jurisdicional, ressalvadas as hipóteses de competência expressas, previstas excepcionalmente.

Integram o Poder Judiciário: o Tribunal de Justiça do Estado, órgão de cúpula e tribunal constitucional estadual; os Tribunais do Júri; o Conselho da Justiça Militar; os Juízes de Direito e outros Juízes e Tribunais instituídos mediante lei.

Como se constata, não possui o Estado de Pernambuco um Tribunal de Justiça Militar, que poderá ser criado quando atingir a Polícia Militar efetivo superior a vinte mil integrantes, mediante proposta a ser encaminhada pelo Tribunal de Justiça do Estado.²⁰

Mais uma vez assumem relevância as normas centrais fixadas pelo Constituinte Federal, no que respeita principal-

¹⁹ Art. 14, VII, da Constituição estadual. O referido artigo prevê ainda como atribuição do ALEPE o julgamento das contas do Tribunal de Justiça do Estado, do Governador e das contas da própria Poder Legislativo. No que se refere ao julgamento de suas próprias contas, a STF também decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo da Carta estadual (ADIn 1.779-PE).

²⁰ CRFB/88, artigo 125, § 3º.

mente às garantias institucionais (autonomia administrativa e orçamentária) e funcionais do Poder Judiciário.

5 – DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Faculta a Constituição Federal²¹ a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição estadual, possibilitando a existência de um sistema local de exercício da jurisdição constitucional concentrada de competência originária do Tribunal de Justiça, que exercerá o papel de guardião da Constituição do Estado-membro.

Nesse aspecto não cabe à Corte Constitucional estadual utilizar como parâmetro de controle a Constituição Federal, sob pena de usurpação de competência originária atribuída ao Supremo Tribunal Federal.

No que respeita à legitimação para agir, o constituinte estadual elegeu o seguinte rol elencado no artigo 63:

Art. 63. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

- I - o Governador do Estado;*
- II - Mesa da Assembléia Legislativa;*
- III - o Procurador-Geral da Justiça;*
- IV - os Prefeitos e as Mesas das Câmaras de Vereadores, ou entidade de classe de âmbito municipal, quando se tratar de lei ou ato normativo do respectivo Município;*
- V - os Conselhos Regionais das profissões reconhecidas, sediadas em Pernambuco;*

²¹ Artigo 125, § 2º.

VI - partido político com representação nas Câmaras Municipais, na Assembléia Legislativa ou no Congresso Nacional;

VII - federação sindical ou entidade de classe de âmbito estadual.

Simetricamente, cabe ao Procurador-Geral de Justiça o papel de fiscal da lei – no caso da incompatibilidade vertical – além, é claro, de legitimado para provocação da jurisdição constitucional concentrada.

Ainda guardando parâmetro simétrico com a Carta Federal, o Procurador-Geral do Estado e o representante legal do Município fazem as vezes de curadores especiais da presunção de constitucionalidade, respectivamente das leis ou atos normativos estaduais e municipais.

Complementando o sistema concentrado estadual, a Constituição prevê a figura da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação constitucional que, juntamente com o mandado de injunção na via de exceção, tem por propósito o combate à omissão regulamentadora de dispositivos constitucionais de aplicabilidade limitada.

Seguindo o mesmo modelo constitucional federal, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão assume um caráter meramente declaratório, fixador da omissão, destituída de natureza constitutivo-condenatória, não servindo como meio eficaz para compelir o órgão omissor ao exercício de suas atribuições constitucionais.

Aparentemente o modelo concentrado instituído pelo constituinte estadual prevê a participação da Assembléia Legislativa e da Câmara Municipal respectiva com vistas a pro-

mover a suspensão da eficácia da lei ou ato normativo, no todo ou em parte, quando se tratar respectivamente de lei ou ato normativo estadual ou municipal, nessa última hipótese, quando configurada violação à Lei Orgânica da comuna respectiva.²²

Portanto, diferentemente do modelo federal, o exercício dessa jurisdição excepcional contemplaria a atuação conjunta do Poder Judiciário e do Poder Legislativo responsável pela suspensão de eficácia da lei ou ato normativo, não possuindo a decisão do Tribunal de Justiça eficácia vinculante imediata.

Entendo, entretanto, que o papel a ser desempenhado pelo Tribunal Constitucional estadual atribuído ao Tribunal de Justiça impõe, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a necessária força vinculante de seus julgados.

A tarefa de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, independente de sua origem, é privativamente deferida ao Poder Judiciário.

Conceber a possibilidade de participação de outro Poder no exercício de mister privativo de uma Corte Constitucional, ainda que estadual, atenta contra a lógica do sistema de controle abstrato brasileiro.

A participação da Assembléia Legislativa estadual, assim como ocorre com o Senado no plano federal, justifica-se

²² Constituição estadual, artigo 63, § 3º: "Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembléia Legislativa para promover a suspensão da eficácia da lei, em parte ou no seu todo, quando se tratar de afronta à Constituição Estadual, ou à Câmara Municipal, quando a afronta for a Lei Orgânica respectiva."

apenas em razão da necessidade de ampliação da eficácia subjetiva da coisa julgada, o que é próprio do sistema difuso, e nos remete à conclusão de que o exercício da competência prevista no artigo 14, inciso XXIII combinado com o § 3º do artigo 63 da Constituição estadual justifica-se apenas no âmbito do sistema difuso de controle de constitucionalidade, no qual a questão constitucional revela-se como simples incidente processual, ou seja, questão prejudicial a ser objeto de apreciação pelo juízo antes de proferida a decisão meritória.

Da decisão do Tribunal de Justiça no exercício do controle concentrado de constitucionalidade não cabe qualquer recurso para os tribunais de instância excepcional, ressalvada a hipótese em que haja a reprodução de dispositivo constitucional federal. Nesse caso, ocorrendo a discussão concomitante acerca da violação ao dispositivo da Constituição Federal, é cabível a interposição de recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal.

Como se sabe, a aferição da compatibilidade vertical de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal somente será possível pela via de exceção, ou, pela via abstrata quando atendidos os pressupostos de manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, de competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos da Lei nº 9.882/99.

De constitucionalidade duvidosa a previsão de espécie de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Lei Orgânica respectiva,²³ tendo em vista que não é cabível a aferição da compatibilidade vertical, tendo por parâmetro a Lei Orgânica como espécie de constituição

²³ Constituição estadual, artigo 61, I, i.

mover a suspensão da eficácia da lei ou ato normativo, no todo ou em parte, quando se tratar respectivamente de lei ou ato normativo estadual ou municipal, nessa última hipótese, quando configurada violação à Lei Orgânica da comuna respectiva.²²

Portanto, diferentemente do modelo federal, o exercício dessa jurisdição excepcional contemplaria a atuação conjunta do Poder Judiciário e do Poder Legislativo responsável pela suspensão de eficácia da lei ou ato normativo, não possuindo a decisão do Tribunal de Justiça eficácia vinculante imediata.

Entendo, entretanto, que o papel a ser desempenhado pelo Tribunal Constitucional estadual atribuído ao Tribunal de Justiça impõe, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a necessária força vinculante de seus julgados.

A tarefa de declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, independente de sua origem, é privativamente deferida ao Poder Judiciário.

Conceber a possibilidade de participação de outro Poder no exercício de mister privativo de uma Corte Constitucional, ainda que estadual, atenta contra a lógica do sistema de controle abstrato brasileiro.

A participação da Assembléia Legislativa estadual, assim como ocorre com o Senado no plano federal, justifica-se

²² Constituição estadual, artigo 63, § 3º: "Declarada a inconstitucionalidade, a decisão será comunicada à Assembléia Legislativa para promover a suspensão da eficácia da lei, em parte ou no seu todo, quando se tratar de afronta à Constituição Estadual, ou à Câmara Municipal, quando a afronta for a Lei Orgânica respectiva."

apenas em razão da necessidade de ampliação da eficácia subjetiva da coisa julgada, o que é próprio do sistema difuso, e nos remete à conclusão de que o exercício da competência prevista no artigo 14, inciso XXIII combinado com o § 3º do artigo 63 da Constituição estadual justifica-se apenas no âmbito do sistema difuso de controle de constitucionalidade, no qual a questão constitucional revela-se como simples incidente processual, ou seja, questão prejudicial a ser objeto de apreciação pelo juízo antes de proferida a decisão meritória.

Da decisão do Tribunal de Justiça no exercício do controle concentrado de constitucionalidade não cabe qualquer recurso para os tribunais de instância excepcional, ressalvada a hipótese em que haja a reprodução de dispositivo constitucional federal. Nesse caso, ocorrendo a discussão concomitante acerca da violação ao dispositivo da Constituição Federal, é cabível a interposição de recurso extraordinário junto ao Supremo Tribunal Federal.

Como se sabe, a aferição da compatibilidade vertical de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal somente será possível pela via de exceção, ou, pela via abstrata quando atendidos os pressupostos de manejo da arguição de descumprimento de preceito fundamental, de competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos da Lei nº 9.882/99.

De constitucionalidade duvidosa a previsão de espécie de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Lei Orgânica respectiva,²³ tendo em vista que não é cabível a aferição da compatibilidade vertical, tendo por parâmetro a Lei Orgânica como espécie de constituição

²³ Constituição estadual, artigo 61, I, i.

municipal, pois formalmente integra a mencionada espécie normativa a legislação infraconstitucional estadual. O conflito instalado em face da Lei Orgânica é conflito de legalidade, não envolvendo qualquer juízo de constitucionalidade.

5.1 – Da Via de Exceção

Por fim, em deferência à conhecida cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da CRFB/88, o constituinte estadual estipulou a necessidade da observância de quorum diferenciado (maioria absoluta) por parte do Tribunal de Justiça todas as vezes em que for necessária a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Observe-se que o referido quorum se aplica tanto ao modelo concentrado quanto à via de exceção, com o detalhe de que na via difusa deve ser observado pelo Tribunal de Justiça o procedimento estatuído pelo Código de Processo Civil.²⁴

Resumidamente, disciplina o Código de Processo Civil o incidente de inconstitucionalidade exigindo que, ao ser argüida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo perante órgão fracionário, deverá este apreciar a relevância da argüição.

Considerada relevante, deverá suspender o julgamento, lavrando-se o respectivo acórdão, e remeter os autos para a Corte Especial, órgão competente para julgar a questão constitucional (Regimento Interno, art 22, I, "p"), podendo o referido órgão decidir pela aplicabilidade ou não da lei ou ato

²⁴ CPC, arts. 480/482.

normativo ao caso concreto em julgamento, observada a cláusula de reserva de plenário.

No que respeita ao procedimento de declaração incidental de inconstitucionalidade, estabelece o Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco (Resolução n° 84, de 24 de janeiro de 1996) que suscitada a argüição perante a própria Corte Especial, havendo quorum, esta deverá julgar a questão de imediato, conforme o disposto na legislação processual civil.

Estará o órgão fracionário dispensado de observar a cisão do julgamento quando a questão de direito (sobre a compatibilidade vertical da norma) já tiver sido apreciada pela Corte Especial do TJPE ou pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Exige ainda o Regimento que seja atingida a maioria de dois terços dos desembargadores componentes da Corte Especial para que seja possível o pronunciamento do mencionado órgão, repetindo, no entanto, o mesmo quorum exigido para declaração de inconstitucionalidade, a saber:

Art. 138. Será declarada a inconstitucionalidade se nesse sentido votarem pelo menos dois terços (2/3) dos desembargadores; não alcançado o quorum, considerar-se-á rejeitada a argüição (art. 125, § 2°).

Parágrafo único. Não atingida a maioria necessária à declaração de inconstitucionalidade, e ausentes desembargadores em número que possa influir no julgamento, este será suspenso, para concluir-se na sessão seguinte, indicando-se na minuta os votos que ainda devam ser colhidos.

Quanto à exigência da presença de dois terços para que seja possível a deliberação acerca da compatibilidade vertical de leis e atos normativos, laborou em acerto o legislador atípico regimental. Entretanto, ao se exigir quorum de 2/3 para a própria deliberação, desconsiderou o Regimento a previsão constitucional estadual que reproduziu a reserva de plenário correspondente à maioria absoluta.

A vinculação das decisões da Corte Especial sobre o incidente de inconstitucionalidade recebeu do Regimento tratamento específico:

Art. 139. A decisão que declarar a inconstitucionalidade ou rejeitar a arguição, se for reiterada em mais de duas sessões, será de aplicação obrigatória para todos os órgãos do Tribunal.

Vinculados estarão os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça desde que tenha havido pronunciamentos reiterados em mais de duas sessões da Corte Especial, tanto no que respeita à declaração de inconstitucionalidade, quanto no que respeita à rejeição da arguição, tudo em nome da celeridade e economia processuais.

6 – DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO MUNICÍPIO

Tendo sempre como norte as características básicas da federação, as quais nos remetem às conclusões expostas em páginas passadas, especialmente no que concerne à inexistência de hierarquia entre os entes federados, a intervenção consubstancia medida excepcional de natureza jurídico-política de caráter temporário e executada nos exatos limites delineados nas cartas constitucionais do Estado Federal e dos Estados-membros.

Justamente por se tratar de medida excepcional, a regra a ser inapelavelmente observada é a do respeito à autonomia dos Estados-membros da federação e, em menor dimensão, dos municípios.

A Constituição do Estado estabelece as exceções que poderão ensejar a decretação da intervenção do Estado nos municípios²⁵. Dentre elas está prevista a possibilidade de provimento por parte do Tribunal de Justiça da chamada representação interventiva, que possui como único legitimado o Procurador-Geral da Justiça.

Configura-se possível o ajuizamento da representação quando constatada a violação aos princípios constitucionais sensíveis elencados nas alíneas do inciso IV do artigo 91 da Constituição estadual.

Como visto anteriormente, a representação interventiva decorre de provocação dirigida ao governador do Estado por parte do Tribunal de Justiça quando a Corte de Justiça estadual der provimento à representação ajuizada pelo Chefe do Ministério Público do Estado.

De forma distinta ocorre com as demais espécies ensejadoras de intervenção, as quais poderão resultar na edição do decreto interventivo independentemente de provocação, bastando para tanto que ocorra a violação aos princípios dispostos no rol taxativo do artigo 91 da Carta Constitucional estadual.

O decreto editado pelo governador do Estado, devidamente motivado, deve ser submetido à aprovação da Assembleia Legislativa dentro de vinte e quatro horas.

²⁵ Artigo 91.

A representação interventiva integra o sistema concentrado de controle de constitucionalidade, que, em sua dimensão jurídica, limita-se a suspender a execução do ato impugnado por meio de decreto interventivo se essa medida bastar para o restabelecimento da normalidade.

Em caso de ineficácia da providência de caráter jurídico, deve-se partir para a implementação de medidas que resultarão na redução temporária da autonomia política do Município, inclusive com a possibilidade de afastamento das autoridades municipais e a conseqüente nomeação de interventores.²⁶

7 - CONCLUSÕES

Como visto, a carta estadual em verdade funciona como uma espécie de *Lei Orgânica Estadual*, sendo suas disposições relevantes no que respeita à definição de parâmetros de organização, e só.

A existência de inúmeras normas de reprodução diante do ínfimo espaço de atuação do constituinte derivado decorrente torna, por exemplo, secundária a existência de um sistema estadual de manutenção da supremacia da carta estadual por estar sujeito ao avassalador e inevitável papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Republicana de repercussão direta e inquestionável sobre as leis fundamentais das ordens jurídicas parciais.

Obviamente, quando se atribui à Carta Estadual a condição de verdadeira *lei orgânica*, a assertiva reporta-se tão-so-

²⁶ No caso, novo decreto interventivo deve ser editado pelo governador do Estado com vistas à implementação de medidas de natureza política.

mente a sua utilidade e alcance diante da amplitude material da Constituição do Estado Federal. Já que respeita à superioridade formal e do seu caráter fundante relativamente ao ordenamento jurídico da ordem jurídica parcial periférica, reconhecemos como válido o entendimento. Tanto é assim que a Constituição do Estado Federal faculta aos Estados-membros a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais, de modo que evidentemente estabelece um procedimento voltado à manutenção da superioridade da Carta Estadual sobre o ordenamento jurídico estadual.

Inserida, repita-se, no contexto parcial do Estado-membro, inegável sua superioridade.

Recomenda-se, portanto, em homenagem à afirmação da autonomia do Estado-membro, ao Constituinte estadual que proceda à necessária revisão do texto de nossa Carta Constitucional como uma demonstração de sua relevância no contexto federal, de modo a lhe atribuir uma eficácia não somente simbólica, mas sobretudo social, transformando-a em um vetor importante para a instrumentalização do Estado na busca dos objetivos a que se destina no contexto federativo.

Por fim, apenas à guisa de ilustração, faremos referência a alguns dispositivos da Carta estadual que se destacam pela curiosidade da matéria que noticiam, como por exemplo: a proibição para se dar nome de pessoas vivas a qualquer localidade, logradouro ou estabelecimento público, como também de homenagens através de monumentos; e a proibição da realização de concursos vestibulares para ingresso no ensino superior ou para ingresso em cursos de qualquer nível nos dias de sábado, sendo estipulados ainda os limites de horários para realização dos aludidos exames, das oito às dezoito horas.

8 - REFERÊNCIAS

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 7. ed. ver. amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

HORTA, Raul Machado. *Direito Constitucional*. 3. ed. ver. amp. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos Materiais e Formais da Intervenção Federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ASPECTOS CRIMINAIS À LUZ DA NOVA LEI DE FALÊNCIAS

Andresa Maria dos Santos
Advogada. Ex-aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO; 2 - ASPECTOS CRIMINAIS; 2.1 - Da Prescrição; 2.2 - Do Procedimento em Juízo; 2.3 - Da Competência; 2.4 - Da Ação Penal; 2.5 - Do Oferecimento da Denúncia; 2.6 - Da Sentença Falimentar; 3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS; 4 - REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO

Depois de uma longa tramitação no Congresso Nacional, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, intitulada por "Nova Lei de Falências".

Esta Nova Lei de Falências ensejará a possibilidade de reestruturação às empresas economicamente viáveis que passem por dificuldades momentâneas, mantendo os empregos e os pagamentos aos credores. Ao acabar com a concordata e criar as figuras da recuperação judicial e extrajudicial, a nova lei aumenta a abrangência e a flexibilidade nos processos de recuperação de empresas, mediante o desenho de alternativas para o enfrentamento das dificuldades econômicas e financeiras da empresa devedora.

Traz como divisa a reestruturação empresarial como meio de proporcionar maiores possibilidades de satisfazer aos credores, minimizar o desemprego, fortalecer e facilitar o crédito e, em consequência, poupar o mercado dos reflexos perversos da insuficiência dos agentes econômicos¹.

Quanto à sua vigência, preleciona o seu artigo 201 que a nova lei entrará em vigor em 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, ou seja, em 09 de junho de 2005, não havendo aplicação do princípio da incidência imediata determinada no art. 2.º do CPP, contando-se o prazo de vacância e de vigência nos termos do §1.º do art. 8.º da LC 95/98:

§ 1.º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral.

A matéria penal e processual penal vem regulada no Capítulo VII e traz grandes repercussões.

Posto isso, passa-se à análise de algumas alterações no que concerne à seara criminal.

2 – ASPECTOS CRIMINAIS

2.1 – Da Prescrição

A prescrição dos crimes falimentares passa a obedecer à regulamentação contida no Código Penal. Sendo o termo a quo do lapso prescricional a data da decretação da falência².

¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Novo Lei de Falência e a Recuperação de Empresas*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 18.

² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Op. cit.*, p. 371.

Anteriormente era disposto o prazo de dois anos, assim, em virtude da prejudicialidade (os prazos prescricionais passaram a ser mais longos) tem-se que os crimes ocorridos antes da sua vigência serão regidos pela antiga legislação.

Visa a nova lei acabar com a impunidade que assolava em virtude do exíguo prazo prescricional anteriormente estabelecido.

2.2 – Do Procedimento em Juízo

O artigo 200 da Lei n.º 11.101/05 dispõe que ficam revogadas as disposições dos artigos 503 a 512 do Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941, do Código de Processo Penal, que tratam “do processo e do julgamento dos crimes de falência”.

De logo, é preciso anotar que, dentre os crimes previstos na nova lei, apenas o crime do art. 178 é punido com detenção, de 1 a 2 anos, e multa. Todos os demais são punidos com reclusão, de 2 a 4 anos, e multa, exceção feita em relação aos crimes dos arts. 168 e 176, para os quais o legislador estabeleceu pena de reclusão, de 3 a 6 anos, e multa, em relação ao primeiro, e de reclusão, de 1 a 4 anos, e multa, quanto ao último.

Entretanto, pela nova lei, indistintamente, o procedimento a ser aplicado é aquele previsto para os crimes punidos com detenção, tratando-se, pois, de procedimento especial.

No novo sistema o procedimento passa a ser o sumário (art. 531 e ss. CPP cf. art. 185 da Lei 11.101/05), mais restrito que o anterior - o procedimento ordinário. Assim, tendo em vista a plena satisfação da garantia constitucional da ampla defesa/contraditório, os crimes ocorridos antes da sua vigência serão regidos pelo procedimento ordinário, sob pena de cerceamento de defesa.

Ainda quanto ao procedimento, tinha-se que o anterior era bifásico, dividido em duas fases: a fase do inquérito

judicial e a fase processual. Podia, então, o próprio juiz da falência presidir as investigações. Com a nova lei não mais existe o inquérito judicial, pois dispõe o art. 187, § 2.º, da Lei 11.101/05, que o juiz sempre que vislumbrar indícios de crime mandará cópia de tudo ao Ministério Público. Há, em verdade, a separação das funções de acusar, defender e julgar, que devem ser exercidas por diferentes pessoas.

Sem dúvidas, com esta importante modificação ganhou mais força o Ministério Público no desempenho de suas atribuições. Após intimação da sentença que concede a recuperação judicial ou que decreta a falência, cabe-lhe a promoção da ação penal respectiva – na hipótese de haver algum delito a ser punido, ou a requisição da abertura de inquérito policial.

2.3 – Da Competência

Nos termos do artigo 183 da “Nova Lei de Falências”:

Compete ao juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, conhecer da ação penal pelos crimes previstos nesta Lei.

Pela redação dada a esse dispositivo, não se pode deixar de aplaudir o deslocamento da ação penal falimentar para sua sede própria, quer dizer, para o juízo criminal, eliminando a cumulação de tarefas do juízo da falência. Na realidade, ação de falência, execução concursal e ação penal falimentar são processos que, embora amarrados um ao outro pelo fenômeno da falência, têm escopos diversos³.

A nova lei retira do “juízo universal da falência”, que é

³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 371.

de natureza extrapenal, a competência para o processo e julgamento dos delitos falimentares.

2.4 – Da Ação Penal

O artigo 503 do CPP dispõe:

Nos crimes de falência fraudulenta ou culposa, a ação penal poderá ser intentada por denúncia do Ministério Público ou por queixa do liquidatário ou de qualquer credor habilitado por sentença passada em julgado.

No entanto, como já mencionado, esta previsão, que contempla as possibilidades de ação penal incondicionada, por denúncia de iniciativa do Ministério Público, e ação penal privada, por queixa a ser oferecida pelo liquidatário ou qualquer credor habilitado por sentença passada em julgado, terá aplicabilidade até a entrada em vigor da nova lei, visto ter sido revogada por força do art. 200, Lei n.º 11.101/05.

Conforme o novo diploma, em se tratando de crime falimentar, fica excluída a possibilidade de ação penal privada, disposta no art. 184: “Os crimes previstos nesta lei são de ação penal pública incondicionada”.

Acaba por afastar qualquer interesse particular primário na persecução penal. Contudo, existe, conseqüentemente, a possibilidade de ação penal privada subsidiária da pública na hipótese de absoluta inércia do *Parquet*, cabendo a qualquer credor habilitado ou ao administrador judicial intentar a ação penal nos moldes da regulamentação normativa, devendo obedecer às disposições gerais do Código de Processo Penal, quanto ao mais.

2.5 – Do Oferecimento da Denúncia

Estabelece a nova lei que a ação penal não poderá ser iniciada sem que exista prévia sentença de decretação da que-

bra, e também agora, concedendo a recuperação judicial, tendo em vista o disposto no art. 187:

Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.

Assim, verificando o Ministério Público a ocorrência de qualquer crime contido na lei, quando da intimação da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, promoverá de imediato a ação penal cabível, podendo em determinadas hipóteses haver a dispensa de inquérito policial (caso do material probatório suficiente para o firme embasamento da denúncia).

O prazo para o oferecimento da denúncia será de 05 (cinco) dias estando o investigado preso, e de 15 (quinze) dias se o investigado estiver solto – art. 187, § 1.º, pouco importando a presença ou não do inquérito policial no procedimento falimentar.

Entretanto, conforme preleciona a parte final do referido artigo, em certos casos, quando o investigado estiver solto, poderá o Ministério Público decidir, sem fiscalização ou ingerência alguma do judiciário, por esperar a exposição circunstanciada referida no art. 186 da "nova lei", devendo, em seguida, oferecer a denúncia em 15 (quinze) dias.

2.6 – Da Sentença Falimentar

A sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial, mudou

sua natureza jurídica: agora é condição objetiva de punibilidade. Sem ela o fato não é punível⁴.

Corroborando, nos ensina Amador Paes de Almeida que a nova legislação, como não poderia deixar de ser, porido em relevo a natureza econômica do crime falimentar, pressupõe a ocorrência da liquidação judicial como condição de punibilidade⁵.

Dessa forma, não existe fato punível antes da sentença que concede a recuperação judicial ou extrajudicial ou decreta a falência.

3 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

De certo, sem o total exaurimento da questão em tela, percebe-se que não são muitas as alterações introduzidas pela nova lei de falência à seara criminal, mas de grande significância. Outras mudanças precisam ser feitas, contudo as realizadas pretendem conduzir ao melhor aperfeiçoamento do instituto da falência e da recuperação judicial/extrajudicial, agora, se o objetivo pretendido será alcançado só o tempo responderá.

4 – REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Concordata*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Falências e suas Repercussões Criminais*. Disponível em: Pro Omnis: <http://www.proomnis.com.br/>. Acesso em: 01 abr. 2005.

⁵ ALMEIDA, Amador Paes de. *Curso de Falência e Concordata*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 551.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. *Nova Lei de Falências e suas Repercussões Criminais*. Disponível em: < Pro Omnis: <http://www.proomnis.com.br> >. Acesso em: 01 abr. 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Comentários à Nova Lei de Falências*. 1. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

A POLÊMICA DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO E A NECESSIDADE DE SUA REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA

Blanche Maymone Pontes Matos
Juíza de Direito.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 – O CASAMENTO COMO O PRINCIPAL MEIO DE ESTABELECIMENTO E PROTEÇÃO DA FAMÍLIA; 1.1 – Os antecedentes históricos e a lenta evolução do instituto; 1.2 – A variedade de conceitos e a heterossexualidade como principal característica; 1.3 – Os novos “tipos de família”; 2 – O RELACIONAMENTO AFETIVO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO; 2.1 – A gênese do homossexualismo. Aspectos psicossociais; 2.2 – A normatização das uniões estáveis homossexuais no direito comparado; 2.3 – A orientação sexual como direito da personalidade; 3 – A TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DAS CONVIVÊNCIAS; “HOMOAFETIVAS” – O PROJETO DE LEI Nº 1.151/1995 E A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 70/2003 – EQUIPARAÇÃO À ENTIDADE FAMILIAR?; 4 – MAIS POLÊMICA: O PLEITO DO PARQUET FEDERAL: OBRIGATORIEDADE (ABRANGÊNCIA NACIONAL) DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO; 5 – CONCLUSÃO; 6 – REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

É patente, nos últimos anos, a multiplicação de instrumentos jurídicos com a finalidade de tutelar a comunhão de

vida entre duas pessoas do mesmo sexo, sobretudo nos países europeus, onde tal evolução não só promoveu, na grande maioria deles, o enquadramento normativo deste tipo de união através de institutos juridicamente distintos do casamento, mas também legitimou, numa minoria, a abertura à própria instituição do matrimônio civil a homossexuais.

No nosso país, o polêmico assunto de que ora se trata já foi deveras debatido quando da apresentação, em 1995, do Projeto de Lei nº 1.151/95, de autoria da então Deputada Marta Suplicy. Quedou-se um pouco "adormecido" - não obstante a Proposta de Emenda à Constituição nº 70/2003 (que pouco foi analisada) e as várias manifestações dos seus adeptos - e, agora, volta com "força total" à baila, mormente pela atenção dispensada pela mídia televisiva (a novela global das 20 horas mostra a união de duas mulheres, inclusive abordando a intrigante questão da adoção) e, mais recentemente, no meio jurídico, com o ingresso, no mês de janeiro de 2005, pela Procuradoria da República, de uma ação civil pública, com pedido de liminar, objetivando obrigar os Estados, o Distrito Federal e a União a celebrarem o casamento civil de pessoas do mesmo sexo.

Trataremos exatamente, neste estudo, de promover mais um questionamento crítico - e por certo não exaustivo - acerca do polêmico tema da união civil entre homossexuais e da necessidade de sua regulamentação legislativa. Para tal faz-se necessário relembrar em poucas linhas o conceito dogmático de casamento e de família e a evolução da definição deste último instituto com o advento da Constituição de 1988; destacar a crescente aceitação da homossexualidade pelas sociedades modernas e a normatização daquelas uniões no contexto internacional; ressaltar a livre expressão da sexualidade como direito da personalidade, decorrente do princípio da dignidade humana; tecer algumas considerações acerca das propostas de alterações não só normativas, mas da própria

noção social e jurídica de casamento e de família, sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio; e demonstrar que, apesar da tentativa de equiparação, há diferenças fundamentais entre as instituições do casamento e união (ou pareceria) civil entre pessoas do mesmo sexo. Ao final, esboçaremos, em sede conclusiva, nossa opinião, despida de qualquer valoração ou preconceitos, mas como produto do estudo ora realizado, o qual procurou fundar-se nos aspectos sociais e jurídicos da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

A importância do tema exsurge da indubitável novel realidade social mundial - em termos de aceitação e do desenvolvimento de meios de tutela jurídica, uma vez que o homossexualismo, por si só, não é nenhuma novidade -, da complexidade da sua compreensão e da dificuldade de alguns países, entre eles o Brasil, quanto ao reconhecimento e regulação da convivência afetiva entre pessoas do mesmo sexo, não obstante, repetimos, no plano internacional já haverem merecido por muitos a tutela adequada.

1 - O CASAMENTO COMO O PRINCIPAL MEIO DE ESTABELECIMENTO E PROTEÇÃO DA FAMÍLIA

1.1 - Os antecedentes históricos e a lenta evolução do instituto

O matrimônio é uma das instituições mais antigas do mundo, advinda dos costumes de cunho moral e, no mais das vezes, religioso, e sua origem remonta, pelo que se sabe, à união pela força, nos tempos pré-históricos, onde o homem subjugava e capturava a mulher. Nas antigas civilizações, o casamento servia a interesses econômicos e sociais (fator que ainda permanece em alguns povos, até hoje em dia) e despertou maior interesse como modo de oficialização da união entre

homens e mulheres, através de rituais diversos, a partir do período de dominação do Império Romano, onde era dividido em três espécies: a *confarctio* (casamento dos cidadãos romanos, correspondente ao matrimônio religioso), a *coemptio* (matrimônio dos plebeus) e o *usus* (equivalente a um usucapião, posto que a mulher era adquirida pela posse), evoluindo posteriormente até o casamento livre. Na Idade Média, a Igreja se apossa da regulamentação e celebração do casamento, até que o Estado passa a regular o instituto civil sem interferência da autoridade eclesiástica. No Brasil, a regulamentação do casamento católico se deu em 1861, sendo certo que a Carta Magna de 1988, em seu artigo 226, parágrafo segundo, dispôs que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da legislação específica.

1.2 – A variedade de conceitos e a heterossexualidade como principal característica

O conceito de casamento varia bastante conforme a realidade temporal, espacial, cultural e social e, aqui entre nós, a sua elaboração constitui num desafio para os doutrinadores, elaborando-o, estes, de acordo com a concepção que tenham do instituto.

O primeiro conceito de que se tem notícia é o de Modestino, sob a influência do Direito Romano, o qual definiu "*nuptiae sunt conjunctio maris et feminae consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*" (casamento é a conjunção do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano). (ALVES, 1998, p. 282). O conceito traz a característica da perpetuidade e a referência à divindade do direito.

Ainda sob a égide do Direito Romano, o casamento foi conceituado como uma relação jurídica caracterizada pela vida em comunhão e pela afeição entre os cônjuges, conceito este que foi adotado pelo Direito Canônico.

A partir da chegada do cristianismo, o matrimônio passa a representar a união do homem e da mulher sob as bênçãos de Deus.

No direito pátrio, os conceitos variam de acordo com a concepção que se tenha acerca da natureza jurídica do casamento – se instituição ou contrato (havendo, ainda, a teoria mista).

Para Clóvis Beviláqua, adepto da teoria contratualista, "o casamento é um contrato bilateral e solene, pelo qual um homem e uma mulher se unem indissolúvelmente, legitimando por ele suas relações sexuais; estabelecendo a mais estreita comunhão de vida e de interesse, e comprometendo-se a criar e educar a prole que de ambos nascer". (DINIZ, 2000, p. 34). Observa-se que já não mais perdura entre nós o caráter perpétuo e indissolúvel do casamento, demonstrada, então, a mutabilidade de seu conceito.

Elaborando um conceito até agora mais atual, tendo em mira a conjunção dos artigos 1.511, 1.513, 1.565 e 1.566 e, ainda, do artigo 226, parágrafo 1º, da Constituição de 1988, Maria Helena Diniz, encampando a teoria institucionalista, define o casamento como sendo "o vínculo jurídico entre o homem e a mulher que visa o auxílio mútuo, material e espiritual, de modo que haja uma integração fisiopsíquica e a constituição de uma família legítima." (DINIZ, 2000, p. 33).

De fato, neste último conceito vislumbram-se os efeitos jurídicos do matrimônio (constituição da família legítima e

externar o comportamento homossexual, que era um privilégio da nobreza.

Com o surgimento do cristianismo e o dogma da concepção do filho de Deus sem pecado, o sexo passou a ser admitido unicamente para fins de procriação, passando a igreja católica a arraigar a posição do homossexualismo como uma prática pervertida, a transgredir a ordem natural, sendo considerado, ainda hoje, prática criminosa nos países islâmicos.

Durante o período do Renascimento, vários artistas cultivaram paixões homossexuais, mesmo com a forte oposição da Igreja. E a prática vem acompanhando as mudanças históricas e sociais, sendo certo que, de uns trinta anos para cá – decerto em virtude da maior abertura sexual e das conquistas alcançadas no sentido de erradicar qualquer forma de discriminação – os movimentos em favor da liberdade de orientação sexual têm proliferado a olhos vistos.

Psicologicamente, a homossexualidade não é tida como uma opção pessoal consciente, que pode ser alterada de acordo com as circunstâncias e nem uma "doença" hereditária, e sim fruto de um determinismo psíquico primitivo, advindo das relações com os pais desde a concepção até os 3 ou 4 anos de idade, quando então se forma o núcleo da identidade sexual na personalidade.

A ciência, por sua vez, já não vê o homossexualismo como uma doença ou perversão sexual, deixando de constar como doença mental no Código Internacional das Doenças – CID, passando ao capítulo "Dos Sintomas Decorrentes de Circunstâncias Psicossociais". No mais, recentes pesquisas norte-americanas mostram a influência da genética no desenvolvimento do homossexualismo.

De outra parte, a sociedade brasileira ainda é considerada heterossexual, pois é formada por 10% (dez por

cento) de homossexuais. Mesmo constituindo eles uma minoria, devem merecer a tutela jurídica, cabendo ao Estado não apenas impedir a discriminação, mas também criar mecanismos que promovam a aceitação da diversidade e a normatização das "uniões homoafetivas" (criação neologista de Maria Berenice Dias), como de fato está acontecendo em vários países do mundo.

2.2 – A normatização das uniões estáveis homossexuais no direito comparado

No plano do direito comparado e no momento presente, a tutela jurídica das uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo faz-se através de formas distintas, mais ou menos oficializadas, consoante a ordem jurídica interna dos países.

Assim é que a legislação neerlandesa em vigor desde 1º de abril de 2001 – a Lei de 21 de dezembro de 2000 modificou o Livro I do Código Civil, dispondo sobre a abertura do casamento a pessoas do mesmo sexo (*Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden*, 2001, nº 9) – foi a primeira a permitir essa forma de comunhão não heterossexual. Na Holanda, os casais homossexuais podem, inclusive, adotar. Seguiu, posteriormente, tal exemplo, a Bélgica cujo ordenamento jurídico, em 2003, passou a permitir o casamento de pessoas do mesmo sexo (*cohabitation légale*, sem permitir, no entanto, a adoção); a Áustria (*Lebensgemeinschaft*); a França (*pacte civil de solidarité*, dispondo sobre direitos e deveres recíprocos entre casais, homo ou heterossexuais, não vinculados ao casamento); e os países nórdicos (Dinamarca, Países Baixos e Finlândia), através das chamadas uniões registradas (*registered partnerships*).

No Canadá, os Tribunais de Ontário, da British Columbia e do Québec obrigaram a celebração do casamento

dos homossexuais. Perto do final do ano de 2004, o Tribunal Supremo daquele país declarou constitucional os casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

Em maio de 2004 os Estados Unidos passam a celebrar o casamento entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, a vitória de George W. Bush nas eleições presidenciais, comprometendo-se ele, inclusive, a fazer incluir na Constituição Americana que defina o casamento, a nível federal, como a união entre pessoas de sexos diferentes, traz à tona a polémica e o futuro incerto acerca da normatização jurídica.

O governo espanhol aprovou, no final de 2004, um projeto de lei que legaliza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, o qual deverá ser encaminhado para apreciação da Assembléia Nacional. Segundo o projeto, casais homossexuais poderão adotar crianças e receberão todos os benefícios desfrutados pelos heterossexuais, como o direito à herança e pensão. A sociedade espanhola encontra-se bastante dividida e em alguns pontos, como a adoção de crianças, é totalmente contrária ao projeto do Governo. E o Conselho do Poder Judiciário da Espanha emitiu parecer em janeiro de 2005, alertando para que, no entender de seus pares, existem sérias dúvidas acerca da constitucionalidade do projeto, assinalando, por outro lado, que os direitos dos casais homossexuais deveriam ser tutelados por outras figuras que não o matrimónio.

Na Alemanha, desde o ano de 2000, foi aprovada a lei que admite o registro oficial da união homossexual. Entretanto, a lei traz algumas limitações, sendo a mais importante delas o veto à adoção.

Em Portugal, desde 2001 é reconhecida a "união de facto" entre pessoas do mesmo sexo (Lei nº 7/2001, de 11 de

maio), atribuindo direitos mas também várias limitações importantes como: a impossibilidade de registro (importante meio de prova da relação de fato); não dispõe sobre o direito de herança; o direito à adoção continua consignado apenas para as uniões de fato entre pessoas de sexo diferente; a inexistência de patrimônio comum, pelo que as dívidas são de responsabilidade exclusiva de quem as contraiu; não há possibilidade de adoção do apelido e; não permite a escolha do regime de bens.

A Argentina tornou-se, em 13 de dezembro de 2002, a primeira cidade da América Latina a legalizar a união civil entre homossexuais, sem, no entanto, admitir o casamento.

Apesar das diferenças existentes na regulamentação das uniões homossexuais no âmbito de cada país, registramos que na esmagadora maioria deles, como no caso das "uniões registradas" dos países nórdicos, ela produz efeitos jurídicos similares aos do casamento. Atualmente, apenas os países baixos comportam mesmo a abertura do casamento civil a casais homossexuais. De uma forma ou de outra, assegura-se a não-discriminação e promove-se a extensão de direitos conferidos anteriormente apenas aos heterossexuais, onde o principal é o da livre orientação sexual, inserido no contexto internacional como decorrente do princípio da dignidade humana e, como tal, um direito personalíssimo.

2.3 – A orientação sexual como direito da personalidade

No Brasil, todo o movimento político-jurídico na busca incessante dos direitos referentes à livre orientação sexual insere-se no contexto internacional acima e coaduna-se com o princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana, donde emanam todos os outros princípios/direitos constitucionais, inclusive os da personalidade, definida pela

Psicologia como a organização mental total de um ser humano em qualquer estágio do seu desenvolvimento, abrangendo-lhe todos os aspectos de caráter, temperamento, habilidade, moralidade e atitudes.

Nesta ótica, a orientação sexual (ou opção, como se referem alguns), é direito da personalidade, porquanto atributo inerente e inegável à pessoa humana e, como tal, não deve servir de via expressa de discriminação, nem permanecer à margem do Direito, merecendo deste a tutela adequada, em respeito ao princípio da dignidade humana e a um dos seus prolongamentos, qual seja, o da igualdade. Nesse passo, é importante lembrar – entendimento já sedimentado na doutrina e jurisprudência – que a igualdade não expressa uma obrigação absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento, desde que não arbitrárias.

3 – A TENTATIVA DE REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DAS CONVIVÊNCIAS “HOMOA-FETIVAS” – O PROJETO DE LEI Nº 1.151/1995 E A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 70/2003 – EQUIPARAÇÃO À ENTIDADE FAMILIAR?

Diante do quadro de mobilidade internacional no sentido de regulação da relação de convivência afetiva entre pessoas do mesmo sexo, não pôde, o legislador brasileiro, permanecer inerte, pelo que foram apresentadas duas proposições em relação à matéria: o Projeto de Lei nº 1.151/95, de autoria da então Deputada Marta Suplicy e a Proposta de Emenda à Constituição nº 70/2003, de autoria do Senador Sérgio Cabral.

Exporemos resumidamente, a seguir, alguns pontos de ambas as proposições, que entendemos mais relevantes para o objeto do tem.² mais especificamente a questão de se a união

estável entre pessoas de sexo diferente constitui ou não casamento ou outra forma de entidade familiar. O nosso posicionamento será demonstrado durante a exposição e também nas linhas conclusivas.

Pela redação primitiva do Projeto de Lei nº 1.151/95, pretendia ele instituir “a união civil entre pessoas do mesmo sexo”. O objetivo surgia claramente nas entrelinhas e era o de conferir quase todos os direitos inerentes ao casamento heterossexual, apesar de sua autora advertir, nas justificativas, que “a figura da união civil entre pessoas do mesmo sexo não se confunde nem com o instituto do casamento, regulamentado pelo Código Civil brasileiro, nem com a união estável, prevista no parágrafo 3º do art.226 da Constituição Federal. É mais uma relação entre particulares que, por sua relevância e especificidade, merece a proteção do Estado e do Direito”. Logo após, nas mesmas justificativas, aduz: “Está entendido, portanto, que todas as previsões aplicáveis aos casais casados também devem ser direito das parcerias homossexuais permanentes.”

De outra parte, o Relator, Deputado Roberto Jefferson, entendendo que a denominação “união” levava à idéia de casamento, procurou “esclarecer” o tema, para que não houvesse distorções, substituindo a expressão “união civil” por “parceria civil registrada”, segundo ele mais concordante com os objetivos do projeto original. Assim, segundo o Relator, o projeto baseia-se na efetiva garantia da dignidade da pessoa humana, não se tratando da instituição nem de casamento e nem de união estável entre pessoas do mesmo sexo, nem muito menos de direito de família, sendo seus objetivos claramente de ordem econômica, visando à garantia dos direitos à herança, aos benefícios previdenciários, à composição de renda para aquisição de financiamento para casa própria e à declaração conjunta de imposto de renda,

dentre outros direitos patrimoniais. Possibilita um plano de saúde conjunto e, ainda, a preferência do "parceiro" no exercício da curatela. Trata, também, da impenhorabilidade do imóvel próprio e comum dos "parceiros". Dispõe, ainda, o projeto (com o substitutivo oferecido pelo Relator), sobre a proibição da adoção, a tutela ou guarda de crianças ou adolescente pelos "parceiros", mesmo que sejam filhos de um deles.

O Projeto de Lei nº 1.151/95 foi apresentado em 26.10.1995, encontra-se tramitando em regime ordinário e, desde 31.05.2001, quando foi retirado de pauta em face de acordo entre os líderes, pronto para discussão¹.

Por outro lado, a Proposta de Emenda à Constituição nº 70, de 02.09.2003, pretende estender aos casais homossexuais os mesmos direitos outorgados à união estável entre casais heterossexuais, excluindo a conversão em casamento, que, segundo o texto, continua sendo prerrogativa da união entre homem e mulher. Objetiva, então, a proposta, modificar a redação do parágrafo 3º do artigo 226 da Carta Federal de 1988 para instituir, ao lado da família constituída pelo casamento, pela união estável e a monoparental, também aquela formada pelos casais homossexuais.

Encontra-se a PEC nº 70/2003 na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, desde 12.05.2004, quando foi aprovado o requerimento da Senadora Serys Slhessanrenko, de audiência pública para instruir a matéria.

De nossa parte, entendemos que o Projeto de Lei nº 1.151/95 marca, sem sombra de dúvida, no nosso país, um avanço legislativo na tentativa de disciplinar as relações homos-

¹ disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>

sexuais, apesar de o seu texto trazer algumas impropriedades técnicas e disposições que colidem com o seu decantado propósito – apenas o de autorizar a elaboração de um contrato escrito e registrável contendo apenas deveres, direitos e obrigações de ordem patrimonial. Afastaram-se as expressões "família" e "casamento", mas prevêem também efeitos não-patrimoniais ao registro da parceria – que implicitamente revelam a existência de uma relação afetiva entre os parceiros.

Isto se observa nas passagens acerca de coabitação, fidelidade (art. 7º) – apesar de o Relator assim não cogitar – e, ainda, na cláusula de prioridade da curatela de um dos "parceiros" em caso de incapacidade superveniente do outro. Outra disposição que nos parece remeter à instituição familiar é o artigo 9º do referido projeto, o qual estabelece a impenhorabilidade do imóvel próprio e comum dos contratantes, nos termos da Lei nº 8.009/90. A referida lei trata da impenhorabilidade do bem de família como "imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar...", mas ainda assim, segundo o eminente Relator, "não se cria nenhuma entidade familiar para efeitos de proteção do Estado."

Há indubitavelmente alguns equívocos no projeto de lei supramencionado, não só no aspecto do tecnicismo legal (alguns não objetivamos tratar aqui), mas também e principalmente quando se propõe a emoldurar as relações jurídicas dos homossexuais apenas como obrigacionais, entrando em choque, inclusive, com a Proposta de Emenda Constitucional nº 70/2003, a qual pretende equiparar as uniões homossexuais à entidade familiar.

Posiciona-se também, o projeto, na contra-mão da jurisprudência, que já deu vários sinais de reconhecimento da união estável homossexual como entidade familiar. Destacamos uma curiosa e recente decisão: o Tribunal Superior Eleitoral,

ao julgar o RESPE nº 24564, na data de 01.10.2004, cujo relator foi o eminente Ministro Gilmar Ferreira Mendes, proibiu a candidatura de uma deputada estadual paraense à Prefeitura do Município de Viseu, no nordeste do Pará, ao argumento fático de ela ter uma suposta união "homoafetiva" com a então atual Prefeita da cidade. O fundamento jurídico foi o de que a candidatura viola a proibição constante do art. 14, parágrafo 7º, da Constituição Federal, que cuida dos casos de inelegibilidade reflexa e territorial. Eis o acórdão, *in verbis*:

DECISÃO: AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE. 1. Eis as informações prestadas pela Assessoria: A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias. 2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal. 3. Indefiro o pedido. 4. Publique-se. Brasília, 24

de junho de 2004. Ministro MARCO AURÉLIO. Relator.²

Não adentraremos, aqui, na questão técnica de se caberia restringir o direito à elegibilidade de quem não figura nas hipóteses legais por interpretação analógica (a maioria da doutrina se posiciona contrariamente). Interessa-nos, no momento, o fato de que, pelo dispositivo constitucional fundante da decisão supra-referida, pelo menos para fins eleitorais, a relação homossexual foi equiparada à relação conjugal ou de parentesco, coadunando-se não com o Projeto de Lei nº 1.151/95, mas com a Proposta de Emenda Constitucional nº 70/2003.

Urge que os nossos legisladores harmonizem os textos normativos pertinentes à matéria. Nada adianta transplantar, para o ordenamento jurídico pátrio, noções de institutos jurídicos utilizados em outros sistemas, sem qualquer análise dos seus efeitos práticos na nossa ordem jurídica, sob pena de criar, como se está criando, uma confusão interpretativa do que seja casamento, união estável e união "homoafetiva", o que contribuirá nefastamente para o enfraquecimento de tais relações.

Posicionamo-nos no sentido de que o rol de entidades familiares constante do artigo 226 da Constituição Federal não é taxativo, uma vez que, como já dissemos, o direito de família tem como característica a permeabilidade e adaptabilidade ao dinamismo social. O pensamento amplamente majoritário é o de que o grau de afetividade demonstrado pela união das pessoas é o sinal indicativo da existência ou não de entidade familiar, sendo certo que um tio (a) e sobrinho

² decisão disponível em <<http://www.tse.gov.br/servicos/jurisprudencia>>.

(a), um avô (ó) e um (a) neto (a), dois ou mais irmãos podem, partindo daquele indicativo (afetividade) formar uma entidade familiar. Assim também vislumbramos – sem qualquer valoração pessoal – quanto à união entre dois homens ou duas mulheres, devendo, pois, seus relacionamentos afetivos estáveis serem incorporados ao rol constitucional.

Pertinente, nesse passo, aquela indagação formulada alhures: reconhecendo que a união “homocafetiva” estável é equiparável à entidade familiar, tal levaria inarredavelmente a admitir-se o casamento entre os homossexuais? Não devemos adiantar nossa posição antes de expor a nova polêmica instituída com o pleito do representante ministerial federal que pretende obrigar a celebração do casamento civil de pessoas do mesmo sexo.

4 – MAIS POLÊMICA: O PLEITO DO PARQUET FEDERAL: OBRIGATORIEDADE DA CELEBRAÇÃO DO CASAMENTO CIVIL DE PESSOAS DO MESMO SEXO

Como já foi dito, a Procuradoria da República ajuizou recentemente (janeiro/2005) uma ação civil pública, com pedido de liminar, cujo objetivo principal é obrigar os Estados, o Distrito Federal e a União a celebrarem o casamento civil de homossexuais e a decisão, acaso acatado o pedido, terá validade em todo o país. Entre outros argumentos do representante ministerial, destaco os fundamentais:

a) a desnecessidade de alteração no quadro normativo e da conseqüente intervenção do Legislativo, pois a medida deflui do ordenamento jurídico;

b) a cidadania e a dignidade da pessoa humana, ao lado do pluralismo político, constituem objetivos fundamentais da República, sendo que o ser humano homossexual é cidadão com os mesmos direitos e merecedor da mesma dignidade;

c) todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, e a imagem das pessoas, e a discriminação pela negativa ao casamento homossexual implica violação à vida privada, cerceando, ainda que indiretamente, com forte desestímulo, a liberdade de escolha do parceiro sexual;

d) a lei civil não é suficientemente clara em proibir o casamento das pessoas do mesmo sexo e a proibição fica mais por conta do pensamento arraigado na cultura geral da população e da comunidade jurídica em particular, tão tradicionalista quanto preconceituosa.

A ação em tela foi ajuizada perante o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Guaratinguetá, Estado de São Paulo. O juiz processante recebeu a ação, porém negou a liminar pleiteada, argumentando, em síntese apertada, que a questão, por ser bastante polêmica e trazer sérias conseqüências de ordem moral e jurídica e nas relações sociais, não enseja tratamento de forma precária.

De fato, entendemos que assiste razão ao magistrado. O tema decididamente não é daqueles que impõem celeridade da decisão. Exige, sim, a questão, debate público e consenso social. E os argumentos utilizados pelo ilustre representante do *parquet* federal, no nosso sentir, não autorizam o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Vejamos:

a) Não obstante tomarmos posição pela possibilidade legal de reconhecimento da união “homocafetiva” como uma entidade familiar, isto não leva ao entendimento de que, à luz da legislação vigente, seja admissível o casamento entre homossexuais. Da leitura conjunta dos artigos 1.511, 1.514 (“O casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer

vínculo conjugal (...).”), 1.517 (“O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, (...)” e 1.565 (“Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.”) só se extrai a interpretação, para nós correta, de que a heterossexualidade é característica fundamental deste instituto jurídico, em harmonia com o disposto no parágrafo 3º do artigo 226 da Lei Maior, o qual reconhece expressamente a união estável apenas entre homem e mulher e a facilitação de sua conversão em casamento. Destarte, obviamente, só pode ser convertida em casamento, a união estável, por possuir esta última o caráter de diversidade de sexo. Pelos motivos expostos, *data venia*, entendemos ser imprescindível a intervenção do legislador o qual expressa (ou devia expressar) a vontade social, para, se for o caso, legitimar, como casamento mesmo, a união entre pessoas do mesmo sexo. No nosso sentir, não cabe ao Judiciário qualquer decisão nesta direção, sob pena de ingerência nas atribuições do Poder Legislativo.

b) É correto que o princípio da dignidade humana é o pilar da nossa ordem constitucional e não precisamos repetir que dele decorrem vários outros direitos da pessoa, inclusive a plena cidadania e a orientação sexual. Também é certo que a nossa sociedade é democrática e pluralista e que **todos** merecem os mesmos direitos e dignidade, independentemente das escolhas, orientações ou valores pessoais. Mas isto não significa, ao nosso ver, que a sociedade não tenha uma determinada concepção das instituições protegidas e reguladas – por isso mesmo – pela lei. E a concepção atual de casamento ainda possui raízes culturais, religiosas e antropológicas. Um exemplo disso é que não se permite a bigamia (que, inclusive, é crime), nem a poligamia.

c) a Constituição não ampara o matrimônio dos homossexuais. O que ela permite, pelo princípio da igualdade

- da não-discriminação de qualquer natureza – é a extensão aos casais homossexuais dos direitos e deveres do casamento, apoiando a regulamentação de um novo modelo de convivência entre eles, seja chamado de “união homoafetiva”, seja de “parceria civil” ou qualquer outra designação. Dizer isto não significa, de forma alguma, estímulo à discriminação ou “desestímulo à liberdade de escolha do parceiro sexual”. Estamos apenas nos posicionando no sentido de que o casamento é uma instituição que tem por essência a diversidade de sexos. É aplicação da expressão há muito conhecida: “justiça é tratar de forma igual aos iguais e de forma desigual aos desiguais”. Discriminação é tratar de forma distinta (com efeitos negativos) pessoas que são iguais, sem que exista uma razão objetiva, razoável. Não é o caso da não permissão de casar alguém com outrem do mesmo sexo, da mesma forma como não se permite que um homem casado case com outra mulher, ou com sua irmã...O simples fato de alguém querer casar com outra pessoa não significa que possa simplesmente fazê-lo, sob o argumento de discriminação. Os homossexuais têm o direito de se amarem, de ter sua vida privada, de escolher seu parceiro sexual e viverem juntos, constituir família, como todos têm, mas isto não quer dizer que se lhe dêem o direito de contrair matrimônio. Ressaltamos, por oportuno, o pensamento de J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao analisar a Constituição Portuguesa:

(...) Seguramente que basta o princípio do Estado de direito democrático e o princípio da liberdade e autonomia pessoal que lhe vai naturalmente associado para garantir o direito individual de cada pessoa a estabelecer vida em comum com qualquer parceiro da sua escolha. Mas uma coisa é a sua protecção ao nível da liberdade e da autonomia individual, outra coisa é o seu

reconhecimento e garantia específica a título de direito à constituição de família ou de celebração de casamento."(CANOTILHO, MOREIRA, 1993, p. 221).

d) Como já foi dito acima, apesar de expressamente não proibir o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, nos termos da nossa lei civil e da interpretação harmônica dos seus dispositivos, o casamento contraído por pessoas do mesmo sexo é juridicamente inexistente. Pelo projeto de lei e da proposta de emenda à Constituição já discutidos, depreende-se que a nossa sociedade não reconhece a união "homoafetiva" como casamento.

O matrimônio apresenta-se em nosso sistema jurídico como um instituto marcado pela característica da heterossexualidade como essencial e esta concepção ético-jurídica pode-se entender até como "tradicionalista", mas não é, no nosso entendimento, preconceituosa. Certamente, a instituição passou por várias mudanças ao longo da história e algumas de suas características, como, por exemplo, a indissolubilidade, foram questionadas e abandonadas pela sociedade. Mas a diversidade de sexos nunca foi questionada até hoje, pelo motivo de tratar-se de uma característica nuclear do casamento, sua própria identificação cultural.

O modernismo é importante, na medida em que possamos compreender o que tem levado outras culturas a admitir o matrimônio entre pessoas do mesmo sexo, como também a poligamia. No entanto, o tradicionalismo responsável também se faz necessário, para não "importarmos" conceitos que não se coadunam com nossa cultura. Significa dizer que a compreensão acerca da admissão do matrimônio homossexual em outros (poucos) países não leva neces-

sariamente a admitir tal modalidade em nosso ordenamento jurídico.

Note-se, ainda, que nos países que admitiram o casamento (mesmo, e não "união estável homossexual" ou "parceria civil") - Holanda e Bélgica - sempre na vanguarda dos direitos humanos, mantêm algumas limitações em matéria de filiação e adoção. Este subtema - atrelado ao da regulamentação da união "homoafetiva" - é o mais difícil de ser analisado, devido à suma importância de suas conseqüências sociais e jurídicas. Como bem afirmou a Assistente Social Lucinete S. Santos:

A adoção de crianças e adolescentes, como toda e qualquer prática social, reflete crenças, os valores e os padrões de comportamento construídos historicamente. Há, portanto, uma cultura de adoção no Brasil, cujos limites e preconceitos devemos conhecer, para que possamos atuar sobre ela, reformulando práticas equivocadas.¹

É verdadeiro que por muito tempo o foco da adoção era apenas atingir os interesses dos casais que não podiam ter filhos e pretendiam adotar. Atualmente, entretanto, a própria sociedade vem evoluindo e o que tem prioridade é o interesse da criança ou adolescente. Por isso o tamanho da responsabilidade da discussão a respeito da possibilidade de casais homossexuais poderem ou não adotá-los.

De logo afirmamos que a admissão da adoção a casais homossexuais prescinde, no nosso entender, da regulamentação da sua "união" ou "parceria civil", mas necessita do reconhecimento daquela relação como uma entidade familiar.

¹ "Por uma nova cultura de adoção", publicado no 1º Guia de Adoção de Crianças e Adolescentes do Brasil.

Não há, nos requisitos para a adoção previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (diferentemente do casamento) nenhum impedimento à adoção por casais homossexuais, podendo, inclusive, uma pessoa solteira adotar.

Coerente com o nosso posicionamento anterior, no sentido de que a união afetiva estável de pessoas do mesmo sexo deve ser reconhecida como entidade familiar, ao lado do casamento, da união estável e da família monoparental, poderíamos de logo afirmar que somos a favor de uma mudança legislativa para incluir o direito dos casais homossexuais de adotar crianças e adolescentes. Sem embargo, entendemos que tal alteração legislativa, por ser genérica, não deve ser produto de experiências precipitadas numa área tão melindrosa como o direito de família. Deve, sim, surgir de um estudo sério, tranqüilo e cuidadoso das várias e importantes questões implicadas, no qual opiniões emocionadas dêem lugar a fundamentos racionais. Enquanto isso, cabe ao Judiciário (afirmo, porque não está em jogo a identidade de uma instituição, apenas a inclusão de mais sujeitos nela) reconhecer ou não nas "famílias" formadas por casais homossexuais, o ambiente familiar favorável à adoção, através de parecer resultante de estudos psicossociais, caso a caso.

5 - CONCLUSÃO

Ao término de nossa exposição passamos a compactar algumas posições adotadas em torno do tema proposto.

a) o casamento é uma instituição cuja essência é a diversidade de sexos, sendo este um dado social, ético, religioso, jurídico e antropológico. Negar a admissão da celebração do casamento de casais homossexuais não é discriminá-los e sim reconhecer aquela característica nuclear do instituto.

b) não se deve impor à ausência de admissão do casamento dos homossexuais a discriminação, a insegurança, a instabilidade e a infidelidade tão comuns nas relações homossexuais na atualidade, pois tal depende tão-somente da harmonia e auxílio mútuo entre eles (assim como no casamento). Ademais, o reconhecimento dos seus direitos não passa necessariamente pela celebração de casamento, e sim pela regulamentação de suas relações.

c) o fato de nossa sociedade ser democrática e pluralista não significa que não tenha concepções formadas acerca das instituições reguladas e protegidas pelo direito e o casamento é uma delas. Tanto é assim que não se admite a bigamia, nem a poligamia, só para citar alguns exemplos.

d) o reconhecimento legal das relações "homoafetivas" como modelo de convivência *more uxorio* a fim de evitar ou minimizar a discriminação fundada na orientação sexual são objetivos, em sua essência legítimos, das propostas legislativas ora analisadas, apesar de algumas impropriedades técnicas, havendo conveniência em regular esta realidade, na medida que vem adquirindo maior aceitação da sociedade. No entanto, o que não admitimos é que a solução mais adequada seja procurada "por fora" da via legislativa, com a obrigatoriedade de celebrar "casamento" entre pessoas do mesmo sexo, pelo simples motivo de que assim estaríamos procedendo a uma verdadeira transformação da instituição matrimonial através de uma simples decisão judicial, o que não é possível. Trata-se de uma matéria sobre a qual gravitam muitas incertezas, não sendo prudente que, através do Judiciário, se modifique profundamente uma instituição secular, sem respaldo de um amplo consenso político e social.

Apropriada a observação de Savigny:

Há que se andar com cuidado quando aplicamos o bisturi em nossas instituições jurídicas, porque muito facilmente poderemos atacar em carne viva e contrair, desta sorte, a mais grave responsabilidade a quem estar por vir.⁴

6 – REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6.ed. Rio de Janeiro. Forense, 1998. v. II, p. 282.

ARECHEDERRA, Luis. **El matrimonio es heterosexual**. Disponível em: <<http://www.unav.es/civil/nosindebate/mharechederra.doc>>. Acesso em 12.02.2004.

BRANDÃO, Débora Vanessa Catís. **Críticas ao projeto de lei nº 1.151/95 que institui a parceria civil entre pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10.02.2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. 3.ed. **Constituição da República Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 221.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **A união homoafetiva sob o enfoque dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/1799>. Acesso em 10.02.2004.

⁴ Citado por Rafael Navarro no periódico El Mundo em 28.12.2004. Disponível em: <<http://www.unav.es/civil/nosindebate/mhnavarroavalls.doc>>

CORREIA, Jadson Dias. **União civil entre pessoas do mesmo sexo (Projeto de Lei 1.151/95)**. **Jus navigandi**, Teresina, a. 1, n. 10, abr. 1997.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: aspectos sociais e jurídicos**. **Âmbito Jurídico**, ago/2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dfam0003.htm>. Acesso em 10.02.2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 15.ed. São Paulo. Saraiva, 2000. v. V, p. 33.

LEITE, Gisele. **O novo direito de família**. Disponível em: <<http://www.serrano.neves.com.br/cgd/011301/011301002.htm>>. Acesso em 10.02.2004.

PRADERA, Javier. **La discriminación sexual y el derecho**. Disponível em: <<http://www.unav.es/civil/nosindebate/mhpradera.doc>>. Acesso em 12.02.2004.

NERY, Daniel Christianini. **União homoeleitoral e os inelegíveis**. Disponível em: <http://www.revistaautor.com.br/artigos/2004/42dnn.htm>. Acesso em 10.02.2004.

TALAVERA, Glauber Moreno. **O casamento de pessoas do mesmo sexo**. Disponível em: <<http://www.apriori.com.br/cgi/for/viewtopic.php?t=605>>. Acesso em 10.02.2004.

VALLS, Rafael Navarro. **Regulación de Matrimonios Gays: um dictamen polemico**. Disponível em: <<http://www.unav.es/civil/nosindebate/mhnavarroavalls.doc>>. Acesso em 12.02.2004.

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb.FA 20050113

Local P-01

Ch. 00001467 E

ASPECTOS RECURSAIS PRESENTES NA TUTELA DE PREVENÇÃO DO ILÍCITO: A SENTENÇA INIBITÓRIA E AS VIAS ADEQUADAS DE IMPUGNAÇÃO

Bruno Angelim Figueróu

Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Foi professor substituto de Direito Processual Civil I na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE e professor titular de Direito Processual Civil II.

SUMÁRIO

1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS A RESPEITO DAS FORMAS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: MEDIDAS RECURSAIS, INCIDENTAIS, AÇÕES AUTÔNOMAS, REEXAME NECESSÁRIO ETC.; 2 - SENTENÇA, DECISÃO INTERLOCUTÓRIA E O DESPACHO NO ORDENAMENTO PROCESSUAL: CONTRADIÇÕES E REVISÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS; 3 - SENTENÇA INIBITÓRIA: NATUREZA MANDAMENTAL E EXCLUSIVA LATO SENSU, EFICÁCIA TEMPORAL E INCIDÊNCIA DA COISA JULGADA; 4 - ASPECTOS RECURSAIS DA TUTELA INIBITÓRIA: A DECISÃO HÍBRIDA DE CONTEÚDO ESPECÍFICO E O RECURSO DE APELAÇÃO; 5 - A INEXISTÊNCIA DO EFEITO SUSPENSIVO NA APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA DE CARÁTER INIBITÓRIO; 6 - ATOS DECISÓRIOS POSTERIORES À SENTENÇA INIBITÓRIA: HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO NA FORMA RETIDA OU POR INSTRUMENTO; 7 - REFERÊNCIAS.

1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS A RESPEITO DAS FORMAS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, MEDIDAS RECURSAIS, INCIDENTAIS, AÇÕES AUTÔNOMAS, REEXAMEN NECESSÁRIO ETC.

Os conflitos de interesses submetidos à apreciação judicial são, na maioria das vezes, quase que perpetuados devido à vastidão de meios impugnativos existentes no sistema processual que atropelam a segurança e a efetividade do atendimento jurisdicional. A incidência dessa "pena de caráter perpétuo" ao processo tem como principais motivadores os próprios litigantes que constantemente manejam desregrada e desonestamente uma variedade de ferramentas recursais ou de meios autônomos de impugnação.

De outro lado, esses meios de impugnação das decisões judiciais possibilitam a rediscussão da lide e a proteção do direito substancial resguardada por uma tutela jurisdicional útil, adequada e tempestiva. É por meio deles que os interessados continuam defendendo seus interesses, questionando a forma e/ou conteúdo da decisão judicial para obterem a reforma ou a nulidade do pronunciamento judicial.

É com o propósito de assegurar a justiça das decisões que a lei, na medida do possível, prevê a realização de dois ou mais exames sucessivos, ao passo que, de outra parte, a fim de evitar o sacrifício da segurança da tutela jurisdicional, impõe limites em relação ao número das revisões possíveis (Barbosa Moreira, 2002, p.113-114)¹.

A necessidade de atacar as decisões judiciais advém, basicamente, de duas razões. A primeira delas corresponde a uma exigência psicológica do ser humano, refletida em sua natural e compreensível inconformidade com os julgamentos

¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento. Ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

desfavoráveis, objetivando atender à insatisfação inata ao gênero humano.

O outro motivo decorre do velho jargão: "errar é humano", demonstrando que, apesar da capacidade exigida para o cargo, as decisões judiciais são proferidas por criaturas humanas e, portanto, falíveis, suscetíveis de erros e injunções. O erro, seja de forma ou de conteúdo, integrante do pronunciamento judicial, possibilita que a parte possa impugná-lo com o intuito de obter o reexame para reforma ou nulidade.

Questionando a previsão de inúmeros instrumentos de impugnação e sublinhando a necessidade da rápida solução dos litígios, afirma Jorge² (2003, p.2) que: "Se é certo que ao Estado incumbe solucionar os conflitos a ele levados, não é menos certo que a demora nessa solução é extremamente danosa. Quanto mais rápida for a entrega da tutela jurisdicional, com maior tranquilidade viverá a sociedade."

Há, portanto, uma dupla necessidade da sociedade, conducente, de um lado, à rápida composição dos pleitos judiciais, à celeridade processual, e, de outra parte, ao anseio à garantia da solução adequada ao direito e à justiça (Ferreira, 1998)³.

Ressalte-se, porém, que todos os meios de impugnação de atos judiciais têm em comum a finalidade de obter a revisão do ato guerreado, seja conseguindo a sua nulidade, a reforma do seu conteúdo, ou ainda, em alguns casos, o seu aprimoramento – *complementação* – ou esclarecimento (embargos de declaração).

Todavia, os recursos, ao contrário das outras vias de impugnação das decisões judiciais, obtêm a sua finalidade

² JORGE, Flávio Cheim. Teoria geral dos recursos cíveis. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

³ FERREIRA, Pinto. Curso de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1998.

dentro da mesma relação processual em que se encontra a decisão judicial que se quer atacar, além do que tem natureza voluntária, pois decorre da disposição dos interessados que poderão ou não provocar o reexame da decisão insatisfatória, sob pena de sofrerem o ônus da preclusão eventualmente operada (Marinoni e Arenhart, 2001)⁴.

O exercício do direito de impugnação pode ser realizado de dois modos diferentes. Comumente, há o prosseguimento do processo e o deslocamento do âmbito de julgamento (competência) para um órgão de reexame hierarquicamente superior ao que proferiu a decisão e, por exceção, para o mesmo órgão do qual emanou a decisão atacada. Na linguagem expressiva de Barbosa Moreira (*apud* Ferreira, 1998): "*bifurca-se o procedimento, mas o processo permanece uno*".

A via recursal é a principal forma utilizada para impugnar as decisões judiciais. A título excepcional, em hipóteses taxativamente previstas, o ordenamento jurídico admite a impugnação das decisões por outros meios que não se concentram na mesma relação processual devido à necessidade de instauração de outro processo capaz de viabilizar a impugnação desejada. São as chamadas ações autônomas de impugnação.

A palavra *recurso*, etimologicamente, origina-se do latim *recursus* e diz respeito ao ato de alguém retornar ao lugar de onde saiu. Trata-se, porém, não só de um direito subjetivo (direito de recorrer), mas, também, de um ônus processual na medida em que a não utilização poderá causar prejuízos processuais irreparáveis. É uma extensão ou renovação do direito de ação ou de defesa instrumentalizado por um ato voluntário daquele que efetivamente sofreu um prejuízo advindo da decisão judicial.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Na mesma linha de raciocínio, Jorge (1999, p. 47)⁵ esclarece: "[...] o recurso é uma forma de renovar o exercício do direito de ação em uma fase seguinte do procedimento. Caracteriza-se, pois, como uma extensão do direito de ação e de defesa em grau, de regra, hierarquicamente superior."⁶

Em alguns casos, o interesse público relevante torna obrigatória a reapreciação da causa julgada. É o que ocorre nas hipóteses previstas do art. 475, CPC, por força do qual impõe, como condição de sua eficácia, que determinadas sentenças sejam reexaminadas de ofício pelo órgão superior (duplo grau de jurisdição obrigatório ou necessário).

As demais formas de impugnação de decisão judicial são geralmente chamadas de sucedâneos recursais e se apresentam como ações próprias voltadas a desconstituir o ato judicial praticado em outro processo (ações impugnativas autônomas a exemplo do mandado de segurança, da ação rescisória, embargo de terceiro, medida cautelar inominada etc) ou como medidas incidentes na mesma relação processual (*pedido de reconsideração* – criação da praxis forense direcionada contra pronunciamento interlocutório, sem suspender ou interromper o prazo do recurso legal; *correição parcial* – medida administrativa adotada em regimentos e leis locais de organização judiciária dirigida contra situações de *error in procedendo* (despachos irrecorríveis) e *reexame necessário* – exigência ou condição última de eficácia das sentenças proferidas nas situações do art. 475, CPC).

Ao lado dos recursos e sucedâneos, existem outras medidas que não são nem uma coisa nem outra. Na verdade,

⁵ JORGE, Flávio Cheim. *Apelação cível: teoria e admissibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁶ Defensores deste mesmo entendimento: Ugo Rocco, Liebman, Camelutti, José Frederico Marques, Nelson Nery Júnior, Antônio Carlos Marcato, Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Júnior, Vicente Greco Filho e Nelson Luiz Pinto.

são incidentes típicos dos processos nos tribunais (uniformização de jurisprudência – art. 476, CPC, declaração de inconstitucionalidade – art. 480, CPC, avocação de causas e reclamação perante o STF).

Registre-se que no direito brasileiro, com o trânsito em julgado, todas as vias recursais são obstadas, restando apenas ao interessado a via da ação rescisória, da ação declaratória de inexistência (*querella nullitatis*) ou da ação anulatória.

No tocante aos pronunciamentos judiciais sujeitos à impugnação via recurso, o sistema processual brasileiro adotou o princípio da correspondência dos recursos, ou seja, para cada espécie de decisão haverá um recurso determinado e previsto em lei. No entanto, somente os atos do juiz de conteúdo decisório são passíveis de recurso.

O legislador atual, diante das dificuldades constantes do sistema recursal do CPC de 1939, optou conscientemente em sistematizar os atos judiciais praticados pelo juiz, facilitando a identificação correta do recurso cabível contra a decisão proferida.

Insta observar, porém, que apesar do CPC especificar na seção III (Capítulo I do Título V) os atos praticados pelo juiz, estes dizem respeito unicamente aos pronunciamentos judiciais (despacho, decisão interlocutória e sentença), equívoco passível de correção frente à existência de outros atos judiciais que não se encartam em nenhuma das três categorias prescritas nessa seção. Além disso, ato judicial é expressão significativa de um gênero, de que pronunciamentos são espécies.

Tem-se, assim, por disposição legal dos artigos 162 e 163 do Código de Processo Civil, os pronunciamentos judiciais que poderão ser despachos, decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. É o que dispõem os arts. 162 e 163 do CPC:

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.

§2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.

§3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.

Art. 163. Recebe a denominação de acórdão o julgamento proferido pelos tribunais.

Apesar de aparentemente bem delimitada a distinção dos pronunciamentos judiciais no CPC, em diversas circunstâncias a situação se mostra de difícil solução, comprometendo a definição estabelecida pelo legislador e a escolha das vias de impugnação, como se verá adiante.

2 – SENTENÇA, DECISÃO INTERLOCUTÓRIA E O DESPACHO NO ORDENAMENTO PROCESSUAL: CONTRADIÇÕES E REVISÕES CONCEL-TUAIS NECESSÁRIAS.

O estatuto processual civil vigente apresenta conceitos contraditórios em relação à sentença pelo fato de delinear uma regra genérica prescrita no §1º do art. 162, CPC, que define sentença como o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa, e ao mesmo tempo indica, em dispositivos específicos, que a sentença também é ato processual que encerra um litígio autônomo sem interferir no andamento do processo. Estabelece a base do conceito genérico para em seguida serem evidenciados

casos em que essa regra é afastada, revelando outra concepção (Bellinetti, 1994, p.130)⁷.

Há, portanto, dispositivos normativos que expõem conceito diverso, qual seja, o de que a sentença é ato que decide um litígio autônomo, independentemente do encerramento ou não do processo.

Os casos mais evidentes estão no art. 325 (sentença na declaração incidente), 361 (sentença para exibição de documento por terceiro), 395 (sentença de incidente de falsidade), 713 (sentença que julga a preferência entre várias penhoras na execução contra devedor solvente), 719 e 719 (sentença de constituição de usufruto de imóvel ou empresa), 755 e 758 (sentença declaratória de insolvência), além de outros.

Adotando duas perspectivas conceituais de sentença civil, Bellinetti (1994, p. 145) estabelece com propriedade que:

a) *No aspecto material* há a perspectiva de sentença como o ato que estabelece (declarando – declaração pura ou constituição ou criando) a norma que irá reger o caso concreto, ao lado de um conceito mais amplo, colocando-se a sentença como o ato que se manifesta sobre o estabelecimento dessa norma, estabelecendo-a ou negando-se a fazê-lo.

b) *No aspecto formal* há a perspectiva de sentença como o ato que encerra o processo, independente de julgar-lhe o mérito, ao lado daquele que entende sentença como o ato que julga o mérito do processo

⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Sentença Civil: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 29).

(resolve um litígio autônomo), funcionando subsidiariamente o conceito atinente a ato emitido sob determinada forma.

Analisando a questão crítica do aspecto formal da sentença civil, o autor demonstra que os conceitos formais somente convivem no ordenamento porque este possui estrutura para suportar contradições. Todavia, o direito vigente, como um sistema orientado pela lógica tradicional, evidentemente não pode suportar essa contradição. Por isso, apresenta como possibilidade de um conceito formal justo a adoção da conceituação de sentença apenas como ato que decide um litígio autônomo, vinculando a noção de sentença a de jurisdição.⁸

O nosso diploma processual, deixando de lado esses questionamentos, preferiu definir sentença como o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa (art. 162, §1º). Importante, assim, à luz do conceito estabelecido no próprio Código, é que a decisão seja capaz de extinguir o processo e toda a fase procedimental desenvolvida.

Força convir, porém, que a partir de uma análise rigorosa não se pode afirmar que efetivamente a sentença extingue o processo, pois, de fato e juridicamente, nem a relação processual nem o procedimento se encerram com a sentença.

Como salienta Frederico Marques⁹ (*apud* Jorge, 2003): *"a relação processual, na realidade, somente se encerra e se finda quando ocorre a coisa julgada formal, isto é, quando o pronunciamento*

⁸ [...] o vocábulo sentença vem do latim "sentire", e teria derivado de "sentiendo", gerúndio desse verbo latino, originado a expressão "sententia" no Direito Romano. Quer dizer, a sentença deveria representar o sentimento do juiz quando da apreciação da pretensão levada a ele através do processo (JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003).

⁹ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. III, p. 23.

torna-se *irrecorrível*¹⁰. Num sentido mais técnico, pode-se dizer que o processo somente será extinto com o trânsito em julgado, que se dá, com a passagem da sentença da condição de mutável para imutável.

A sentença, então, deve ser entendida como pronunciamento que tem a aptidão de propiciar o trânsito em julgado, quando não exista contra ela a interposição de recursos. Existindo recurso, o processo continua a existir, só que em outro grau de jurisdição com um novo procedimento (Jorge, 2003, p. 28).

Destarte, o conceito de sentença não reflete a extinção de uma relação processual, mas apenas a eliminação do procedimento de primeiro grau de jurisdição, com a ressalva dos casos dos arts. 463, 471, 904, além de outros do CPC e das sentenças provenientes das ações mandamentais, executivas *lato sensu* e inibitórias que, por sua vez, não encerram o procedimento *a quo*, devido a possibilidade do julgador praticar atos decisórios posteriores a esta decisão.

Para os demais casos ou ações judiciais não mencionados no parágrafo acima, apenas quando houver decurso do prazo sem a interposição do recurso cabível, aí sim a sentença terá causado, como consequência (efeito), a extinção do processo e, por consequência, do procedimento.

Já Wambier¹⁰ (2000, p.79) defende que não é o colocar fim ao processo (efeito da sentença) o que caracteriza essencialmente a sentença, mas o seu conteúdo específico:

É portanto, o conteúdo do ato sentencial que o distingue dos demais pronunciamentos judiciais e não o efeito que gera, pois o gera exata e precisamente porque é sentença, porque tem conteúdo de sentença. Os conteúdos

específicos das sentenças (art. 267 e 269 do Código de Processo Civil) são, assim, o critério que as distingue das decisões interlocutórias.

Não obstante a interessante colocação da autora acima, a definição mais apropriada em termos gerais, apesar das ressalvas, é a apresentada no parágrafo anterior, haja vista a existência das chamadas *decisões interlocutórias de conteúdo meritório* que detêm o mesmo núcleo disposto nos arts. 267 e 269 do CPC. Todavia, é bastante coerente e bem aceito por alguns doutrinadores o argumento apresentando por ela.

As decisões interlocutórias, diferentemente da sentença, não apresentam tanta dificuldade na delimitação do seu conteúdo, pois decorre de uma característica comum presente nas interlocutórias de um modo geral, qual seja, a natureza decisória. São simples pronunciamentos judiciais de natureza decisória proferidos incidentalmente no processo e que não se enquadram, teoricamente, nos arts. 267 e 269 do CPC.

Tratando sobre este ponto, a mesma autora afirma que (p.79):

O mesmo não se pode dizer, entretanto, no que tange às próprias decisões interlocutórias. Não é o conteúdo específico que elas apresentam o que as distingue dos demais pronunciamentos judiciais, mas a natureza deste conteúdo, que tem de ser decisória. Assim, não importa sobre o que verse qualquer decisão, desde que não seja encartável nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, será uma decisão interlocutória que não terá, portanto, como efeito, o de pôr fim ao procedimento de primeiro grau ou ao processo.

Para o Código de Processo Civil, as decisões interlocutórias são aquelas que, no curso do processo, resolvem

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3. ed. rev., atual e ampl. do livro O novo regime do agravo, 2000. (Recursos no Processo Civil; 2).

questão incidente. Apresentando uma melhor compreensão a respeito do que vem a ser uma "questão", Jorge (2003, p.30) explicita que:

Sendo o processo acentuadamente marcado pela concatenação de atos processuais visando o fim último da prestação da tutela jurisdicional, é natural o surgimento de uma gama enorme de questões, de variadas naturezas e formas, no desenvolvimento dessa relação processual até que venha ao final a ser proferida a sentença.

Para Francesco Carnelutti¹¹ (*apud* Jorge, 2003), a noção de questão se revela com as seguintes características:

quando uma afirmação compreendida na razão (da pretensão ou da discussão) possa engendrar dúvidas, e, portanto, tenha de ser verificada, converte-se numa questão. A questão pode-se definir, pois, como um ponto duvidoso, de fato ou de direito, e sua noção é correlativa da afirmação.

Com isso, torna-se fácil, em princípio, compreender o dispositivo legal, no sentido de que toda e qualquer decisão que resolver questões incidentalmente no processo, seja qual for a sua natureza ou espécie, será considerada decisão interlocutória.

Discordando dos termos estabelecidos no art. 162, §2º do CPC, Wambier (2000, p. 85) defende que:

Na verdade, as decisões interlocutórias podem ser proferidas:

¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. v. II, p.39.

- a) de ofício;
- b) com o fito de resolver questões;
- c) para atender pedidos.

Logo, quanto às letras "a" e "c", não se pode falar, propriamente, em questões.

As questões que desafiam pronunciamentos interlocutórios antecedem a questão fundamental ou básica do processo, que é o mérito da causa, e, por isso, prepara o processo para receber a sentença final.

Apesar da característica comum – *conteúdo decisório* – presente em ambos os pronunciamentos judiciais, a sentença, ao contrário da decisão interlocutória, localiza-se como último ato do processo, teoricamente, enquanto que as interlocutórias são proferidas no curso do processo – *diferencial estabelecido pelo ordenamento processual brasileiro*.

Entretanto, a prática revela casos quase que insolucionáveis para o operador jurídico que utiliza, como ponto de partida, as definições expostas pelos dispositivos processuais vigentes. São exemplos disso a extinção de lides ou processos incidentais (reconvenção, oposição, ação declaratória incidental, pedido de exibição de documentos ou coisa em poder de terceiro, arguição de falsidade documental, habilitação, etc), o indeferimento da petição inicial de um dos litigantes, a exclusão de litisconsortes da relação processual etc. Na primeira situação, existirá mais de uma ação, mais de um processo e um único procedimento, uma única base procedimental.

Diante desses casos específicos apresentados, o processo não poderá ser considerado como extinto, na medida em que o procedimento onde ele se desenvolve ainda existe e tem curso com a ação principal. Haverá, portanto, uma *decisão interlocutória de conteúdo meritório* e não uma sentença como inicialmente poderia se pensar.

Em se tratando de matéria recursal, vale considerar que, na hipótese da decisão sentencial conter em seus capítulos pronunciamentos próprios de decisão interlocutória, o recurso cabível será unicamente o de apelação, pelas seguintes razões apresentadas por Dinamarco¹² (2002, p.115):

Como ato formalmente único que é, a sentença comporta um recurso só, não-obstante sua divisão em capítulos mais ou menos autônomos e quaisquer que sejam os variados conteúdos de cada um desses capítulos. (...) Assim, será, ainda quando a sentença contenha algum pronunciamento que ordinariamente viria em uma decisão interlocutória, como a concessão de uma tutela antecipada. Esse capítulo estando integrado no corpo unitário de uma sentença, não se destaca dos demais em razão de seu conteúdo, para receber um tratamento diferente, no tocante ao recurso cabível; caberá sempre e somente o recurso de apelação, porque o conteúdo de cada capítulo não exerce influência alguma na determinação do recurso adequado ao caso.

Ao contrário das decisões interlocutórias, os despachos não buscam resolver questões surgidas no curso do processo, por isso, não têm conteúdo decisório, apenas possibilitam o andamento do processo e a movimentação procedimental, sendo instrumentos indispensáveis a efetivação do impulso oficial e a prestação da tutela jurisdicional.

É por conta dessa característica – *falta de conteúdo decisório* – que o despacho judicial se encontra isento da necessidade

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de Sentença*. São Paulo: Malheiros, 2002.

de fundamentação (art. 165 do CPC e art. 93, IX, da CF/88), bem como da incidência da preclusão *pro judicato*, podendo a parte a qualquer momento pedir a reconsideração do pronunciamento em vista do não cabimento de qualquer modalidade recursal (art. 504, CPC).

Egas Moniz de Aragão¹³ (*apud* Wambier, 2000, p.87) elege como critério apto a separar estas duas categorias de pronunciamentos judiciais a circunstância de se tratar, ou não, de pronunciamento capaz de gerar prejuízo.

Cumprido destacar, porém, que não se deve arrolar como dado identificador dos despachos o fato de não causarem prejuízo às partes, bem como não é correto afirmar ser o despacho um ato específico ligado ao impulso processual, vez que as decisões interlocutórias estão muitas vezes correlacionadas com o próprio andamento do processo e a possibilidade de prejuízo decorrente do pronunciamento judicial constitui apenas requisito de admissibilidade dos recursos concernente ao interesse em recorrer.

Sobre o assunto, Flávio Cheim (2003, p.37-38) esclarece:

Em segundo, o fato de causar ou não prejuízo não se relaciona com a natureza do pronunciamento. Não é porque, v. g., uma sentença homologatória não causa prejuízo às partes, que ela deixa de ser sentença e passa a ser considerada despacho. Causar ou não prejuízo não está ligado à concepção de decisão, mas sim com a possibilidade da utilização dos recursos.

Com efeito, o critério mais correto para se estabelecer uma distinção entre os despachos e os demais pronuncia-

¹³ ARAGÃO, Egas Moniz de. *Comentários ao CPC*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

mentos judiciais concentram-se na atividade intelectual do juiz na resolução das questões. Os despachos, portanto, não exigem do juiz esta atividade mental, decorrem da pura aplicação da lei, sem considerável avaliação de escolha.

Saliente-se, por fim, a posição defendida por Rita Giancesini¹⁴ (*apud* Jorge, 2003) na qual afirma ser o despacho liminar que determina a citação do réu um ato de conteúdo decisório, portanto, passível de impugnação recursal. Para ela, esse pronunciamento judicial não pode ser considerado como mero impulso processual, posto que quando o juiz determina a citação do réu está simultaneamente admitindo como apta a petição inicial e declarando presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, atos, portanto, de conteúdo decisório.¹⁵

3 – SENTENÇA INIBITÓRIA: NATUREZA MANDAMENTAL E EXECUTIVA LATO SENSU, EFICÁCIA TEMPORAL E INCIDÊNCIA DA COISA JULGADA

A classificação tradicional das sentenças decorre de um conhecimento restrito sobre as eficácias emanadas desse pronunciamento. A doutrina clássica apresenta apenas três espécies de sentenças proferidas no processo de conhecimento: sentença declaratória propriamente dita, condenatória e constitutiva.

Como se sabe, toda sentença possui conteúdo declaratório e, naturalmente, uma diversidade de conteúdos que corresponde a uma variedade de eficácias. Esta multiplicidade

¹⁴ GIANESINI, Rita. Da Recorribilidade do 'Cite-se'. In: Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e outras formas de impugnação às decisões judiciais, p. 938.

¹⁵ Em acórdão do STJ, cujo relator foi o Ministro Sálvia de Figueiredo Teixeira, ficou assentado que a citação não é ato decisório [REsp. 9.031 – MG – (91-000455-0) DJ de 30.03.92]. Teresa Amida Alvim Wambier (2000, p. 82) segue esse entendimento.

de eficácias, por sua vez, não representa dificuldade alguma para identificação da natureza principal do provimento judicial, pois o que irá determinar sua natureza é a eficácia preponderante, ou seja, a eficácia mais visível do pronunciamento judicial. Esse modo de pensar advém da contribuição científica do insigne jurista Pontes de Miranda.

O próprio jurista foi o que melhor desenvolveu o conceito de sentença mandamental e executiva *lato sensu* dentro de uma classificação quinária das sentenças.

A sentença mandamental seria aquela que objetiva, por meio de uma ordem para fazer ou não fazer algo, que alguma pessoa física ou jurídica, incluindo o Estado, atenda, imediatamente, ao que o juiz manda.

É da essência da ação mandamental que a sentença de procedência contenha uma ordem para que se expeça um mandado e não apenas uma condenação. A execução se mostra desnecessária e inadequada para esta espécie de sentença, pois, a satisfação do direito tutelado pela sentença mandamental se dá no próprio processo em que foi proferida.

A eficácia mandamental, contudo, não se reduz apenas ao simples fato de o juiz mandar e não simplesmente condenar. O caráter mandamental reside na junção da declaração da conduta devida com a utilização de medidas coercitivas de caráter processual ou penal (força coercitiva) para forçar o réu a cumprir o comando judicial (Spadoni¹⁶, 2002, p. 102).

Todavia, mesmo com a utilização de todos os meios coercitivos, o cumprimento da decisão judicial depende, exclusivamente, da vontade do réu que poderá ou não adotar o comportamento ilícito vetado. Essa discricionariedade não se aplica aos provimentos executivos *lato sensu*.

¹⁶ SPADONI, Joaquim Felipe. Ação Inibitória: a ação preventiva prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman; 49)

Mencionando a coerção como característica essencial da sentença mandamental, o mesmo autor afirma (2002, p. 102): "É por esse aspecto que acreditamos que a sentença mandamental se caracteriza, fundamentalmente, pela imposição ao réu de uma obrigação processual consistente no dever de cumprir imediatamente o comando jurisdicional."

Ao lado das mandamentais encontram-se as sentenças executivas *lato sensu* que além de estabelecerem uma sanção ao réu disponibilizam meios para torná-la efetiva no plano prático, independentemente de ulterior processo de execução. Apesar da semelhança e afinidade com os pronunciamentos mandamentais, a executiva *lato sensu* possibilita a adoção de atos de sub-rogação do adimplemento – meios *sub-rogatórios satisfativos do direito do autor* – na mesma relação jurídica processual instaurada pela ação originária.

Há, necessariamente, tanto nas sentenças mandamentais quanto na executiva *lato sensu*, atividade jurisdicional posterior à sentença de mérito, tendente a satisfazer o direito substancial tutelado. Por conta disso, há uma verdadeira exceção à regra do art. 463 e 162, §1º, do CPC, pois enquanto não satisfeita a pretensão do autor, a relação jurídica processual e o ofício jurisdicional não estarão encerrados. O que se encerra é a fase de conhecimento em vistas de uma nova fase: a executiva.

Aprofundando o assunto, Spadoni (2002, p. 105) chama a atenção para as seguintes questões:

Percebe-se que a característica marcante do provimento que acolhe um pedido mandamental ou executivo *lato sensu* é a de que ele não encerra o processo. Mesmo após transitada em julgada a sentença de procedência, existe atividade jurisdicional do juiz de 1º grau, atuação esta tendente a efetivar a ordem oriunda de sua decisão, seja impondo e modificando medidas coercitivas, seja determinando as medidas sub-rogatórias necessárias

à obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento.

Em se tratando de sentença inibitória, essa congrega tanto o provimento mandamental quanto o executivo *lato sensu* para proteção e satisfação do direito balizado na ação inibitória e, por consequência, o emprego de medidas coercitivas (eficácia mandamental) e/ou meio sub-rogatórios (eficácia executiva), independentemente de um futuro processo de execução. Há, destarte, uma "dupla eficácia" contida nessas sentenças de caráter preventivo.

Como se vê, a utilização de meios coercitivos derivados exclusivamente de sentença mandamental poderá não atingir a finalidade que se destina, qual seja: o cumprimento satisfatório e efetivo da decisão. Assim, faz-se necessário que a sentença inibitória tenha essa dupla eficácia, sob pena de se tornar ineficaz e intempestiva.

Outro ponto importante diz respeito à eficácia temporal da sentença inibitória. Ao sentenciar, o magistrado estabelece um comando necessariamente voltado para o futuro, vez que apresenta o direito que regerá a relação jurídica no tocante aos atos que poderão ocorrer após a prolação da sentença. Portanto, enquanto se mostrar necessária, a eficácia da sentença se manterá para proteger adequadamente e em toda a sua extensão temporal o direito tutelado (Spadoni, 2002, p. 122).

Em sentido semelhante, Arenhart¹⁷ (2000, p.229) explicita: "A ordem emanada de uma ação como esta vigorará ad aeternum, ao menos enquanto perdurarem existentes os motivos que ensejaram tal decisão judicial[...]"

Da mesma forma que a eficácia da sentença da ação alimentos vigora enquanto existir a obrigação alimentícia, a

¹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela inibitória da vida privada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil; v. 2)

eficácia mandamental e executiva da sentença inibitória permanecerá pelo período em que se mostrarem necessárias para adequada tutela do direito declarado na decisão, ou seja, enquanto existir a obrigação da conduta devida pelo réu.

Quanto à coisa julgada, saliente-se que é o conteúdo decisório que se torna imutável e indiscutível, com a ressalva de que, em se tratando de relação jurídica continuativa, a disciplina estabelecida na sentença poderá ser modificada e ajustada à nova situação fática ou jurídica, mesmo quando já transitada em julgado.

A previsão normativa está contida no art. 471, inciso I, do CPC e não representa uma exceção à coisa julgada, *in verbis*:

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

Arenhart¹⁸ (2003, p.337), considerando esse caráter de fungibilidade inserto no provimento inibitório, pondera:

É típico da tutela inibitória seu caráter fungível. Assim como acontece com a decisão inibitória antecipada (já estudada), também a tutela final inibitória reveste-se dessa condição, podendo ser adaptada às circunstâncias do caso concreto, ainda que o pedido da parte autora tenha sido outro, sem que, com isso, haja ofensa ao princípio da demanda (art. 460 do CPC).

¹⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Perfis da tutela inibitória coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

4 - ASPECTOS RECURSAIS DA TUTELA INIBITÓRIA: A DECISÃO HÍBRIDA DE CONTEÚDO ESPECÍFICO E O RECURSO DE APELAÇÃO

Como consequência das questões apresentadas no item 1.1 surge o seguinte questionamento: a decisão que acolhe o pedido do autor na ação inibitória teria a natureza de sentença ou decisão interlocutória, já que não põe termo ao processo nem encerra o procedimento em primeiro grau de jurisdição?

Apesar do desacerto estabelecido no art. 162, §§ 1º e 2º do CPC, a decisão que julga procedente o pleito do autor da ação inibitória não pode ser caracterizada como decisão interlocutória nem muito menos sentencial, pelo simples fato de não finalizar o processo e o procedimento de primeiro grau. Qual seria, então, a natureza desse pronunciamento?

Seguindo a linha de raciocínio de Teresa Arruda Alvim Wambier, não há como negar que se trata de *decisão híbrida de conteúdo específico* prevista no art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil, e, portanto, passível de desafiar o recurso de apelação, na forma do que dispõe o art. 513 do CPC. *Híbrida* por conta da sua dupla eficácia (mandamental e executiva *lato sensu*) que ultrapassa a fase de conhecimento sem encerrar a relação processual e o procedimento de 1º grau e *específica* pelo seu caráter inibitório, preventivo do ilícito (art. 5º, XXXV da CF/88).

Dessa forma, a sentença que julga procedente o pedido inibitório apenas encerra a fase de conhecimento do processo, ou seja, o procedimento destinado ao conhecimento e declaração do direito apresentado pelo autor da ação, sendo decisão definitiva, passível de incidência da coisa julgada material. Na fase executiva que se inicia no juízo de primeiro grau, inadmite-se discussão a respeito da procedência do pedido pelo fato da ocorrência da preclusão (Spadoni, 2002, p.214).

5 – A INEXISTÊNCIA DO EFEITO SUSPENSIVO NA APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA DE CARÁTER INIBITÓRIO

A apelação é considerada por alguns autores como o "recurso-tipo" devido ao seu amplo conteúdo que permite ampla atividade cognitiva pelo órgão *ad quem*. É tida como o recurso por excelência que ataca decisão prolatada pelo juiz de primeiro grau que concede ou nega a tutela do direito material solicitada pelo autor da ação, além de estabelecer regras gerais para todo o sistema recursal.

Em regra, o recurso de apelação é recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (art. 520 do CPC), devendo o julgador expressamente declarar com quais efeitos o recebe (art. 518 do CPC). No entanto, em se tratando de apelação contra sentença inibitória positiva, quais os efeitos que incidiriam sobre esse recurso?

Não resta dúvida que, em virtude do seu caráter preventivo e de sua índole satisfativa, a sentença de procedência que julga ação inibitória precisa ser imediatamente executada, sob pena de se tornar ineficaz, inadequada e intempestiva. Impedir que a sentença de caráter proibitório gere de imediato seus efeitos preventivos, destinados a evitar a concretização de um ato ilícito, significa favorecer a sua violação irremediável e sua transformação em mero equivalente pecuniário, afrontando a própria natureza do instituto e, principalmente, o art. 5º, inc. XXXV da Carta Magna.

A inexistência de efeito suspensivo na apelação é a regra aplicável por idênticas razões ao disposto no art. 520, inc. IV, do CPC (sentença do processo cautelar), art. 58, inc. V, da lei 8.245/91 (sentença de despejo – *executiva lato sensu*), art. 12, parágrafo único, da Lei 1.533/51 (sentença mandamental)¹⁹ e

¹⁹ STJ, 1.ª Turma, RMS 2.019-8/CE, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 23.05.1994, p. 12.550: "Sentença de natureza mandamental, antes de transitada em julgado, pode ser cumprida provisória e imediatamente via simples notificação por ofícios, independentemente de caução ou de carta de sentença".

art. 14 da Lei 7.347/85 (sentença da ação civil pública). Esses são alguns casos análogos que dão suporte à atribuição apenas do efeito devolutivo à apelação que ataca sentença inibitória (Spadoni, 2002, p. 215).

De outra parte, poderia o magistrado a fim de evitar lesão grave e de difícil reparação atribuir efeito suspensivo à apelação? Em tese, seria possível.

No entanto, por se tratar de tutela que visa prevenir a ocorrência do ilícito, não há como conceber dano irreparável exclusivamente em relação a uma das partes. Em casos como estes, cabe ao magistrado ponderar os princípios da probabilidade e da proporcionalidade e examinar qual dos dois interesses discutidos na lide deve sofrer o prejuízo irreparável (Arenhart, 2003, p. 335-336).

Considerando que a tutela inibitória depende da velocidade processual para efetivação do provimento judicial solicitado, não há como olvidar que a concessão da tutela antecipada liminarmente ou com a prolação da sentença é um excelente meio para assegurar a inviolabilidade do direito material ameaçado, pois além de ser possível a execução provisória do *decision*, o recurso de apelação será recebido apenas no efeito devolutivo conforme dispõe o art. 520, inc. VII, do CPC, acrescentado pela Lei n.º 10.352/2001.

6 – ATOS DECISÓRIOS POSTERIORES À SENTENÇA INIBITÓRIA: HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO NA FORMA RETIDA OU POR INSTRUMENTO

Prescreve o § 4º do art. 523 do Código de Processo Civil brasileiro:

§ 4º Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das

posteriores à sentença, salvo nos casos de dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão de apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida.

Da inteligência do artigo, vê-se que, com exceção das hipóteses elencadas no próprio texto legal, as decisões tomadas após a prolação da sentença desafiam o recurso de agravo na sua forma retida, sendo necessária a sua reiteração em preliminar da apelação (art. 523, § 1º, CPC), sob pena de não ser conhecido pelo juízo *ad quem*.

A primeira vista parece de fácil aplicação a disposição normativa acima, entretanto, existem situações específicas que ensejam tratamento diversificado, como é o caso dos atos decisórios proferidos após a sentença proveniente de ação inibitória.

É possível que a sentença inibitória não estabeleça pena pecuniária ou que, inicialmente, a multa não surta os efeitos preventivos desejados, sendo necessária sua majoração. Abrese, então, oportunidade para o magistrado fixar, *ex officio* ou após provocação da parte, o valor das *astreintes*, ou mesmo majorá-las. Tais atos possuem nitidamente conteúdo decisório e se encaixam no conceito estabelecido no art. 162, § 2º, do CPC (decisão interlocutória), desafiando, *a priori*, o recurso de agravo retido conforme o disposto no § 4º do art. 523 do CPC.

Todavia, quando se trata de ações de conteúdo mandamental e/ou executivo *lato sensu*, como é o caso da ação inibitória, a regra do § 4º do art. 523 do CPC não pode ser aplicada à risca por ser muitas vezes inadequada. Em certos casos, exige-se do juiz a tomada de decisão para efetivação do comando judicial, mesmo após o trânsito em julgado da sentença inibitória, o que torna absolutamente inviável a interposição do agravo retido.

Com efeito, a lei não pode impor incondicionalmente uma determinada forma ao ato jurídico processual, de tal modo que inviabilize o atingimento de seu objetivo. A forma deve auxiliar seu escopo, e não torná-la inviável (Spadoni, 2002, p. 217).

Existindo *urgência* ou possibilidade de *dano de difícil ou incerta reparação*, impõe-se que o agravo seja por instrumento na forma preconizada pelo art. 524 do CPC, por ser o meio mais adequado e útil.

Por outro lado, ausente essas hipóteses e desde que não interposta a apelação, é perfeitamente viável o cabimento do agravo retido como dispõe o art. 523, § 4º do CPC. Caso os autos já estejam no órgão superior e a decisão tiver sido tomada nos autos formados pela carta de sentença, o agravo, necessariamente, deverá ser por instrumento, vez que o veículo que possibilita a apreciação do agravo retido já se encontra no juízo *ad quem*.

Defendendo ideia diversa, Tucci²⁰ (2003, p. 114) afirma com propriedade que:

"se o agravo retido tiver sido interposto após a apresentação da apelação ou das contra-razões, deverá ele ser examinado e julgado independentemente de qualquer requerimento dirigido ao tribunal (art. 523, §1.º), porquanto a persistência do interesse em recorrer deve ser aí presumida."

Vale ressaltar a hipótese de interposição de agravo retido sem posterior recurso de apelação contra a sentença. Nesse caso, a falta de reiteração não é circunstância apta a obstar o conhecimento do recurso, ainda mais em face do que dispõe o art. 523, § 4º, do CPC.

Na prática, quase sempre o agravante pretende suspender imediatamente a eficácia do ato mandamental ou executivo

²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

determinado pelo juiz de primeiro grau ou obter a eficácia absoluta e imediata destes atos – nos casos em que o juiz concede efeito suspensivo à apelação do agravante com base no art. 558, CPC. Para ambos os casos, o recurso adequado será o agravo de instrumento, caso contrário, a parte que interpuser agravo retido contra decisão que pode lhe causar prejuízo imediato será considerada carecedora de interesse recursal.

Cabe salientar que a norma prescrita no art. 523 do CPC não se aplica aos casos aqui discutidos, vez que o julgamento da apelação tem caráter prejudicial ao julgamento do agravo e por essa razão o agravo retido não poderá ser conhecido preliminarmente.

7 – REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Fernandes. **Recursos cíveis no direito brasileiro: com inovações da lei n.º 10.352 de 26.12.01, em vigor desde 27.03.02**. Campinas: Edicamp, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil; v. 2)

_____. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil; 6)

BELLINETTI, Luiz Fernando. **Sentença Cível: perspectivas conceituais no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 29).

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de Sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

JORGE, Flávio Cheim. **Apelação cível: teoria e admissibilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. (Recursos no Processo Civil, 1).

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**. 3. ed. ampl. e atual. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

POZZA, Pedro Luiz. **As novas regras dos recursos no processo civil e outras alterações: Leis n.º 10.352 e 10.358, de 2001, e 10.444, de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SPADONI, Joaquim Felipe. **Ação Inibitória: a ação preventiva**

prevista no art. 461 do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção Estudos De Direito Processual Enrico Tullio Liebman; 49)

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352, de 26.12.2001, Lei 10.358, de 27.12.2001, Lei 10.444, de 07.05.2002.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro.** In: _____. **O novo regime do agravo.** 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Recursos no Processo Civil, 2).

APONTAMENTOS SOBRE O PROCESSO DISCIPLINAR NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB)

Celso Augusto Coccaro Filho

Juiz relator do Tribunal de Ética IV do Conselho Seccional da OAB de São Paulo e Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus e da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FDDJ)

As questões relativas ao processo destinado à apuração de infrações e aplicação de sanções disciplinares aos advogados, a princípio de rara incidência nos Exames de Ordem, têm se tornado frequentes.

No último Exame (124.^o) realizado pelo Conselho Seccional de São Paulo, 5 entre 10 questões abordaram a matéria, o que recomenda o delineamento dos seguintes apontamentos:

1. O processo disciplinar é objeto do Estatuto da OAB (Lei n. 8.906/94), do Código de Ética e Disciplina, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e a OAB, de Provimentos do Conselho Federal e dos Conselhos Seccionais e dos Regimentos Internos dos Tribunais de Ética.

O candidato ao Exame de Ordem não deve restringir seu estudo ao Estatuto, induzido pela idéia de que aquele diploma concentra normas principais ou gerais, de forma suficiente e exauriente. Questões procedimentais relevantes são tratadas pelo Código de Ética; o Regulamento Geral se

aprofunda nas notificações e nos recursos, pouco abordados nos outros diplomas.

2. Prevê o Estatuto, no art. 68, a aplicação subsidiária ao processo disciplinar das normas da legislação processual penal.

As normas relativas a procedimentos administrativos e da legislação processual civil, nessa ordem, são subsidiariamente aplicadas aos demais processos previstos no Estatuto, isto é, aqueles que não se destinam à apuração e aplicação de sanções disciplinares, tais quais pedidos de inscrição suplementar, cancelamento de inscrição, licenciamento do advogado, relativos a eleições e inúmeros outros.

Exemplo recorrente da integração normativa é a inspiração suscitada pela *mutatio libelli* do art. 384 do Código de Processo Penal.

Ao analisar a representação e a defesa prévia, o relator poderá propor o seu arquivamento (art. 73, § 2.º, do Estatuto e art. 51, § 2.º, do Código de Ética) ou a instauração do procedimento (art. 52, § 2.º, do Código de Ética). Nesse momento, aponta o dispositivo legal que permite a subsunção e que deverá giz a instrução processual, em decisão que o Código de Ética chama de "despacho saneador".

As representações, porém, são usualmente formuladas por leigos, sem qualquer apuro técnico; as defesas, diante de imputação imprecisa, tendem ao laconismo, à oposição genérica ou à desqualificação ofensiva da parte representante.

Diante desse quadro, que ainda não lhe permite visão precisa dos fatos, o "advogado assessor" procede à capitulação da conduta.

A instrução costuma descortinar outro panorama, às vezes, mais grave, outras dando ensejo à conclusão de inexistência de infração.

Estará o julgamento adstrito à capitulação consignada no despacho que redundou na instauração do processo?

O Conselho Federal não entende dessa maneira: "Assim,

é possível, durante a instrução processual, ou até mesmo na fase recursal, ocorrer novo enquadramento jurídico da conduta infracional do representado, aplicando-se pena diversa daquela inicialmente prevista, desde que os fatos sejam os mesmos" (Ementa n. 102/2003/SCA, Recurso n. 0089/2003/SCA/SP, DJ de 2.10.2003, p. 516). "O representado se defende do fato que lhe é imputado, e não da capitulação jurídica que lhe é atribuída." (Ementa n. 014/2004/SCA, Recurso n. 0270/2003/SCA/PR, DJ de 1.º.4.2004, p. 409).

Observado o contraditório, concedida ao representado a possibilidade de se opor aos fatos que lhe são imputados, o julgamento não se restringe à infração capitulada na promoção que antecede a instauração.

Tendo conhecimento, porém, de fato hábil a constituir violação disciplinar, verificado no curso do processo, em torno do qual não se constituiu a controvérsia, restará ao advogado relator a promoção de representação *ex officio*, que poderá dar ensejo à instrução de outro processo disciplinar, vedado o julgamento naqueles autos, por inquestionável lesão ao *due process of law*.

3. Os prazos processuais são, invariavelmente, de 15 dias: apresentação de defesa, manifestações nos autos, interposição de recursos. O prazo para apresentação de defesa prévia poderá ser prorrogado, a juízo do relator, quando exposto motivo relevante (coleta de elementos, desarquivamento de autos processuais etc.).

4. Sob a ótica do *princípio da ação*, o processo disciplinar é acusatório ou inquisitivo?

Prepondera a instrumentalidade. A instauração do processo disciplinar decorre de representação, ou de ato de ofício, praticado pelo Presidente do Conselho Seccional ou do Tribunal de Ética. A representação não exige rigor algum, nem de forma, nem de conteúdo. Não há necessidade de advogado. Qualquer pessoa, munida de fundamentos razoáveis, poderá formulá-la verbalmente, hipótese em que funcionários

do Tribunal de Ética, do Conselho Seccional ou das Subseções deverão tomá-la a termo.

Evita-se que entraves formais sirvam a interesses mesquinhos da Corporação.

A representação não pode, porém, ser anônima (art. 51 do Código de Ética), o que gera a assunção de responsabilidade daquele que a apresenta e restringe a utilização temerária ou abusiva.

Retornando, porém, à indagação: o processo é acusatório ou inquisitivo?

Nos processos disciplinares, é corriqueira a escassez de manifestações da parte representante, usualmente restritas à própria representação. Elaborada esta, afasta-se o seu autor, alheio a seu desenlace, da realização de provas ou da impugnação das razões de defesa.

Muitas vezes, a parte representante se arrepende; passada a exasperação, esfriados os ânimos, chega a "retirar a queixa"; outras vezes, consegue a redução no valor de honorários ou favores semelhantes.

Ocorre que o interesse na apuração dos fatos e aplicação de sanções disciplinares é público, indisponível. Extravasa o interesse da classe; são indubitáveis os benefícios coletivos da punição do advogado infrator, que deve prestar, afinal, *serviço público*, gizado pela *função social* (art. 2.º, § 1.º, do Estatuto).

O procedimento precisa ser impulsionado, dessa forma, pelo órgão encarregado da aplicação da pena (que, cabe recordar, pode até representar de ofício).

Dai a incidência do princípio do *impulso oficial*; cabe aos advogados que atuam nos processos disciplinares, designados genericamente "relatores", suprir a ausência dos atos que deveriam, a rigor, ser praticados pela parte representante, neles interessada. Tais "relatores", além de assumir o impulso processual, têm inúmeras funções: emitem o parecer preliminar (art. 51, § 2.º e § 5.º, do Código de Ética); determinam as notificações (art. 52); presidem a instrução (art.

73 do Estatuto); determinam diligências variadas (art. 52, § 2.º, do Código de Ética) e, enfim, julgam (art. 56 do Estatuto).

A plêiade de funções, aliada à necessidade de impelir o processo, é hábil para gerar a conclusão de que os tais relatores, ligados psicologicamente ao dever de investigar "para punir", são parciais e de que o processo é *inquisitivo*.

A prática, porém, revela-se outra: o "relator" que julga não é o mesmo que preside a instrução (denominado, nos Tribunais de Ética do Conselho Seccional de São Paulo, "instrutor"); é outro, também, aquele que profere o parecer preliminar à instauração ou arquivamento (denominado "assessor da Presidência").

Logo, não se estabelece a temida vinculação psíquica, que conspira com a parcialidade.

Ademais, o contraditório, raramente observado nos processos inquisitivos, é meticulosamente preservado, em todas as etapas processuais, com a nomeação obrigatória de defensor dativo à parte representada, quando não encontrada, ou, quando encontrada e notificada, for revel (art. 73, § 4.º, do Estatuto).

Exemplo não observado no Judiciário, a sustentação oral das razões de defesa é apresentada *após* o voto do relator (art. 53, § 3.º, do Código de Ética) e não constitui mera retórica, eis que assume saudável caráter antiético.

A irrestrita garantia de contraditório e a publicidade de todos os atos (guardando-se o sigilo, como será adiante exposto) propiciam a paridade processual e permitem incluir o processo disciplinar entre aqueles de natureza acusatória.

5. A competência para aplicação das sanções disciplinares cabe ao Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional em cuja base territorial tenha ocorrido a infração (art. 70 do Estatuto).

O critério que norteava a lei anterior era outro: a competência era atribuída ao Conselho Seccional da inscrição principal do advogado.

Há exceções: a) as infrações cometidas perante o Conselho Federal (usurpação de suas funções, por exemplo), são por ele julgadas; b) também cabe ao Conselho Federal o julgamento das infrações praticadas pelos seus membros e pelos Presidentes dos Conselhos Seccionais (art. 51, § 3.º, do Código de Ética), por prerrogativa de função; c) compete ao Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho Seccional, onde o acusado tenha a *inscrição principal*, o processamento e a aplicação da pena de *suspensão preventiva* (art. 70, § 3.º, do Estatuto). Nessa hipótese, o processo disciplinar instaurado na sequência (a suspensão preventiva tem o caráter de medida cautelar preparatória) será também julgado pelo Tribunal de Ética do Conselho da inscrição principal, excepcionando-se a regra de competência territorial.

6. O processo disciplinar deve tramitar em sigilo, até o seu término (art. 72, § 2.º, do Estatuto).

A preservação da imagem e nome dos envolvidos é positiva; a mera existência de processo disciplinar, não definitivamente julgado, pode submeter o acusado a constrangimentos indevidos e a descrédito profissional, não arredados pela absolvição. O sigilo também inibe intuits emulatórios e pode submeter o advogado que o rompe a sanções disciplinares, que serão apuradas em outro processo.

Após o julgamento definitivo, cessa o segredo.

O cumprimento de algumas penas, aliás, como a suspensão do exercício das atividades profissionais e a exclusão, pressupõe ampla publicidade, que lhes possibilita a execução e cumprimento (comunicação aos Tribunais da pena de suspensão aplicada a advogado, por exemplo).

Até mesmo as notificações do representado, quando feitas por edital, devem observar o sigilo. Estipula o art. 137-A, § 3.º, do Regulamento Geral do Estatuto que delas não pode constar qualquer referência de que se trate de matéria disciplinar, constando apenas o nome completo do advogado, o seu número de inscrição e a observação de que ele deverá

comparecer à sede do Conselho Seccional ou da Subseção para tratar de assunto do seu interesse".

O Estatuto excepciona as partes envolvidas (representante e representado) e seus defensores, como não poderia deixar de ser. Também ressalva a *autoridade judiciária competente*, a ela possibilitando o acesso às informações do processo.

Quem é a tal "autoridade judiciária competente"? Poderá a parte representante, a título de exemplo, apresentar cópias das peças do processo disciplinar numa ação cível movida em face do advogado representado? O juiz daquele feito pode ser tido como a "autoridade judiciária" contemplada na exceção legal?

O Conselho Federal abordou a matéria e a definiu com acuidade, no Proc. n. 2.015/99/SCA/MS, DJ de 26.11.1999, p. 400, s. 1:

Exibição em juízo de peças do processo disciplinar. Violação do sigilo. Autoridade judiciária competente. A hipótese de violação ao sigilo profissional é ampla, pois incide sobre toda divulgação de fatos, documentos ou informações obtidas em decorrência do exercício da advocacia, quer sejam concernentes à pessoa do cliente ou de qualquer outra pessoa. E por autoridade judiciária competente deve-se compreender o juízo cível ou criminal instado a decidir ação judicial que verse sobre a conduta do advogado ou um mandado de segurança que vise invalidar sanção imposta através de processo disciplinar. Mas usar peças de um processo disciplinar para produzir alegações nos autos de uma ação cível de cobrança, sem qualquer liame com os fatos tratados no processo disciplinar, não se enquadra na hipótese do art. 72, § 2.º, porquanto aquele não seja juízo competente para apreciar tais questões.

Logo, "autoridade competente" é aquela que deverá atuar em processo no qual a conduta do advogado tenha relevância, como causa de pedir, ou coincida com outra definida como crime, no processo penal, ou ainda cujo objeto é o próprio processo disciplinar (mandados de segurança, declaratórias de nulidade, ações constitutivas negativas).

Já considerou o Conselho Federal, sob outra ótica, que a "quebra de sigilo do processo disciplinar não leva à nulidade dos seus atos, tendo como consequência a infração disciplinar dos responsáveis" (Proc. n. 0040/2003/SCA, DJ de 16.7.2003, p. 47, s. 1).

7. Quais os recursos cabíveis?

Os recursos não são nominados, com exceção dos embargos de declaração; ostentam, tão-somente, a designação genérica que exalta sua finalidade.

Não há previsão de recursos contra decisões interlocutórias. São recorríveis apenas as decisões terminativas, de mérito ou não.

Os recursos têm efeito devolutivo e suspensivo, exceto aquele interposto contra a decisão que aplica a suspensão preventiva (art. 77 do Estatuto; as demais hipóteses nele mencionadas não dizem respeito ao processo disciplinar).

O prazo para interposição é uniforme: 15 dias, inclusive para os embargos de declaração.

A modalidade por último referida não é prevista no Estatuto ou no Código de Ética, mas no Regulamento Geral (art. 138), e destina-se a sanar omissões e lacunas, além de corrigir contradições. A decisão que os admite ou rejeita é irrecurável.

Das decisões proferidas pelos Tribunais de Ética, unânimes ou não, cabe recurso ao Conselho Seccional (art. 76 do Estatuto), que será julgado pelo plenário ou órgão especial equivalente (art. 144 do Regulamento Geral).

Das decisões proferidas pelo Conselho Seccional cabe recurso ao Conselho Federal, nas seguintes hipóteses:

a) quando não unânimes, tenham ou não alterado a decisão de primeiro grau; b) quando unânimes, contrariarem o Estatuto, o Regulamento Geral, o Código de Ética, os Provimentos e decisão do Conselho Federal ou de outro Conselho Seccional.

Têm legitimidade recursal tanto o representante quanto os representados, desde que demonstrem o interesse processual.

8. O Estatuto também prevê a *revisão* dos processos disciplinares (art. 73, § 5.º; no Código de Ética, art. 61), quando a decisão condenatória (e apenas ela):

a) decorre de erro de julgamento (dois exemplos, da casuística: "Há erro de julgamento quando o Conselho Federal, pretendendo manter a decisão do Conselho Seccional, fixa pena diversa e mais gravosa do que a penitência estabelecida em primeiro grau" (Proc. n. 1.493/94/SC, DJ de 25.9.1995, p. 31387); "Julgamento proferido em processo disciplinar, quando a prescrição da pretensão punitiva já se consumara, considera-se eivado de falha, caracterizando erro de julgamento e ensejando, portanto, pedido de revisão" (Proc. n. 0188/2003/SCA/DF, DJ de 16.7.2003, p. 48, s. 1);

b) é calcada em falsa prova.

A figura análoga dos arts. 621 a 627 do Código de Processo Penal (que se aplica subsidiariamente ao processo disciplinar, como já mencionado) permite extrair algumas conclusões: a) apenas detém legitimidade o advogado punido; b) revisão não é recurso; pressupõe o trânsito em julgado da decisão condenatória; c) pode ser parcial, com redução da pena, ou total, resultando na absolvição.

HOMICÍDIO DOLOSO NA DOGMÁTICA COMPARADA

Claudio Brandão

Doutor em Direito. Professor dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

SUMÁRIO

1 - SUJEITO ATIVO; 2 - SUJEITO PASSIVO; 3 - TIPO-OBJETIVO; 3.1 - Introdução; 3.2 - Tipo objetivo; 3.2.1 - Núcleo do tipo objetivo; 3.2.2 - Complemento do tipo objetivo; 3.3 - Realização material da conduta; 3.3.1 - Conduta; 3.3.2 - Resultado; 3.3.3 - Nexa de causalidade; 3.3.3.1 - As concausas; 3.3.3.2 - Causalidade na omissão; 4 - TIPO-SUBJETIVO; 5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

1 - SUJEITO ATIVO

O crime de homicídio pode ser praticado por qualquer pessoa, porque o tipo penal não apresenta nenhum requisito para a pertinência subjetiva no pólo ativo. Isto posto, quando o tipo penal de homicídio deixa de limitar quem pode realizá-lo, ele estabelece implicitamente que qualquer pessoa poderá matar alguém. O homicídio é, pois, um crime comum.

Não será, entretanto, sujeito ativo do homicídio aquele que matar outrem, estiver agindo enganado por terceiro, ou for vítima de uma coação moral irresistível ou de uma coação material irresistível. Neste caso, quem age enganado ou coagido

é um instrumento da conduta de um terceiro, somente respondendo pelo crime aquele que produziu o erro ou a coação (é o caso da chamada autoria mediata)¹.

2 - SUJEITO PASSIVO

O sujeito passivo do homicídio é o titular do bem jurídico: vida. É a partir da descrição do tipo, que exige a produção da morte de outrem (alguém), que se infere que o bem jurídico tutelado no homicídio é a vida autônoma, isto é, a vida extra-uterina independente.

Deste modo, o sujeito passivo do homicídio é "um ser humano, entendendo por tal todo ente que apresente signos característicos de humanidade, sem distinção de qualidades ou acidentes"².

O tipo não exige que o sujeito passivo tenha uma vida viável, isto é, apta para prosseguir fora do claustro materno; assim, existirá o homicídio se no breve período de sua existência o neonato inviável tiver sua referida vida ceifada³. Parafraseando Fontán Balestra, carece de significado que a criatura apresente ou não condições de viabilidade, também carece de significado que a pessoa esteja irremediavelmente condenada a morrer, quer pela natureza, quer pela lei, pois o Direito toma em conta a existência da vida no momento do ataque⁴.

Não pode ser sujeito passivo do homicídio aquele que já não tem mais vida. Destarte, o atentado contra a vida de um ser humano já morto será crime impossível, por impropriedade absoluta do objeto (art. 17 do Cód. Penal).

¹ NUÑEZ, Ricardo. *Manual de Derecho Penal; parte especial*. Córdoba: Editorial Córdoba, 1988. p. 46.

² BALESTRA, Carlos Fontán. *Derecho Penal, parte especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 27-28.

³ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2000. v. IV, p. 276-277.

⁴ BALESTRA, Carlos Fontán. *Derecho Penal, parte especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p. 28.

3 - TIPO OBJETIVO

3.1 - Introdução

O tipo do crime de homicídio tem a mais simples descrição da Parte Especial, composta pelo verbo núcleo *matar*, seguido do complemento *alguém*. Não obstante, essa descrição simples dá vazão a uma gama de desdobramentos sem paradigma no Direito Penal. De fato, os institutos inseridos na Parte Geral do Código adquirem uma pertinência única ao crime de homicídio, para regular as mais diversas situações. Assim, problemas relativos à causalidade, ao erro, à tentativa, entre outros institutos, ganham especial relevância em face da descrição enxuta do tipo, a qual, por não ser rica em requisitos, possibilita a pertinência de todas as situações onde um ser humano provoque a morte de outro.

3.2 - Tipo objetivo

3.2.1 - Núcleo do tipo objetivo

Todo tipo penal descreve uma conduta proibida. Como o verbo sempre se traduz em uma conduta, é ele o núcleo do tipo penal, sendo sua parte mais importante. No tipo em análise, o núcleo é o verbo *matar*. A morte, por definição, é a cessação da vida, "resulte aquela do encurtamento do período de vida de uma pessoa sã ou do apressamento do momento da morte de um moribundo"⁵; aí reside a primeira dificuldade na interpretação do tipo: é que a morte não é um instante, mas a morte é um processo. Dito processo representa a parada das funções vitais do ser humano, v.g. a função cardíocirculatória, a função cerebral, a função respiratória como

⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentários Conimbricenses ao Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. Tomo I, p. 16.

processo que é, o fato mais comum é que tais funções não parem a um só tempo, mas em períodos temporais distintos. Todavia, é fundamental para a aplicação do Direito a determinação de um critério para a verificação da morte. Este critério é extraído da interpretação sistemática das normas jurídicas, e é traduzido na **parada irreversível da função cerebral ou encefálica**, ainda que as demais funções estejam se realizando. Destarte, ainda que a função cardíaca esteja operante (por exemplo, o coração do indivíduo esteja batendo), se houver a parada irreversível da função cerebral, o ser estará juridicamente morto.

O critério da morte encefálica é de indubitável pertinência para a solução de complexos problemas, como é o caso do anátema proposto por Fabrizio Ramacci: Caso Tício produza lesões tais em Caio, de modo que sua vida seja mantida somente pelo uso de aparelhos e, posteriormente, Semprônio desligue os referidos aparelhos que sustentavam a vida de Caio, a quem deve ser imputada a morte de Caio?⁶

Foi com o advento da Lei de remoções de órgãos, tecidos e parte do corpo humano para fins de transplante e tratamento (Lei 9434, de 04/02/97), que o critério da parada irreversível da função cerebral foi consubstanciado no ordenamento jurídico. É por uma verdadeira interpretação sistemática que se chegou a esse critério. De fato, conjugou-se a citada lei com o disposto no Código Penal – que, enfatize-se, em nenhum artigo estabelece o momento da morte – para a determinação de quando se chega ao fim da vida de uma pessoa humana.

O art. 3º. da Lei 9434 dispõe:

A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplantes ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por

⁶ RAMACCI, Fabrizio. *I Delitto di Omicidio*. Torino : Giappichelli. 1997. p.40.

dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Com efeito. É sabido que somente é válido o transplante de certos órgãos humanos se algumas funções vitais estiverem operantes. Assim, se o critério da determinação da morte fosse o da cessação de todas as funções vitais, os transplantes não poderiam ser realizados licitamente, já que os profissionais que os fizessem incorreriam no delito de homicídio. Para possibilitar ditos procedimentos, a determinação jurídica do momento da morte foi vinculada à cessação irreversível da função cerebral ou encefálica. Como o Direito é um sistema, um conjunto orgânico de normas que mutuamente se informam, a definição dada na citada lei de transplantes, de morte encefálica ou cerebral, constitui-se em verdadeiro critério legal que tornou determinado em que momento o processo da morte deve ser verificado como existente perante o Direito; este momento é, enfatize-se, a parada irreversível da função cerebral ou encefálica, isto é, a morte encefálica.

Assim, determinadas situações não podem ser punidas pelo Direito Penal. Se, por exemplo, alguém desliga os aparelhos e mecanismos que mantêm operantes algumas funções vitais de um indivíduo, que já teve a parada irreversível da função cerebral (v.g. desligar o respirador e os aparelhos que realizam a função excretora), inexistente qualquer crime, pois a morte se deu, para o Direito, com a dita cessação da atividade encefálica.

3.2.2 – Complemento do tipo objetivo

O verbo matar adquire um sentido mais restrito quando associado ao seu necessário complemento: *alguém*. Assim, somente se pode ter o homicídio se houver a morte de uma

pessoa humana, *rectius*, se houver a morte de alguém. Por conseguinte, pela associação do verbo com seu complemento, infere-se que o tipo de homicídio exige a produção da morte de uma pessoa humana, o que se traduz em um evento perceptível no mundo real, pelos órgãos do sentido (visão, audição, etc.). Como sabido, todo evento real e perceptível é chamado penalmente de *resultado*, por conseguinte, o tipo de homicídio exige um resultado em sua descrição: a dita produção real e perceptível da morte de alguém. Sem esse resultado, o tipo não se completa. É pelo exposto acima que o homicídio é classificado como *crime material*, o qual é aquele que exige como requisito de sua definição legal a produção de um resultado, que modifica o mundo exterior.

A definição natural de pessoa humana advém do nascimento de um ser com vida, através do parto de uma mulher. Essa definição inclui na categoria de ser humano todos os nascidos, independente de forma ou de aparência, incluindo-se, pois, na tutela do Direito Penal, o nascituro com forma monstruosa ou deficiente, já que não se pode conceber, no estágio atual da nossa cultura, a solução dada em épocas pretéritas para esses nascituros⁷, que os excluíam da tutela penal.

A evolução científica, todavia, mostrou que é possível a criação de um ser humano por métodos não naturais, que excluem a realização do ato sexual. Decerto, esse é o caso da clonagem. Em que pese a clonagem humana ser proibida em muitos ordenamentos, é necessário enfrentar a questão da tutela do ser resultante desse processo, posto que, além de ser factível

⁷ A solução do Direito Romano para a *monstrum* era não considerá-lo como pessoa. Todavia, é imperiosa esclarecer que o Direito Romano distinguia o *ostentum monstrum*. O primeiro é aquele que manifesta sua origem humana, podendo ser sujeito passivo do homicídio; o segundo é aquele que não tem nada de humano, não sendo punida a provocação de sua morte. Cf. ALTAVILLA, Enrico. *Tratatto di Diritto Penale. Delitti contro la Persona*. Milano: Vallardi, 1921. v. X, p. 12-13.

a possibilidade de sua realização ilícita, é possível ainda que ela seja autorizada por algum ordenamento jurídico.

O ser resultante do processo de clonagem tem as mesmas funções vitais daqueles que nasceram pelo meio ordinário de concepção humana: o ato sexual. Isto se dá porque o ser que resulta da clonagem tem patrimônio genético compatível com o de todo ser humano. Deste modo, o ser resultante da clonagem também se inclui na conceituação da ser humano e, por consequência, sua vida também está tutelada pelo tipo penal de homicídio.

Como o homicídio tutela a vida extra-uterina, não existe a pertinência com o tipo penal em tela, naqueles atentados contra a vida intra-uterina, pois nesta última não existe pessoa, mas sim o feto. Por conseguinte, o crime praticado em face do feto será o de aborto, não o de homicídio.

Neste ínterim, é imperioso traçar o termo no qual a vida humana começa, isto é, é imperioso traçar o limite entre o feto e a pessoa, porque o atentado contra o primeiro será aborto e contra o segundo, homicídio. Como já afirmou Muñoz Conde, "não estamos aqui diante de um problema científico que se possa resolver com critérios puramente biológicos, mas sim ante um problema jurídico, o qual deve ser resolvido com critérios puramente jurídicos a partir dos dados biológicos"⁸.

O direito brasileiro elegeu como critério para estabelecer o começo da vida humana o início do parto. Deste modo não se exige, no nosso ordenamento, a total expulsão do ser do claustro materno, para que se determine o início da vida. A vida começa, ressalte-se, com o início do trabalho de parto, que de regra é provado pelo rompimento do saco amniótico, também denominado de bolsa amniótica.

⁸ MUÑOZ, Francisco Conde. *Derecho Penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p.31.

O critério do início do parto para a determinação do início da vida foi dado pelo próprio Código Penal. Foi no crime de infanticídio (art. 123), o qual incrimina a produção da morte do filho pela sua mãe, que age sob a influência de um estado de perturbação psíquica – o estado puerperal – que se utilizou a expressão: *durante o parto ou logo após*. Assim, por ser o infanticídio um crime que se dá contra uma pessoa, e não contra um feto, e por ele poder se realizar durante o parto, conclui-se que a tutela da vida se inicia com o começo do trabalho de parto⁹.

3.3 – Realização material da conduta

Parafraseando a antiga lição de Antolisei, o fato material do homicídio implica três elementos: uma conduta humana, um resultado e o nexo de causalidade entre uma e outra¹⁰.

3.3.1 – Conduta

A conduta de matar pode assumir as mais diversas formas, *porque a lei não indica a modalidade que essa deve assumir, limitando-se a requisitar que haja causado a morte de

⁹ Sebastian Soler, ao tratar do Direito Penal argentino, o qual tem as normas referentes aos crimes de homicídio e infanticídio substancialmente compatíveis com as do atual sistema brasileiro, chega a essa mesma conclusão. In verbis: "Para decidir esta cuestión, la propia ley penal suministra un cierto criterio (...), en el cual se atenúa la figura del homicidio cometido durante el nacimiento, cuando el hecho se comete para ocultar deshonor. Es manifiesto que no mediando esa causa, o el estado emocional a que el mismo inciso se refiere, en la cual se funda la figura privilegiada, queda subsistente el delito generico sin atenuación; ello es un homicidio." SOLER, S. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA, 2000. v. III, p.12. A mesma solução também é aceita por Manzini, na Itália. In verbis: "L'uccisione del feto durante il parto, quando il feto stesso sia nato vivo, costituisce comune omicidio". MANZINI, Vicerzo. *Trattato di Diritto Penale*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1951. v. 8, p.9.

¹⁰ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale, parte speciale* I. Milano: Guiffè, 1953. p.38

uma pessoa¹¹. Destarte, o homicídio é um crime de forma livre, que poderá ser realizado por diversos meios. Quanto à sua natureza, os meios se classificam em *diretos* e *indiretos*.

Por meios diretos se entendem aqueles que são substancialmente idôneos para produzir a morte de alguém. São exemplos de meios diretos: armas brancas, armas de fogo, venenos, estrangulamento, submersão, incêndio, gases asfixiantes, corrente elétrica, atropelamento por meio de um veículo. Irreprochável a lição de Bento de Faria, o qual anota que, no meio direto, o agente se utiliza dos meios no corpo da vítima¹².

Por meios indiretos se entendem aqueles que não agem imediatamente, mas sim através de outras causas postas em movimento pela atividade do agente, como, por exemplo, açular um animal bravo contra a vítima, fazer alguém trabalhar em um lugar infectado¹³. Bento de Faria anota que, nos meios indiretos, existe a incapacidade de resistência do agente àqueles meios produtores da letalidade¹⁴.

Os meios morais, os quais são aqueles que atuam no psiquismo do agente, enquadram-se como espécie dos meios indiretos, porque não agem diretamente sobre o corpo da vítima. Ditos meios geralmente se associam, a uma causa preexistente, para causar a morte. Assim, se Tício, com dolo de matar Mévio, que sofre de uma grave doença cardíaca, contalhe a falsa notícia da morte de seu filho, e o cardiopata vem a morrer, em consequência da violenta descarga de adrenalina que se dá em face da emoção sofrida, há, neste caso, um crime cometido através de um meio moral.

¹¹ *Idem*. *Ibidem*. p.38.

¹² FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. IV, p.11.

¹³ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 2000. v. IV, p.279.

¹⁴ FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro Comentado*. Rio de Janeiro: Record, 1959. v. IV, p.11.

3.3.2 – Resultado

Conforme já mencionado, o tipo penal de homicídio, na sua descrição, exige um resultado: a morte de alguém. Por isso Maggiore afirma que o homicídio "se trata de um delito tipicamente material, por quanto existe uma perfeita coincidência entre o resultado jurídico (anulação do direito à vida) e o resultado material (morte)"¹⁵. Como existe a coincidência entre esses dois resultados, o evento requerido no tipo é perceptível pelos sentidos no mundo real, já que modifica o mundo exterior. Sem o resultado morte, o crime não se consuma, visto que não se realizam todos os elementos de sua definição legal, podendo haver a incidência da figura da tentativa, explicada *infra*.

3.3.3 – Nexa de causalidade

Para que o tipo penal do homicídio seja imputado a uma pessoa é necessária e imprescindível a verificação da relação de causalidade entre a conduta do ser humano e o resultado morte de alguém. Deste modo, somente responderá pelo tipo o sujeito que, com sua conduta ou com a sua omissão relevante, pôs uma condição indispensável para a produção do resultado, sem a qual o mesmo não teria ocorrido.

Assim, a verificação da causalidade será feita por um processo hipotético de eliminação mental: se, eliminando-se hipoteticamente a conduta do agente, excluir-se também o resultado morte, diremos que a conduta do agente foi uma condição indispensável para a ocorrência do resultado, sendo o dito resultado imputado ao agente. Esse processo de eliminação mental é chamado de fórmula da *conditio sine qua non*. Conclui-se, portanto, que o nexa de causalidade se verifica

¹⁵ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Bogotá: Temis, 2000. v. IV, p. 278.

quando o agente, "com sua ação ou omissão, tenha dado existência a um antecedente sem o qual a morte não se teria verificado (*conditio sine qua non*)"¹⁶.

Um exemplo esclarecerá a questão: Paulo, querendo morrer, ingere grande quantidade de calmantes, deitando após a ingestão com grande sonolência; todavia, antes de tomar a medicação, Paulo solicitara a Caio que, assim que ele estivesse em estado de torpor pela referida ingestão da medicação, cravasse uma faca em seu peito. Caio procedeu conforme fora ajustado e Paulo veio a falecer.

Neste caso, se Caio não tivesse cravado a faca no peito de Paulo, ele não teria morrido, logo o resultado morte será imputado a Caio. O interessante nesse caso, o que é decorrência direta da relação de causalidade, é que Caio responderá pelo tipo de homicídio e não pelo crime do art. 122 (Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio). Explica-se: Caio realizou **ato de execução do homicídio**, sendo imputada a ele a produção da morte de Paulo. Somente haveria suicídio, por óbvio, se o próprio Paulo realizasse os atos de execução de sua morte. Deste modo, Caio somente responderia pelo tipo do art. 122, isto é: induzir, instigar ou auxiliar alguém a se suicidar, se não tivesse praticado nenhum ato de execução do homicídio.

De regra, a causalidade dispensa digressões teóricas, sendo de fácil verificação, pois a experiência já dá o conhecimento necessário para avaliar (1º) que condutas são ou não hábeis para produzir a morte de uma pessoa e (2º) qual o impacto desta conduta hábil para a produção da morte no caso concreto. Assim, por exemplo, a qualquer pessoa é fácil perceber que um tiro de revólver é hábil para produzir a morte de alguém, do mesmo modo que é de fácil percepção que um tiro dado no coração é letal, já um tiro desferido no pé, de regra, não o é. Por isto, normalmente, o nexa de causalidade não se apresenta como um problema difícil.

¹⁶ Idem. *Ibidem*, p. 280.

Contudo, é possível que entre a ação letal e o resultado morte possa decorrer um grande lapso de tempo, como, por exemplo, no caso da vítima que entra em coma após a ação letal, só vindo a falecer anos depois. Neste caso, pela fórmula da *conditio sine qua non*, é óbvio que se pode imputar o resultado morte àquele que praticou a ação letal. Todavia, não é admissível esperar indefinidamente para se concluir um processo criminal, assim, se o resultado morte ocorrer até o termo do processo, responderá o agente por homicídio consumado; em caso contrário, por tentativa de homicídio. Neste caso se enquadra aquele que, sendo portador do vírus da AIDS, dolosamente pratica ato capaz de transmitir a moléstia. Em que pese a AIDS ser letal e incurável, é provável que a morte somente se verifique muito tempo depois do agente tê-la contraído. Assim, aquele que transmite dolosamente a referida AIDS responderá por tentativa de homicídio, salvo se a morte da vítima se se verificar antes do término do processo, pois, neste caso, responderá o agente por homicídio consumado.

Situações particulares acerca da causalidade no crime de homicídio merecem ser estudadas. São elas: (a) as concausas; (b) a causalidade na omissão; (c) a ausência de causalidade pela não imputação objetiva do resultado. As duas primeiras situações serão estudadas neste tópico, a terceira, por se enquadrar sobretudo nos crimes culposos, será estudada em tópico autônomo.

3.3.3.1 – As concausas

Concausa é o termo utilizado para a designação da confluência de mais de uma causa para a produção do resultado. É o nexó de causalidade o instituto que torna possível a identificação do autor do resultado quando um determinado fato associa-se com a conduta de alguém, para provocar o resultado morte de um ser humano, isto é, quando existe uma concausa.

As concausas são classificadas em preexistentes, concomitantes e supervenientes. É sempre bom lembrar que essa classificação existe em função de um referencial: a conduta determinada de um agente.

Por concausa preexistente se entende aquela que é temporalmente anterior à atividade do agente, mas que, aliada à sua conduta, concorre para a produção do resultado morte. Destarte, se Caio, com *animus* de matar Mévio, desferiu-lhe um tiro que atinge o antebraço, e este último vem a morrer não por conta do tiro, mas pela dificuldade de cicatrização em face de ser portador de hemofilia, houve a confluência de mais de uma causa para o resultado, ou seja, houve o fenômeno das concausas. No caso, como a doença (hemofilia) precede temporalmente a conduta de Caio, por ser anterior àquela, a concausa classifica-se de preexistente.

Por concausa concomitante se entende aquela que se dá ao mesmo tempo em que se realiza a conduta do agente, concorrendo para a produção do resultado morte. Desse modo, se Caio desferiu uma facada em Mévio, com dolo de matá-lo, no momento em que ele está tendo um infarto do miocárdio, de modo que o problema cardíaco seja potencializado, acelerando a morte de Mévio, houve igualmente o fenômeno da concausa. Cuida a hipótese de uma concausa concomitante, porque é verificada ao mesmo tempo em que se realizou a conduta do agente.

Por concausa superveniente se entende aquela que ocorre em um momento posterior à atividade do agente: assim, se Caio desferiu um tiro de revólver em Mévio, com a intenção de matá-lo, mas não produz a sua morte, por conta do socorro prestado à vítima por um terceiro, que a coloca em seu veículo para levá-la ao hospital. Todavia, se o veículo que presta o socorro colidir com um caminhão descontrolado, provocando a morte de todos os ocupantes do veículo, haverá uma concausa. A colisão, por conseguinte, será uma concausa superveniente, já que ocorreu posteriormente à conduta do agente.

As concausas preexistentes e concomitantes, que se aliam à conduta do agente para provocar o resultado, não afetam a responsabilidade penal. Assim, o agente que, com sua conduta, der causa a morte de alguém, responderá por homicídio, ainda que a causa posta pelo referido agente tenha se aliado com uma concausa preexistente ou concomitante.

As concausas supervenientes, que se aliam à conduta do agente, entretanto, têm solução diversa. Se ela for hábil para produzir por si só a morte de alguém, isto é, se a concausa, no caso, tiver um potencial de letalidade tal, que torne desnecessária a conduta do agente para a produção da morte, este resultado não será imputado ao agente. No exemplo de concausa superveniente dado acima, a morte foi provocada pela colisão do caminhão com o veículo, e não pelo tiro de Caio. Todavia, se Caio não tivesse desferido o tiro, a vítima não estaria no carro sendo socorrida, em outras palavras, pela fórmula da *conditio sine qua non* acima explicada, se excluirmos hipoteticamente a conduta de Caio, excluiríamos também o resultado morte. Assim, a conduta de Caio também é causa do resultado. Todavia, a produção da morte adveio da concausa superveniente, a qual não foi produzida pela conduta de Caio (colisão do caminhão). Para solucionar essa questão o Direito assim dispõe: como a concausa superveniente é hábil para produzir por si só o resultado, exclui-se a atribuição do resultado morte, devendo o agente responder tão somente pelos atos anteriores (art. 13 §1º), isto é, pela tentativa de homicídio.

3.3.3.2 – Causalidade na omissão

O crime de homicídio normalmente é praticado por uma atividade positiva do agente, isto é, por uma comissão. Isto se dá porque a norma que está inserida no tipo do artigo 121 é uma norma de natureza proibitiva, a qual dá origem aos crimes comissivos ou crimes de ação.

Não se pode deixar de mencionar, entretanto, que o homicídio também pode se realizar, excepcionalmente, através de uma omissão. Tais casos estão vinculados a três hipóteses taxativas: (1º) o dever legal de impedir o resultado, (2º) o dever contratual de impedir o resultado, (3º) a criação, por parte do agente, do risco da ocorrência do resultado. Nestes casos, o Direito impõe ao agente o dever de impedir a produção do resultado de dano, isto é, a ocorrência da morte; em outras palavras, deve o agente garantir a não ocorrência do resultado, enquadra-se ele na chamada *posição do garantidor*.

Haverá o homicídio imputado a um agente, portanto, quando se verificarem "os casos de omissão de impedimento do evento da parte do titular da posição de garantia. É essa a razão pela qual se constitui a obrigação jurídica de agir para impedi-lo"¹⁷.

4 – TIPO SUBJETIVO

No crime de homicídio o elemento subjetivo tem especial importância, porque ele é o meio através do qual se diferenciam o homicídio doloso, o homicídio culposo e a lesão corporal seguida de morte (homicídio preterintencional). Conforme leciona Altavilla, "o elemento subjetivo diferencia o homicídio voluntário do preterintencional e do culposo que tem idênticos elementos objetivos: temos, na verdade, três casos nos quais é realizada uma causa eficiente da morte e causa-se a própria morte, mas no primeiro, efeito letal era querido, no segundo, era querido um dano à integridade física que não era a morte, e no terceiro, a morte é causada com a própria imprudência ou negligência"¹⁸. Portanto, para que

¹⁷ RAMACCI, Fabrizio. *Il Delitto di Omicidio*. Torino: Giappichelli, 1997. p.32.

¹⁸ ALTAVILLA, Enrico. *Tratato di Diritto Penale. Delitti contro la Persona*. Milano: Vallardi, 1921. v. X, p.11.

exista a incidência do homicídio doloso é necessária uma análise cuidadosa de seu elemento subjetivo, o qual possibilita a sua individualização frente às demais espécies.

O elemento subjetivo do crime de homicídio é o dolo de matar (*animus necandi*), que é vontade livre e consciente de produzir a morte de alguém.

A descrição típica do homicídio, entretanto, fornece explicitamente apenas elementos objetivos (matar alguém). Os elementos subjetivos, os quais se referem à conduta interna do agente, isto é, à vontade e à consciência, encontram-se implícitos no tipo.

Com a teoria finalista da ação se reconheceu que toda ação é dirigida a um fim, logo, a vontade dirigida a um fim (o dolo) é um elemento da ação. Como o verbo núcleo típico é uma ação que se complementa com o conceito subsequente: alguém, a vontade livre e consciente dirigida ao fim de matar alguém estará presente no tipo, por ser elemento daquela ação.

Dai se conclui que não é somente no homicídio, mas é em qualquer tipo penal doloso, que existe sempre um elemento subjetivo implícito, traduzido na vontade livre e consciente de realizar os elementos objetivos do tipo: o dolo.

Embora não previsto de forma explícita nos tipos penais, o dolo sempre integra o tipo penal. Tal afirmação não é somente uma constatação dogmática, mas é uma verdadeira interpretação sistemática da parte geral e da parte especial do Código Penal. Com efeito, no art. 20 do Código, ao se normatizar o erro quanto ao elemento constitutivo do tipo penal, afirmou-se que ele exclui o dolo. Logo, se o erro de tipo exclui o dolo é porque o dolo integra o tipo.

Assim, no tipo de homicídio, o dolo de matar ou *animus necandi* exige a consciência e vontade dirigida a esse fim. É necessário, pois, que o agente saiba e queira retirar a vida de uma pessoa humana.

A forma normal de dolo no homicídio é o dolo acima referido. Entretanto a experiência jurídica mostra que ela não é suficiente para o Direito Penal, porque não abrange aquelas situações subjetivas nas quais o agente não quer o resultado, mas adota uma postura de indiferença ante a sua produção, assumindo o risco de produzi-lo. Por isso, ao lado da forma normal de dolo, que é ter vontade dirigida ao fim de produzir o resultado, chamada de dolo direto, existe a forma excepcional de dolo, chamada de dolo eventual, onde o agente não quer, mas assume o risco de produzi-lo. O homicídio doloso pode ser praticado tanto pela forma normal de dolo, o direto, quanto pela sua forma excepcional, que é o dolo eventual.

O erro quanto à pessoa não afetará à pertinência da conduta do agente com o dolo exigido pelo tipo. Isto se dá porque, no dito erro, o agente dirige, em qualquer caso, sua vontade para matar um ser humano. Se Caio, querendo matar Paulo, atinge Mévio, ao invés de Paulo, responderá por homicídio consumado, caso Mévio venha a falecer. Isto se dá porque é suficiente para a configuração do dolo do referido homicídio a vontade livre e consciente de matar pessoa humana, sendo desnecessária a determinação de que pessoa humana irá ser morta. Em boa hora, a nova parte geral do Código (Lei 7209/84) dispôs norma expressa nesse sentido, no art. 20 §3º.

Caso o agente, além de atingir a pessoa pretendida, atingir também outrem, a solução dependerá do elemento subjetivo do agente. Em primeiro lugar, caso o agente não queira os dois resultados, existirá o concurso formal, aplicando-se a regra do art. 70, primeira parte, do Código Penal. Assim, se Tício quer matar Mévio, e, para tanto, desfere um tiro, que transpassa Mévio e atinge um transeunte, Caio, provocando a morte dos dois, aplicar-se-á a regra do concurso formal, porque mediante uma só ação do agente produziu-se mais de um resultado de morte. Dita regra estabelece que o agente somente responderá pela pena de

um só dos crimes, com uma causa de aumento que vai de um sexto até a metade.

Se, ao contrário da solução anterior, o agente quiser os diversos resultados, somam-se as penas. Assim, se Tício deseja matar Mévio e Caio, desferindo um tiro no primeiro, que o trespassa e atinge também o segundo, matando ambos, somar-se-ão as penas. Isto se dá porque, quando o agente dirige sua vontade para mais de um resultado, e os realiza mediante uma só ação ou omissão, *cada resultado será um desígnio autônomo do agente*, e a soma das penas, nesta hipótese, é determinada pelo próprio Código Penal (art. 70, segunda parte).

Por fim, deve-se ressaltar que, se o agente não tem a consciência que sua ação letal atinge uma pessoa humana, não poderá ele responder por homicídio doloso. Aplica-se, neste caso, a regra do erro de tipo (art. 20 do Cód. Penal). Isto se dá porque "o erro de tipo não é outra coisa que a negação do enquadramento da representação que o dolo requer"¹⁹, assim deverá haver o desconhecimento de uma circunstância que represente um elemento descrito no tipo legal (chamado de elemento essencial); no homicídio, esse erro se dará quando o sujeito desconhece que mata uma pessoa humana ou, ainda, erra quanto ao meio utilizado em sua conduta, supondo-o não letal.

Será irrelevante, portanto, o erro sobre a causalidade. O exemplo que se encontra em Figueiredo Dias, à luz do Direito pátrio, será esclarecedor, no sentido de reafirmar a punibilidade do agente: "A, com dolo homicida, dá um tiro em B e, erroneamente convencido que o matou, enterra-o para ocultar o crime; B vem a falecer por asfixia"²⁰.

¹⁹ JESCHECK, Hans-Heirich. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: Dunker u. Humblot, 1988. p.275.

²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Comentários Coimbraenses ao Código Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. Tomo I, p.17.

5- CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O crime de homicídio se consuma com a ocorrência do resultado morte, já que o crime é material e esse dito resultado integra o tipo. Caso a morte não ocorra por circunstâncias alheias à vontade do agente, haverá a tentativa, se este último já tiver iniciado a execução do crime.

AMICUS CURIAE: PLURALIZAÇÃO DO DEBATE CONSTITUCIONAL

Fabiana Carla Canato Souto Maior Lemos
Bacharel em Direito, Auxiliar Judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Conciliadora de Justiça perante o II Juizado Especial do Cordeiro desde abril de 2004. Pós-graduanda em Direito Constitucional, Administrativo e Tributário pela Faculdade Maurício de Nassau

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – ORIGEM DO INSTITUTO. 1.1 – Da forte presença do *amicus curiae* no direito norte-americano. 1.2. Lei 9.868/99: passaporte de ingresso formal do instituto no Brasil. 2 – DA APLICAÇÃO DA FIGURA DO AMICUS CURIAE. 2.1 – Do cabimento. 2.2 – Dos requisitos. 3 – DEMAIS ASPECTOS PECULIARES. 3.1 – Da natureza jurídica. 3.2 – Das questões processuais mais relevantes. 4 – CONCLUSÃO. 5 – REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo abordar a figura do *amicus curiae*, novel instituto no direito brasileiro no qual a doutrina tem se debruçado ultimamente com bastante frequência e a sociedade como um todo tem demonstrado interesse em conhecer e utilizar.

A importância do tema repousa no fato de que tal instituto traz consigo a característica peculiar de necessidade de elasticidade do círculo de intérpretes da Constituição, pensamento já divulgado por Peter Haberle, para abranger,

além das autoridades públicas e partes formais nos processos de controle de constitucionalidade, os cidadãos e grupos sociais que vivenciam a realidade constitucional revelando-se, por conseguinte, importante evolução no sentido de aperfeiçoar a democracia participativa.

No que pertine à metodologia optamos, ante o escasso quantitativo de obras publicadas que estejam voltadas especificamente para o tema, trabalhar mais com jurisprudências e artigos divulgados pela internet, merecedores de aplausos por esclarecerem de forma magnífica todos os aspectos necessários ao bom desenvolvimento e elucidação das filigranas que permeiam esse instituto.

O primeiro capítulo traz consigo o nascimento do *amicus curiae* no direito norte-americano que, praticamente um século depois, cultiva esse instituto como verdadeira forma de democratização dos debates em torno de questões processuais. Em seguida vislumbramos o ingresso formal do instituto no Brasil através da Lei 9868/99, não olvidando dividir com o leitor alguns casos curiosos.

A seguir abordamos, no segundo capítulo, as hipóteses de cabimento, cuidando em demonstrar que não se restringem às ações diretas de inconstitucionalidade, muito embora gerado juntamente com estas através da Lei 9868/99. Além disso, são relacionados os requisitos essenciais com o objetivo primordial de esclarecer a perfeita aplicabilidade do instituto.

Por fim analisamos, no terceiro capítulo, alguns aspectos peculiares que, além de importantes, figuram como questionamentos constantes a exemplo da natureza jurídica que, muito embora demonstre certo embate na doutrina, revela-se tranqüila na jurisprudência e em diversas questões processuais que devem certamente ter consigo o adjetivo de interessantes.

1 – ORIGEM DO INSTITUTO

1.1 – Da forte presença do *amicus curiae* no direito norte-americano

O instituto do *amicus curiae* foi utilizado pela 1ª vez nos Estados Unidos no caso *Muller vs Oregon*, no ano de 1908, por intermédio do advogado Louis D. Brandeis que produziu um memorial-manifestação que trazia à Corte Americana informações importantes acerca do caso que passou a ser denominado de *Brandeis-Brief*, levando assim seu sobrenome. (SILVA, 2005).

O termo *amicus curiae* vem do latim e significa "amigo da corte", ou seja, aquele que não é parte do processo, mas traz para a Corte ou Tribunal informações importantes acerca de determinada matéria com o objetivo de pluralizar o debate constitucional de forma que sejam trazidos, pelas partes interessadas, todos os elementos informativos possíveis e necessários à adoção de uma decisão, a mais apropriada possível.

Com isso o *amicus curiae* abraça a idéia de Peter Haberte no sentido em que fomenta a idéia de sociedade aberta de intérpretes da Constituição, ou seja, o círculo de intérpretes da Lei Fundamental deve abarcar não somente as partes formais e autoridades públicas nos processos de controle de constitucionalidade, mas sim todo e qualquer cidadão ou grupo social que esteja inserido na realidade constitucional de um país (SILVA, 2005).

Atualmente é instituto de larga utilização e de extrema importância no direito norte-americano, envolvendo célebres casos sendo, talvez, um dos mais significativos deles o que diz respeito a um cidadão que fora condenado, sem assistência de advogado, e do qual resultaria no direito fundamental do acusado em ser assistido por advogado.

O caso revela a saga de Clarence Earl Gideon perante a justiça norte-americana, condenado a 5 anos de prisão, sem ter tido a assistência de um advogado, pelo crime de invasão de domicílio com intuito de roubar que, perante aquele país, é considerado crime de gravidade, mas não sujeito à pena de morte. Gideon recorreu da sentença requerendo lhe fosse dado o direito de, por ser juridicamente pobre, ter um advogado fornecido pelo Estado. A Corte da Flórida entendeu não lhe caber tal pleito tendo em vista que, naquele Estado, apenas os acusados de crimes sujeitos à pena capital poderiam ter dita assistência. Inconformado, o próprio Gideon preparou um recurso interposto perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, insistindo que a condenação de um réu sem advogado era um atentado à Constituição e à Declaração de Direitos. A Suprema Corte, além de ter admitido 122 intervenientes na condição de *amicus curiae* (entre Estados Federados e Entidades), também anulou o julgamento de Gideon, nomeando-lhe um famoso advogado chamado Abe Fortas.

Desse fato resultaram um livro¹ de autoria de Anthony Lewis e um filme dirigido por Robert Collins, demonstrando assim que o caso Clarence Gideon é um exemplo de obstinação, de sensibilidade da Justiça e da importância da figura do *amicus curiae* para a realização do próprio direito (SOUZA, 2002).

Hodiernamente merece destaque, também nos tribunais norte-americanos, o julgamento da Suprema Corte do caso que envolveu a Universidade de Michigan em 2003 e contou com o apoio de mais de 150 *amicus curiae*, envolvendo desde ONGs, empresas públicas e privadas até as mais conceituadas Universidades e organizações de direitos civis, inclusive as de veteranos das Forças Armadas. Na decisão apertadíssima, 5 votos a favor contra 4 contrários, os Juizes da Suprema Corte dos Estados Unidos concluíram que a Universidade de

¹ Gideons Trumpet

Michigan poderia levar em consideração a raça dos candidatos de minorias étnicas no processo de admissão ao curso de pós-graduação da sua Escola de Direito (SILVA, 2005).

Não poderíamos deixar de mencionar o processo denominado *Florida Election Case* n° 00.94.9 oriundo da disputa judicial em que se transformou a penúltima eleição presidencial dos Estados Unidos, na qual George Bush saiu vitorioso. Nele foram oferecidos memoriais de 9 *amici*, dentre eles o Estado do Alabama, o Centro de Estudos da *New York University*, a Assembléia Legislativa da Flórida, a *American Bar Association* e diversas pessoas físicas (BUENO FILHO, 2002).

Por fim, essencial enaltecermos que, para o direito norte americano, a utilização do *amicus curiae* traz consigo a possibilidade da Corte Suprema converter um processo de caráter essencialmente subjetivo, que é o controle de constitucionalidade, em um processo objetivo, haja vista contar com a participação das mais diversas pessoas e entidades inseridas na sociedade norte-americana que trazem para a Corte seu ponto de vista e opiniões com o objetivo de auxiliar no posicionamento e tomada de decisões.

1.2 – Lei 9.868/99: passaporte de ingresso formal do instituto no Brasil

No Brasil o *amicus curiae* foi introduzido formalmente com a edição da Lei n° 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe acerca do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Destaca-se da Exposição de Motivos do Projeto de Lei n° 2960, referente à já citada legislação, a forte influência advinda do direito processual constitucional norte-americano.

Ressaltamos que o uso da expressão “formalmente” foi intencional, tendo em vista que essa se referia apenas ao

ingresso legislativa do instituto no ordenamento jurídico pátrio, pois, mesmo antes da edição da aludida lei, o STF permitiu, por unanimidade de votos, a manifestação a título de *amicus curiae* quando do julgamento de Agravo Regimental em sede de ADIN n° 748-4, concordando que um memorial, preparado por um colaborador informal, permanecesse juntado por linha ao processo. Vejamos a decisão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - IMPOSSIBILIDADE - ATO JUDICIAL QUE DETERMINA A JUNTADA, POR LINHA, DE PEÇAS DOCUMENTAIS - DESPACHO DE MERO EXPEDIENTE - IRRECORRIBILIDADE - AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

- O processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal não admite a intervenção assistencial de terceiros. Precedentes.

- Simples juntada, por linha, de peças documentais apresentadas por órgão estatal que, sem integrar a relação processual, agiu, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, como colaborador informal da Corte (*amicus curiae*): situação que não configura, tecnicamente, hipótese de intervenção *ad coadjuvandum*.

- Os despachos de mero expediente - como aqueles que ordenam juntada, por linha, de simples memorial descritivo -, por não se revestirem de qualquer conteúdo decisório, não são passíveis de impugnação mediante agravo regimental (STF, ADI 748 AgR/RS, 1994).

Ademais vale ressaltar que, muito embora inovadora no campo de controle abstrato de constitucionalidade que fez instaurar processo de natureza marcadamente objetiva, a disciplina legal pertinente ao ingresso do *amicus curiae* já se achava contemplada, desde 1976, no art. 31 da Lei n° 6.385, de 07/12/76, que permite a intervenção da Comissão de Valores Imobiliários (CVM) em processos judiciais de caráter meramente subjetivos, nos quais se discutiam questões de direito societário, sujeitas, no plano administrativo, à competência dessa entidade autárquica federal (STF, ADI 2130-3 SC, 2001).

Também no Brasil visualizamos casos célebres que merecem ser destacados.

Podemos apontar os requerimentos de *amicus curiae* que diversas entidades de Movimento Negro formularam, e foram aceitas nessa condição, em sede das ações propostas com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade das leis estaduais que adotaram reserva de vagas para negros na UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro e na UENF - Universidade do Norte Fluminense, ambas localizadas no Estado do Rio de Janeiro. A manifestação apresentada perante o STF, que guarda semelhança com o caso da Universidade de Michigan, perseguia uma redefinição dos conceitos jurídicos em face das modificações da realidade, objetivando, assim, a defesa da constitucionalidade das leis estaduais que adotaram reserva de vagas para negros (SILVA, 2005).

Essa discussão acerca das cotas raciais tem, inegavelmente, o mérito de estar à frente do País na discussão judicial, favorecendo a utilização das ações afirmativas, tendo por condão alinhar o panorama jurídico brasileiro, nessa seara, com o da Suprema Corte Americana.

Como segundo exemplo, desta feita no que pertine às relações de consumo, mencionamos a ADIN n° 2591-9, ajuizada no ano de 2001 pela CONSIF - Confederação

Nacional do Sistema Financeiro com o intuito de suspender, liminarmente, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. O Procon ingressou no feito como *amicus curiae* na qualidade de entidade interessada e representativa de consumidores pela importância do assunto que poderia trazer consigo eventuais prejuízos, sem mencionar os retrocessos nas conquistas e avanços obtidos nesse segmento de consumo. Da mesma forma o Partido dos Trabalhadores peticionou pleiteando seu ingresso na qualidade de *amicus curiae* dessa mesma ADIN.

Uma outra experiência exemplar, senão das mais importantes em relação à utilização desse instituto no Brasil, ocorreu no julgamento do *habeas corpus* – HC – nº 82.424/RS perante o STF, que tinha como enfoque principal a questão do racismo e anti-semitismo. No caso Siegfried Ellwanger, muito embora absolvido em 1º grau, foi condenado a 2 anos de reclusão com sursis de 4 anos como incurso no art. 20 da Lei 7716/89² por ter, na qualidade de escritor³ e sócio da empresa "Revisão Editora Ltda", editado, distribuído e vendido ao público obras anti-semitas de sua autoria e da autoria de autores nacionais e estrangeiros, que abordam e sustentam mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias, procurando incitar e induzir a discriminação racial, semeando em seus leitores sentimentos de ódio, desprezo e preconceito contra o povo de origem judaica.

Os Ministros do STF decidiram, por maioria de sete votos a três, negar o remédio constitucional impetrado incorporando, assim, os argumentos trazidos à baila no parecer

² O art. 20 da Lei 7.716/89 assim preceitua: "Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

³ É de autoria de Siegfried Ellwanger o livro "Holocausto Judeu ou Alemão? Nos bastidores da mentira do século".

– admitido como *amicus curiae* – elaborado pelo professor Celso Lafer, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP (STF, HC 82424, 1994).

Consideramos esse caso uma trilha a ser seguida para futuros julgamentos que envolvam racismo no Brasil, e por que não no mundo, com base nos fundamentos dos votos dos Ministros que superaram o conceito biológico de raça, para dar lugar ao pertencimento étnico-racial trazido pela antropologia, sociologia e demais ramos das Ciências Sociais.

Entendemos que a tendência é de que a adoção do instituto ora em comento seja universalizar-se. A exemplo temos o julgamento do ex-presidente da Iugoslávia, Slobodan Milosevic, realizado no Tribunal Penal Internacional na sessão de 30 de agosto de 2001. Nessa oportunidade o juiz *ad hoc* Richard May, responsável por julgá-lo, designou um advogado oficioso para o réu, na condição de *amicus curiae*, com a incumbência de interrogar testemunhas, fazer protestos ou advertir magistrados quanto aos eventuais direitos do ex-presidente da Iugoslávia. Tal designação tinha por escopo ver desempenhado o papel de amigo da corte em prol do direito ou da justiça e não de advogado dativo (SOUZA, 2004).

2 – DA APLICAÇÃO DA FIGURA DO AMICUS CURIAE

A admissão de manifestação de entidades ou órgãos representativos traz consigo a possibilidade de ampliar o debate quanto às teses que orientarão a Corte Constitucional em determinadas decisões. Resta saber em quais processos isso poderá ocorrer e o que é necessário para que uma pessoa ingresse na qualidade de *amicus curiae*, enfoque principal do presente capítulo.

2.1 – Do cabimento

A Lei 9868/99 estabelece, em seu art. 7º, §2º, que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Exórdialmente extrai-se que o instituto do *amicus curiae* caberá, primordialmente, no processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade. E aqui, frise-se, incide plenamente a lei em debate também no que se refere às representações por inconstitucionalidades estaduais, conforme justifica o eminente Ministro Gilmar Mendes sendo, via de consequência, perfeitamente possível dito instituto figurar nas ações diretas de inconstitucionalidades estaduais (BINENBOJM, 2004).

Relativamente à Ação Declaratória de Constitucionalidade, nada dispõe, especificamente, a mesma lei o que poderia nos levar, de forma precipitada, a propagar a inadmissibilidade do instituto nesse tipo de ação. Ocorre, todavia, que entendemos ser bastante sensata a posição doutrinária, motivo pelo qual nos filiamos à mesma, de que não há qualquer justificativa para a desigualdade de tratamento entre essa ação e a de inconstitucionalidade. Entendemos, inclusive, que exatamente nesses casos, em que ainda há necessidade de afastar dúvidas acerca de dispositivos que já são considerados constitucionais por meio de ação declaratória, justifica-se, mais ainda, a possibilidade de pluralização do debate constitucional.

Pelo exposto não nos resta outra posição senão entender pela possibilidade de admissão de *amicus curiae*, também, nas ações declaratórias de constitucionalidade lembrando, em tempo, que o procedimento dessas é bastante similar ao das ações de inconstitucionalidade, o que reforça a aplicação analógica já sugerida. (BUENO FILHO, 2002).

Por outro lado, mostra-se evidente a possibilidade de

atuação do *amicus curiae*, também, nos Juizados Especiais Federais, nos pedidos de uniformização de interpretação de lei federal sempre que houver divergências entre decisões que envolvam questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei. De acordo com o que estabelece o §7º do art. 14 da Lei 10.259/2001*, eventuais interessados, ainda que não sejam partes no processo, poderão se manifestar plenamente, configurando, assim, mais uma hipótese de admissibilidade do instituto (SOUZA, 2002).

Finalmente, a lei não dispõe acerca da possibilidade de admissão de mais de um *amicus* para cada parte, o que nos leva a concluir que, em não havendo proibição, a presença é permitida (BUENO FILHO, 2002). Entendimento esse reforçado pelos diversos casos já elencados no presente estudo.

2.2 – Dos requisitos

De proêmio observa-se que a decisão acerca da admissão ou não do órgão ou entidade postulante é de competência exclusiva do relator que, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades não cabendo, dessa decisão positiva, a interposição de recursos. Assim há de ser analisado o binômio "relevância da matéria-representatividade", levando-se em consideração os efeitos dessa decisão nos setores diretamente afetados e na sociedade como um todo, além de observar se o órgão ou entidade postulante congrega, entre seus afiliados, porção significativa, qualitativa e quantitativamente dos membros dos grupos sociais afetados, ambos requisitos que passam agora a ser abordados.

* A referida lei dispõe sobre o instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal.

a) **representatividade**: presume-se que todos os legitimados para propositura da ação direta de controle gozam da representatividade necessária para atuar como *amicus curiae*. Assim, se já não fizerem parte do processo, os elencados no art. 103 da CF estarão sempre qualificadas para tal, bastando ao Tribunal que verifique a questão do interesse jurídico.

Afastada tal hipótese, não de existir sempre outras entidades de notória representatividade que serão admitidas ao processo dependendo do tema discutido. É o caso das associações de magistrados, de advogados, de outros profissionais liberais etc, quando o ato normativo em questão cinje-se à atividade por estas entidades desenvolvidas.

Oportuno ressaltar que essa representatividade não haverá de ser nacional já que a lei não traz consigo tal requisito.

b) **relevância da matéria**: quis o legislador que o interessado demonstrasse a relação de relevância entre a matéria discutida e a atividade perseguida pela instituição. Assim há que se afigurar o interesse jurídico no desfecho da causa a favor ou contra uma das partes, frisando-se, no entanto, a inexistência de regras precisas sobre os critérios a serem observados, cabendo tão somente ao relator analisar e concluir se presente ou não a relevância da matéria.

Essa falta de regulamentação não ocorre na Suprema Corte Norte-Americana que dispõe acerca da participação de terceiros nos processos que estão submetidos ao seu julgamento através da *Rule 37*, constante do seu regimento interno, a qual contém as seguintes disposições precisas sobre a admissibilidade do *amicus curiae* e condições de seu exercício, intituladas de *Brief for an Amicus Curiae*, que consideramos interessantes e que poderiam ser utilizadas no Brasil, com as devidas adaptações:

1. O reconhecimento pela Corte da importância do instituto, uma vez que o *amicus curiae* deve trazer "matéria relevante" (*relevant matter*), ainda

não agitada pelas partes (*not already brought to its attention by the parties*). Esse dispositivo alerta para a necessidade em que a matéria de fato seja relevante e inédita para que não sobrecarregue a Corte;

2. O *amicus curiae* deve trazer por escrito o assentimento das partes em litígio. Caso isto lhe seja negado terá de juntar, com seu pedido, os motivos da negação para a corte apreciar. Mesmo que o pedido se trate apenas de sustentação oral, é essencial esse consentimento das partes;

3. O *Solicitor General* (Solicitador Geral, assistente do procurador-geral) não necessita de consentimento das partes para intervir em nome da União. O mesmo tratamento é dispensado a outros representantes de órgãos, quando legalmente autorizados;

4. O arrazoado não pode ultrapassar cinco páginas; e

5. Em sendo o caso, o *amicus* necessita de procuração e efetuar o preparo, salvo, se a entidade for considerada isenta (SOUZA, 2002).

3-DEMAIS ASPECTOS RELEVANTES

3.1 - Da natureza jurídica

É por demais consabido que o processo de controle abstrato da constitucionalidade tem a característica da objetividade já que não envolve situações jurídicas de caráter individual, restringindo-se, portanto, à guarda da Constituição. Como consequência imediata temos a vedação genérica à intervenção de terceiros em feitos de tal natureza (BINENBOJM, 2004).

Muito embora a Lei 9868/99 tenha seguido esse entendimento ao estabelecer em seu art. 7º a impossibilidade de intervenção de terceiros nos processos de controle direito da constitucionalidade, e o regimento interno do STF traga consigo a proibição de assistência, o §2º do mesmo artigo mitigou o sentido absoluto dessa vedação.

Com isso a doutrina entra em choque ao tentar estabelecer qual seria a natureza jurídica do *amicus curiae* que, se de um lado entende como sendo uma forma qualificada de assistência, doutra banda fica externado o entendimento de que se trata de um terceiro especial ou de natureza excepcional que não se confunde com a assistência ou qualquer outra forma de intervenção de terceiros prevista no Código de Processo Civil (BUENO FILHO, 2002; BINENBOJM, 2004).

Esse último entendimento nos parece mais sensato, motivo pelo qual o adotamos, com respaldo em manifestações recentes e uniformes do STJ e STF, a saber:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INTERVENÇÃO PROCESSUAL DO AMICUS CURIAE. POSSIBILIDADE. LEI Nº 9.868/99 (ART. 7º, §2º). SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DA ADMISSÃO DO AMICUS CURIAE NO SISTEMA DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO DE ADMISSÃO DEFERIDO.

No estatuto que rege o sistema de controle normativo abstrato de constitucionalidade, o ordenamento positivo brasileiro processualizou a figura do *amicus curiae* (Lei n/ 9868/99, art. 7º, §2º), permitindo que terceiros – desde que investidos de representatividade adequada – possam ser admitidos na relação processual, para

efeito de manifestação sobre a questão de direito subjacente à própria controvérsia constitucional. – A admissão de terceiro, na condição de *amicus curiae*, no processo objetivo de controle normativo abstrato, qualifica-se como fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional, pois viabiliza, em obséquio ao postulado democrático, a abertura do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade [...] (STF, ADIn 2.130-SC, 2001)

Essa adjetivação de “terceiro especial” dispensada ao *amicus curiae* traz consigo uma série de prerrogativas processuais que serão aprofundadas no item seguinte.

3.2 – Das questões processuais mais relevantes

Na qualidade de “terceiro especial”, o *amicus curiae* carrega consigo uma série de prerrogativas processuais.

A primeira delas é a de apresentar manifestação escrita sobre as questões de seu interesse. Ao contrário do memorial entregue nos gabinetes dos magistrados pelo colaborador informal, prática rotineiramente utilizada anteriormente, essa manifestação escrita do *amicus curiae* consta formalmente dos autos, não podendo ser ignorada pelo Tribunal.

Também para o *amicus curiae* mostra-se necessário ao postulante se fazer representar por profissional habilitado para o exercício da advocacia. Justifica-se tal assertiva tendo em vista que a lei não prevê qualquer exceção nesse sentido, o que corrobora a necessidade de o *ius postulandi* ser exercido por causídico. Além disso, tal exigência poderia ser considerada até mesmo óbvia já que a matéria em análise exigirá a utilização de argumentos técnicos.

No que pertine ao momento propício para o ingresso do *amicus curiae* no processo, a doutrina é uníssona em afirmar que tal poderá se dar a qualquer tempo, desde que antes do julgamento da ação, muito embora existam posicionamentos menos formalistas, elencados em excelente trabalho de Binenbojm, que entendam ser permitido ao Tribunal ouvir as razões dos *amici curiae*, ainda que apenas via sustentação oral, durante a sessão de julgamento (BUENO FILHO, 2002; BINENBOJM, 2004).

Entendemos essencial deixar evidente a distinção entre o momento processual para a postulação do *amicus curiae* com o objetivo de ingressar nos autos, ao qual nos referimos, do prazo processual que o mesmo dispõe para protocolizar sua manifestação escrita após já ter sido admitido na qualidade de *amicus curiae* por decisão do relator. Nesse caso estabelece o §2º do art. 7º da Lei da ADIN que o prazo para apresentação dessa manifestação escrita é o mesmo previsto no art. 6º parágrafo único da mesma lei, qual seja, 30 dias.

No que pertine à possibilidade de sustentação oral, o Supremo Tribunal Federal reviu seu entendimento anterior passando a admiti-la pelos advogados de *amici curiae* regularmente habilitados nos autos, conforme se extrai do louvável voto do Ministro Celso de Mello na ADIN 2777-8/SP, verbis:

[...] entendo que a atuação processual do *amicus curiae* não deve limitar-se à mera apresentação de memoriais ou à prestação eventual de informações que lhe venham a ser solicitadas.

Essa visão do problema – que restringisse a extensão dos poderes processuais do “colaborador do Tribunal” – culminaria por fazer prevalecer, na matéria, uma incompreensível perspectiva reducionista, que não pode (nem deve) ser aceita por esta Corte, sob pena de total frustração dos

altos objetivos políticos, sociais e jurídicos visados pelo legislador na positivação da cláusula que, agora, admite o formal ingresso do *amicus curiae* no processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.

Cumprir, desse modo, ao *amicus curiae*, em extensão maior, o exercício de determinados poderes processuais, como aquele consistente no direito de proceder à sustentação oral das razões que justificaram a sua admissão formal na causa (STF, ADIn 2.777-8, 2003, grifo nosso).

Analisadas as possibilidades de manifestação, seja por escrito ou sustentação oral, resta esclarecer da legitimidade do *amicus curiae* em manejar recursos.

Pela redação do art. 7º, §2º da Lei de ADIN, resta patente que a decisão positiva que admitiu o ingresso do *amicus curiae* é irrecorrível *ex lege*. Todavia há que se cogitar da possibilidade de impugnação dessas decisões desde que causem certo prejuízo ao processo como um todo, a exemplo daqueles casos em que é admitido um número excessivo de *amici*. Nesse caso, alguns doutrinadores entendem pela possibilidade de impugnação da decisão do relator, muito embora de natureza positiva (DEL PRÁ, 2004).

Ainda sob a ótica do artigo ora elencado, resta evidente a possibilidade do *amicus curiae* recorrer daquela decisão que indeferiu o seu ingresso na ADIN, isso porque, de acordo com o texto legal, é irrecorrível somente a decisão que admitir o *amicus curiae* o que, conseqüentemente, nos leva a crer que, por exclusão, é perfeitamente cabível recurso contra decisão denegatória, ou negativa, de ingresso do *amicus curiae* no processo.

Finalmente, a doutrina sinaliza também positivamente para a possibilidade do *amicus curiae* manejar agravo regimental

contra decisões interlocutórias do relator, assim como embargos de declaração contra os acórdãos cautelares e de mérito e recurso especial e extraordinário em sede de controle abstrato estadual (BINENBOJM, 2004).

4 - CONCLUSÃO

A Lei nº 9.868/99, pelo que foi abordado no presente estudo, propiciou com a utilização do *amicus curiae* uma abertura no processo de interpretação constitucional, conferindo ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade um sentido pluralista.

Resta patente que com a admissão do referido instituto foi permitido que grupos sociais participem ativamente das decisões do Supremo Tribunal Federal que afetam seus interesses, beneficiando-se, em contrapartida, do conhecimento das posições daqueles que vivenciam a realidade constitucional e sofrem a incidência da lei objeto do controle. Assim o cidadão comum, desde que comprovada a representatividade e relevância do tema, transporta-se para a posição de intérprete da Constituição e das leis, abandonando a sua inércia habitual de simples destinatário das normas em temas que lhe são extremamente importantes.

Paralelamente, o *amicus curiae* amplia o direito de defesa e reforça o princípio do contraditório, haja vista a permissão de ingresso de entidade representativa, não qualificada constitucionalmente, munida do poder de manifestar-se com intuito de obter uma decisão com força *erga omnes*, favorável a sua tese, o que se mostrava até então impossível.

Entendemos, portanto, que louvável instituto pode vir a ser forte instrumento na luta dos grupos sociais para a incorporação, no mundo do direito, das pessoas que lhe representam, assim como forma de ter sua identidade reconhecida, vez que toda sua fundamentação repousa na

garantia do princípio democrático de participação social, e do reconhecimento da diversidade dentro da sociedade e de seus reflexos na produção jurídico/doutrinária, que não pode ser limitada às informações prestadas pelo Ministério Público e pelos órgãos ou autoridades de onde se originou a lei ou ato normativo impugnado.

Por fim, cabe à sociedade contribuir para que a Suprema Corte confirme, cada vez mais, a importância da utilização do *amicus curiae*, possibilitando, assim, um futuro alargamento do juízo de admissibilidade, tendo sempre a cautela de que tal pretensão, em influir no debate constitucional, seja antecedida de uma análise cautelosa por parte do interessado com vistas a coibir o uso inadequado do instituto, mirando finalidades secundárias tais como a procrastinação da decisão, o que significaria trazer abaixo todo o caminho até agora conquistado.

5 - REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *A dimensão do amicus curiae no processo constitucional brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual*. Disponível em: < <http://www.mundojuridico.adv.br> >. Acesso em: 07 fev. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.130-3-SC. Relator: Ministro Celso Melo. Brasília, DF, 02 fev. 2001. **Informativo STF 215**. Disponível em: < <http://www.femperj.org.br/juris/cons/stf/cons90.htm> >. Acesso em: 28 fev. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Acórdão em Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitu-

cionalidade n. 748-RS. Agravante: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Agravada: Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão unânime. Brasília, DF, 18 nov. 1994. Disponível em: <<http://geministf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=linha+e+colaborador....>>. Acesso em: 03 jan. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.777-8-SP.** Relator: Ministro Cezar Peluso. Decisão por maioria. Brasília, DF, 04 dez. 2003. Disponível em: <<http://conjur.uol.com.br/textos/23254/>>. Acesso em: 10 mar. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Habeas Corpus n. 82424-RS.** Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão por maioria. Brasília, DF, 19 mar. 1994. Disponível em: <<http://geministf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=SJUR&n=-jul&s1=82424&l=20&u....>>. Acesso em: 04 jan. 2005.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. Amicus Curiae – a democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 jan. 2005.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. Breves Considerações sobre o Amicus Curiae na ADIN e sua legitimidade recursal. In: DIDIER, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords). **Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins.** São Paulo: Malheiros, 2004. p. 59-80.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Lei 9.868/99: processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação**

declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=130>>. Acesso em: 10 dez. 2004.

SILVA, Luiz Fernando Martins da. Anotações sobre o “amicus curiae” e a democratização da jurisdição constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 598, 26 fev. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6358>>. Acesso em: 10 mar. 2005.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **O Amicus Curiae no ordenamento positivo brasileiro.** Disponível em: <http://www.unb.br/fd/colunas_Prof/carlos_mathias/anterior_00.htm>. Acesso em: 20 dez. 2004.

O INSTITUTO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E SUAS REPERCUSSÕES NA TEORIA CLÁSSICA DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL

Fabiola Santos Albuquerque
Professora Adjunta do Departamento de
Teoria Geral do Direito e Direito Privado
do Centro de Ciências Jurídicas da Uni-
versidade Federal de Pernambuco - UFPE.
Professora vinculada ao Programa de Pós-
Graduação do Centro de Ciências Jurídicas da UFPE

SUMÁRIO

1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2 - A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL SOB O PRISMA DA HORIZONTALIDADE. 3 - A PREMISSE DO CONTRATO BILATERAL. 4 - A DIMENSÃO PRINCÍPIOLÓGICA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL. 5 - O INSTITUTO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NAS LEGISLAÇÕES CIVIL E CONSUMERISTA. 6 - O ADIMPLENTO SUBSTANCIAL SOB O ENFOQUE JURISPRUDENCIAL. 7 - CONCLUSÕES.

1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para melhor compreensão do instituto do adimplemento substancial é interessante uma breve incursão pela teoria clássica do inadimplemento.

As partes de uma relação jurídica obrigacional são representadas pelo credor e pelo devedor. Aquele com o direito

de exigir o cumprimento da obrigação e este com o dever de prestá-la em favor daquele. A lógica natural é que haja o cumprimento/ adimplemento da obrigação, com a devida satisfação do interesse do credor, finalidade última da relação obrigacional. Em sentido oposto há a hipótese do inadimplemento, ou seja, o devedor não cumpriu o seu dever de prestar, quer de forma absoluta ou relativa (mora).

Nesse contexto clássico, se identificam duas situações, quais sejam: o adimplemento ou o inadimplemento (absoluto ou relativo) do devedor. Inexiste meio termo entre as duas. Não obstante esta compreensão polarizada da relação obrigacional tenha se perpetuado no tempo, ressalte-se, por outro lado, a crescente efervescência de novos paradigmas imiscuindo-se à teoria geral do direito obrigacional, fazendo jus ao reconhecido aspecto dinâmico que lhe move.

Aspectos como o da constitucionalização do direito civil, da incidência dos princípios sociais da boa-fé objetiva, da função social e da equivalência material nas relações jurídicas negociais, e das aplicações das teorias da imprevisão e da lesão dos contratos conduzem, forçosamente, a uma nova compreensão da relação jurídica obrigacional, adequada daquela subsumida aos postulados clássicos.

Esses novos influxos também contribuíram para a passagem da configuração vertical para a horizontal da relação jurídica obrigacional, ou seja, o que antes se entendia como superioridade do direito do credor frente ao devedor foi relativizado e com isto passa-se a um modelo centrado na coordenação de interesses das partes. Dessa forma não é mais e somente o interesse do credor que deve ser satisfeito, mas o interesse do devedor também precisa ser levado em consideração. Vê-se, portanto, que o paradigma clássico e polarizado do adimplemento/ inadimplemento da relação sofre seus primeiros abalos.

2 – A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL SOB O PRISMA DA HORIZONTALIDADE

Quando se afirma que a relação obrigacional pautada na coordenação ou na horizontalidade dos interesses das partes atenua a regra do adimplemento/ inadimplemento é no sentido de evidenciar a inserção de outros elementos que passam a ser considerados e, por conseguinte, impondo uma investigação mais acurada do porquê do inadimplemento do devedor.

A regra do tudo ou nada é apreciada sob outra perspectiva. Alie-se a isto o gradativo reconhecimento que a obrigação necessita ser vista em sua plenitude, como um processo em que todas as fases encontram-se interligadas.

Com base nos ensinamentos de Clóvis V. do Couto e Silva, a relação jurídica obrigacional é composta tanto por elementos tidos como principais, com também, por acessórios.

A relação obrigacional pode ser entendida em sentido amplo ou em sentido estrito. *Lato sensu* abrange todos os direitos, inclusive os formativos, pretensões e ações, deveres (principais e secundários dependentes e independentes), obrigações, exceções, e ainda posições jurídicas. *Stricto sensu* dever-se-á defini-la tomando em consideração os elementos que compõem o crédito e o débito[...].

A inovação, que permitiu tratar a relação jurídica como uma totalidade, realmente orgânica, veio do conceito do vínculo como uma ordem de cooperação, formadora de uma unidade que não se esgota na soma dos elementos que a compõem.

Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e

polêmicas. Transformando o *status* em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo.

Se o conjunto não fosse algo de orgânico, diverso dos elementos ou das partes que o formam, o desaparecimento de um desses direitos ou deveres, embora pudesse não modificar o sentido de vínculo, de algum modo alteraria a sua estrutura.¹

Este enfoque da relação jurídica obrigacional traz subjacente a importância nuclear do princípio da boa-fé objetiva e, por via de consequência, demonstra a intervenção do estado-juiz mitigando, positivamente, os conteúdos dos princípios clássicos da autonomia da vontade e da obrigatoriedade.

É na senda do princípio da boa-fé, bem como, no da equivalência material ou justiça contratual, que a hipótese polarizada do adimplemento/inadimplemento rende-se a uma interpretação mais flexível. Entre aqueles dois pólos da relação observa-se a interposição de outros institutos, a exemplo da violação positiva do contrato e do adimplemento substancial do contrato, os quais exigem perquirir objetivamente as causas do inadimplemento do devedor.

Como antes dito, a análise versará sobre o instituto do adimplemento substancial e suas repercussões na relação jurídica obrigacional. Para tanto, exigem-se duas premissas essenciais, as quais serão tratadas separadamente, a saber: a existência de um contrato bilateral e a compreensão da relação jurídica obrigacional como processo, lastreado pelos princípios sociais, acima referidos.

¹ Cf. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 08-9.

3 – A PREMISA DO CONTRATO BILATERAL

Todo contrato bilateral traz insita a cláusula resolutiva, expressa ou tácita, cuja materialização se verifica mediante o inadimplemento de uma das partes. A resolução ocorre por conta da ruptura do sinalagma ou da quebra da base do negócio jurídico. O CC/2002, ao se reportar à extinção do contrato, contempla três hipóteses de resolução: pelo inadimplemento, pela exceção de contrato não cumprido e por onerosidade excessiva.² Em consonância com as premissas acima indicadas, valer-nos-emos apenas da primeira e da última hipótese respectivamente.

A resolução do contrato nem sempre se apresenta como a solução mais adequada, justa e desejada pelas partes. Com base nisto é que há uma preocupação crescente da doutrina e da jurisprudência de minorar aquele efeito drástico, aplicando, para tanto, outros institutos capazes de driblá-lo.

O instituto do adimplemento substancial vem a calhar nesse desiderato, pois além de evitar a resolução e seus efeitos, confere ao credor a garantia da satisfação do seu interesse.

A fim de evitar subjetivismo, ao contrário atribuir objetivismo, na aplicação do adimplemento substancial o parâmetro, comumente utilizado, é o do inadimplemento fundamental. Quer dizer, de acordo com este critério é mister apreciar se o inadimplemento é ou não fundamental. Dessarte, entre o adimplemento e o inadimplemento há de se verificar a existência ou não de um inadimplemento fundamental. Por conseguinte, a aplicação do instituto do adimplemento substancial tem por escopo aferir se o inadimplemento é ou não fundamental. Mas em que consiste um inadimplemento fundamental?

² CC/2002 – arts. 474 a 480.

A propósito, vejamos as contribuições de Anelise Becker:

O inadimplemento é fundamental quando o essencial da prestação não foi cumprido, pelo que não foram atendidos os interesses do credor, facultando-se-lhe a resolução do negócio. Neste caso, esta é legítima porque ele se estará protegendo da possibilidade de adimplindo integralmente, ver-se privado da contraprestação, o que comprometeria a economia do contrato e ensejaria o enriquecimento ilícito do devedor inadimplente.³

Ainda sobre a caracterização do inadimplemento fundamental, ressaltam-se as colaborações de Vera Maria Jacob de Fradera.

Para que se tenha uma compreensão exata do conceito de inadimplemento fundamental, é preciso examiná-lo vinculado a duas outras expressões, quais sejam: prejuízo substancial e imprevisibilidade, critérios utilizados quando se aplica o mencionado conceito.[...]

Ocorrendo inadimplemento, ele será fundamental se disser respeito a uma obrigação fundamental do contrato, e acarretar ao prejudicado, seja ele o comprador ou o vendedor, um prejuízo substancial[...]

A caracterização de um dano como substancial ou não, dependerá do juiz e da interpretação do caso

³ Cf. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Porto Alegre*, 9(1): 60-77, p. 61, nov. 1993.

concreto, mas ligado às expectativas da parte prejudicada, levando em consideração não os sentimentos da parte, sim os termos do contrato.⁴

A autora, para fundamentar sua opinião, se vale da Convenção de Viena na lei internacional sobre vendas, que estabelece:

Art. 25 - A quebra do contrato para uma das partes é fundamental se dela resulta um prejuízo para a outra parte a ponto de privá-la daquilo que podia esperar do contrato, a menos que a parte inadimplente não pudesse prever, e uma pessoa razoável, da mesma espécie e nas mesmas circunstâncias, não tivesse podido prever tal resultado.

Ainda sobre o tema, vejamos as considerações de Orlando Gomes:

A resolução é como um remédio concedido à parte prejudicada com o inadimplemento para romper o vínculo contratual. [...] A resolução por inadimplemento é própria dos contratos sinalagmáticos; só se justifica quando o não cumprimento tem importância considerável.⁵

⁴ Cf. O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas, da Convenção de Viena de 1980. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n.09. Disponível em: < www.puc_rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online >.

⁵ GOMES, Orlando. *Contratos*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 171

Como se infere, só mediante a ocorrência do inadimplemento fundamental é que se rende ensejo ao direito de resolução. Sem sombra de dúvidas, o inadimplemento fundamental diz respeito a um conceito aberto, dotado de vagueza semântica que exige do intérprete um trabalho hermenêutico, de modo, a ponderar / balancear os interesses no caso concreto.

Consoante os novos paradigmas do direito das obrigações, a resolução só deve ser aplicada quando restar configurado o inadimplemento fundamental; do contrário, a manutenção da cláusula resolutiva além de demonstrar apego à teoria clássica do inadimplemento é colidente com a orientação principiológica da boa-fé objetiva e do equilíbrio material. Dimensões que já integram a segunda premissa, alhures mencionada, do adimplemento substancial.

4 – A DIMENSÃO PRINCIPIOLÓGICA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Os efeitos oriundos da resolução dos contratos, em grande medida, colidem com a aplicação dos princípios da boa-fé objetiva e da equivalência material. Na maioria das vezes, a resolução não traz uma decisão justa às partes envolvidas, daí a incompatibilidade com a aplicação dos princípios. Estes encerram mandatos de otimização e como tal perquirem que algo seja realizado na maior medida possível.⁶ Nestes termos, as soluções lastreadas nos princípios sociais contêm padrões ético-jurídicos, conseqüentemente, os efeitos do inadimplemento são atenuados e em contrapartida é fortalecida a tese da relação pautada na coordenação dos interesses das partes.

A tese do adimplemento substancial encontra fundamento nessa perquirição de linearidade da relação obrigacional.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86.

A teoria clássica do inadimplemento precisa ser contextualizada e amoldada aos influxos principiológicos, de sorte a considerar todos as vertentes (principais e acessórias) que compoñham a relação obrigacional, visando alcançar uma interpretação justa e equilibrada às partes.

Após todas as considerações, resta evidenciado que a tese do adimplemento substancial se contrapõe ao chamado inadimplemento fundamental. Digamos que ela está a meio caminho do adimplemento e do inadimplemento. Se de um lado, não houve o cumprimento conforme o esperado, por outro, não se pode desconsiderar, por completo, o que foi feito em favor de uma das partes.

Depreende-se que a tese do adimplemento substancial tem um cariz extremamente prático e serve de instrumental para coibir abusos, a exemplo da extinção que nem sempre é o destino querido pelas partes, pois, em regra, o interesse consiste na manutenção do contrato, desde que pautado em bases equilibrada e justa.

Começou-se a cogitar, então, da gravidade do incumprimento para efeitos de outorga da resolução, como forma de proteger a contraparte. E a noção de adimplemento substancial surgiu da inversão do ponto de vista do julgador que, de apreciar a gravidade a partir da inexecução, passou a considerar a execução, a fim de determinar se ela satisfazia em substância a totalidade das obrigações estipuladas, apesar de sua imperfeição.⁷

Seguindo essa linha de raciocínio, temos que o adimplemento substancial revela-se quando o essencial da

⁷ Anelise Becker. *Op. cit.*, p. 63.

prestação foi cumprido, apesar da falta de exatidão no adimplemento.

A propósito, têm-se algumas contribuições doutrinárias sobre o tema.

O adimplemento substancial é um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução.[...]

Não se permite a resolução, com a perda do que foi realizado pelo devedor, mas atribui-se um direito de indenização ao credor.⁸

No adimplemento substancial o essencial da prestação foi cumprido, sendo substancialmente satisfeito o interesse do credor que, ao pedir a resolução em virtude de incumprimento que não interfere no proveito que tira da prestação, não exerce interesse considerado digno de tutela jurídica para o drástico efeito resolutório.⁹

Por fim, a colaboração de Anelise Becker.

É possível concluir que se fazem necessárias três circunstâncias para que determinado adimplemento possa ser considerado como substancial. A primeira delas é a proximidade entre o efetivamente realizado e aquilo que estava previsto no contrato. A segunda,

⁸ SILVA, Clóvis V. do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 45 e 55.

⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, Tomo 1, p. 112.

é que a prestação imperfeita satisfaça os interesses do credor. A terceira (questionável se considerar-se o adimplemento substancial apenas sob uma ótica objetivista) refere-se ao esforço, diligência do devedor em adimplir integralmente.¹⁰

Fica evidenciado que a aplicação do adimplemento substancial requer do julgador a apreciação do caso concreto levando em consideração alguns parâmetros tidos por imprescindíveis, são eles: a insignificância do inadimplemento, a satisfação do interesse do credor e a diligência por parte do devedor. Quer dizer, a verificação do inadimplemento deve ser observado em consonância com os princípios da boa-fé objetiva e da equivalência material.

5 – O INSTITUTO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NAS LEGISLAÇÕES CIVIL E CONSUMERISTA

No plano legal, em nenhum dos dois diplomas há qualquer referência expressa ao instituto do adimplemento substancial. Pelo contrário, o que se verifica, principalmente, no CC/2002, é a manutenção da condição resolutiva em decorrência do inadimplemento.¹¹

A outra hipótese de resolução decorrente da quebra da base do negócio jurídico em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis é uma inovação, mas sem perder

¹⁰ Op. cit., p. 63.

¹¹ CC/2002 arts. 475, 478 e 479.

De qualquer maneira, a alternativa prevista importa numa forma de atenuar a resolução. A crítica recai na ordem como foi tratada. Quer dizer, a codificação civil passa a impressão que a resolução deve ser a primeira opção e a modificação a segunda. Enquanto a ordem correta é a inversa, a exemplo do CDC (art.6º,V)

de vista os dois elementos norteadores da teoria da imprevisão. Neste aspecto o CDC é mais arejado que o CC/2002, pois basta a ocorrência de fatos supervenientes para ensejar a modificação ou a revisão das cláusulas contratuais.

Ressalte-se que as codificações civil e consumerista detêm natureza principiológica, o que favorece a harmonização entre os dois diplomas, pois possuem base legal comum na Constituição.

6 – O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL SOB O ENFOQUE JURISPRUDENCIAL.

SEGURO - INADIMPLEMENTO DA SEGURADA - FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO - ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL - RESOLUÇÃO - A Companhia Seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido. REL. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado: 11-12-1995 REsp 0076362/95-MT 4ª Turma - DJU-01.04.1996 pág. 09917 Acórdão Número: 25285 Processo: 0274773-9 Apelação (Cv) Cível Ano: 1999 -Comarca: Belo Horizonte/Siscor

Origem: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível Relator: Juiz Antônio Carlos Cruvinel Data Julgamento: 04/03/1999 Decisão: Unânime

EMENTA: CONTRATO DE SEGURO - PARCELAS DO PRÊMIO EM ATRASO - CLÁUSULA QUE AUTORIZA A SEGURADORA A RECUSAR O PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO PREVISTA NA APÓLICE E PLEITEADA PELO SEGURADO - NULIDADE DA CLÁUSULA - ART. 1.450 DO C. CIVIL E ART. 51, CAPUT E § 1º DO CDC. O atraso no pagamento de parcelas do prêmio autoriza o segurador a cobrá-las com juros da mora, conforme dispõe o art. 1450 do C. Civil. Não faculta, porém, a unilateral rescisão do contrato ou a suspensão de sua eficácia, pelo segurador, quanto ao direito do segurado ao ressarcimento garantido pela apólice. É nula de pleno direito a cláusula que, por falta de pagamento de parcelas do prêmio, autoriza a rescisão unilateral do contrato ou a suspensão da sua eficácia quanto ao direito do segurado ao ressarcimento previsto na apólice. Tal cláusula é abusiva, visto que deixa o segurado em desvantagem exagerada e rompe, assim, o equilíbrio contratual em benefício da seguradora (CDC, art. 51, caput, e § 1º, inciso II). Decisão: NEGAR PROVIMENTO.

Acórdão Número: 22532 -Processo: 0271573-7 Apelação (Cv) Cível -Ano: 1999 Comarca: Alfena -Origem: Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais -Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível -

Relator: Juiz Duarte de Paula. Data Julgamento: 10/02/1999 -Dados Publicados: RJTAMG 74/244 Decisão: Unânime

Ementá: SEGURO - INADIMPLENTO - MORTE DO SEGURADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - CONTRATO DE ADESÃO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - É DEVIDA A INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SINISTRO, MESMO NO CASO DE ESTAR O SEGURADO EM ATRASO COM A PRESTAÇÃO DO PRÊMIO, POIS SEGUNDO PREVISÃO LEGAL DA MATÉRIA CABE APENAS O PAGAMENTO DE ENCARGOS DECORRENTES DA MORA E NÃO A RESOLUÇÃO CONTRATUAL PELO INADIMPLENTO DO SEGURADO. INTERPRETAM-SE RESTRITIVAMENTE EM RELAÇÃO À COMPANHIA SEGURADORA, E BENEFICAMENTE AO SEGURADO, AS CLÁUSULAS CONSTANTES DE CONTRATO DE ADESÃO, MORMENTE PORQUE NO MOMENTO DA CELEBRAÇÃO A PARTE ADERENTE É A MAIS FRACA E NÃO DISPÕE, MUITAS VEZES, DE INTELECÇÃO SUFICIENTE PARA COMPREENDER O SENTIDO E AS CONSEQÜÊNCIAS DA ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL. Publicação: Fonte: RJTAMG - Nº: 74 - PG: 244 - Ano: 1999 Decisão: NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO RETIDO E À APELAÇÃO.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. OUTORGA DE ESCRITURA. PAGAMENTO

DO PREÇO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL DO CONTRATO - Tendo a parte demandante, quando do ajuizamento da ação, cumprido com a sua obrigação próxima do resultado final, ao que, por derradeiro, acabou *in totum* adimplido no tramitar da ação, impõem-se, na justa solução do caso em concreto, o acolhimento da pretensão. Apelo provido. (Apelação Cível nº 70003498169 - 19ª Câmara Cível - Tramandaí - Rel. Des. Gunther Spode - Julgada em 07-04-02)

Após a apreciação de todos os acórdãos, chama-se atenção para o fato de não ter havido, por parte dos julgadores, nenhuma cisão entre os contratos civis e de consumo, em particular para a aplicação dos princípios sociais. Alie-se ainda o fato que alguns julgados são anteriores ao Novo Código Civil, demonstrando o papel transformador da jurisprudência.

Paulo Lôbo também chama atenção para esse fenômeno de aproximação entre as legislações civil e consumeirista. A respeito disto vejam-se as considerações do autor:

Os princípios sociais adotados aproximam, muito mais do que se imaginava, os dois códigos. A tendência, portanto, é o desaparecimento progressivo da distinção dos regimes jurídicos dos contratos comuns e dos contratos de consumo, ao menos no que concerne a seus princípios e fundamentos básicos.¹²

¹² Cf. princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. Revista de Direito do Consumidor, n. 42, abr./jun. 2002, p. 190.

7 - CONCLUSÕES

A aplicação do instituto do adimplemento substancial enseja uma interpretação diferenciada da relação jurídica obrigacional, em particular em sede de inadimplemento. A situação polarizada entre o adimplemento e o inadimplemento sofre limitações positivas de conteúdo com a incidência dos princípios sociais da boa-fé objetiva e da equivalência material.

O efeito da condição resolutiva, por ocasião do inadimplemento da obrigação, não condiz com o cariz principiológico que hodiernamente norteia as relações contratuais, pois em grande medida, não traz a justeza e nem sempre é o destino querido pelas partes.

A relação jurídica obrigacional deve ser compreendida na dimensão de uma relação de coordenação de interesses. Dessarte, o inadimplemento da parte precisa ser perquirido objetivamente a fim de evitar abusos, pois a resolução afasta a possibilidade de manutenção do contrato e, por conseguinte, da incidência dos princípios sociais.

Assim, é mister uma revisitação aos paradigmas clássicos da teoria do inadimplemento, de sorte a permitir uma compreensão contextualizada e amoldada aos influxos principiológicos, de maneira a garantir uma interpretação justa e equilibrada da relação. Desse modo, enfatiza-se que a resolução somente é cabível na hipótese de inadimplemento fundamental, pois do contrário, deve-se aplicar a tese do adimplemento substancial e assegurar a interpretação com base nos princípios da boa-fé objetiva e da equivalência material.

Ressalta-se, por fim, a relevante contribuição da jurisprudência nesse papel transformador do Direito, mediante o compromisso de interpretação da legislação civil com base na Constituição e nos princípios.

O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

Hailton Gonçalves da Silva

Juiz de Direito do Estado de Pernambuco e Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Potiguar em convênio com o Centro de Ensino, Consultoria e Pesquisa.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO. 2.1 - A Origem da Previsão. 2.2 - A Localização Topográfica do Dispositivo. 2.3 - Incontrovérsia e Antecipação. 2.4 - Hipóteses de Aplicação e Momento Procedimental. 2.5 - Tipo de Decisão e Coisa Julgada. 2.6 - Efetivação e Recurso. 3 - CONCLUSÃO. 4 - REFERÊNCIAS

1 - INTRODUÇÃO

O julgamento antecipado da parte incontroversa é assunto bastante palpitante, tendo em vista envolver diversas outras questões jurídicas, inclusive, questões que afetam fortemente o social, como a efetividade do processo.

Um Judiciário burocrático e excessivamente litúrgico dificulta sobremodo a efetividade do processo.

Costuma-se afirmar que o Judiciário é uma das instituições mais conservadoras e lentas no que diz respeito a mudanças, todavia, os diversos ramos da ciência jurídica vêm passando por mudanças e tais mudanças têm afetado o Poder Judiciário e todos os profissionais do direito.

Estamos vivendo numa época em que se objetiva a manutenção da convivência social, a paz pública. Em que se busca a revalorização do ser humano. Em que se almeja, também, qualidade de vida.

Há certa evolução na comunicação por conta, inclusive, de uma supervalorização da informação.

Ou seja, os valores estão mudando. Aliás, em filosofia se diz que valor diz respeito à não indiferença do ser, ao dever ser. Ora, as necessidades estão mudando.

Desta forma, não se pode perder de vista a necessidade que o Direito Processual, através da produção de novas legislações, seja dotado de mecanismos para facilitar a tramitação processual no tocante a tempo utilizado e qualidade, custo e benefício.

Ainda, recentemente, a AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros apresentou ao Congresso Nacional propostas de mudanças na legislação infraconstitucional com o objetivo de agilizar a prestação jurisdicional, na esperança de que a "Reforma do Judiciário" não seja apenas cosmética, mas efetiva.

O processo deve promover a pacificação social, ou seja, a justiça e a paz precisam se beijar, na expressão de certo cancionista veterotestamentário,¹ e para tal desiderato será preciso não se abrir mão da luta pela efetividade processual.

Pois bem, é inegável que com a recente reforma do Código de Processo Civil, proporcionada pela Lei nº 10.444/2002, avançou-se um pouco mais no que diz respeito à tutela antecipatória, pois esta passou a não ser apenas fruto de uma cognição sumária; podendo o juiz utilizar, desde então, a cognição exauriente ao analisar a incontrovérsia porventura existente em pedido ou parcela de pedido da demanda, ex vi do § 6º, do art. 273.

¹ Salmo dos filhos de Core. Bíblia Sagrada: Sl 85.10.

Nesta linha de raciocínio, coloca-se a seguinte questão: é concebível a parte ficar esperando ver realizado o seu direito quando este não dependa mais de demonstração em juízo, em nome do dogma processual da unidade do julgamento? Continuar permitindo tal situação significaria penalizar a parte duas vezes: pelo indesejado do bem de vida e pela longa espera até que conseguisse o provimento final.

Com a técnica de julgamento parcial do mérito, deu-se um grande passo para se romper com o dogma da unidade do julgamento, facilitando, assim, a prestação jurisdicional quanto à celeridade, eficácia e efetividade, cujo tempo razoável do processo está hoje erigido à categoria de direito fundamental pela Emenda Constitucional nº 45.

2 - O JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO

2.1 - A Origem da Previsão

Estatui o Pergaminho Processual Civil (art. 273, § 6º):
"A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso".

O dispositivo em comento tem sua inspiração no livro *Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução imediata da sentença*, publicado pela Editora Revista dos Tribunais, da lavra do professor da Universidade do Paraná Luiz Guilherme Marinoni, que foi influenciado, por sua vez, pelo direito italiano.

Urge lembrar o que já ensinava o referido mestre (MARINONI, 2000b, p. 142):

Antes da introdução da tutela antecipatória no Código de Processo Civil não era possível a cisão

do julgamento dos pedidos cumulados, ou o julgamento antecipado de parcela do pedido, prevalecendo o princípio chiovendiano "della unità della decisione".

Este princípio, elaborado há muito, não se concilia com a atual leitura de outros princípios igualmente formulados por Chiovenda, especialmente com o princípio de que o processo não pode prejudicar o autor que tem razão.

Se um dos pedidos apresentados pelo autor está maduro para o julgamento, seja porque diz respeito apenas a matéria de direito, seja porque independe de instrução dilatatória, a necessidade, cada vez mais premente, de uma prestação jurisdicional célere e efetiva justifica a quebra do velho princípio da "unità e unicITÀ della decisione".

A tutela antecipatória, neste caso, estará antecipando o momento do julgamento do pedido. A tutela não é fundada em cognição sumária, mas sim em cognição exauriente, produzindo coisa julgada material. Não se trata, obviamente, de condenação parcial ou de coisa julgada parcial, conceitos que vêm sendo elaborados pela doutrina italiana mais moderna a partir de idéias hauridas em Carnelutti, mas que dizem respeito a outras situações, como a da *condanna generica*.

Note-se que, se é possível a tutela antecipatória, com base em probabilidade, do direito postulado pelo autor (por exemplo, tutela antecipatória fundada na técnica monitoria), não há explicação razoável para não se admitir a realização imediata de um dos direitos postulados pelo autor no caso em que ele não é mais controvertido.

Como se observa, o legislador bebeu exatamente da boa fonte ora descrita.

Rogéria Dotti Doria, por seu turno, também tem uma obra intitulada *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*, em que aborda o assunto, não obstante ter sido editada antes da Lei nº 10.444/2002.

2.2 – A Localização Topográfica do Dispositivo

A técnica do julgamento antecipado da parte incontroversa está mais para a modalidade de "julgamento conforme o estado do processo" (arts. 329 a 331 do CPC), como observa Didier Jr. (2003a, p. 236).

Forçoso é concordar com o referido autor, pois essa teria sido a melhor localização topográfica para o dispositivo em apreço.

Imaginando a localização do julgamento da parte incontroversa no capítulo atinente ao "julgamento conforme o estado do processo", ele traça o seguinte roteiro (DIDIER JR, 2003a, p. 236/237):

Após cumpridas as providências preliminares (arts. 323 a 327), ou não havendo necessidade delas, o magistrado examinará o processo para que tome uma dessas decisões: a) extingue-o sem julgamento do mérito (art. 267, c/c o art. 329 do CPC); b) extingue-o com a resolução do mérito, em razão de autocomposição total (art. 269, II, III e V, c/c o art. 329 do CPC); c) extingue-o com julgamento do mérito pela verificação da ocorrência da decadência ou prescrição (art. 269, IV, c/c o art. 329 do CPC); d) julga antecipadamente a causa (art. 330 do CPC); e) resolve parcialmente o mérito, seja em razão de autocomposição parcial, seja

porque é possível o julgamento antecipado parcial (art. 273, § 6º); f) marca audiência preliminar de conciliação (art. 331 do CPC); g) não sendo o caso de audiência preliminar, determina imediatamente a realização da audiência de instrução e julgamento, proferindo o chamado "despacho saneador", ordenando o processo para a fase probatória (art. 331, § 2º, do CPC).

Deve-se ter em mente, contudo, que o dispositivo relativamente ao julgamento da parte incontroversa está localizado no artigo concernente à antecipação dos efeitos da tutela, e como tal deve ser tratado, dependendo, inclusive, para sua realização, que haja pedido da parte, provocação esta desnecessária quando se trata de julgamento antecipado da lide, por exemplo. Ou seja, nessa linha de raciocínio, o legislador criou nova modalidade de tutela antecipada, cujo rol antes se restringia às hipóteses previstas no art. 273, I e II.

2.3 – Incontrovérsia e Antecipação

Os elementos da ação, que Leonardo José Carneiro da Cunha prefere chamar *elementos da demanda*, por entender que "a ação consiste nesse direito ou poder de provocar o provimento jurisdicional, a demanda exsurge como o ato por meio do qual o provimento é pleiteado" (2003, p. 110), são: as partes, a causa de pedir e o pedido.

Tais elementos são de conhecimento basilar do direito, todavia, vê-se necessário traçar algumas considerações aqui a respeito do *petitum*.

O pedido do autor é chamado de objeto da ação (SANTOS, 1999, p. 163), constituindo o mérito ou a pretensão.

O pedido é formulado pela parte autora ou demandante, em decorrência do princípio da demanda (CPC, arts. 2º e 262), quanto a um bem de vida pretendido.

O pedido é imediato e mediato.

O pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada quanto a uma declaração, (des)constituição, condenação, ou mesmo, uma providência executiva, cautelar, mandamental ou preventiva.

O pedido mediato diz respeito ao bem que a parte autora quer alcançar, seja material ou imaterial. É o que se pretende efetivamente ganhar no final da demanda.

Por que falar desses conceitos introdutórios e até propedêuticos? A fim de se pensar a respeito da cumulação de pedidos e do pedido decomponível.

Mais uma vez, convém mencionar Cunha (2003, p. 112) que, com base em José Carlos Barbosa Moreira e José Rogério Cruz e Tucci, sintetizou muito bem a matéria:

Do mesmo modo, havendo *mais de um* pedido imediato e/ou *mais de um* pedido mediato, exsurgir igualmente uma *cumulação objetiva* de demandas. [...].

Quanto à *cumulação objetiva*, poderá ser superveniente ou na hipótese de ser intentada ação declaratória incidental, oposição, reconvenção ou no caso de ser formulado um pedido contraposto na contestação, tal como ocorre nas chamadas ações dúplices. Em tais hipóteses, haverá *mais de uma* demanda num único processo.

Ainda no que respeita à *cumulação objetiva*, poderá ser *simples*, quando o acolhimento de um pedido não depende do acolhimento ou da rejeição do outro, ou ser *sucessiva*, caso em que o acolhimento

de um pedido depende do acolhimento do outro, a exemplo do que ocorre com a investigação de paternidade e a petição de herança. Não é ocioso lembrar haver casos de cumulação objetiva em que o autor formula dois ou mais pedidos, para obter apenas um deles. É o que sucede nas hipóteses de cumulação *alternativa* (CPC, art. 288) e de cumulação *eventual* (CPC, art. 289).

As hipóteses de cumulação *simples* e de cumulação *sucessiva* são denominadas de casos de *cumulação própria*, justamente porque, nelas, o que se pretende é o acolhimento conjunto de *mais de um* pedido, ao passo que as hipóteses de cumulação *alternativa* e de cumulação *eventual* são chamadas de casos de *cumulação imprópria*, exatamente porque, nelas, o que se postula é apenas o acolhimento de *um* dos pedidos formulados.

Feitas tais observações e pela dicção do § 6º do art. 273 do CPC, a conclusão é que se aplicará este dispositivo apenas aos casos de *cumulação própria*, porque neles se objetiva o acolhimento conjunto de mais de um pedido na demanda. Todavia, será possível, também, nos casos em que o objeto da demanda seja decomponível, ou seja, muito embora haja um só pedido, seja possível a separação dos elementos constitutivos do mesmo.

Superada a questão, permite-se mencionar o outro lado da moeda, a contestação.

O ordenamento pátrio, salvo exceções legalmente previstas, proíbe a contestação genérica. Vejamos:

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

- I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;
- II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;
- III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

É o princípio da eventualidade, cabendo ao réu contestar especificamente, na oportunidade legal, todos os fatos alegados pela parte autora, sob pena de serem tidos por verdadeiros.

As exceções estão descritas nos incisos, não carecendo de maiores comentários, enquanto o parágrafo único do mesmo dispositivo excepciona, também, da presunção de veracidade, o advogado dativo, o curador especial e o órgão do Ministério Público, caso não contestem especificamente todos os pedidos formulados.

É para se concordar com DORIA (2000, p. 70), para quem,

O ônus da impugnação específica justifica-se na medida em que as partes devem colaborar com a prestação da tutela jurisdicional. Contestando precisamente todos os fatos alegados pelo autor - ou deixando de apresentar contestação em relação a alguns deles - o réu auxilia o magistrado a fixar os limites da controvérsia. Ao órgão julgador fica muito mais fácil a apreciação da causa a partir do momento em que se delimita exatamente a lide.

Por outro lado, a precisa fixação do objeto da controvérsia é fundamental para uma maior agilização do processo. A inexistência de discussão entre as partes a respeito de um fato ou de uma parte do pedido pode (e deve) levar à antecipação da tutela. Não há motivo para que o autor tenha de aguardar o fim do

processo para obter a satisfação de um direito já reconhecido pelo réu, por exemplo.

Urge observar, outrossim, que a contestação com respostas evasivas não torna os fatos controvertidos, e ainda pode ser considerada como deslealdade processual por estar gerando prejuízo à celeridade processual e ao direito do autor.

Por outro lado, na nossa legislação de ritos, a confissão, a revelia e a não contestação, em relação a direitos indisponíveis, não produzem resultados desfavoráveis ao demandado.

Feitas estas observações, se a parte ré, ao contestar a petição inicial, silenciar quanto a algum ponto ou pedido, tal pedido ou ponto passará a ser incontroverso; mas se contestar especificamente determinado ponto, este passará a ostentar o status de questão, ou seja, passará a ser um ponto controvertido, devendo ser instruído e julgado após a instrução probatória.

Ademais, se não houver contestação, acontecerá a revelia e, conseqüentemente, incontrovérsia acerca de todos os fatos narrados pela parte autora na exordial.

Assim, só não haverá incontrovérsia nos casos ora citados, nas hipóteses pictoricamente estampadas nas molduras dos arts. 302 e 320 do Código Adjetivo.

À evidência, a confissão quanto a um ou mais fatos também levará à desnecessidade de produção de provas quanto aos fatos confessados, nos termos do art. 334, II, do Código de Processo Civil.

Ora, a incontrovérsia gera no magistrado um juízo de certeza. E esta certeza é muito mais que um juízo de cognição sumária, como nos casos da antecipação dos efeitos da tutela relativamente aos incisos I e II, do art. 273.

Aqui reside uma diferença entre a antecipação prevista no § 6º do art. 273 com a antecipação prevista nos incisos I e II do mesmo artigo. Enquanto o julgamento antecipado da

parte incontroversa produz coisa julgada material, tendo em vista ser de cognição exauriente, a antecipação dos efeitos da tutela, de cognição sumária, pode ser revogada a qualquer tempo antes da sentença.

Didier Jr. (2003a, p. 237) faz uma observação interessante a respeito da incontrovérsia:

A controvérsia das partes pode dar-se no plano do direito e/ou no plano dos fatos, o que também acontece, por suposto, com a incontrovérsia. A incontrovérsia ora examinada não é aquela a que se refere o art. 334, III, do CPC, que diz respeito apenas aos fatos e tem por efeito jurídico a dispensa da prova. Trata-se, aqui, de incontrovérsia quanto ao objeto do processo - conseqüências jurídicas desejadas pelo demandante [...].

Em função do dito, pergunta-se: que tutela antecipada é esta prevista no art. 273, § 6º?

Certamente não se trata de julgamento antecipado da lide (art. 330), pois tal instituto é utilizado, conforme já visto, para resolver toda a questão vexametosa posta em juízo através da petição inicial, e não parte da demanda, já que o nosso sistema não permite, em casos assim, a existência de duas sentenças.

Na verdade, enquanto a localização do § 6º for no art. 273 do *Codex Processual Civil*, não obstante as opiniões contrárias, pela semelhança que tem com o julgamento antecipado da lide, e até mesmo, pelos exemplos práticos que se tem sobre o fracionamento do julgamento em nossos *Fóruns*, a novidade continuará sendo outra modalidade de antecipação dos efeitos da tutela.

2.4 – Hipóteses de Aplicação e Momento Procedimental

A antecipação dos efeitos da tutela prevista no § 6º, do art. 273, do Código de Processo Civil, conforme já mencionado alhures, não é baseada em juízo de probabilidade, ou seja, não exige a verossimilhança através de prova inequívoca, como nas hipóteses descritas nos incisos I e II, do art. 273. Aqui, o magistrado analisará mais que uma verossimilhança, o seu juízo estará alicerçado num exame de certeza.

Tampouco, para a aplicação do dispositivo não haverá necessidade de se perquirir a respeito de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, nem de risco de irreversibilidade.

Para a aplicação, também, não é necessária a presença de manifesto propósito protelatório do demandado.

O que será preciso para a aplicação do julgamento antecipado parcial do mérito?

Eis a resposta, extraída de outro texto de Didier Jr. (2003b, p. 73):

Os únicos requisitos para sua aplicação são: a) a incontrovérsia de um pedido formulado, ou de parcela dele; b) a desnecessidade de realização de prova em audiência para determinado pedido, ou parcela dele.

Deve-se acrescentar a estes requisitos, outro, a necessidade de haver um requerimento expresso por parte do interessado no provimento antecipatório.

Marinoni (2002) relaciona algumas hipóteses de aplicação do julgamento antecipado parcial do mérito:

a) quando não houver contestação e quando houver reconhecimento jurídico (parcial) do pedido.

Pela disciplina do art. 319 do CPC, salvo as hipóteses do art. 320, se o réu não contestar a demanda, os fatos

articulados pelo autor serão tidos por verdadeiros. Tal presunção, no entanto, é relativa, sob pena da revelia se tornar um mecanismo de prejuízo processual.

Nem sempre com a revelia o réu estará admitindo os fatos afirmados pela parte autora. Caberá ao juiz analisar. Pode ser o caso de haver cumulação de pedidos, em que um ou mais destes pedidos estejam acobertados pela exceção do art. 320 ou então, que não obstante a contumácia, haja necessidade de dilação probatória.

Nada obsta que tendo havido requerimento expresso, o juiz julgue e defira antecipadamente pedido que entender incontroverso na situação ora descrita.

É claro que se os efeitos da revelia atingirem toda a demanda, não será preciso uma decisão antecipatória dos efeitos da tutela quanto à parte incontroversa mas, sim, ao julgamento antecipado da lide.

Todavia, caso o demandado não conteste alguns dos fatos narrados na petição inicial, com base no art. 302 do CPC, será possível, processualmente, que tais fatos sejam tidos como verdadeiros, com julgamento imediato, caso requerido, posto que incontroversos, prosseguindo o processo com a instrução e julgamento da parte contestada.

Este tipo de situação não se confunde com a decisão prevista no art. 269, II, do CPC, porque para esta é necessário que o reconhecimento seja total, a fim de que ocorra a extinção do feito com exame meritório.

É forçoso reafirmar que a não-contestação, nos termos previstos no art. 302, não leva automaticamente à concessão da tutela antecipada, o juiz precisará analisar se tais fatos não contestados conduzem aos efeitos jurídicos afirmados pelo autor. O art. 302, além do *caput*, é formado por três incisos que precisam ser observados.

Com referência à confissão, ela faz prova contra o confitente, assemelhando-se com a não-contestação de

determinado pedido, dispensando o autor de provar o fato e impedindo o juiz de buscar outro convencimento.

b) em parcela do pedido ou de um dos pedidos cumulados.

Estando um dos pedidos cumulados (ou parcela do pedido) pronto para o julgamento, não havendo necessidade da produção de outras provas, não há necessidade de fazer esperar o autor que tenha razão, julga-se, antecipando os efeitos da tutela requerida na peça prefacial.

É o caso citado pela doutrina a respeito do autor que possui provas que acompanham a petição inicial quanto ao registro de certa marca em seu nome, mas que está sendo usada pelo réu em embalagens, mas precisa de prova pericial para demonstrar suas perdas e danos. Nada obsta a decisão antecipada quanto à parte cabalmente demonstrada em juízo.

Ou então, o caso clássico de uma ação de cobrança, em que o réu, citado, admite dever valor inferior ao cobrado pelo autor. Possível será julgar antecipadamente o *quantum* não controvertido, prosseguindo-se o feito com referência à diferença.

No caso, o próprio pedido foi objeto de cisão, o que é perfeitamente possível, quando o objeto do processo puder ser decomposto.

Ao lado dessas hipóteses, Pimenta (2003, p. 162/163), cita mais duas:

a) quando o pedido estiver fundamentado em norma invalidada pelo STF em processo de fiscalização abstrata, ou em Súmula dos Tribunais Superiores;

b) quando o fundamento do pedido for entendimento jurisprudencial reiterado dos Tribunais Superiores.

Com a previsão agora da súmula vinculante, acrescentaríamos outra hipótese, ou seja, pedido com fulcro em decisão sumulada pelo Supremo Tribunal Federal com autoridade vinculante.

No tocante ao momento procedimental para a antecipação descrita no § 6º, do art. 273, não há um momento fixo, tudo dependerá do tipo de demanda e do que aconteça no alveo processual.

Todavia, em regra, não acontecerá antes da contestação, em vista da necessidade de se verificar a incontrovérsia, à semelhança da antecipação de um modo geral, que não deve ser concedida antes da instauração do contraditório (*inaudita altera pars*).

Acreditamos, todavia, que, excepcionalmente, se houver risco em decorrência do decurso do tempo para a resposta do réu, de perecimento do direito do autor, estando determinado pedido já devidamente comprovado nos autos, nada obsta o seu julgamento antecipado.

A questão que se coloca é: será possível a verificação pelo juiz de ponto incontroverso sem que tenha acontecido a contestação? Em nosso modesto entender sim, não obstante ser de difícil ocorrência na prática forense.

Imaginemos que o autor formulou vários pedidos, um dos quais fundamentado em fato notório. Ora, a regra é clara: não há necessidade de sua demonstração, independentemente de prova (art. 334, do CPC).

Dito isto, eis um bom roteiro no que diz respeito ao momento certo para o julgamento antecipado parcial do mérito (PIMENTA, 2003, p.164):

Se a causa comportar julgamento antecipado (CPC, art. 330), a antecipação poderá ser deferida logo após a resposta do réu, na fase das providências preliminares. Se o processo comportar a designação de audiência de conciliação, este será o momento ideal para o juiz proferir o provimento antecipatório, porque neste ato terá a oportunidade de fixar os pontos controvertidos, identificando, pois, se

existe incontrovérsia sobre os fatos alegados, ou sobre o pedido.

Caso a demanda verse sobre direito indisponível, não admitindo a conciliação, o juiz poderá antecipar a tutela na audiência de instrução e julgamento, oportunidade em que os pontos controversos serão delimitados (art. 451).

É possível, ainda, que a incontrovérsia resulte de confissão obtida no depoimento pessoal da parte. Se este fato vier a ocorrer, poderá o juiz antecipar os efeitos da tutela após a realização da audiência de instrução.²

Em se tratando de procedimento sumário, o provimento antecipatório, quando cabível, deverá ser deferido na audiência de conciliação, oportunidade em que o juiz avaliará os pontos controvertidos a serem objeto de instrução em nova audiência (art. 278, § 2º).

E se o magistrado não conceder o julgamento antecipado parcial do mérito requerido pela parte? Esta deverá agravar, podendo o relator conceder o provimento negado pelo juízo de primeiro grau.

2.5 – Tipo de Decisão e Coisa Julgada

DÓRIA (2000, p. 98), citando Kazuo Watanabe, ensina que, no plano vertical, a cognição pode ser superficial, sumária e exauriente.³ Sendo que, apenas no tocante à cognição exauriente, é que se observam os requisitos para a produção de

² Nesta situação, diz o autor, se o processo comportar a produção de prova pericial, que demanda um razoável período de tempo.

³ Ver WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*.

coisa julgada material, pois se analisa a demanda em toda a sua profundidade.

Partindo-se desta premissa de que a lide foi examinada em toda a sua profundidade, não há que se falar em restrição à garantia da ampla defesa.

Todavia, é bastante discutível a produção de coisa julgada material em antecipação dos efeitos da tutela, tanto no Brasil como em outros países.

DIDIER JR. (2003a, p. 238/239), dando uma visão desmistificada do instituto, ensina:

Para que determinado pronunciamento judicial esteja apto a ficar imune pela coisa julgada, terá ele de preencher quatro requisitos: a) provimento há de ser jurisdicional (a coisa julgada é característica exclusiva dessa espécie de ato estatal); b) o provimento há que versar sobre o mérito da causa (objeto litigioso), pouco importa se o mérito tem natureza material (regra) ou processual (rescisória ou embargos à execução, p. ex.), bem como se o provimento é sentença, acórdão ou decisão interlocutória; c) mérito este analisado em cognição exauriente;

d) tenha havido a preclusão máxima (coisa julgada formal), seja pelo esgotamento das vias recursais, seja pelo não-uso delas.

[...].

Não se deve estranhar o fato de uma decisão interlocutória estar lastrada em cognição exauriente, muito menos o fato de estar ela propensa à coisa julgada [...]. Nem a cognição exauriente é característica exclusiva das sentenças, nem apenas elas podem fazer coisa julgada – basta que se exemplifique com a óbvia possibilidade de um

acórdão ou uma decisão monocrática de relator (art. 557 do CPC) fazerem coisa julgada.

Não é outro o entendimento de MARINONI (2000b, p. 147), mesmo antes da reforma de 2002:

a tutela de cognição exauriente, ao contrário da tutela de cognição sumária, tem aptidão para produzir coisa julgada material.

A tutela antecipatória, no caso de julgamento antecipado de um dos pedidos cumulados, antecipa o momento (compreendido este momento como o final do processo) do julgamento do pedido. Antecipa-se o momento do julgamento, mas não se julga com base em probabilidade ou cognição sumária. O juiz somente pode julgar antecipadamente um dos pedidos cumulados quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova além da documental.

Sendo de cognição exauriente, não há que se falar, tampouco, na possibilidade do juiz a qualquer tempo revogar a decisão, como acontece na antecipatória com fulcro nos incisos I e II do art. 273, *ex vi* do § 4º.

No que concerne, portanto, ao tipo de decisão, trata-se de decisão interlocutória, até mesmo pela localização do § 6º, mas mesmo assim, não deixa de ser um bom começo para se quebrar o dogma da unidade da decisão no Brasil.

2.6 – Efetivação e Recurso

A efetivação/execução em relação a decisões fulcradas no § 6º do art. 273 acontecerá da mesma forma que nas

decisões antecipatórias esteadas nos incisos I e II do mesmo artigo.

Neste particular, convém atentar para os ensinamentos de CUNHA (2003, p. 125/126):

Enquanto impugnada por agravo, a decisão, embora fundada em cognição exauriente, não será, ainda, definitiva. Logo, a execução encetada pela parte beneficiada com a decisão será provisória. Não havendo recurso, não sendo este cabível ou esgotados todos os recursos possíveis, sobrevirá o trânsito em julgado, com a produção dos efeitos da coisa julgada material. A partir daí, a execução proposta será definitiva, e não mais provisória, não se aplicando as restrições do art. 588, II, do CPC, de sorte que passa a ser possível o levantamento de direito ou a transferência de domínio, independentemente do oferecimento de caução idônea. Na verdade, instaura-se uma execução sem título permitida. É que o processo de execução depende de um título executivo, em razão do princípio da *nulla executio sine titulo*. Acontece que a decisão fundada no § 6º do art. 273 do CPC, embora resolva parcialmente o mérito, não pode ser identificada como uma sentença, mas sim como uma decisão interlocutória, não se inserindo, portanto, no elenco dos títulos executivos previstos nos arts. 584 e 585 do CPC. Então, em contraste ao princípio da *nulla executio sine titulo* surge um novo princípio chamado de *princípio da execução sem título permitida*, viabilizando o ajuizamento da ação de execução sem lastro num título taxativamente previsto, em *números clausus*, na lei processual [...].

Um exemplo clássico de execução fundada em decisão interlocutória é a execução de alimentos provisórios.⁴

Na prática, sugere-se (DIDIER JR. 2003a, p. 242):

Deve ser extraída uma "carta de decisão", autuando-a em apartado, à semelhança do que ocorre com a execução incompleta (arts. 589 e 590 do CPC), cujo regramento deve ser aplicado por analogia.

Confirmando o dito, a aplicação do § 6º acontecerá na primeira instância através de decisão interlocutória (art. 162, § 2º, do CPC). Logo, o recurso cabível será o agravo.

Há entendimento, com base nos artigos 523, § 4º e 527, II, do CPC, que é necessário que o recorrente demonstre urgência para se valer do agravo de instrumento. Em assim sendo, caso o julgamento antecipado parcial do mérito aconteça em decorrência de autocomposição, ficará difícil para a parte recorrer, pois existe fato extintivo do direito de recorrer (DIDIER JR. 2003a, p. 239).

Nas causas de competência originária ou remessa necessária, caso o relator conceda ou não conceda o provimento parcial do mérito, o recurso cabível será dirigido ao colegiado a que o mesmo pertença, competente para julgar a causa.

PIMENTA (2003, p. 166) faz uma observação interessante:

A antecipação de tutela na hipótese em epígrafe pode subsistir mesmo após a extinção do processo. Tudo vai depender do motivo do término do processo. Se a causa da extinção atingir as condições da ação, ou os pressupostos processuais, o provimento anteci-

⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: RT, 2002. Recomenda-se a leitura deste livro.

patório será extinto com a sentença. Ninguém pode, por exemplo, continuar a desfrutar de um direito reconhecido em provimento antecipatório se vier a ser reconhecido como parte ilegítima. Idêntico entendimento se aplica às demais causas de extinção previstas no art. 267.

Do outro lado, quando a pretensão for julgada improcedente, nada impedirá que o provimento antecipatório continue a produzir efeitos, porque o julgamento atingirá a parte do pedido que não tiver sido objeto da antecipação.

Por seu turno, MARINONI (2003, p. 227) admite que a tutela antecipatória do art. 273, § 6º, do CPC, possa ser revogada por ocasião da sentença, permitindo que se creia pensar assim em decorrência da opção da política legislativa em querer negar a produção de coisa julgada material para decisão antecipatória, embora fundada em cognição exauriente.

São afirmações que precisam de uma maior clareza.

Caberá à jurisprudência pacificar alguns entendimentos, ainda controvertidos sobre o § 6º do art. 273 do Código de Processo Civil, na medida em que o dispositivo for sendo aplicado.

3 - CONCLUSÃO

É preciso modificar conceitos, para que se adapte o direito processual aos novos valores substanciais da sociedade.

Faz-se necessário, portanto, deixar a visão medieval de que cabe ao Judiciário apenas ditar as leis e encarar a jurisdição como instrumento para a efetividade do direito.

Pela primeira vez, de forma mais incisiva e transparente, os magistrados brasileiros tentam influir na produção legislativa do Congresso, objetivando modificar a legislação de ritos,

tornando mais céleres os processos e eficazes os provimentos. Esta deveria ser a preocupação e a luta de todos os profissionais do direito.

A aludida iniciativa é muito importante e necessária, pois o maior obstáculo do julgador é o tempo do processo, por ser a demora na prestação jurisdicional fonte de descrédito da população no Poder Judiciário.

O instituto da antecipação dos efeitos da tutela veio, para de forma efetiva e rápida, socorrer a parte requerente, pois a tutela tardia, mesmo procedente, às vezes, para nada mais serve.

Infelizmente, pouco tem sido utilizado o julgamento antecipado parcial do mérito. Qual a razão? O medo do novo e o extremado apego às formas litúrgicas do processo já sedimentadas pelo passar dos anos.

4 - REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Ferreira de (Tradutor). *A bíblia sagrada: Deuteronomio 19.2-6*. 2. imp. Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica Brasileira, 1987.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O § 6º do art. 273 do CPC: tutela antecipada parcial ou julgamento antecipado parcial da lide? *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 1, abr., p. 109-126, 2003.

DIDIER JR., Fredie. Inovações na antecipação dos efeitos da tutela e a resolução parcial do mérito. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 28, n. 110, abr./jun., p. 225-251, 2003.

_____. *A nova reforma processual*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Tomo II.

DORIA, Rogéria Dotti. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, 1).

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela específica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Tutela antecipatória e julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Antecipação dos efeitos da*

tutela: inovações da lei nº 10.444/2002. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 1, abr., p. 160-170, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

QUESTÃO DE REPERCUSSÃO GERAL. PROPOSTAS

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.

O texto a seguir foi escrito entre Portugal e Brasil e um pouco antes da promulgação e da publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário). Espero, contudo, que se mantenha atual, inclusive porque será a atividade prática que dará vida efetiva a esta previsão recentemente inserida no Texto Constitucional Brasileiro.

Este é um dos temas mais repetidos no âmbito da Reforma do Poder Judiciário brasileiro, que já está completando 10 (dez) anos de tramitação no Poder Legislativo nacional.

No estágio atual, já remanescem dúvidas a respeito do

desfecho satisfatório sobre essa Reforma Constitucional, inclusive porque existem indícios de que muitos beneficiam-se da morosidade judiciária que impera no País. É o chamado "*desvio ético*", conforme a definição do Ministro e Presidente do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello.

Sem a agilidade necessária, e com um crescimento notável de novas demandas, estão os Tribunais sendo abarrotados de processos.

Provavelmente, isto ocorra menos por força do Texto Constitucional, e muito mais em razão do regime jurídico infraconstitucional mutante e pela manutenção de dispositivos processuais antiquados e desadequados para a realidade em que se vive.

Refiro-me à legislação processual com o excesso na combinação de recursos em uma mesma causa, e com um processo de execução arrastado.

Logo, o debate em torno dos códigos processuais (civil, penal, etc.) é algo central a qualquer discussão séria e ponderada sobre o crescimento da contenciosidade brasileira.

Por outro lado, quando se fala em reforma judiciária é preciso imaginar que são várias as óticas em que ela poderá ser visualizada. Há um ponto de vista dos advogados, outro dos magistrados de 1ª instância, outro dos juízes dos tribunais intermediários, e mais um outro dos ministros dos tribunais superiores. Sem falar no Ministério Público, órgão que conquistou prerrogativas bem amplas no Texto Constitucional de outubro de 1988.

Isto, no mínimo.

O risco é que a reforma venha a ser feita sem considerar a multilateralidade de interesses, pois contemplar a todos é muito difícil.

Dentro desse ambiente, independentemente dessa reforma geral, mini reformas vêm sendo feitas. Às vezes, por intermédio de emendas constitucionais; em outras, através do *filtro jurisprudencial*.

Quanto à última maneira, cito, por exemplo, a Súmula nº 256, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que firma a impossibilidade da utilização de "*protocolo integrado*" - que permite à parte a interposição do recurso no órgão inferior, que o remete para a instância superior -, em relação aos recursos destinados a este Tribunal Superior.

Em suma, em agosto de 2001, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o sistema de "*protocolo integrado*" não se aplica aos recursos a ele dirigidos.

Assim, obstáculos processuais vão sendo criados de modo a promover a contenção da remessa dos recursos.

Dentro da mesma linha, vem-se, no Brasil, ampliando os poderes dos órgãos singulares componentes dos órgãos colegiados. Refiro-me à ampliação dos poderes do juiz relator, diante do chamado agravo interno, um tipo de recurso apresentado contra decisões tomadas no próprio Tribunal.

É sob esse espírito que merece ser feita a análise da denominada "*questão de repercussão geral*".

Trata-se de mais um instituto proveniente da inflação normativa e do excesso de contenciosidade de uma sociedade que procura descortinar os seus direitos perante um Poder Judiciário que sente dificuldades de responder a esta vazão.

Para este instituto, pode-se buscar justificativas teóricas e práticas.

Devo começar pelas práticas, que são mais diretas e fáceis de ser entendidas.

Há um aumento descomunal de jurisdicionados, inclusive a considerar pessoas que buscam sair do pejo da exclusão social. Isto provoca um tipo diferente de inflação: a de processos. Em uma sociedade de consumo, com o aumento populacional, com a mobilização das pessoas para as grandes cidades, tudo isto termina constituindo uma variável que surpreende o Poder Judiciário dotado de uma antiga estrutura.

Assim, pretendendo evitar uma análise quase impossível, tal a quantidade de processos, começa-se a filtrá-los.

Nesta atitude defensiva, procura-se incentivar argumentos simpáticos a favor das iniciativas para que se pretende conduzir. Afirma-se que o juízo sobre o pressuposto de admissibilidade recursal da repercussão, não apenas não traria prejuízos para os jurisdicionados, como, bem ao contrário, traria evidentes benefícios.

Estar-se-ia valorizando as decisões das instâncias inferiores e permitindo um maior e melhor desempenho por parte das instâncias superiores.

O problema, então, concentrar-se-ia na flexibilidade sobre o que venha a ser "repercussão geral", sobre como identificar

as causas marcadas pelo maior relevo social, econômico, institucional ou jurídico.

Sendo, aparentemente, um conceito vago, indeterminado, haveria um âmbito de discricionariedade. Para alguns, indesejável.

Neste momento, costuma-se buscar o auxílio do direito comparado para verificar como vem sendo equacionado o problema.

É o que faço a seguir.

No direito alemão, encontram-se as causas de *significação fundamental*, que comportam o recurso de revisão, o equivalente aos recursos especial e extraordinário brasileiros.

Na literatura germânica¹, parece que os indicativos da relevância mais apontados seriam:

1. quando houvesse uma "construção encoberta do direito", ou seja, quando o Tribunal Superior discordasse da decisão recorrida;
2. quando se tratasse de uma "interpretação difícil do direito e muito debatida";
3. quando houvesse um "largo espectro subjetivo de abrangência";
4. quando a decisão recorrida fosse "tão injusta" ao ponto de exigir uma construção *praeter ou contra legem*;
5. quando houvesse a necessidade de correção da lei, pelo legislador;

¹ WEYREUTHER, Feliz. Revisionzulassung und ichtzulassunbeschwerde. In: Der Rechtssprechung der obersten Bundesgerichte (Admissão e inadmissão do recurso de revisão na jurisprudência dos Tribunais Superiores). Munique: ed. Beck'sche, 1971. n. 52 e seguintes, p. 24 e ss.

sua discricionarieidade sadia, e com base na invocação desta norma, poderá não admitir o recurso extraordinário, por falta de lesão suficiente ao direito federal ou quando as questões existentes forem sem substância ou careçam de transcendência."

Como é possível observar, noções como "discricionarieidade sadia" e "transcendência" são abertas e vagas, permitindo, efetivamente, um juízo político.

Também o direito brasileiro precedente comportou um instituto que, se não for análogo à "questão de repercussão geral", muito dele aproxima-se.

Refiro-me à antiga "relevância da questão federal", que parece haver sido contaminada e antipatizada pela proximidade mantida com o regime ditatorial militar.

Na colheita da jurisprudência da época, formada junto ao Supremo Tribunal Federal, podem ser retiradas algumas conclusões, a saber:

Eram casos de "relevância da questão federal":

1. quando se aplicava a lei revogada, ignorando o direito vigente, e gerando a incerteza jurídica;
2. quando se violava a coisa julgada;
3. quando se discutia princípios constitucionais, como a irretroatividade, tal como ocorreu com a Lei nº 6.899/81 (correção monetária);
4. quando se discutia finanças públicas, tal como o instituto do precatório, ou o termo inicial da prescrição em matéria tributária;
5. quando se discutia matéria de índole processual a ser reproduzida em outros casos, etc.

Veja-se, pela análise do direito comparado colhido apenas exemplificativamente, que as *relevâncias* podem ser de inúmeros tipos: social, econômico-social, jurídica, etc.

Logo, a adoção do instituto da "questão de repercussão geral" é mais uma matéria de conveniência e de oportunidade do que uma exigência técnica, não cabendo o argumento que escamoteia diferenciá-la da antiga "questão relevante"², apontando esta última como subjetiva, e a primeira como algo objetivo e impassível de juízo discricionário.

De fato, afirmar-se que se tudo é importante nada verdadeiramente o será, é um ponto de vista respeitável. Mas não se trata disto.

Realmente, todas as matérias que chegam até ao Poder Judiciário não apenas são importantes ou relevantes, como já o encontram com um certo ou razoável atraso. Afinal, o conflito não surge no momento em que se dá a distribuição do Feito no setor próprio. Ele vem de antes, às vezes de muito antes.

Por este prisma, o Poder Judiciário é fadado a estar sempre atrasado. A questão é que o atraso está ultrapassando a barreira do bom senso, existindo causas de 10, 20 ou mais anos.

² A instituição da arguição de relevância da questão federal foi, na verdade, introduzida, pela primeira vez no Brasil, por Emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em 1965, inspirada pelo então Ministro Victor Nunes Leal. Provavelmente, a origem mais imediata da questão relevante foi o "writ of certiorari", da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte, buscando limitar a jurisdição do Supremo Tribunal Federal às questões importantes para a Federação. Também foi ele quem introduziu, no direito nacional, como membro da Comissão de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a experiência das Súmulas, fundadas na doutrina da "stare decisis" e nos "restatements of laws", do direito anglo-americano.

Logo, o tema verdadeiro é o de se encontrar a solução possível, que pode não ser a "solução ótima", diante da carga de trabalho, extraindo o melhor proveito para a sociedade.

Afinal, do modo como o Poder Judiciário brasileiro vem funcionando, caminha-se a passos largos para a inviabilidade.

Resolver esse problema principal, possivelmente, mas não necessariamente, poderá trazer um acréscimo de qualidade, ao menos nos Tribunais que encimam a ordem jurídica brasileira.

É, inclusive, necessário estabelecer qual a exata finalidade destes Tribunais⁴. Se eles têm por finalidade última fazer justiça no caso concreto, ou se lhes basta uniformizar o direito (constitucional ou lei federal), de modo a fortalecer a unidade federativa.

Poder-se-ia dizer que a força de um acórdão unânime de um Supremo Tribunal Federal ou de um Superior Tribunal de Justiça traria consigo uma qualidade imanente de justiça.

Pessoalmente, creio que não. Aliás, não me parece equivocado dizer que um acórdão por maioria, provavelmente, possa conter este atributo com um maior índice de segurança.

Explico o porquê, e acredito que me farei entender sobretudo por aqueles que trabalham junto aos Tribunais.

⁴ Disse NELSON NERY JÚNIOR sobre o recurso especial: "são meios excepcionais de impugnação das decisões judiciais", não se prestando "à correção de injustiças e se destinam à uniformização do entendimento da lei federal". Extraído da *Teoria Geral dos Recursos*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 246.

Com a palavra o relator, diz o Presidente. O relator fornece o seu voto, e, em seguida, é passada a palavra para os demais pares. Quando nenhum deles se pronuncia, é possível que sequer esteja-se prestando a atenção necessária para a causa.

Bem ao contrário, quando se instaura o debate.

Quanto mais intensa for a discussão, mais aquela causa será analisada, sopesada em seus vários ângulos.

Estendo isto ao campo tributário. Nada a dizer sobre a matéria pode significar que por ela não se interesse, ou se não a conheça de maneira a participar da discussão. Em uma hipótese ou em outra, não foi cumprido o devido processo legal em sua integridade.

Mas não será possível penetrar no foro interno de cada juiz.

Enfim, não se imagine que a multiplicação de instâncias signifique um veículo necessário de justiça.

De fato, a "questão de repercussão geral" termina funcionando como um instituto que, ao mesmo tempo em que procura viabilizar o desempenho do Tribunal, termina não lhe retirando qualquer parcela de poder, sequer exigindo a sua ampliação em número de membros.

Logo, não reduz poder, e talvez o confira ainda mais, pois, muitas vezes, participará da simples escolha dos seus integrantes a decisão de se pronunciar ou não sobre uma demanda.

Não se trata, portanto, de discutir apenas se esta técnica

de administração da justiça implica negativa de acesso ao Poder Judiciário, violando a ubiqüidade ou a inafastabilidade da jurisdição; ou se há um dever social dos Tribunais Superiores de examinar toda e qualquer questão, nem mesmo se seria incompatível com um Tribunal de cúpula a análise de questões miúdas, e que só interessariam ao ambiente das partes.

Não é só isto. A questão é se, diante do volume avassalador de demandas, esta é uma das melhores alternativas a ser aplicada.

A resposta é política, mas precisa existir logo.

Alguma solução minimizadora do impacto provocado pelo número de processos precisa ser posta em prática, tal é a escala de conflitos caracterizadores das sociedades contemporâneas.

Diante do que foi exposto, vão, mais adiante, duas Propostas de Emendas Constitucionais sobre a "questão de repercussão geral", acompanhadas das suas respectivas justificativas.

Basicamente, pretendem:

- a) introduzir para o recurso especial (uniformização da interpretação da lei federal) aquilo que, em Proposta de Emenda Constitucional já se afigura para o recurso extraordinário (uniformização da interpretação da Constituição Federal); ou seja, que a "questão de repercussão geral" atinja a ambos;
- b) alterar a exigência do quórum qualificado de dois terços, para o pronunciamento sobre este importante requisito de admissibilidade, em favor da maioria simples.

Emenda nº - Comissão de Constituição e Justiça.

Acrescente-se, onde couber, o seguinte § 2º ao atual art. 105, da Constituição Federal. Em conseqüência, o atual parágrafo único é transformado em § 1º:

Art. 105. (...)

§ 1º. (...)

§ 2º. No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões federais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.

Justificação

A presente Emenda tem o objetivo de estender a chamada arguição de relevância, que a Proposta de Emenda Constitucional em pauta pretende estabelecer como pré-requisito para o conhecimento do recurso extraordinário, também para o recurso especial.

Com efeito, da mesma forma que o Supremo Tribunal Federal está hoje congestionado pela enorme quantidade de recursos extraordinários que são protocolados, o Superior Tribunal de Justiça também se encontra assoberbado com uma infinidade de recursos especiais, impondo acúmulo de processos e morosidade na prestação jurisdicional.

Dessa forma, estamos propondo a extensão da chamada arguição de relevância, mediante a qual o recorrente deve demonstrar a repercussão geral da questão discutida no processo como requisito para que o Tribunal conheça e julgue o recurso apresentado.

Tal adoção é de fundamental importância para que os processos tramitem com rapidez e seja prestado aos jurisdicionados um melhor serviço pelo Poder Judiciário.

Ante o exposto, solicitamos o apoio dos nobres colegas para a aprovação da presente Emenda à PEC nº 29/2000.

Emenda nº - Comissão de Constituição e Justiça.

Dê-se a seguinte redação ao § 4º, do art. 102, que a Proposta de Emenda Constitucional nº 29, de 2000, acrescenta à Constituição Federal pelo seu art. 12:

Art. 12. (...)

Art. 102. (...)

§ 4º. No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso.

Justificação

A nova redação que estamos propondo para o § 4º, do art. 102, que o art. 12, da PEC nº 29, de 2000, acrescenta à Constituição Federal, tem o objetivo de suprimir a expressão final somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros contida no referido dispositivo.

Ocorre que tal expressão trará o efeito prático de limitar, em muito, o instituto da arguição de relevância que se está pretendendo instituir, o que poderá comprometer a própria eficácia do preceptivo. Agindo assim, o legislador estará, nas palavras da sabedoria popular, "dando com uma mão e retirando com a outra."

Ademais, o trecho que pretendemos suprimir traz, no seu bojo, uma contradição de ordem formal, porquanto para se recusar o recurso extraordinário são necessários os votos de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, enquanto que a decisão sobre o mérito do recurso, uma vez aceito, poderá ser tomada por maioria simples.

Ante o exposto, solicitamos o apoio dos nobres colegas para a aprovação da presente Emenda.

Em suma, até aqui, a "questão de repercussão geral", dentro do espírito que se pretendeu demonstrar, deveria ser aplicada ao recurso especial (Superior Tribunal de Justiça) e ao recurso extraordinário (Supremo Tribunal Federal).

Acontece que o Tribunal Superior do Trabalho, buscando a mesma fundamentação, pretende vê-lo acolhido também na seara do Recurso de Revista.

Portanto, mais um Tribunal Superior pretendendo possuir o instituto. Seria a aplicação do "critério da transcendência" na área trabalhista.

Para isto, sublinha-se o fato de que, também ele, é um Tribunal Superior, podendo lhe ser estendida a idéia vetora da Suprema Corte norte-americana e do antigo sistema da arguição de relevância nacional.

Aqui, fala-se em transcendência jurídica, política, social, econômica, e em como funcionaria a seleção das causas, de modo a uniformizar a aplicação destes distintos critérios.

Sim, porque também na aplicação do novo incidente processual poderia haver disformidades violadoras do princípio constitucional da isonomia. Aqui, propõe-se que os embargos, um outro recurso, poderiam exercer esta tarefa, fixando-se as "hipóteses concretas e os conceitos palpáveis" do que sejam causas jurídica, política, social ou economicamente transcendentais.

Ocorre que chega a existir Proposta no sentido de investir a Justiça trabalhista deste estratagema, através da

simples modificação da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

Eis a Proposta de alteração do texto infraconstitucional:

Art. 896-A (...)

(...)

§ 2º. O Tribunal, ao apreciar recurso oposto contra decisão que contrarie a sua jurisprudência relativa à questão transcendente, salvo o caso de intempestividade, dará prazo para que a parte recorrente supra o não-preenchimento de pressuposto extrínseco do recurso.

§ 3º. O Tribunal não conhecerá de recurso fundado em aspecto processual da causa, salvo com apoio em disposição constitucional direta e literalmente violada, quando o tema de fundo estiver pacificado em sua jurisprudência no sentido da decisão proferida pelo tribunal inferior.

Ainda em socorro desta iniciativa, aponta-se o princípio da instrumentalidade das formas.

Contudo, parece que o caminho da Emenda Constitucional também é o mais cogitado para o Tribunal Superior especializado, ficando o recurso de revista ao lado dos recursos extraordinário e especial.

É esperar para ver.⁵

⁵ Vide Bibliografia em www.ourem.cjb.net

UMA PEQUENA TEORIA ACERCA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO E A RESPONSABILIZAÇÃO DO FORNECEDOR POR VÍCIOS DO PRODUTO: PL 4906/01-OAB, Código de Defesa do Consumidor e um pouco de direito comparado

Itamar Dias Noronha Filho

Exercitor das cadeiras de Introdução ao Estudo do Direito I e Introdução ao Estudo do Direito II; Graduando da Universidade Federal de Pernambuco - 9º Período; Pesquisador Bolsista do PIBIC/CNPq; Ex-estagiário do MPE

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO: 1.1 - Justificativa; 1.2 - Delimitação do abordado; 2 - CONTRATO ELETRÔNICO OU VIA INTERNET: CONCEITUAÇÃO; 3 - OS VÍCIOS DO PRODUTO NA ESTRUTURA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 4 - DIREITO COMPARADO: BRASIL E ESPANHA; 5 - O PROJETO DE LEI 4906/01 E SUA INSUFICIÊNCIA NA REGULAMENTAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR: 5.1 - O novo paradigma da confiança; 5.2 - Os artigos referentes à temática e a deficiência da regulação; 6 - CONCLUSÃO; 7 - REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO

1.1 - Justificativa

A elaboração deste artigo partiu de minha experiência como pesquisador-bolsista de Iniciação Científica - PIBIC/

CNPq, entre os anos de 2003/2004, sendo orientado pelo Prof. Dr. Francisco Queiroz Bezerra Cavalcanti. O projeto desenvolvido teve como título central "A Internet sob a Ótica Jurídica: reflexos do aprimoramento tecnológico nos diversos ramos do Direito". Como subtema do projeto, procurei meditar acerca da responsabilidade do fornecedor pelos vícios nos produtos adquiridos por meio eletrônico. Intitulei-o como "A Responsabilidade Civil do fornecedor e do comerciante e limites desta responsabilização, decorrente dos vícios nos produtos adquiridos através da contratação por meio eletrônico".

1.2 – Delimitação do abordado

De acordo com Rita Peixoto Ferreira Blum¹, o surgimento da Internet se deu em 1969, nos Estados Unidos da América. Inicialmente, utilizava-se essa tecnologia para interligar laboratórios de pesquisa, ou seja, com fins eminentemente acadêmicos e científicos. Foi a partir do ano de 1987 que se liberou o uso comercial da Internet. No Brasil, foi no ano de 1989, mais especificamente no mês de maio, que surgiu o primeiro provedor² comercial que oferecia acesso para uso não acadêmico; e, em 1994, a Embratel lançou um serviço de Internet comercial. Portanto, é a partir do fim do século passado que podemos falar de um novo meio para realização do comércio, qual seja, a Internet. Surge o denominado *e-commerce*, ou comércio na Internet.

Com base no brocardo *ubi societas, ibi ius*, aceito pela

¹ BLUM, Rita Peixoto Ferreira. *Direito do Consumidor na Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2002. p. 30-32.

² Provedor é a empresa que estabelece ligação entre o usuário e a Internet.

quase totalidade da doutrina³, infere-se que o direito tende a acompanhar as transformações na sociedade. Sendo assim, a propagação da Internet, ao oferecer um novo ambiente para as relações comerciais, não só entre empresas, mas também entre empresa e consumidor (por conseguinte, relações de consumo), passa a exigir uma regulamentação jurídica.

É sobre este assunto que iremos tratar: a regulação das relações de consumo na Internet. Não obstante, o presente tema é por demais amplo, já que não se pode olvidar que estamos tratando de um ramo inteiro da ciência jurídica, o Direito do Consumidor, apenas com a particularidade do novo meio de estabelecimento das relações jurídicas (a rede telemática⁴). Faz-se necessário, deste modo, uma delimitação, sob pena de nos perdermos na abordagem.

³ Atualmente, com o avanço dos estudos de Teoria Geral do Direito, que passa a estabelecer, por exemplo, o relacionamento do Direito com os demais campos do conhecimento (Economia, Teoria do Estado, História, Antropologia, Sociologia etc.), surgem alguns posicionamentos que passam a confrontar com tal máxima latina, aceita por longos séculos. A título de exemplo, temos a posição do professor Juan Ramón Capella, acadêmico da Universidad Autónoma de Barcelona, em seu livro "Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado", publicado, no Brasil, em 2002. O referido autor critica a ideologia jurídica dominante, que afirma ser inconcebível ("um horror", nas palavras do autor) "o vazio do direito nas relações sociais". Tenta demonstrar, recorrendo à Teoria do Estado, História, Antropologia etc. que não se pode identificar a "sociedade humana" com a "sociedade organizada politicamente", pois na primeira forma de constituição da sociedade não existia o direito, nem o estado. Conclui que "hoje se pode mostrar com provas que o velho adágio latino *ubi societas, ibi ius* é redondamente falso".

⁴ O conceito está assentado na obra do professor e magistrado Alexandre Freire Pimentel, intitulada *O Direito Cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 44-45. Segundo o autor, na rede telemática muitas máquinas inteligentes podem ser conectadas, de maneira a usufruírem informações, compartilhando recursos. Com o fim da Guerra Fria, a rede telemática, que veio receber o nome de Internet, teve seu acesso disponibilizado para o público em geral.

No presente artigo, iremos pincelar acerca de um dos pontos estudados na pesquisa (PIBIC/CNPq), qual seja, a (in)suficiência dos meios normativos pátrios que tratam da problemática dos vícios dos produtos na contratação Via Internet. Isto porque acreditamos que esta seja uma temática ainda carente e que necessita ser explorada. De acordo com as palavras da nobre doutrinadora Cláudia Lima Marques, "se o comércio eletrônico é hoje realizado mais entre empresários (*Business-to-Business* ou B2B), a tendência é que a contratação eletrônica entre fornecedores e consumidores também cresça no Brasil. No Brasil, a previsão anual para o comércio eletrônico com consumidores é que este movimento 1,2 bilhões de reais"⁵. Não se pode, assim, abster-se de enfrentar o tema. Obviamente que antes iremos fazer um apanhado dos diversos questionamentos existentes na doutrina sobre esse novo meio de celebração de contratos (conceituação, princípios aplicáveis etc.). Ademais, desenvolveremos um rápido estudo comparado entre a nossa legislação e a legislação espanhola, sempre centradas nesta temática. Começemos.

2-CONTRATO ELETRÔNICO OU VIA INTERNET: CONCEITUAÇÃO

O primeiro passo que devemos seguir, ao tratar de uma questão tão atual, é buscar o conceito do objeto de análise. Isso se justifica porque, em face da atualidade do problema, a doutrina ainda não se sedimentou no plano das conceituações. Erica Brandini Barbagalo⁶ define como contratos eletrônicos

⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 51-52.

⁶ BARBAGALO, Erica Brandini. Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores – peculiaridades jurídicas da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001.

"os acordos entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguírem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si". Já a autora Ana Paula Cambogi Carvalho⁷ não explana uma definição em sua obra, mas podemos inferir que a mesma, ao considerar que o núcleo da definição de contrato é "o acordo das declarações de vontade das partes contratantes", e que "a conclusão contratual toma forma na Internet por meio de declarações de vontade produzidas e/ou transmitidas eletronicamente", definiria como contrato eletrônico um *acordo das declarações de vontade produzidas e/ou transmitidas eletronicamente*.

A doutrina estrangeira, em parte, procura encarar o contrato eletrônico como inserto no gênero *contratação à distância*. Esta, inclusive, é a posição da Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia⁸. Representando este segmento doutrinário, temos Antonia Paniza Fullana⁹, que afirma: "*Los contratos celebrados a través de los nuevos medios de comunicación a distancia, como el telefono, el fax, el telex, etc. han hecho crujir las estructuras clásicas con el planteamiento de nuevos problemas imposibles de imaginar en épocas anteriores. Y si esto ha ocurrido con las técnicas de comunicación mencionadas, la problemática se ha multiplicado con la introducción y difusión del ordenador, que ahora nos permite acceder a Internet y celebrar a través de*

⁷ CARVALHO, Ana Paula Cambogi. Contratos Via Internet. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

⁸ A referida Diretiva Européia, em seu artigo segundo, conceitua o contrato à distância como um contrato onde se utiliza uma ou mais técnicas de comunicação à distância. No mesmo artigo, remete ao anexo I da Diretiva, onde se encontra alguns exemplos do que sejam "técnicas de comunicação à distância", entre eles, o correio eletrônico.

⁹ FULLANA, Antonia Paniza. Contratación a distancia y defensa de los consumidores. Granada: Editorial Comares, 2003.

la red múltiples contratos". Ainda podemos extrair uma definição da autora para os contratos eletrônicos: "Consiste em realizar transacciones comerciales com base em el tratamiento y transmisión electrónica de datos, incluidos texto, imágenes y vídeo".

Impecável a conceituação de Ronaldo Alves de Andrade¹⁰, a qual transcrevemos: "Na nossa proposição, contrato por meio eletrônico é o negócio jurídico celebrado mediante a transferência de informações entre computadores e cujo instrumento pode ser decalcado em mídia eletrônica. Dessa forma, entram nessa categoria os contratos celebrados via correio eletrônico, Internet, Intranet, EDI (*Electronic Data Interchange*) ou qualquer outro meio eletrônico, desde que permita a representação física do negócio em qualquer mídia eletrônica, como CD, disquete, fita de áudio ou vídeo".

Com base neste conceito e nos demais ensinamentos do autor, advertimos que, ao falar de contratos eletrônicos, não se está tratando de nova tipologia contratual, diversa dos vinte e três tipos contratuais disciplinados no novo Código Civil. O que existe, apenas, é um novo ambiente para celebrar contratos. Cláudia Lima Marques, inclusive, remetendo-se aos ensinamentos do jurista Ricardo Lorenzetti, destaca os elementos específicos deste fenômeno novo de contratação: 1) a distância entre fornecedor e consumidor (já frisado *supra*, com base nos escritos de Antônia Paniza Fullana); 2) a simultaneidade ou atemporalidade da oferta e da aceitação, assim como da contratação em si; 3) a desterritorialidade da contratação, realizada em "território" virtual; 4) a materialidade da execução à distância e a objetividade ou "autonomia" das duas vontades exteriorizadas, seja perante uma máquina, um fax, um telefone ou qualquer outro meio virtual¹¹. Podemos perceber que

¹⁰ ANDRADE, Ronaldo Alves de. Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor. São Paulo: Manole, 2004.

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio... p. 58.

esses caracteres não qualificam um novo tipo contratual, mas apenas um inovador mecanismo para celebração de negócios jurídicos. Em outras palavras, não estamos frente a um contrato atípico, como o é o contrato de publicidade (que, inclusive, também trará inúmeros questionamentos quando se tratar de publicidade na Internet), de hospedagem, de cessão de clientela, *joint venture*, entre outros¹². Estamos, sim, frente a um novo meio de se celebrar um contrato, instrumentado em mídia eletrônica.

Remetendo-se à doutrina estrangeira, Ronaldo Andrade expõe a opinião de Serge Guinchard, Michele Harichaux e Renaud de Tourdonnet, segundo a qual "qualquer tipo de contrato pode ser concluído por intermédio de rede de computadores, desde que seja efetuado com respeito às normas legais aplicadas ao contrato". Conclui que "o regime jurídico do contrato eletrônico será o do contrato nele representado, podendo ser uma compra e venda, uma aplicação financeira ou uma movimentação de conta corrente".

Sobre este último trecho, uma ressalva pode ser feita: não obstante concordarmos com a conceituação do autor, dissentimos em parte quanto ao regime jurídico aplicável nos contratos celebrados por Internet, pois, como defenderemos mais à frente, o regime jurídico de um contrato de compra e venda entre fornecedor e consumidor, através de meio eletrônico (em particular, a Internet), não pode estar *integralmente* regido pelos Código de Defesa do Consumidor e Código Civil. A própria Cláudia Lima Marques reconhece a insuficiência da regulação do CDC nestes tipos contratuais (falaremos disto, também, mais à frente). Acreditamos ser necessário um sistema jurídico mais acurado, pois há algumas peculiaridades

¹² A respeito dos contratos atípicos no novo Código Civil, ler o trabalho de SANCHES, José Alexandre Ferreira. Os contratos atípicos e sua disciplina no Código Civil de 2002. Disponível em: < www.jusnavigandi.com.br >

nesse acordo de vontades que devem ser analisadas e regulamentadas pelo legislador (o legislador até que tenta prescrever alguns aspectos da contratação eletrônica nos PL 4.906/01 e PL 1.589/99, mas de forma insatisfatória). Mais adiante esclareceremos melhor nossa posição, ao dispor acerca da regulação dos vícios nos produtos e suas implicações nos contratos eletrônicos de consumo.

3 – OS VÍCIOS DO PRODUTO NA ESTRUTURA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O diploma legal de proteção ao consumidor, Lei nº 8.078, teve sua promulgação no dia 11 de setembro de 1990. Estrutura-se, basicamente, em seis Títulos: Dos Direitos do Consumidor; Das Infrações Penais; Da Defesa do Consumidor em Juízo; Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; Da Convenção Coletiva de Consumo; Disposições Finais. Destes, o mais extenso é o Título Primeiro, composto por 60 (sessenta) artigos. É é neste que se encontra a Seção III, inserta no Capítulo IV, intitulada "Da Responsabilidade por Vício do Produto e do Serviço". Desde já, para que evitemos equívocos, devemos aludir à Seção II do mesmo Capítulo, que se intitula "Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço". Ainda que as duas Seções tratem da mesma temática, qual seja, a Responsabilidade Civil do Fornecedor, o fundamento de responsabilização não é o mesmo. A própria técnica legislativa demonstrou isto, ao discipliná-las em diferentes seções, significando que pretendia diferenciá-las e impor-lhes regimes próprios. Sobre esse tema, as observações de João Batista de Almeida¹³ são de grande valia: "Com efeito, não se confunde a responsabilidade pelo fato (arts. 12 e 14) com a responsabilidade

¹³ ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do Consumidor*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1999.

por vício do produto e do serviço. Enquanto na primeira há a potencialidade danosa, na segunda esta inexistente, verificando-se apenas anomalias que afetam a funcionalidade do produto e do serviço. Estes, na primeira, são afetados por defeitos que trazem risco à saúde e segurança do consumidor; na segunda, são observados apenas vícios de qualidade e quantidade, afetando o funcionamento ou valor da coisa". Dito de outra forma: ao responsabilizar-se um fornecedor pelo fato do produto, faz-se menção a falhas no sistema de produção que culminam na entrada de produtos no mercado que causam lesões à saúde e à segurança dos consumidores; nasce, portanto, a responsabilidade de reparar danos por fato do produto quando o mesmo apresenta um defeito que possa atingir a integridade físico-psíquica do consumidor. Já ao se criar um mecanismo de responsabilização do Fornecedor por vício do produto, não se aduz a nenhuma potencialidade danosa do produto, mas simplesmente a "anomalias que afetam a funcionalidade do produto", no dizer de João Batista de Almeida. Tais anomalias podem ser, segundo os artigos 18 e 19 do CDC, inadequações para o uso esperado, impropriedades, diminuição da quantidade ou disparidade nas informações.

Com o fito de aclarar a diferença entre os dois regimes de responsabilidade instituídos no sistema pátrio, nos *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, da editora Revista dos Tribunais¹⁴, afirma-se que "Os vícios no CDC, segundo a melhor doutrina, são os vícios por inadequação (art. 18 e ss.) e os vícios por insegurança (art. 12 e ss.)". Esta feliz observação condensa, em poucas palavras, o que expusemos acima.

Feita a ressalva e lembrando que pretendemos tratar da

Responsabilidade por Vício do Produto nos Contratos

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - arts. 1.º a 74 - aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Eletrônicos de Consumo, iremos, agora, ainda que de forma sintética, estabelecer uma comparação entre o regime dos vícios redibitórios do Código Civil e o regime dos vícios do produto do Código de Defesa do Consumidor, já que não podemos examinar a (in)suficiência da regulação dos contratos eletrônicos de consumo com base unicamente no diploma consumerista, pois tal regulamentação não se resume àquele microsistema. Conforme os ensinamentos de Cláudia Lima Marques¹⁵, a doutrina contemporânea pretende instituir uma coordenação entre as normas dos vários micro-sistemas de um ordenamento jurídico (e não contrapô-las), invalidando - ou, pelo menos, mitigando - as velhas concepções hermenêuticas de antinomias e incompatibilidades normativas. É o ordenamento, mais do que nunca, visto como um sistema que busca a "coerência derivada ou restaurada", conforme expressão de Sauphanor, ou o que Erik Jayme chama de "diálogo das fontes", autores esses aludidos por nossa maior doutrinadora em matéria de Direito do Consumidor.

4 - DIREITO COMPARADO: BRASIL E ESPANHA

No ano de 2003 tive a oportunidade de estudar por cinco meses na "Universidad de Salamanca (España)", através de intercâmbio acadêmico firmado com a Universidade Federal de Pernambuco. No ensejo, cursei uma disciplina oferecida na "Facultad de Ciencias Sociales", denominada "Sociología Del Consumo e Investigación de Mercados", ministrada pelo Prof. Dr. Pedro L. Iriso Napal. Ao adentrar neste ramo da sociologia, buscando, nas palavras do professor Napal, "hacer un análisis de la estructura social (relaciones de poder) a partir del comportamiento de los individuos en consumo", dei-me conta

¹⁵ Para uma melhor compreensão do exposto, vide o capítulo introdutório do "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", intitulado Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: o "Diálogo das Fontes". op. cit.

da complexidade do fenômeno e da importância do Direito como fator de regulação e reequilíbrio de tais relações. Ao final do curso, o professor Napal sugeriu um trabalho sobre alguns dos temas estudados no curso. Como sabia que não havia apenas alunos do curso de Sociologia na disciplina, propôs o Mestre que os que fossem de outra área buscassem relacionar a questão do consumo com o respectivo campo de conhecimento. Daí partiu minha idéia de fazer um pequeno estudo comparado da legislação espanhola sobre as relações *fornecedor x consumidor* e a nossa legislação pátria, focando dois aspectos: os direitos básicos na legislação consumerista e as cláusulas abusivas. Intitulei o trabalho como "Un estudio de derecho comparado - legislación de consumo en Brasil y Espana".

Pretendo comparar, neste ponto, apenas os direitos básicos do consumidor estabelecidos nas legislações espanhola e brasileira, sob pena de desvirtuar o nosso objeto de estudo. A idéia de confrontar os dois ordenamentos no presente artigo é demonstrar, ainda que setorialmente, a superioridade da nossa legislação consumerista frente inúmeras das legislações europeias e, assim, atentar para a necessidade de manter essa qualidade legislativa, através de uma satisfatória regulamentação do comércio eletrônico (contratos de consumo por Internet) e, mais especificamente, a questão dos vícios dos produtos e conseqüente responsabilização pelos mesmos.

Espanha: É certo que a Comunidade Europeia passou por uma grandiosa evolução em matéria de defesa do consumidor, desde o Tratado Fundacional da CEE, de 25 de março de 1957, que possuía apenas referências indiretas à proteção do consumidor, até chegar nas Diretivas, que complementam e direcionam as políticas nacionais dos Estados-Membros da UE, que passam a enfocar uma proteção efetiva dos consumidores. Como membro da UE, a Espanha, nos dizeres de Maria José Reyes López, "no fue impermeable a los aconteceres que tenían como sujeto a los consumidores. Primero por

concienciación propia. Trás el ingreso en la Comunidad Económica Europea, por resultar obligada a la armonización de legislaciones con repercusión en esta matéria"¹⁶. Portanto, ao dia 19 de junho de 1984 foi aprovada a Lei 26/1984, conhecida como "la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". Pouco antes, já se tinha um comando principiológico na Constituição espanhola de 1978: o artigo 51, chamado pela doutrina espanhola de "princípio pró-consumidor", e que já enumerava direitos gerais dos consumidores: direito à segurança, saúde, legítimos interesses econômicos, informação, educação e representação. Tal princípio é esmiuçado no artigo 2º da *Ley General para Protección Del Consumidor y Usuario*, nos seguintes termos (obs.: acrescentamos, entre parêntesis, alguns comentários da doutrina espanhola acerca do artigo que passamos a transcrever¹⁷): "1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios: a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad (lo que se protege es al consumidor frente al riesgo que pueda afectar a su salud o seguridad, o sea, es una protección preventiva, para evitar el daño); b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales (es un derecho puesto para evitar el desequilibrio que se produce cuando las partes no están en una posición de igualdad -sirve, sobretudo, para los diversos momentos de la contratación, que veremos después); c) La indemnización o reparación de los daños y perjuicios sufridos (la aparición de nuevos productos, de la masificación, de nuevas formas de distribución, grandes operadores económicos etc. hizo con que el legislador se preocupase con este aspecto, principalmente, en la contratación. Es importante percibir que, con este principio, el consumidor está dispensado de probar la culpa del productor,

¹⁶ LÓPEZ, Mario José Reyes. *Derecho de Consumo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

¹⁷ MARÍN LÓPEZ, Juan José; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Código sobre Consumo y Comercio*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998.

sólo necesita probar que el daño se ha originado de la acción/ omisión de ello). d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute (estos son derechos instrumentales necesarios para la efectividad de los demás derechos del artículo 2º. El derecho a la información comprende una información específica sobre el producto, bien o servicio, mediante la imposición de obligaciones para hacer saber la calidad, cantidad, precio, aditivos, componentes, fechas etc.; y comprende también una información genérica de indicación al consumidor de los sitios de recepción de quejas. Ya el derecho de educación busca la concienciación del consumidor desde el origen de su decisión de consumo, o sea, que hacer para prevenir riesgos, que la decisión de consumir sea responsable y voluntaria etc.); e) La audiencia o consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas (Las asociaciones de consumidores son una pieza clave para la correcta implantación de un sistema de derecho de consumo. A través de ellas los consumidores van a tener acceso a la elaboración de las normas que les afectan y después a ejercitar por ellas las acciones que les asisten). f) La protección jurídica, administrativa y técnica en las situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión (en verdad, este no es derecho básico, pero el fundamento de la propia Ley, debiendo estar en el preámbulo). 2. Los derechos de los consumidores y usuarios serán válidos prioritariamente cuando guarden relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado (son los productos de primera necesidad, enumerados en otras normas contenidas en la propia Ley y en el anexo RD 287/91, que, por ser productos de uso común,

necesitan de mayor cobertura). 3. La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula (este párrafo es importante porque demuestra la relevancia de los derechos de los consumidores que, al contrario de la regla general en derecho civil, no permite renunciar los derechos previstos en la Ley)".

Brasil: No Brasil, a defesa do consumidor começa com normas de proteção indireta – como exemplos temos o Decreto 22.626, de 07 de abril de 1933, que buscava reprimir a usura, e pela Constituição de 1934, que dispunha acerca da proteção da economia popular. Mais à frente, surgem órgãos administrativos de proteção ao consumidor, como o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, criado em 1985, pelo Decreto 91.469. O grande triunfo se deu com a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece três dispositivos: artigo 5º, inciso XXXII ("O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor"); artigo 170, *caput* e inciso V, que prescreve sobre a intervenção do Estado na economia para proteção do consumidor; e o artigo 48 do ADCT, que ordena a edição do Código de Defesa do Consumidor (promulgado em 11 de Setembro de 1990).

É no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor que encontramos a previsão dos direitos básicos, já que, ao contrário da Constituição Espanhola, nossa Carta Magna nada prevê acerca do tema. Passamos a transcrever o referido artigo, já estabelecendo uma análise comparativa com o art. 2º da Lei espanhola: "Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (perceba que a idéia de tutela é a mesma do art. 2º, nº 1, alínea /a/ da Lei espanhola – o que chamamos aqui de "fato do produto e do serviço", ou seja, a proteção contra os defeitos – falhas na segurança); II

– a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações (este inciso corresponde ao art. 2º, nº 1, alínea /d/ da Lei espanhola – Podemos notar uma significativa diferença nos dois dispositivos, já que o nosso Código separa os direitos à educação, materializado na liberdade de escolha, e à informação, materializado no princípio da transparência – incisos II e III, o que não faz o legislador espanhol. Entende a doutrina espanhola que o legislador buscou reuni-los num mesmo dispositivo por se tratarem de direitos instrumentais, ou seja, necessários para efetividade dos demais direitos básicos. Não acreditamos ser uma boa técnica, pois, apesar de terem a mesma essência, possuem escopos diversos¹⁸); III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem (já expusemos a nossa opinião ao comentarmos o inciso anterior); IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços (o legislador espanhol não põe esta proteção entre os direitos básicos, não obstante fazer uma Lei Geral sobre Publicidade – *Ley General de Publicidad*, nº 34/1988, onde trata das formas de publicidade ilícita. É de se estranhar um artigo que trate de direitos básicos do consumidor não incluir expressamente a proteção contra a publicidade enganosa e as cláusulas abusivas, já que estes são temas centrais do atual Direito do Consumidor, sobretudo hoje, com o avanço dos contratos de adesão (que impõem

¹⁸ Para maiores esclarecimentos acerca da diferença entre "educação x informação" vide MARQUES, Cláudio Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - arts. 1.º a 74 – aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 147-150.

toda forma de abuso aos consumidores); V - modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (aqui encontramos a famosa previsão, como direito básico, da proteção contra a "onerosidade excessiva", que também não encontra correspondência na Lei espanhola - o art 2º, nº 1, alínea /f/ da Lei espanhola, não obstante ser bem intencionado, não pode equiparar-se a esta previsão da nossa legislação pátria); VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (corresponde à alínea /c/, do art. 2º, nº 1 da Lei espanhola, embora a amplitude de nossa previsão seja maior); VII - o acesso aos órgãos judiciais e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados (correspondente: alínea /f/, do art. 2º, nº 1 da Lei espanhola); VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (encontramos este princípio no direito espanhol, embora não esteja posto como direito básico do consumidor. Acredito ser de relevância ímpar esta previsão processual entre os direitos básicos, já que é patente a hipossuficiência técnica do consumidor, sobretudo do não-profissional. Isto exige, em alguns aspectos, uma sistemática processual pouco diferenciada da sistemática tradicional, evitando injustiças neste tipo de relação jurídica); IX - vetado; X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (é a previsão de uma tutela do consumidor na área administrativa, de prestação dos serviços públicos. Também não encontramos previsão similar na Lei espanhola como um direito básico do consumidor).

Pelo exposto, podemos observar a superioridade de nossa legislação frente à espanhola, pelo menos no que atina aos direitos básicos do consumidor. E dizemos, sem medo de errar, que o nosso Código de Defesa do Consumidor é diploma que está entre os mais avançados do mundo. É por tal motivo que voltamos a bater na mesma tecla: devemos manter essa qualidade legislativa na tutela do consumidor também nas relações de consumo via Internet, através da edição de modificações no próprio CDC, ou de um microsistema que trate satisfatoriamente do comércio eletrônico. Comentaremos acerca do tema no próximo ponto.

5 - O PROJETO DE LEI 4906/01 E SUA INSUFICIÊNCIA NA REGULAMENTAÇÃO DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Neste penúltimo ponto, pretendemos demonstrar a insuficiente regulação da defesa do consumidor na contratação eletrônica, mais detidamente dos negócios jurídicos celebrados no âmbito interno do nosso país, já que o que queremos atacar é o atual Projeto de Lei 4906/01, o qual trata, basicamente, das relações jurídicas firmadas no território nacional. Desde já, tomamos a liberdade de nos utilizarmos do "argumento de autoridade" da eminente jurista Cláudia Lima Marques, já tão citada neste artigo, ao falar: "A maioria da doutrina brasileira concorda que é necessária uma melhor e mais específica regulamentação legislativa do comércio eletrônico. Como os projetos até agora existentes têm se concentrado em modificações do Código Civil e na criação de leis especiais, pressupondo sempre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para os negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico, ouse sugerir algumas modificações específicas neste texto legal, com base nas reflexões aqui elencadas e nos ensinamentos do Direito comparado". Observa-

se que a mesma posiciona-se pela insuficiência da mera pressuposição de aplicação do CDC aos contratos eletrônicos de consumo, tendo em vista as inúmeras peculiaridades que podemos encontrar neste meio de contratação, particularidades estas que o diploma consumerista pode não ser capaz de regular satisfatoriamente. Concordamos de forma plena com o sustentado pela autora.

Ao nos posicionarmos de conformidade com o entendimento acima, buscaremos, no subitem 6.2, explanar a inconveniente regulação de alguns parágrafos e/ou incisos dos artigos do CDC referentes aos vícios dos produtos e conseqüente responsabilização, quando aplicados aos contratos eletrônicos. Por conseguinte, demonstrada estará a deficiência do PL 4906/01 neste mesmo aspecto.

5.1 – O novo paradigma da confiança

Antes de adentrarmos no plano estritamente legalista dos vícios do produto no CDC frente aos contratos eletrônicos e ao Projeto de Lei que procura regulá-lo (PL 4906/01), que, como dissemos, avaliaremos no item 6.2, achamos imperativo fazer alguns apontamentos acerca do chamado novo paradigma do princípio da confiança, ponto central para que se possa adaptar a atual disciplina do Direito do Consumidor ao comércio eletrônico, consubstanciado nas contratações a distância (das quais já falamos em todo o artigo).

Desde já, ressaltamos que tal paradigma foi trazido da doutrina estrangeira por Cláudia Lima Marques¹⁹, a qual procurou adaptar ao nosso direito do consumidor no decorrer de sua obra sobre o comércio eletrônico.

Em primeiro lugar, para que entendamos o que significa

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no Comércio*... Op. Cit., p. 31-50 (capítulo introdutório).

essa busca por uma nova "moldura" ao princípio da confiança, com o fito de atender às exigências dos novos meios de celebrar contratos, devemos lembrar a importância deste princípio no Direito, sobretudo quando trata de relações negociais.

O saudoso Orlando Gomes²⁰, ao tratar dos princípios fundamentais do regime contratual, faz menção ao princípio da boa-fé (já mencionado neste artigo). Segundo o Mestre, este princípio possui mais de um significado. E em um dos significados encontramos inserto o princípio da confiança: "Ao princípio da boa-fé empresta-se, ainda, outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. Numa palavra, devem proceder com boa-fé". A confiança, como integrante da boa-fé (diga-se boa-fé objetiva – nomenclatura ainda não utilizada pelo Mestre ao final da década de 70), já expusemos ao item 2.2 do presente artigo. Em verdade, sustentamos, naquele item (com base nos ensinamentos da doutrina mais atual) ser o princípio da confiança, no regime do CDC, decorrência da boa-fé objetiva, não propriamente integrante do mesmo. Dissensos à parte, o que queremos frisar, ao transcrever as nobres palavras do professor Orlando Gomes, é que desde a doutrina clássica do direito privado brasileiro (e estrangeiro – v.g Código Civil alemão, mencionado pelo autor) já se falava da confiança como fundamental para as relações contratuais.

Aprofundando no tema, observamos o ensinamento do Sociólogo do Direito Niklas Luhman, citado por Cláudia Lima Marques, ao entender que é no proteger da confiança e das expectativas legítimas dos indivíduos que o Direito

²⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 45/48.

encontra legitimidade. Portanto, sendo basilar do Direito como um todo e, particularmente, das relações contratuais em geral, obviamente que o princípio da confiança tem que estar, também, presente nos contratos de consumo. Isso porque a relação contratual de consumo é caracterizada pelo desequilíbrio entre as partes, exigindo uma especial tutela para reequilibrá-las. E é justamente através da instituição, pelo CDC, do princípio da proteção da confiança do consumidor, mais abrangente que o simples agir com "confiança recíproca"²¹ (de que fala Orlando Gomes), que encontramos o ponto de partida para o reequilíbrio das partes e, por decorrência, para o fomento dessa relação contratual.

O que se vê, nos dias atuais, é um novo ambiente de comércio: a Internet. Como dissemos anteriormente, o comércio eletrônico (entre eles, o realizado via Internet) possui caracteres "gritantemente" diversos do comércio realizado pela forma tradicional: a distância entre fornecedor e consumidor; a simultaneidade ou atemporalidade da contratação em si; a desterritorialidade etc. É por esse motivo que defende Cláudia Lima Marques um novo paradigma da confiança, que possa (através de exigências como, por exemplo, mais informação e transparência, mais cooperação quanto à possibilidade de arrependimento e reflexão, mais segurança nas formas de pagamento etc.) adaptar o atual Direito do Consumidor ao novo modo de comércio.

²¹ Nos Comentários ao Código de Defesa do Consumidor (Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques) encontramos os dois aspectos que compõem o princípio da proteção da confiança do consumidor: a proteção da confiança no vínculo contratual (através de normas que asseguram o equilíbrio das obrigações e deveres de cada parte – equilíbrio contratual) e a proteção da confiança na prestação contratual (pelas normas que garantem ao consumidor a adequação do produto ou serviço adquiridos, além da segurança dos mesmos). p. 119.

5.2 – Os artigos referentes à temática e a deficiência da regulação

O Projeto de Lei 4906/01 (apensados os PL 1483/99 e PL 1589/99), elaborado pela OAB/SP, e que trata da Regulamentação do Comércio Eletrônico, dispõe, em seu art. 30: "Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor vigentes no país". Desde já, podemos inferir que o Projeto propõe a aplicação integral do Código de Defesa do Consumidor aos contratos eletrônicos. Esta conclusão se torna ainda mais assente quando observamos que o texto original desse artigo foi modificado, durante a tramitação no legislativo, retirando-se a expressão "no que não conflitar com esta lei", procurando, portanto, assegurar a plena vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Ora, já que o referido Projeto pugna por essa plenitude, temos, também, de concluir pela plena aplicação do regime de responsabilização dos fornecedores por vícios do produto (que já vimos estar situado no Título I, Capítulo IV, Seção III – arts. 18 e ss.), pois o mesmo é parte do diploma consumerista.

De posse dessas premissas, resta-nos interrogar: 1) um "novo paradigma da confiança" não exigiria a inclusão de novos artigos ou parágrafos (referentes à responsabilidade por vícios dos produtos) no Código de Defesa do Consumidor, a fim de adaptar-se ao comércio eletrônico? 2) Há possibilidade de aplicação plena de tais artigos (arts. 18 e ss.), ou seria o caso de manter-se algumas ressalvas dos dispositivos do CDC aos contratos eletrônicos de consumo?

Acreditamos que o primeiro questionamento merece resposta afirmativa. E não é difícil fundamentarmos nosso posicionamento. Em primeiro lugar, devemos atentar para a diferença que pode existir entre os objetos de uma contratação eletrônica. O contrato virtual pode se dar para aquisição de

produtos materiais e imateriais. Dito de outra forma: tanto podemos celebrar, por Internet, a compra de eletrodomésticos, eletro-eletrônicos, livros impressos etc., como podemos adquirir *softwares*, jogos, livros não impressos (ditos virtuais), músicas etc. Esta última forma de aquisição faz parte dos chamados "contratos informáticos", que exigem, por parte do fornecedor, prestação de bens imateriais. O fenômeno, chamado por Cláudia Lima Marques²² de "desmaterialização do objeto do contrato no comércio eletrônico", passa a exigir, a meu ver, alguns ajustes no Código de Defesa do Consumidor.

O art. 18 do diploma, ao falar da responsabilidade solidária do fornecedor por vícios de qualidade e quantidade, dá algumas idéias do que seriam tais vícios: *os que tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária...*. Ora, está claro que estas vagas menções são insuficientes para identificar as desconformidades de um objeto desmaterializado. A título exemplificativo citamos produto bem atual, de utilidade no mundo jurídico: ao adquirirmos um *software* que se propõe a "facilitar as pesquisas de jurisprudências, a fim de otimizar o trabalho do jurista", como se pode dizer, de posse apenas das menções que faz o art. 18, que há uma "falha" no produto esperado? Não vemos como. Acreditamos que uma complementação do artigo, com um parágrafo (ou até mesmo um art. 18-A), que passasse a tratar destas falhas na legítima expectativa do consumidor para os produtos imateriais (por ex., artigo que mencionasse acerca do problema das atualizações das informações e dados do *software* como possível vício de qualidade por inadequação) seria o mais sensato.

²² MARQUES, Cláudia Lima. *Confiança no comércio...* Op. Cit. p. 68 e ss.

Em segundo lugar, ao tratarmos dos contratos não-informáticos (chamados por Cláudia Lima Marques de "contratos eletrônicos *stricto sensu*", pois que servem para adquirir bens materiais, aqueles que obtemos numa celebração contratual por meio tradicional – eletrodomésticos, eletro-eletrônicos, livros impressos etc.), podemos dizer que o §1º do art. 18 não é razoável, por exemplo, ao conceder o prazo de 30 dias para que o fornecedor sane o vício do produto adquirido. Isso porque, quase sempre, o contrato eletrônico se dá entre partes localizadas em regiões distantes do país (já que é comum um esclarecido consumidor da região NE comprar em lojas virtuais da região SE, por possuir maior variedade no produto almejado, e uma diferença de preço razoável). Ora, obviamente que essa distância já é um fator de demora na entrega do produto. Por isso, ao se conceder, ainda, um prazo de mais 30 dias para o fornecedor sanar o vício, não se estaria tutelando o hipossuficiente. O ideal seria reduzir o prazo pela metade para os contratos eletrônicos ou, até mesmo, suprimi-lo, já facultando ao consumidor optar por um dos três incisos insertos do mesmo parágrafo (substituição do produto, restituição imediata da quantia paga ou abatimento do preço).

No que atina ao segundo questionamento, pensamos que não é possível aplicar integralmente o nosso Código de Defesa do Consumidor em matéria de responsabilização do fornecedor por vícios nos produtos adquiridos por meio eletrônico. Ora, tal conclusão é decorrência do que acabamos de expor acima, quanto à necessidade de inclusões e supressões no diploma consumerista, para adaptá-lo à nova realidade da contratação eletrônica.

Por conseguinte, a norma do art. 30 do PL 4906/01, que pressupõe a integral aplicação do CDC ao comércio eletrônico necessita ser ressalvado, como o era na redação original.

Outro caminho, em nosso pensar, seria acrescentar artigos sobre proteção do consumidor no próprio PL 4906/01, já que tal ambiente de contratação é extremamente diverso do tradicional (como já vimos nos pontos anteriores), deixando o CDC aplicável no que não conflitasse com tal lei especial.

6 - CONCLUSÃO

Ao discorrermos acerca da temática dos contratos eletrônicos de consumo, podemos concluir pela insuficiência da regulamentação estabelecida no Projeto de Lei 4.906/01 e no Código de Defesa do Consumidor, não só no que atina ao regime de responsabilização por vícios nos produtos, mas em inúmeros outros pontos que o Projeto regula ou deveria regular. Tal carência, inclusive, levou Cláudia Lima Marques²³ a propor a inclusão de novos artigos ou parágrafos aos já existentes no CDC (arts. 49 bis, 42 bis e 43 bis, além da complementação do art. 33), com o intuito de adaptar três temas do Direito do Consumidor ao comércio eletrônico: dever de informação, de acesso e de perenização do contrato e da possibilidade de identificação de erros na contratação; direito de arrependimento, com novos prazos mais largos, e com vinculação entre o pagamento e o débito de consumo; maior cuidado com os dados coletados no meio eletrônico.

Por fim, devemos louvar as inúmeras iniciativas de projetos de lei que regulem a defesa do consumidor no meio eletrônico, demonstrando a preocupação dos nossos legisladores e especialistas em adequar o Direito à nova realidade, acompanhando as modificações sociais: PL 3545/2004; PL 3432/2004; PL 473/2003; PL 1451/2003; PL 306/2003, entre outros²⁴.

²³ Para maiores informações acerca das propostas da autora, vide "Confiança no Comércio..." p. 289-300.

²⁴ Vide site <<http://www.camara-e.net/PLs/listar.asp?cat=10>>, a fim de obter informações sobre os projetos de lei mencionados, além de outros.

7 - REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do Consumidor*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1999.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Contrato eletrônico no novo Código Civil e no Código do Consumidor*. São Paulo: Manole, 2004.

BARBAGALO, Erica Brandini. *Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores - peculiaridades jurídicas da formação do vínculo*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BAUTISTA, Rafael Velázquez. *Derecho de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones*. Madrid: Editorial Colex, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed.. Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BLUM, Rita Peixoto Ferreira. *Direito do Consumidor na Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto Proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CARVALHO, Ana Paula Cambogi. *Contratos via Internet*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

FULLANA, Antonia Paniza. **Contratación a distancia y defensa de los consumidores**. Granada: Editorial Comares, 2003.

GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

LAWAND, Jorge José. **Teoria Geral dos Contratos Eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LIMA, Clarissa Costa de. Dos vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor e suas repercussões no âmbito da responsabilidade civil. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 51/112-129, jul.-set. 2004.

LÓPEZ, Maria José Reyes. **Derecho de Consumo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MARÍN LÓPEZ, Juan José; MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. **Código sobre Consumo y Comercio**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - arts. 1.º a 74 - aspectos materiais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS, Flávio Alves; MACEDO, Humberto Paim de. **Internet e Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 37-38.

PIMENTEL, Alexandre Freire. **O Direito Cibernético: um enfoque teórico e lógico-aplicativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. **Da responsabilidade por vício do produto e do serviço**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. **Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CDA, WA, CDCA, LCA e CRA: as novas siglas que talvez possam dar futuro risonho ao agronegócio!

Jayme Vita Roso
Advogado
(ver www.vitaroso.com.br)

Pressionado pelos bancos, que encontram fundamentos sólidos nas recomendações do Banco Mundial¹ e no Acordo de Basileia II, para mostrar eficiência, expeditamente, o Governo Federal, através de medida provisória, regulamentou o Certificado de Depósito Agropecuário, o Warrant Agropecuário, o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio, a Letra de Crédito do Agronegócio e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio, convertida na Lei nº 11.076, de 30/12/04².

1. A meu entender, como profissional da área jurídica, o CDA e o WA podem ser considerados como títulos

¹ O Banco Mundial, em recentíssima publicação, enfatiza que o acesso ao crédito é indispensável para a produtividade e o crescimento econômico, sobretudo se destinado a negócios com melhores oportunidades de êxito. Os ganhos macroeconômicos são grandes, além de propiciar a diminuição da pobreza (Banco Mundial, The International Finance Corporation e Oxford University Press, Doing Business in 2005, A Removing Obstacles to Growth, "Getting Credit", p.41-48, Washington, 2005).

² Publicada no D.O.U. de 31/12/04, págs. 1 / 4.

cambiariformes, tendo, todavia, algumas peculiaridades, criadas pela era "paperless", pois, também, poderão ser "escriturais ou eletrônicos, enquanto permanecerem registrados em sistema de registro e de liquidação financeira". Tirando o pecado gramatical, produto da ignorância da língua portuguesa, ou seu desprezo pelos legisladores, é óbvio que os registros se fazem em sistema de registro, para os efeitos de publicidade e para valerem contra impugnações ou reivindicações de terceiros.

De outro lado, é louvável que o legislador tenha conceituado as figuras do depositário, do depositante e da entidade registradora autorizada, fato novo em outros diplomas legais, nos quais a lupa de Sherlock é necessária (a CVM é pró-diga em insinuar, aos intérpretes das suas normas, que busquem cabalistas para entender a legislação que edita).

Outra faceta positiva: embora pecando pela inconsistência o conhecimento legislativo, uma vez que, ao reportar ao CDA e ao WA, no lugar de dizer, no artigo 5º, que os títulos deverão ter certos "requisitos", diz "informações". É pecado grave, pois, em se tratando de títulos cambiariformes, os requisitos para sua constituição são da essência deles. Mas, mesmo sendo lenientes, digamos que, além de bem definir os requisitos (art. 5º), com apurmo e clareza, na Seção II (arts. 6/20), aborda a emissão dos títulos, o seu registro e a circulação deles.

Ressaltam-me, nestes breves comentários, de relevância, que há, formalmente, declaração do depositante "que o produto é de sua propriedade e está livre e desembaraçado de quaisquer ônus" (art. 6, § 1º, I). Como o texto diz que é vinculativa essa declaração, inclusive civil e criminalmente, acrescento, donde começa-se a ingressar na era de que o con-

teúdo da declaração, feita por maior de idade e no livre exercício de suas faculdades, é válida, "enforceable", como gostam de dizer os mauricinhos da advocacia.

Os CDA e os WA, seguindo a tradição do direito cartular, admitem as suas emissões em, pelo menos, duas vias, devidamente numeradas em seqüência. Isso permitirá a circulação dos títulos, dando-lhes até o caráter de meio de pagamento.

Com propriedade foi redigida a norma do artigo 11, que define as responsabilidades do depositário do produto: na guarda, na conservação, na manutenção da qualidade e na da quantidade. Não bastam só essas providências, cabendo-lhe ainda: "entregá-lo ao credor na quantidade e qualidade consignadas no CDA e no WA".

Embora o legislador tenha sido precavido, não me satisfaz que ele tenha provisionado a possibilidade de quem emitir CDA e WA, em desacordo com as disposições legais, ser processado por infringir o art. 178 do Código Penal. Ao longo dos anos, poucas vezes, é verdade, têm ocorrido fraudes na qualidade ou no tipo ou na descrição do produto, por faltar dispositivo que obrigue a prévia certificação do produto. Isso poderia ter sido previsto com a certificação do produto, previamente elaborada e completada, através de laudo, por empresa especializada, o que não é novidade, nos últimos 50 anos, e a custo baixo. Seria um tipo de seguro prévio e específico: menos campo de margem aos estelionatários.

Da circulação, pode-se ainda examinar um aspecto inovador: o registro eletrônico (art. 17, § único), tido esse registro como ativo financeiro, sujeito ao sistema de liquidação de ativos autorizado pelo Banco Central do Brasil.

Da mesma forma, a retirada do produto implicará procedimentos mandamentais, inclusive, e sobretudo, "o credor do CDA providenciará a baixa do registro eletrônico do CDA e requererá à instituição custodiantes o endosso na cártula e a sua entrega (art. 21). Há regras rígidas para isso ocorrer, devendo, por serem ordenatórias, observadas, para que a transmissão de propriedade do produto não seja maculada, pois, assim que feita, extingue-se o mandato que foi conferido, quando se emitiu o CDA, mandato esse irrevogável para transferir ao endossatário a propriedade (art. 6º, § 1º, II).

Todo o processo decorrido para a emissão de CDA e WA deve ser amparado por seguro obrigatório, nos moldes do art. 6º, § 6º, da Lei nº 9973/2000, numa gama variada de ocorrências e, cristalinamente, numa demonstração inequívoca da falência moral dos órgãos públicos, determina: "Art. 22. Parágrafo único. No caso de armazéns públicos, o seguro obrigatório de que trata o *caput* deste artigo também conterá cláusula contra roubo e furto". Ao invés de normatizar esse vexame, o Executivo deveria ter proposto a extinção ou a privatização dos armazéns públicos, pelo menos. E os administradores deles, se tivessem vergonha ou pudor, renunciado, pois o governo e os legislativos sugerem que os armazéns públicos são propensos ou têm fortes tendências a propiciar o roubo ou furto dos produtos sob sua guarda.

2. O regime jurídico dos CDCA, LCA e CRA está disposto, organicamente, nos artigos 23 a 27 da lei em comento.

Enquanto o CDCA e a LCA mantêm afinidade, pelo fato de terem disposições comuns que se lhes aplicam, o CRA foi constituído como um tipo de crédito, pela natureza, tendente a representar modalidade especial por ser destinado à

securitização de direitos creditórios oriundos do agronegócio, com exclusividade (arts. 36 e 37). Essa exclusividade abrange os outros dois, num leque amplo, que merece este destaque: no art. 23, § único, elencam-se: "Os títulos de crédito de que trata este artigo são vinculados a direitos creditórios originários de negócios realizados entre produtores rurais ou suas cooperativas, e terceiros, inclusive financiamentos ou empréstimos, realizados com a produção, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários ou de máquinas e implementos utilizados na atividade agropecuária".

Com o destaque de que a redação é deficiente, inclusive porque busca um inútil preciosismo, a proibidade intelectual obriga a interpretá-la como exclusiva e privativa de negócios agropecuários, que podem ser exclusiva e privativamente realizados entre produtores rurais ou cooperativas. Dizendo, por adição, "e terceiros", em vez de "com terceiros", a malignidade pode conduzir que se emitam os CDCA, LCA e CRA, com barões vinculados a políticos. É abissal a diferença de se dizer "e" em lugar de "com", mesmo porque, na gramática da língua portuguesa, que estudei, conjunção não é preposição.

No ano de 1969, foi promulgada a Resolução nº 63 pelo Banco Central do Brasil, destinada a financiar o ativo fixo e o capital de giro das empresas, mediante o repasse de fundos advindos de bancos estrangeiros, funcionando os bancos locais como repassadores. Houve tanta bandalheira, feita sob a égide dela, que se desmoralizou. Bem à talha dizer-se ter sido aquela Instrução o veículo do endividamento do Brasil, através do sistema bancário, ressaltando-se que, durante anos a fio, apresentou, nos seus balanços, posições artificiais dos negócios e inverídicas informações desses negócios e os fiscais do Banco Central do Brasil "engoliram as fraudes".

Os CDCA e as LCA têm a mesma natureza jurídica, com pequenas distinções, como procurarei esclarecer.

Enquanto os CDCA só podem ser emitidos por cooperativas de produtores rurais e de outras pessoas jurídicas que exerçam a atividade de comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos e insumos agropecuários ou de máquinas e implementos utilizados na produção agropecuária, as LCA, exclusivamente, só podem nascer e entrar no mundo jurídico se emitidas por instituições financeiras públicas ou privadas (arts. 24, § único e 26, § único, respectivamente).

Têm os CDCA e as LCA seis disposições comuns, que se lhes incidem ou aplicam sem restrições ou particulares. Parece-me não pertinente a faculdade contida no artigo 35, propiciando serem criados sob a forma escritural, criando o mecanismo do seu registro "em sistemas de registro e de liquidação financeiros de ativos autorizados pelo Banco Central do Brasil", sendo a entidade registradora responsável pela transferência da titularidade e pela cadeia de endossos (art. 35).

Quando se legisla, a grosso, como aconteceu, a redação da Seção IV, que mira equalizar disposições comuns para os CDCA e as LCA, deveria ser mais esclarecedora, como acabamos de ver, quanto à emissão e registro, não os envolvendo com outras modalidades de negócio e de garantia e, em nenhuma hipótese, colocando no limbo os artigos 1.452, *caput* e 1.453 do Código Civil de 2002. Facultar às partes que façam pactos à parte, seja para justificar as emissões cartulares, seja para outros (vagamente, como se diz no artigo 31), seja para instituir garantias e garantias (artigos 52 e 33), é um risco muito grande. Certamente, os personagens que se envolverão nesses negócios serão precavidos, sendo caso a caso bem exar-

minados, porque, para os bancos, os riscos serão potencializados e, para as empresas, as fraudes podem ser bem engendradas. Rigorosa auditoria jurídica deveria acompanhar negócios *in fieri* ou acabados, para efeitos de balanços sobretudo e de aferição do grau de eficiência da administração nos controles.

3. Dentro da cadeia de negócios e de modalidades de geração cartular, ingressamos nos CRA, que, como os anteriores (CDCA e LCA), são títulos nominativos, de livre negociação, representativos de promessa de pagamento em dinheiro e constituem títulos executivos extrajudiciais. É o que dispõe o artigo 37. No seu parágrafo único, todavia, adverte que "o CRA é de emissão exclusiva das companhias securitizadoras de direitos creditórios do agronegócio, nos termos do parágrafo único desta Lei". Infeliz a redação, porque o mencionado parágrafo nada tem a ver com o tipo de companhia de securitização de direitos creditórios do agronegócio, que está definido como se forma e que finalidade tem, no artigo 38.

A lei alargou, exageradamente, a atuação das companhias que operam os CRA, propiciando-lhes operar com financiamento como instituições financeiras, sem fiscalização do Banco Central do Brasil. É um alerta, porque estas últimas são investidas de poderes para atuar no mercado de capitais, embora o artigo 43 faculte: "o CDCA, a LCA e CRA poderão ser distribuídos publicamente e negociados em Bolsas de Valores e Futuro e em mercados de balcão organizados, autorizados a funcionar pela Comissão de Valores Mobiliários". Pode ocorrer que, fora desses dois balizamentos, se recrie, outra vez, o famigerado mercado de agiotagem privada, que desgraçou em muito a economia do agronegócio em passado não longínquo.

4. Coerente com a forma ou critério de normatizar os títulos, antes abordei que a Lei n.º 11.076/04 harmonizara as disposições comuns do CDCA e da LCA, nos artigos 28 a 35, e ela o fez aqueles com o CRA, nos artigos 41/44.

A redução à tabula rasa dos denominadores comuns entre os três é eficiente e obedece à mesma sistematização alocativa, quanto às disposições comuns ao CDCA e à LCA, e encerram, na Seção IV, as comuns aos três títulos CDCA, LCA e CRA (Seção VI). Questiono unicamente que, nessa lei, as disposições entre Capítulos, Seções e Subseções poderiam ter tido o cuidado de obedecer ao critério de coerência seqüencial, uma vez que temos tudo tecido da forma não prática, para exame e, sobretudo, na aplicação operacional.

Antes de ingressar nos critérios das disposições comuns aos três títulos, ressalto a persistência do legislador pátrio, no seu labor, a remissão do intérprete a outras normas - por sorte, ainda em vigor - para o entendimento ou esclarecimento de um determinado conceito, ou termo, ou situação jurídica.

Pontualizando:

a) no artigo 4.º, I, ao buscar definir o termo depositário, faz uma confusão redacional, obrigando a uma parada obrigatória, neste exame. Convenhamos não ser um primor de redação, bem como confuso, o que nele consta: "I- depositário: pessoa jurídica apta a exercer as atividades de guarda e conservação dos produtos especificados no § 1.º do art. 1.º desta Lei, de terceiros e, no caso de cooperativas, de terceiros e de associados, sem prejuízo do disposto nos arts. 82 e 83 da Lei n.º 5764, de 16 de dezembro de 1971".

b) Adiante, no art. 5.º, III, nas "informações", do que

deve constar no CDA e no WA, diz: "menção de que o depósito do produto sujeita-se à Lei n.º 9973, de 29 de maio de 2000, a esta Lei e, no caso de cooperativas, à Lei n.º 5764, de 16 de dezembro de 1971".

c) Já na Subseção II, "Das Companhias Securitizadoras de Direitos Creditórios do Agronegócio e do Regime Fiduciário", nos artigos 39 e 41, reporta-se aos artigos 9.º a 16 e 18 a 20 da Lei n.º 9514, de 20 de novembro de 1997 e, no parágrafo único do art. 43, à Lei n.º 6385, de 7 de dezembro de 1976, o que lhe dispuser.

O que ressumbra de gravíssimo é a preguiça legislativa de redigir uma norma, referindo-se, genericamente, como diz, e teima em se reportar "ao disposto", pois não mostra a necessária seriedade de quem o faz. Primeiro, complica o entendimento da que é examinada; segundo, num país, como o nosso, em que se legisla despudoradamente, referir-se ao disposto noutra lei, sem dizer em que artigo, é manifestação de falta de probidade ou desconhecimento de como se procede a feitura de um texto legal (pelo menos, na redação).

Findas essas considerações, verdadeiro brado contra a precária redação das leis brasileiras, retorno às disposições comuns ao CDCA, à LCA e ao CRA.

Todos podem ser objeto de cessão fiduciária em garantia de direitos creditórios do agronegócio (art. 41); todos podem ter "cláusula expressa de variação do seu valor nominal, de que seja a mesma dos direitos creditórios a ela vinculados" (art. 42); podem ser distribuídos e negociados em Bolsas de Valores e de Mercadorias e Futuros e também em mercados de balcão, estes últimos autorizados a funcionar pela CVM (art. 43) e todos devem conter "endossos completos", dispen-

sado o protesto cambial para assegurar direito de regresso contra endossantes e avalistas (art. 44).

A redação do *caput* do art. 44 acrescentou novidades, mostrando que é de ter saudade de quem redigiu a Lei n° 2044/1908, sobre letras de câmbio e notas promissórias. Sobre conhecer a língua portuguesa e a técnica de redigir leis concisas e coerentes, seu redator conhecia direito cambial. Aqui, no artigo 44, o legislador contemporâneo manda aplicar ao CDCA, à LCA e ao CRA, "no que for aplicável" (*sic*), as normas de direito cambial e faz as modificações acima, alterando-as. Por isso, desde o início, os CDCA, as LCA e os CRA chamei de títulos cambiariformes, expressão carinhosa do inigualável e já esquecido Pontes de Miranda, para as duplicatas mercantis e de serviços.

5. A mitologia grega criou a figura do labirinto, sendo famoso o da Ilha de Creta. Passados anos, o substantivo labirinto passou, figurativamente, a ser sinónimo de "beco sem saída", ou lugar ou situação onde a saída é difícil de ser encontrada. Alçou outras sedes, passando à investigação freudiana, como *cogito*.

Não é que o Capítulo III, o derradeiro da Lei n° 11.076/04, cuidando das Disposições Transitórias e Finais, empana o esforço empregado na sua disputa política, para que ela viesse ao mundo. É um labirinto, que poderia ter sido evitado na sua construção, se os legisladores fossem mais aplicados ao seu labor, afinal, trabalham pouco, fazem muito ruído e ganham demais pela qualidade de seus produtos.

A parte final contém dez artigos apenas, mas o suficiente para produzir mil e uma dúvidas, criar incertezas, postergar a sua aplicação para as dúvidas e as incertezas a serem dirimi-

das, quiçá, entendidas, antes de executados os ditames da lei em documentos próprios e antes das instituições financeiras começarem a operacionalizar com esses títulos: dar-lhes, como apoio ao agronegócio, a sua introdução no mercado.

(I) No art. 45, postergando a adaptação às normas previstas no art. 2° da Lei n° 9973/00 aos armazéns gerais que não atendam aos "requisitos mínimos" (por que não os máximos?), ou os que não podem fazê-lo, terão dois anos para cumprir o que foi determinado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e, a partir de então, se atenderem os requisitos do art. 2° da Lei n° 9.973/00, esses armazéns gerais emitirão CDA e WA. Ora, quem deixar de atender, ou não quiser, ou não puder cumprir o que lhe foi determinado, como ficarão, se já emitiram CDA e WA? E, ao invés dessa leniência nacional, por que o legislador não obrigou aos que, ainda, não conseguiram a certificação, se a Lei n° 9973/00 tem quase cinco anos e eles não a cumpriram, atende aos requisitos, ao revés de dar-lhes a clássica "colher de chá"?

(II) Ainda vigente o centenário Decreto n° 1102/1903, os armazéns gerais não poderão emitir Conhecimentos de Depósitos e Warrants de produtos agropecuários, seus derivados, subprodutos e resíduos económicos (art. 1°, § 1°, da Lei n° 11.076/04), devendo observar-se, todavia, o art. 55, II, da Lei em exame, ou seja, eles poderão emitir ditos documentos, a partir de 365 dias da publicação dessa lei, ou seja, podem começar a fazê-lo no dia 1° de janeiro de 2006. Precisava tudo isso, com remissão a artigos e a permissão posterior?

(III) Ao mudar a redação do *caput* do art. 82, da Lei n° 5764/71, a novel legislação amplia a noção de cooperativa, a clássica, para conceder-lhe a possibilidade de, se se dedicar a vendas em comum (*sic*), registrar-se como armazém geral e,

mais ainda, caso queira ir além, trabalhando nas atividades elencadas pela Lei n° 9973/00, a qual também opera subsequentemente, enquanto armazém geral, com a emissão de Conhecimento de Depósito, *Warrant*, CDA e WA. Se é cooperativa, deverá operar somente com produtos de seus associados, quer mantenha seus armazéns, próprios ou não. Não se lhes inibe a emissão de outros títulos, privativa de suas atividades regulares.

(IV) Em a alínea acima (I), o legislador autoriza os armazéns que não obtiveram a certificação obrigatória do art. 2° da Lei n° 9973/00, a emitir títulos CDA e WA, por dois anos. No art. 48, é modificada a própria Lei n° 9973/00, dando-se nova redação ao § 3°, art. 6°, para permitir que "o depositário e o depositante poderão definir, de comum acordo, a constituição de garantias, as quais deverão estar registradas no contrato de depósito ou no Certificado de Depósito - CDA". Com isso, remete-nos à necessidade de cuidar, com apuro, das conseqüências, porque segundo o art. 5°, XIV, é requisito formal do CDA: "... qualificação da garantia oferecida pelo depositário, quando for o caso".

No art. 48, ao mudar o § 3°, do art. 6°, da Lei n° 9973/00, sugerem-se garantias (no plural) e no art. 5°, XIV, desta novel lei, sugere-se garantia (no singular). A forma no plural constringe as partes, quando negociarem? Parece-me que sim.

Além disso, não modificando só o art. 6°, no § 3°, mas, acrescentando o § 7°, para dizer que isso não se aplica às cooperativas, na constituição das garantias, para com os associados, o legislador não pode levar as cooperativas à insolvência (v.g., Cotia, no recente passado), quando operava sem garantia, com os associados?

(V) Ao alterar o art. 2°, da Lei n° 8427/92, no § 1°, inciso II e no § 3°, embora a intenção pareça louvável, mos-

trando à calva a influência decisiva do Ministério da Agricultura, como corolário do que fez em todo o texto, investe na intervenção do Poder Público no mercado, uma vez que prescreve: "II- no máximo, a diferença entre o preço de exercício em contratos de opções de venda de produtos agropecuários lançados pelo Poder Executivo ou pelo setor privado e o valor de mercado desses produtos", para concluir: "§ 3°. A subvenção a que se refere este artigo será concedida, mediante a observância das condições, critérios, limites e normas estabelecidas no âmbito do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, de acordo com as disponibilidades orçamentárias e financeiras existentes para a finalidade". É intervenção direta do Governo no mercado, que entendo necessária e salutar.

Esse § 3°, se estivéssemos no regime da Constituição de 69, entenderíamos como norma de impulso econômico, pelo Governo, que, diante da importância que representa o agronegócio, inclusive, poderá usar ou provisionar verbas orçamentárias ou disponibilidades financeiras para manter preços, embora isso não esteja na lei, ou para enfrentar situações adversas no mercado do agronegócio. É um caminho que parece adequado, uma vez que as receitas de exportação decorrentes do agronegócio são substanciais e decisivas para o conjunto da Política Econômica e equilibra os preços de produtos essenciais à alimentação, sem provocar possíveis aumentos na inflação.

(VI) Como não poderia estar ausente, a Cédula de Produto Rural (CPR) foi lembrada e, o que é louvável, inserida no sistema que essa lei instituiu, para adaptá-la aos novos procedimentos.

Da sua normatização, consolidada na Lei n° 8929, de 22 de agosto de 1994, ao artigo 19 foram acrescentados os §§ 3°

e 4º, com o escopo de esclarecer que a CPR registrada no sistema de ativos do Banco Central do Brasil terá características assemelhadas às anteriores, assim sintetizadas: a) a CPR será cartular, antes do registro e após a baixa; escritural ou eletrônica quando registradas em sistema de registro e de liquidação financeira; b) quando eletrônica, os negócios ocorridos com ela não serão transcritos no verso dos títulos e c) quem (entidade) a registrar é responsável pela manutenção da cadeia de negócios ocorridos, na entidade que a registrou (idem, ao que consta nos artigos 19 e 20, 35, I e seu § único, desta Lei nº 11.276/04).

(VII) Enquanto que o art. 52 regulamenta a Taxa de Fiscalização (instituída pela Lei nº 7940/89), esperando a sociedade que o fato de ser paga acontecerá com diligência, seriedade e eficácia; no art. 53, inova, quando ao modificar os arts. 22, § único e 38, da Lei nº 9514, de 20 de novembro de 1997, permite que pessoa física contrate, antes só privativa da jurídica, que operasse no Sistema Financeiro, inclusive, sobre bens enfitéuticos e a realização de atos de transferência, constituição, modificação ou renúncia de direitos reais ou imóveis, por instrumento particular, com efeito de escritura pública, ou por ela mesma. Aqui, outra vez, recordo. Se o Governo cobra imposto de fiscalização e não o faz, em caso de quebra ou intervenção ou liquidação de qualquer ente vinculado ao Sistema Financeiro, pode ser responsabilizado (negligência, má-fé ou dolo).

(VIII) Salutar, sob qualquer ótica, essa institucionalização de instrumentos legais que permitem impulsionar os agronegócios no Brasil, sobretudo porque poderá haver maior canalização de recursos privados para esta área, não se esquecendo da existência e da importância da agricultura familiar, tão carente de recursos financeiros e apoio técnico.

Augura-se que o futuro mostre que os agentes econômicos e os financeiros se unam e utilizem estes novos instrumentos para o bem, unicamente. E que exista vigilância por parte dos fornecedores de recursos (sobretudo interna) e que o Governo, que ganha para fiscalizar, não crie ou apresente excusas, se algum evento ocorrer por infringência legal e resultem danos a quem quer que seja, se ele foi culpado (como ente).

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO DEPÓSITO RECURSAL PRÉVIO DA ESFERA ADMINISTRATIVA

José Carlos Arruda Dantas

Procurador do Estado de Pernambuco.
Professor da Escola Superior da Magistratura - ESMAP. Advogado. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE.

Autor dos artigos: Controle de Constitucionalidade de Leis: aspectos doutrinários (*Revista da ESMAP* n. 07); Habeas Corpus na Justiça do Trabalho (*Revista CONSULEX*); A(des)necessidade da firma reconhecida no instrumento procuratório "ad judicia" (*Revista da ESMAP* n. 08) e Tutela cautelar e tutela antecipatória: elementos de distinção (*Revista da ESMAP* n. 09).

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. 3 - DO DEPÓSITO RECURSAL. 4 - DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. 5 - DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. 6 - DA JURISPRUDÊNCIA. 7 - CONCLUSÕES. 8 - REFERÊNCIAS

1 - INTRODUÇÃO

Escolhemos como objeto deste artigo o exame acerca da constitucionalidade do depósito recursal prévio nos recursos administrativos. E, como se sabe, inúmeras normas condi-

cionam o exame do recurso administrativo à comprovação da efetivação do prévio depósito recursal.

Essa prática não é nova entre nós e a cada inovação legislativa que passa a exigí-la ressuscita o debate. Recentemente, através da Lei Estadual n.º 11.903/00, o Estado de Pernambuco passou a exigir o depósito prévio de 20% (vinte por cento) do valor da quantia que se discute como requisito de admissibilidade recursal.

Há vozes, notadamente do meio empresarial, que se opõem à obrigatoriedade do mencionado depósito, alegando, na esfera judicial, em síntese, que tal imposição viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assim, no trato do tema, inicialmente, examinaremos os conceitos fundamentais relacionados ao tema, para, em seguida, analisarmos os princípios constitucionais diretamente vinculados, mais precisamente, ao princípio constitucional da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau, procurando fixar seus alcances quer seja na esfera administrativa quer seja na judicial.

E, como se demonstrará, a exigência dessa caução na esfera administrativa, para fins de interposição de recurso, não viola ditos princípios. ao revés, prestigia os da proporcionalidade e da capacidade contributiva, da igualdade das partes, além do contido no art. 151, incisos II e III do CTN.

Tal exigência revela-se verdadeiro pressuposto objetivo de admissibilidade recursal. Assim a falta do prévio depósito impede que o órgão julgador administrativo conheça do recurso, porventura interposto.

2 - DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Atualmente, em nosso ordenamento jurídico, o contencioso administrativo, notadamente o tributário, pode ser exercido por autoridades administrativas ou judiciais ou, ainda, simultaneamente, em ambas as esferas. É o que se denomina de sistema de jurisdição una, com a existência de Tribunais Administrativos, desprovidos de função jurisdicional. Não exercem, pois, tais Tribunais atividade judicante, como também não têm o poder de proferirem decisões imutáveis, pois, estão e estarão sempre suas decisões sujeitas ao exame e ao julgamento por parte dos órgãos jurisdicionais.

Entretanto, no sistema constitucional anterior, regido pela Carta de 1967, com a redação dada pela Emenda n.º 01, de 1969, e, mais precisamente, pela Emenda n.º 07/77, não se aplicava no Brasil o sistema de jurisdição una. Havia a previsão, atrelada sua regulamentação à lei complementar, de um contencioso administrativo (art. 111 da CF de 1967); bem como, permitia-se o condicionamento do ingresso em juízo ao esgotamento prévio das vias administrativas. Contudo, impunha-se a não exigência de garantia de instância, nem a ultrapassagem do prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias para a decisão sobre o pedido (§4º do art. 153 da CF de 1967).

Embora não tenha sido editada dita lei complementar, a previsão constitucional de dualidade de jurisdição (administrativa e judicial) existia na prática. Este modelo de contencioso administrativo se assemelhava ao existente na França, onde havia uma indiscutível dualidade de jurisdição.

Outrossim, vale lembrar que a decisão de primeira instância administrativa substituiria a decisão de primeira

instância judicial. Não havendo mais a possibilidade de se retornar à fase probatória ou, ainda, de trazer novos fatos que pudessem exercer influência na decisão a ser proferida pelo Tribunal¹, o Poder Judiciário apenas participava do julgamento em instância recursal.

3 - DO DEPÓSITO RECURSAL

Inúmeras leis infraconstitucionais prevêem, como condição de recorribilidade das decisões administrativas, o depósito prévio do valor da causa, da condenação ou da quantia que se discute.

Essa exigência prévia e obrigatória de realização do depósito recursal, comumente encontrada nas normas referentes aos procedimentos administrativos, evidencia-se como verdadeiro pressuposto objetivo de admissibilidade recursal.

Como se sabe os pressupostos processuais recursais se subdividem em objetivos e subjetivos. Estes, referem-se à pessoa que está recorrendo. Aqueles, referem-se ao recurso em si mesmo considerado, e se subdividem em gerais, que seriam a recorribilidade do ato decisório, a tempestividade, a singularidade recursal e a adequação; e específicos, correspondentes ao processo e procedimento de cada espécie recursal.

Cumpra-se destacar que a aludida exigência somente se aplica às pessoas jurídicas. Há uma total exclusão das pessoas naturais dessa exigência, o que não altera em nada sua natureza, quer seja ela constitucional ou inconstitucional.

A principal assertiva acerca da inconstitucionalidade dessa exigência repousa na alegação de que se estaria violando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assim, para que possamos esposar ou espancar qualquer das correntes existentes mister se faz que tenhamos alguns comentários acerca desses princípios, para posteriormente nos posicionarmos.

4 - DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO

O direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório tem por escopo oferecer aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, o direito à reação contra atos desfavoráveis, momento esse em que a parte interessada exerce o direito à ampla defesa, cujo conceito abrange o princípio do contraditório².

A observância da ampla defesa ocorre quando é dada ou facultada a oportunidade à parte interessada de ser ouvida e a produzir provas, no seu sentido mais amplo, com vista a demonstrar a sua razão no litígio.

Nesse sentir, destacamos o pensar de **Ada Pellegrini Grinover**³, "... a Constituição Federal não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, punitivos e não punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes.

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. I, p. 533.

² Do direito de defesa em inquérito administrativo, p. 84-85.

¹ CASTRO, Alexandre Barros. Procedimento Administrativo Tributário. São Paulo: Atlas, 1996. p. 89.

Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativo se anteponham face a face, numa posição contraposta*.

Na verdade, o princípio da ampla defesa assegura aos litigantes a livre produção das provas, a ciência dos atos processuais, o direito de vista dos autos, de modo que, sendo impedido de exercer a sua defesa no processo terá, em seu favor, o reconhecimento da nulidade de tais atos, face ao desrespeito à previsão constitucional.

Segundo o magistério de Nelson Nery Júnior: "Por contraditório deve entender, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes; e de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam favoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos**".

Em síntese, podemos dizer que contraditório significa direito à ciência e à participação, participar conhecendo, participar agindo. Assim, como demonstrado, sob o pálio da vigente Constituição, não viola os princípios da ampla defesa e do contraditório a exigência do depósito prévio como pressuposto de admissibilidade recursal, posto que, ter-se-ia,

* NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios de Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 122-123.

quando da instauração o processo administrativo aberto à oportunidade de defesa ampla e participação ao administrado.

No entanto, não se pode aceitar que, diante da existência e previsão constitucional do princípio da ampla defesa, o litigante, no processo administrativo, não se submeta a determinadas limitações e condicionamentos de ordem processual.

Destaque-se que no processo administrativo estadual (Lei n.º 10.654/91 e alterações posteriores), após a lavratura da Notificação de Lançamento, é facultado ao notificado o direito de apresentar defesa no prazo azado na legislação supra, sem nenhuma limitação ou requisito de admissibilidade. Evidencia-se, portanto, que inexistente qualquer empecilho ou restrição ao exercício da ampla defesa ou do contraditório.

Em sede administrativa fiscal, não se faz necessária que a plenitude de defesa se estenda às vias recursais.

Nas hipóteses de cobrança de tributos, o contribuinte, ao impugnar um lançamento tributário, exerce o seu direito de defesa perante a autoridade administrativa, podendo se valer, caso não se conforme com a decisão da mesma, de recurso junto ao respectivo Tribunal Administrativo Tributário. Os recursos administrativos vão buscar, no Direito Processual Civil, a sua natureza jurídica e os seus pressupostos legais de admissibilidade.

5 - DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

A noção de recurso, melhor delineada na Idade Média, possui remotos antecedentes no direito romano, que já previa a existência de determinados instrumentos para o reexame de decisões judiciais. Os institutos denominados *appellatio*, *restitutio*

in integrum e querela nullitatis são os antepassados dos atuais recursos e ações autônomas de impugnação.

O direito processual pátrio consagra, na Constituição, códigos e leis esparsas, um sistema de recursos (cíveis, administrativos, penais e trabalhistas). Todos estes recursos estão vinculados ao princípio do duplo grau de jurisdição, que possibilita à parte sucumbente pedir o reexame da decisão que lhe foi desfavorável para outra instância judicial ou administrativa de categoria superior, em geral, mais habilitada para empreender uma nova análise da causa.

Expressivo número de processualistas ressalta o caráter psicológico vinculado à idéia de recurso. A parte vencida no primeiro grau não se contenta, na maioria dos casos, por força do inconformismo humano, com apenas uma apreciação da causa. A isto acresce-se a possibilidade presente de decisões ilegais e injustas, seja em decorrência de equivocada interpretação/aplicação da lei, seja diante da circunstância da autoridade ter laborado sob a influência de interesses escusos, ou em outras hipóteses semelhantes.

Dai a possibilidade de reexame da matéria por um órgão hierarquicamente superior, composto, em tese, por juízes mais experientes.

Contudo, é assente o entendimento de que o duplo grau de jurisdição pode ser limitado pela Administração quando da revisão de seus atos, haja vista não ter acento constitucional.

Com lastro nas lições de Wagner Giglio⁵ e Manoel A.

Teixeira Filho⁶, podemos afirmar que o texto constitucional não estabelece a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição⁷, mas apenas garante a utilização dos recursos próprios e adequados (inerentes) à ampla defesa, nos casos e termos fixados pela legislação ordinária.

A aceitação lógica do duplo grau de jurisdição não é algo absoluto e intangível, ficando sua regulamentação e cabimento para a lei ordinária, que pode, em determinados casos, vetá-los simplesmente.

Isso se dá, porque a permanência da discussão na via administrativa é uma faculdade, e não um direito, uma vez que o interessado sempre terá livre acesso ao Poder Judiciário.

Ademais, com a decisão da primeira instância administrativa, o administrado já terá a posição da administração em relação a sua pretensão.

O que a Constituição assegura junto aos poderes públicos é o direito de petição que não se confunde com o exercício recursal em múltiplas instâncias administrativas de conhecimento, no mais das vezes, com o mero desiderato de obter efeito suspensivo em sua exigibilidade independente de garantia, adiando o lançamento definitivo, contando com a proverbial demora de julgamento em órgãos assoberbados por invencível acúmulo de processos.

⁵ TEIXEIRA FILHO, Manoel A. *Sistema dos Recursos*. 4. ed. São Paulo: LTr, s.d. p. 46-47.

⁷ Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 210.243-1/DF.

⁵ GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, s.d. p. 359.

Nelson Nery Júnior, sobre a matéria, ensina que:

"A diferença é sutil, reconhecamos, mas de grande importância prática. Com isto queremos dizer que, não havendo garantia constitucional do duplo grau, mas mera previsão, o legislador infraconstitucional pode limitar o direito de recurso, dizendo, por exemplo, não caber apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 ORTNs (art. 34 da Lei nº 6.830/80).

Estes artigos não são inconstitucionais justamente em face da ausência de 'garantia' do duplo grau de jurisdição⁸.

...

E no Brasil, é a própria Constituição Federal que dá a tônica, os contornos e os limites do duplo grau de jurisdição. Assim, para que se efetive o binômio segurança – justiça, os litígios não poderiam perpetuar-se no tempo, a pretexto de conferirem maior segurança àqueles que estão em juízo buscando a atividade jurisdicional substituidora de suas vontades. O objetivo do duplo grau de jurisdição é, portanto, fazer adequação entre a realidade no contexto social de cada país e o direito à segurança e à justiça das decisões judiciais que todos têm de acordo com a Constituição Federal. Essa é a razão por que a nossa Constituição não garante o duplo grau de jurisdição ilimitadamente, como o fez a do Império, de 1824, regra que não foi seguida pelas demais Constituições brasileiras⁹.

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Op. Cit.*, p. 145.

⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*, 1997. p. 124.

Em defesa dessa tese, destacam os doutos inúmeras normas em plena vigência e aplicabilidade que limitam, de alguma forma ou, se não, vedam o duplo grau de jurisdição, a saber:

Não cabe recurso de apelação nas execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN (art. 34 da Lei nº 6.830/80);

Das decisões proferidas pelos juizados especiais criados pela Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, não cabe recurso para o Tribunal de Justiça e Superior Tribunal de Justiça; dos despachos de mero expediente não cabe recurso, consoante dispõe o art. 504 do Código de Processo Civil; dentre outras limitações ao direito de recorrer existentes no nosso ordenamento, sem ferir o inciso LV do art. 5º da Constituição da República de 1988.

O art. 8º da Lei nº 8.542, de 23 de dezembro de 1992, que alterou o art. 40 da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, que estabelece o depósito recursal para a admissibilidade dos recursos no processo trabalhista, teve a sua eficácia mantida pelo Supremo Tribunal Federal, ao indeferir pedido liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 836-6, impetrada pela Confederação Nacional da Indústria.

O art. 93 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que impõe como requisito para o seguimento do recurso, de processo originado por infração de obrigação acessória previdenciária, o depósito prévio de 100% do valor da multa atualizada monetariamente. Mais uma vez, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o pedido liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.049-2, o indeferiu, mantendo a eficácia desse dispositivo.

No processo do trabalho temos o não menos comentado art. 2º, § 4º, da Lei nº 5.584/70, que veda qualquer recurso contra sentenças proferidas nos dissídios de alçada (até dois salários mínimos), salvo se versar sobre matéria constitucional, com a finalidade de dinamizar as ações trabalhistas, o que só não foi atingido a contento porque o valor de dois salários mínimos é baixo e só atinge alguns feitos trabalhistas (este valor, como se vê, é bem inferior àqueles limites criados pelas Leis nºs 6.825 e 6.830/80).

A obrigatoriedade, nas questões previdenciárias, de efetivação do depósito recursal da ordem de 30% (trinta por cento) da exigência fiscal está definida na decisão administrativa, como requisito para interposição de recurso previsto nos §§ 1º e 2º, do artigo 126, da Lei nº 8.213/91, introduzidos por ocasião da reedição da Medida Provisória nº 1608-11, de 05 de fevereiro de 1998. Dita Medida Provisória veio a ser substituída pela de nº 1.973-61, de 04 de maio de 2000, onde permaneceu a exigência compulsória do depósito no percentual referido como condição de admissibilidade do recurso do contribuinte na esfera administrativa.

Portanto, nos termos acima expostos, não há que se falar em violação ao texto constitucional e à ampla defesa quando a legislação específica estabelece como requisito de admissibilidade do recurso administrativo a exigência do depósito prévio.

O que se afigura indispensável destacar no presente trabalho é que, embora tenha a Constituição Federal assegurado o contraditório e a ampla defesa aos litigantes em processo administrativo ou judicial, não se pode acatar o argumento de que qualquer norma inferior que reclame o prévio depósito, no todo ou em parte, dos valores impugnados, para que seja

possível a interposição de recurso à instância decisória superior, estará vulnerando, frontalmente, os citados princípios, explicitamente consignados em nosso ordenamento constitucional.

Não se diga também que a exigência do depósito prévio atenta contra o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), posto que ao contribuinte é dada a oportunidade de obter uma apreciação de sua situação, na esfera administrativa, podendo, ainda, pleitear a apreciação em tela, na esfera do Poder Judiciário.

Por fim, cabe tecer alguns comentários em torno da exigência do depósito prévio, nos recursos administrativos, à luz do contido no artigo 151, II e III, do Código Tributário Nacional.

Ao teor desse artigo verificasse que somente se suspende a exigibilidade do crédito tributário quando o depósito for integral e em dinheiro, conforme, inclusive, se encontra previsto na Súmula nº 112, do Superior Tribunal de Justiça.

Nesses casos, o depósito gera o efeito suspensivo, de modo a impedir a execução judicial. Por outro lado, este depósito é uma mera faculdade do contribuinte, que pode efetua-lo ou não, seja nos autos da ação principal ou em ação autônoma.

Assim, a prévia exigência do depósito recursal homenageia o contido nos dispositivos supra. Por conseguinte, incumbe a cada ente político estabelecer, nos termos do previsto no Código Tributário Nacional, as condições, os limites e as situações em que poderão ser oferecidos impugnações ou recursos.

6 - DA JURISPRUDÊNCIA

Os Tribunais pátrios divergiam a respeito da constitucionalidade da imposição de depósito, como condição para a admissibilidade de recurso, em diversas espécies de procedimentos administrativos.

A imposição do prévio recolhimento de parte do crédito tributário, ainda em debate, para que o administrado, na condição de contribuinte, possa exercer o direito da ampla defesa, é repudiável. Ao legislador infraconstitucional não se admite criar restrições ou dificuldades na utilização de direitos consagrados constitucionalmente, promovendo pressuposto de admissibilidade recursal administrativa, de ordem pecuniária¹⁰.

Enquanto alguns Tribunais não admitiam restrições à chamada primeira instância administrativa, outros entendiam que "a exigência de depósito prévio não viola o direito à ampla defesa, uma vez que o princípio do duplo grau de jurisdição não é absoluto, comportando limitações de ordem infraconstitucional. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em virtude de reclamações e recursos administrativos, deve ser exercida 'nos termos das leis e regulamentos administrativos'. O recurso administrativo é uma faculdade do contribuinte, sendo-lhes assegurada a via judicial, não se podendo atribuir ao depósito prévio, o caráter de taxa ou de confisco"¹¹.

Contudo, esse embate ficou prejudicado, após manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca da compatibilidade

¹⁰ TJRJ - Agravo de Instrumento nº 2830/2000 (19072000) - 11ª Câmara Cível - Relator: Des. Cláudio de Mello Tavares - J. em 08.06.2000.

¹¹ TRF/3ª REGIÃO - Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.61.12.002934-8 - SP - Relatora: Des. Therezinha Cezario - J. em 09.02.2000.

das normas que versam sobre o depósito recursal na esfera administrativa com o ordenamento constitucional vigente.

CONSTITUCIONAL RECURSO ADMINISTRATIVO. MULTA. DEPÓSITO PRÉVIO. ART. 93 DA LEI Nº 8.212/91.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 210.246, decidiu pela constitucionalidade da exigência do depósito do valor da multa, como condição de admissibilidade do recurso administrativo. Precedentes. Recurso extraordinário conhecido e provido.^{12*}

7 - CONCLUSÕES

1. A Carta Política de 1988 adotou o sistema de jurisdição una, espancando a dualidade existente na Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda nº 01, de 1969, e, mais precisamente, pela Emenda nº 07/77;

2. A ampla defesa e o contraditório têm por escopo oferecer aos litigantes, seja em processo judicial ou administrativo, o direito à reação contra atos desfavoráveis. Sua observância ocorre quando é dada ou facultada a oportunidade à parte interessada de ser ouvida e a produzir provas, no seu sentido mais amplo, com vista a demonstrar a sua razão no litígio;

3. Não viola os princípios da ampla defesa e do contraditório a exigência do depósito prévio como pressuposto de admissibilidade recursal;

¹² 1ª Turma - Recurso Extraordinário 280941/MG - Relator: Min. Ilmar Galvão - julgado em 03 de outubro de 2000 - publicado no Diário da Justiça da União em 09 de fevereiro de 2001.

4. Nas hipóteses de cobrança de tributos, o contribuinte, ao impugnar um lançamento tributário, exerce o seu direito de defesa perante a autoridade administrativa, podendo se valer, caso não se conforme com a decisão da mesma, de recurso junto ao respectivo Tribunal Administrativo Tributário;

5. Em sede administrativa fiscal, não se faz necessária que a plenitude de defesa se estenda às vias recursais;

6. O texto constitucional não estabelece a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, apenas garante a utilização dos recursos próprios e adequados (inerentes) à ampla defesa, nos casos e termos fixados pela legislação ordinária;

7. A permanência da discussão na via administrativa é uma faculdade, e não um direito, uma vez que o interessado sempre terá livre acesso ao Poder Judiciário;

8. Com a decisão da primeira instância administrativa, o administrado já terá a posição da administração em relação a sua pretensão;

9. A Constituição assegurada junto aos poderes públicos é o direito de petição que não se confunde com o exercício recursal em múltiplas instâncias administrativas de conhecimento, no mais das vezes, com o mero desiderato de obter efeito suspensivo em sua exigibilidade, independente de garantia, adiando o lançamento definitivo, contando com a proverbial demora de julgamento em órgãos assoberbados por invencível acúmulo de processos;

10. Não há que se falar em violação ao texto constitucional e à ampla defesa quando a legislação específica estabelece

como requisito de admissibilidade do recurso administrativo a exigência do depósito prévio;

11. Não se diga também que a exigência do depósito prévio atenta contra o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), posto que ao contribuinte é dada a oportunidade de obter uma apreciação de sua situação, na esfera administrativa, podendo, ainda, pleitear a apreciação em tela, na esfera do Poder Judiciário;

12. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da exigência do depósito do valor da multa, como condição de admissibilidade do recurso administrativo.

8 - REFERÊNCIAS

CASTRO, Alexandre Barros. *Procedimento Administrativo Tributário*. São Paulo: Atlas, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Forense, 1992.

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo. In: *O PROCESSO EM EVOLUÇÃO*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996.

Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Alves. Sistema de Recursos. São Paulo: LTr, 1992.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL NA NOVA LEI DE FALÊNCIA

Karla Virginia Bezerra Caribé

Estudante da Faculdade de Direito do Recife (UFPE). No II Congresso Jurídico de Estudantes de Direito, publicou o trabalho intitulado "O Conselho Tutelar e sua Função de Fiscalizar os Direitos da Criança e do Adolescente".

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO; 2 – DOS ASPECTOS GERAIS ACERCA DA EXTINTA CONCORDATA; 3 – DO SURGIMENTO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL; 4 – DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL; 4.1 – Dos Créditos Atingidos; 4.2 – Do Procedimento; 5 – DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL; 5.1 – Dos Meios de Recuperação Judicial- Planos; 5.2. Dos Créditos Atingidos; 5.3 – Do Comitê de Recuperação e do Administrador Judicial; 5.4 – Da Assembleia Geral de Credores; 5.5 – Do Procedimento; 6 – DA TRANSFORMAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA; 7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS; 8 – REFERÊNCIAS.

1 – INTRODUÇÃO

Depois de 12 anos de tramitação, o projeto da nova Lei de Falências foi aprovado pelo Congresso Nacional, sancionado e promulgado pelo Presidente da República, dando origem à Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. A nova lei substituiu o Decreto-Lei nº 7.661/45, que apesar de ter durante muito tempo regulamentado e disciplinado a matéria

falimentar, não mais estava atendendo às necessidades da sociedade brasileira, em virtude principalmente das mudanças ocorridas na economia e nas práticas empresárias em todo o mundo no derradeiro século.

De uma análise da nova Lei de Falências, verifica-se que seu objetivo maior é permitir que as empresas que se encontrem em dificuldades financeiras se recuperem, assegurando o pagamento dos impostos e das dívidas e preservando os empregos. Entre as principais mudanças trazidas pela nova legislação, pode-se apontar o fim da concordata e a adoção do sistema de Recuperação Judicial e Extrajudicial das empresas em crise econômica, mecanismos que visam a recuperá-las.

Segundo o relator da Lei de Falências, deputado Osvaldo Biolchi¹, o conceito de recuperação de empresa deve ser compreendido não apenas como inovação legal e, sim, como uma evolução na atual forma de tratamento do instituto falimentar, que atualmente carece de credibilidade. "Nesses dias se impetra uma concordata ou uma falência com muita facilidade, observando-se um total abuso do instituto, pois quase 80% das empresas que pedem concordata não se recuperam mais e caminham, fatalmente, para a falência".

Em boa hora, a atitude do legislador em buscar outros meios que viabilizem a recuperação do empresário e da sociedade empresária com dificuldades financeiras. O saneamento, quando necessário, doravante, dar-se-á por meio da recuperação judicial e extrajudicial. A importância deste novo instituto justifica o presente trabalho, que pretende, de forma sucinta, mas suficiente, analisar esta inovação legal.

¹ SANT'ANA, Maristela. O fim da concordata preventiva. Disponível em <<http://www.vps.com.br/egi-bin/asp/Fal/rec01/03rec01.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2005.

2 – DOS ASPECTOS GERAIS ACERCA DA EXTINTA CONCORDATA

A concordata, prevista no DL 7661/45, tinha como objetivo resguardar o comerciante das consequências da falência, evitando a sua decretação, na concordata preventiva, ou suspendendo os seus efeitos, na concordata suspensiva. Não passava, na realidade, de um favor legal consistente na remissão parcial ou dilação do vencimento das obrigações devidas pelo comerciante².

Solicitada a proteção legal da concordata pela empresa interessada, devia esta apresentar alguns documentos e se submeter a um prazo para pagamento de seus débitos (não superior a 24 meses), tudo previsto no antigo decreto-lei. Segundo o artigo 146 desse diploma legislativo, não mais em vigor, os créditos atingidos pela concordata eram apenas os quirografários, ou seja, sem privilégio ou garantia real. Débitos trabalhistas e fiscais, assim como aqueles com garantias reais, não eram protegidos pela concordata.

Uma vez relacionados os valores devidos aos credores quirografários, a empresa deveria requerer uma das modalidades de pagamento previstas no art. 156 do DL 7666/45, obtendo um desconto de 50%, caso optasse pelo pagamento à vista.

Durante o processo de concordata, o devedor continuava administrando a empresa sob a fiscalização de um comissário, a quem competia apresentar relatórios e examinar documentos para garantir o cumprimento legal da concordata, tendo uma

² COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 380.

função meramente fiscalizadora e sem interferência na administração da empresa devedora.

Mesmo ainda em vigor, a concordata vinha sendo objeto de críticas por parte dos operadores do direito, vez que ela estava sendo muitas vezes utilizada como meio de enriquecimento do concordatário, com prejuízos para os seus credores e para o comércio em geral. Além disso, estatísticas revelaram que cerca de 80% das empresas que pediram concordata não conseguiram reverter a situação e acabaram falindo³, o que demonstra a falta de sucesso do instituto como meio de recuperação judicial.

Alguns estudiosos do assunto já defendiam a necessidade de um novo diploma legislativo, regulando de forma diversa a recuperação da empresa, vindo a nova lei de falências a atender, neste aspecto, as perspectivas. O texto da nova lei substitui a concordata pelos institutos da recuperação extrajudicial ou judicial, que passarão a ser analisados.

3 - DO SURGIMENTO DO INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO EMPRESARIAL

A Lei 11.101/2005 inova em matéria de recuperação judicial e extrajudicial, propondo uma nova forma de administração e recuperação de empresas em crise econômico-financeira. Segundo o art. 47 daquele diploma legal, "a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores

e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

De forma clara, Fábio Bartolozzi Autrauskas analisa o espírito da nova Lei de Falências, antes mesmo dela ser aprovada, ao dizer que "a preocupação com o papel social que a empresa exerce na sociedade é a base que justifica todos os esforços no sentido de dar à empresa uma oportunidade de recuperação quando esta se envolve numa situação de falta de liquidez financeira. Essa premissa está acima, inclusive, dos interesses imediatos dos credores"⁴.

A recuperação extrajudicial funciona como uma tentativa do devedor equacionar suas dificuldades com os credores sem uma intervenção judicial mais significativa. Já na recuperação judicial, que pode ser adotada depois de frustrada a recuperação extrajudicial, a intervenção judicial é decisiva. O devedor deverá apresentar um plano de recuperação que será negociado com os credores reunidos em assembléia.

Poderá requerer recuperação judicial e extrajudicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda, cumulativamente, aos requisitos previstos no art. 48 da nova lei.

Todas as sociedades empresárias e os empresários individuais se sujeitarão à recuperação judicial e extrajudicial. A nova lei não alcança as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que estão fora do direito falimentar e se submetem a uma legislação específica. Do mesmo modo, as

³ PÓRTO, Alexandre. Debate sobre o projeto de lei. Disponível em <<http://www.vps.com.br/egi-bin/asp/Fal/rec01/02rec.01.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2005.

⁴ AUTRAUSKAS, Fábio Bartolozzi. Planejamento estratégico para empresas concordatárias e em recuperação judicial. Disponível em <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/td-15122003-113121/-9k>>. Acesso em: 20 fev. 2005.

instituições financeiras públicas e privadas, cooperativas de crédito, empresas de previdência privada e operadoras de planos de saúde, sociedades seguradoras de capitalização e consórcios.

4 - DA RECUPERAÇÃO EXTRAJUDICIAL

De acordo com a nova disposição legal, o envolvimento direto do Judiciário é precedido de uma tentativa de negociação informal entre devedor e credores, por meio de uma proposta de recuperação apresentada pelo devedor a uma assembleia de credores. É o que a lei define como recuperação extrajudicial.

Trata-se, basicamente, de negociar diretamente com os credores novos prazos, juros e formas de pagamento, fora do Poder Judiciário, sendo apenas homologado por este para ganhar força de sentença judicial e ser acatado pelos credores minoritários que discordarem do acordo. Observa-se que a nova lei, ao incluir a recuperação extrajudicial, vem sacramentar uma prática que já existia, embora de modo informal⁵.

Segundo Ricardo Matos Mascarenhas⁶, "na proposta de alteração do regime falimentar nacional, com ênfase particularmente ao que se refere à proposta de recuperação extrajudicial da empresa, observam-se nítidas influências tanto da legislação francesa, que possui uma das mais atualizadas e avançadas concepções de recuperação extrajudicial, datada de 1985, e que rompeu com o sistema tradicional de falências na busca

⁵ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. O Diploma Falimentar Brasileiro. Disponível em <www.noticiaslorenses.com.br/artigos/nf189/online/alex-lima4-189.htm - 11k>. Acesso em: 15 fev. 2005.

⁶ MASCARENHAS, Ricardo Matos Mascarenhas. Novidades no direito falimentar brasileiro: a proposta de recuperação extrajudicial das empresas. Disponível em <www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_dezembro2004/disc03/disc03.doc>. Acesso em: 10 fev. 2005.

de assegurar primordialmente a sobrevivência das empresas, assim como, busca inspiração no modelo americano, também conhecido como o Código de Bancarrota de 1978 onde, em seu capítulo 11 (da Reorganização), disciplina o procedimento através do qual a empresa americana de médio e grande porte tem preferido postular em juízo, quando se encontra em situação de insolvência, a sua reorganização financeira".

4.1 - Dos Créditos Atingidos

Na recuperação extrajudicial, a empresa poderá optar pelos créditos a serem atingidos pelo plano, exceto os de natureza tributária, derivados da legislação do trabalho ou decorrentes de acidente de trabalho, assim como aqueles que decorrem de propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, ou dos decorrentes de adiantamento a contrato de câmbio.

Segundo o art. 161, § 2º da lei, o plano, na recuperação extrajudicial, não poderá contemplar o pagamento antecipado de dívidas nem tratamento desfavorável aos credores que a ele não estejam sujeitos.

4.2 - Do Procedimento

De acordo com a Lei nº 11.101/05, a apresentação de proposta de plano de recuperação extrajudicial não mais caracteriza ato de falência, tal como ocorria na vigência da legislação anterior.

Realizado acordo com os credores, o devedor deverá pleitear a homologação do plano para que este produza seus

efeitos jurídicos. Segundo determina a lei, em seu art. 61, § 3º, o devedor não poderá requerer a homologação de plano extrajudicial, se estiver pendente pedido de recuperação judicial, se houver obtido tal recuperação ou se existir homologação de outro plano de recuperação extrajudicial há menos de 2 (dois) anos.

Para requerer a homologação em juízo do plano de recuperação extrajudicial, deve o devedor juntar a justificativa e o documento que contenha os termos e condições do plano, com as assinaturas dos credores que a ele aderiram, além de outros documentos previstos no art. 63, § 6º da lei supracitada. O plano pode abranger todos os credores de uma determinada classe, desde que contenha a assinatura dos credores que representem mais de 3/5 (três quintos) de todos os créditos de cada espécie.

Recebido o pedido de homologação do plano de recuperação extrajudicial, ordenará o juiz a publicação de edital no órgão oficial e em jornal de grande circulação nacional ou das localidades da sede e das filiais do devedor, convocando todos os credores do devedor para apresentação de suas impugnações ao plano de recuperação extrajudicial, devendo o devedor, no prazo do edital, comprovar o envio de carta a todos os credores sujeitos ao plano, domiciliados ou sediados no país, informando a distribuição do pedido, as condições do plano e prazo para impugnação.

Contado da publicação do edital, os credores terão prazo de 30 (trinta) dias para impugnarem o plano, juntando a prova de seu crédito, tendo, posteriormente, o devedor o prazo de 5 (cinco) dias para se manifestar sobre a impugnação porventura existente. Decorridos estes prazos, os autos serão conclusos imediatamente ao juiz para decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, acerca do plano de recuperação extrajudicial.

Nada obsta que, não homologado o plano pelo juiz, o devedor, cumpridas as formalidades, apresente novo pedido de homologação de plano de recuperação extrajudicial.

Na recuperação extrajudicial, o prazo de recuperação da empresa não está estipulado em lei e dependerá do acordo celebrado entre o devedor e os credores.

5 – DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A recuperação judicial, diferentemente da extrajudicial, não tem início com uma tentativa direta de acordo entre devedor e credores. Aqui, o devedor apresenta ao Judiciário um plano de recuperação que deverá esclarecer a situação da empresa e sua proposta para liquidar as dívidas.

Segundo Maristela Sant'Ana⁷, "o plano reorganizatório previsto é composto por duas partes distintas: a primeira consiste na apresentação das medidas de reorganização econômica e financeira da gestão empresarial; a segunda corresponde à apuração do passivo e seu pagamento".

5.1 – Dos Meios de Recuperação Judicial - Planos

A Lei de Falências estabelece um elenco de possibilidades colocado à disposição da empresa com dificuldade para a elaboração do plano de recuperação judicial, sem prejuízos de outros que possam ser criados.

Dispõe o art. 50 da lei que "Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros: I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas;

⁷ SANT'ANA, Maristela. A recuperação extrajudicial e judicial. Disponível em <<http://www.vps.com.br/egi-bin/asp/Fal/rec01/04rec01.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2005.

II – cisão, incorporação, fusão ou transformação de sociedade, constituição de subsidiária integral, ou cessão de cotas ou ações, respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente; III – alteração do controle societário; IV – substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; V – concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; VI – aumento de capital social; VII – trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos próprios empregados; VIII – redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva; IX – dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro; X – constituição de sociedade de credores; XI – venda parcial dos bens; XII – equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica; XIII – usufruto da empresa; XIV – administração compartilhada; XV – emissão de valores mobiliários; XVI – constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor.

5.2 – Dos Créditos Atingidos

Estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial todos os créditos anteriores ao pedido, ainda que não vencidos, conforme art. 49 da lei.

O § 3º deste mesmo artigo, porém, estabelece algumas espécies de créditos que não podem ser abrangidos pelo plano de recuperação judicial. Assim, "tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imó-

veis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º da lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial".

5.3 – Do Comitê de Credores e do Administrador Judicial

A nova lei prevê a figura do "administrador judicial", que substituirá a pessoa do comissário, o qual, na extinta concordata, era nomeado pelo juiz como agente auxiliar da justiça na fiscalização do comportamento do devedor, entre outras atribuições. Além do administrador, na elaboração e condução do plano de recuperação judicial, está prevista também a colaboração de um Comitê de Credores, cuja instalação não é obrigatória.

Estando em termos a petição inicial de recuperação judicial, com o cumprimento de todas as exigências legais, o juiz deferirá o processamento da recuperação e, no mesmo ato, nomeará o administrador judicial, que deverá ser profissional idôneo, preferencialmente advogado, economista, administrador de empresas, contador, ou pessoa jurídica especializada.

Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de muitos outros deveres: enviar correspondência aos credores, comunicando a data do pedido de recuperação judicial, a natureza, o valor e a classificação

dada ao crédito; dar extratos dos livros do devedor, que merecerão fé de ofício, a fim de servirem de fundamento nas habilitações e impugnações de créditos; consolidar o quadro geral de credores nos termos do art. 18; requerer ao juiz convocação da assembléia-geral de credores nos casos previstos na lei ou quando entender necessária sua ouvida para a tomada de decisões; fiscalizar as atividades do devedor e o cumprimento do plano de recuperação judicial; requerer a falência no caso de descumprimento de obrigação assumida no plano de recuperação; apresentar ao juiz, para juntada aos autos, relatório mensal das atividades do devedor, entre outros.

O administrador judicial exercerá atividade remunerada, sendo o valor e a forma de pagamento desta remuneração fixados pelo juiz, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes. Determina a lei, contudo, que o total pago ao administrador judicial não excederá 5% (cinco por cento) do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência. Cabe ressaltar, ainda, que não terá direito à remuneração o administrador que tiver suas contas desaprovadas.

Constitui novidade na recuperação judicial a figura do Comitê de Credores. Justifica o relator da lei, Osvaldo Biolchi⁸, que "depois de muitas discussões sobre a viabilidade e necessidade ou não dessa comissão de credores para acompanhar o processo de recuperação da empresa, entendemos que sua previsão no texto legal poderá ser de grande valia para o êxito das de médio e grande porte".

⁸ Apud SANT'ANA, Maristela. Mecanismos para recuperar a empresa. Disponível em <<http://www.vps.com.br/egi-bin/asp-Fal/rec01/05rec01.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2005.

Observa-se a não obrigatoriedade na instalação do comitê de credores que poderá ser constituído por deliberação de qualquer das classes de credores na assembléia-geral e terá a seguinte composição: 1 (um) representante indicado pela classe de credores trabalhistas, com 2 (dois) suplentes; 1 (um) representante indicado pela classe de credores com direitos reais de garantia ou privilégios especiais, com 2 (dois) suplentes; 1 (um) representante indicado pela classe de credores quirografários e com privilégios gerais, com 2 (dois) suplentes. Não havendo Comitê de Credores, caberá ao administrador judicial ou, na incompatibilidade deste, ao juiz exercer suas atribuições.

Segundo o art. 27 da Lei de Falência, o Comitê de Credores terá várias atribuições, podendo-se citar, como exemplo, a fiscalização das atividades e o exame das contas do administrador judicial e a fiscalização da administração das atividades do devedor, apresentando, a cada 30 (trinta) dias, relatório de sua situação.

Importa ressaltar que, tanto o administrador judicial, como os membros do Comitê de Credores, responderão pelos prejuízos causados à massa falida, ao devedor ou aos credores por dolo ou culpa, devendo o dissidente em deliberação do Comitê consignar sua discordância em ata para eximir-se da responsabilidade.

Como se observa, na regulamentação do novo Instituto da Recuperação Judicial, o legislador previu uma participação ativa dos credores da empresa em dificuldades que, sendo grandes interessados na obtenção da recuperação, poderão participar das principais fases do processo, seja fiscalizando, opinando ou zelando pelo bom andamento da recuperação.

5.4 – Da Assembléia Geral de Credores

Também inova a nova Lei de Falência ao prever a constituição de uma Assembléia Geral de Credores com atribuições que lhe são próprias. Segundo Celso Marcelo de Oliveira⁷, “a criação da Assembléia Geral de Credores é uma importante novidade que nos aproxima de padrão internacional, uma vez que a experiência de outros países relativa à aprovação de um plano de recuperação recomenda que essa decisão seja de uma assembléia de credores - os clientes, os credores de créditos trabalhistas, os fornecedores, os bancos.”

A assembléia-geral de credores terá por atribuições deliberar sobre qualquer matéria que possa afetar os interesses dos credores, tais como aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor e pela constituição do Comitê de Credores.

A assembléia-geral de credores será convocada pelo juiz, por edital publicado no órgão oficial e em jornais de grande circulação nas localidades da sede e filiais, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, podendo os credores, que representem no mínimo 25% (vinte e cinco por cento) do valor total dos créditos de uma determinada classe, requerer ao juiz a convocação de assembléia-geral.

Determina o art. 39 da lei que terão direito a voto na assembléia-geral as pessoas arroladas no quadro-geral de credores ou, na sua falta, na relação de credores apresentada pelo administrador judicial. O voto do credor será proporcional ao valor de seu crédito, ressalvado, nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, os titulares de créditos derivados

⁷ OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Novo direito falimentar brasileiro. Disponível em <www.academus.pro.br/site/p_detalle_artigo.asp?codigo=775-45k>. Acesso em: 08 fev. 2005.

da legislação do trabalho ou decorrentes de acidentes de trabalho.

A assembléia-geral será composta pelas seguintes classes de credores: titulares de créditos derivados da legislação do trabalho, que votam com o total de seu crédito, independentemente do valor ou titulares de créditos decorrentes de acidentes de trabalho; titulares de créditos com garantia real, que votam nesta classe até o limite do bem gravado; titulares de créditos quirografários, com privilégio especial, com privilégio geral ou subordinados.

Estabelece a lei (art. 42) que se considerará aprovada a proposta que obtiver votos favoráveis de credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembléia-geral, exceto nas deliberações sobre o plano de recuperação judicial, em que todas as três classes de credores expostas no parágrafo anterior deverão aprovar a proposta.

5.5 – Do Procedimento

O processo de Recuperação Judicial exige mais formalidades, além de ser realizado sob o controle da justiça. O devedor que preencha todos os requisitos estabelecidos no art. 48 da lei poderá requerer recuperação judicial.

O pedido deverá ser feito através de uma petição inicial, instruída com diversas informações e documentos exigidos na Lei de Falência, como por exemplo a exposição das causas concretas da situação patrimonial do devedor e das razões da crise econômico-financeira e as demonstrações contábeis relativas aos 3 (três) últimos exercícios sociais.

Estando em termos toda a documentação, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: I – nomeará o administrador judicial; II – determinará a dispensa

da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, exceto para contratação com o Poder Público ou para recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios; III – ordenará a suspensão da prescrição e de todas as ações ou execuções contra o devedor, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações que demandam quantia ilíquida, as trabalhistas e as fiscais; IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores; V – ordenará a intimação do Ministério Público e a comunicação por carta às Fazendas Públicas Federal e de todos os Estados e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento.

Da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, o devedor apresentará, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, o plano de recuperação, o qual deverá cumprir também alguns requisitos impostos na lei. O juiz ordenará a publicação de edital contendo aviso aos credores sobre o recebimento do plano de recuperação e fixando o prazo para a manifestação de eventuais objeções.

Qualquer credor poderá manifestar ao juiz sua objeção ao plano de recuperação judicial no prazo de 30 (trinta) dias contado da publicação da relação de credores. Caso, na data desta publicação, não tenha sido publicado o edital do aviso, contar-se-á, da publicação deste, o prazo para as objeções.

Ocorrendo objeção de qualquer credor ao plano de recuperação judicial, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o plano de recuperação, que poderá ser alterado, desde que haja expressa concordância do devedor e em termos que não impliquem diminuição dos direitos exclusivamente dos credores ausentes.

Não havendo objeções ao plano ou sendo ele aprovado pela assembleia, e cumpridas as exigências legais, o juiz concederá a recuperação judicial do devedor. Até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial, o devedor permanecerá em recuperação judicial. Cumpridas as obrigações vencidas no prazo, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial.

Durante o procedimento de recuperação judicial, o devedor ou seus administradores, em regra, serão mantidos na condução da atividade empresarial, sob fiscalização do Comitê, se houver, e do administrador judicial.

Havendo necessidade do afastamento do devedor, o juiz convocará a assembleia-geral de credores para deliberar sobre o nome do gestor judicial que assumirá a administração das atividades do devedor, aplicando-se-lhe, no que couber, todas as normas sobre deveres, impedimentos e remuneração do administrador judicial.

Durante todo o procedimento de recuperação judicial, em todos os atos, contratos e documentos firmados pelo devedor deverá ser acrescida, após o nome empresarial, a expressão "em Recuperação Judicial".

6- DA TRANSFORMAÇÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM FALÊNCIA

Durante o processo de Recuperação Judicial poderá ser decretada a falência, em algumas situações previstas na lei. O juiz decretará a falência: por deliberação da assembleia-geral de credores, pelos votos dos credores que representem mais da metade do valor total dos créditos presentes à assembleia-geral; pela não apresentação, pelo devedor, do plano de

recuperação no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial; quando houver sido rejeitado o plano de recuperação pela assembléia geral de credores; por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação.

A lei estabelece, ainda, que o inadimplemento de outras obrigações do devedor, não sujeitas à recuperação judicial, pode ensejar a decretação da falência. É o caso daquele que pratica atos de falência ou sem relevante razão de direito, não paga, no vencimento, obrigação líquida materializada em título ou títulos executivos protestados cuja soma ultrapasse o equivalente a 40 (quarenta) salários-mínimos na data do pedido de falência.

Na convalidação da recuperação em falência, os atos de administração, endividamento, oneração ou alienação praticados durante a recuperação judicial presumem-se válidos, desde que realizados na forma da lei.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi analisado, pode-se concluir que o novo instituto da recuperação da empresa, como previsto na Lei de Falência, é perfeitamente capaz de reestruturar as empresas com dificuldade econômico-financeira, garantindo sua sobrevivência por mais tempo e reduzindo significativamente o número de falências no Brasil.

O processo de recuperação, realizando de maneira flexível os direitos dos credores, substitui a concordata para dar maior fôlego aos empreendimentos empresariais, visto que 80% das empresas que pediram concordata não conseguiram reverter a situação e acabaram falindo. É de ressaltar também que no Brasil há uma grande indústria de concordatas que vai deixar de existir.

Deve-se esperar muitas dificuldades interpretativas, na seara do direito, para se adaptar à nova legislação falimentar, principalmente no que tange à aplicação do novo processo da recuperação de empresas. A mudança deverá ser processada muito lentamente, com o cuidado de se respeitar as determinações legais, para não desvirtuar o instituto, e garantir os interesses, não só dos credores e do devedor, mas principalmente da empresa, dos seus empregados e clientes e da sociedade em geral.

É preciso ser otimista e olhar com bons olhos essa lei que representa uma grande inovação na legislação brasileira, e acreditar que muitas mudanças ocorrerão no processo falimentar, garantindo um maior número de recuperações, como é do interesse de todos.

8 – REFERÊNCIAS

AUTRAUSKAS, Fábio Bartolozzi. *Planejamento estratégico para empresas concordatárias e em recuperação judicial*. Disponível em < www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-15122003-113121/-9k >. Acesso em: 20 fev. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. *O Diploma Falimentar Brasileiro*. Disponível em < www.noticiasforenses.com.br/artigos/nf189/online/alex-lima4-189.htm-11k >. Acesso em: 15 fev. 2005.

MASCARENHAS, Ricardo Matos Mascarenhas. *Novidades no direito falimentar brasileiro: a proposta de recuperação extrajudicial das empresas*. Disponível em < www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_dezembro2004/discendente/disc03.doc >. Acesso em: 10 fev. 2005.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Novo direito falimentar brasileiro.** Disponível em <www.academus.pro.br/site/p_detalhe_artigo.asp?codigo=775-45k>. Acesso em: 08 fev. 2005.

PÓRTO, Alexandre. **Debate sobre o projeto de lei.** Disponível em <<http://www.vps.com.br/egi-bin/asp/Fal/rec01/02rec01.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2005.

SANTANA, Maristela. **Mecanismos para recuperar a empresa.** Disponível em <<http://www.vps.com.br/egi-bin/asp-Fal/rec01/05rec01.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2005.

_____. **O fim da concordata preventiva.** Disponível em <<http://www.vps.com.br/egi-bin/asp/Fal/rec01/03rec01.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2005.

_____. **A recuperação extrajudicial e judicial.** Disponível em <<http://www.vps.com.br/egi-bin/asp/Fal/rec01/04rec01.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2005.

SOCIEDADE LIMITADA: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES OCORRIDAS COM O ADVENTO DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Katyanne Alencar Munitz
Bacharel em Direito. Aluna do Curso de Preparação à Magistratura da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA NO DECRETO 3.708/19 E NO CÓDIGO COMERCIAL. 1.1 – Histórico. 1.2 – Aspectos gerais e constituição. 1.3 – Sócios e suas responsabilidades. 1.4 – Nome Social. 1.5 – Quotas e administração da Sociedade Limitada. 1.6 – Poderes da maioria nas alterações contratuais e direito de recesso. 1.7 – Dissolução, Liquidação e Extinção. 2 – A SOCIEDADE LIMITADA NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE. 2.1 – Aspectos gerais. 2.2 – Contrato Social. 2.3 – Das quotas e da administração da Sociedade Limitada. 2.4 – Nome empresarial. 2.5 – Do Conselho Fiscal. 2.6 – Dos sócios e suas deliberações. 2.6.1 – Assembleia. 2.6.2 – Direito de retirada. 2.7 – Dissolução da Sociedade Limitada. 2.7.1 – Dissolução parcial da Sociedade Limitada. 3 – MODIFICAÇÕES E INOVAÇÕES OCORRIDAS COM O ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL. 3.1 – Comparações e inovações. 4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O trabalho visa a examinar os principais aspectos modificados na Sociedade Limitada com a entrada em vigor do novo Código Civil, Lei nº 10.406 de 2002. Inicialmente será feito um estudo detalhado de como se regia esse tipo

societário sob a égide do Decreto n.º 3.708 de 1919 e do Código Comercial. Posteriormente vamos discutir sobre a Sociedade Limitada já disciplinada pelo Código Civil vigente. E por fim, a partir do confronto entre as legislações, podemos observar as principais alterações ocorridas.

A escolha do presente tema teve como causa a relevância desse tipo societário no Brasil, segundo dados fornecidos pela Junta Comercial, de 100% das sociedades que se constituem no Brasil, mais de 90% estão sob a regência da limitada. Os outros 10% são compostos essencialmente pela sociedade anônima, e de forma inexpressiva, pelos demais tipos arcaicos e de pouca importância. E isso se explica pelo fato de que, nas sociedades em nome coletivo e em comandita simples, existem sócios que arriscam seu patrimônio pessoal para, em caráter subsidiário, saldar as dívidas da empresa, até quanto for necessário, e a denominada responsabilidade ilimitada.

1 – SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA NO DECRETO 3.708/19 E NO CÓDIGO COMERCIAL

1.1 – Histórico

A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada surgiu da necessidade de atender aos comerciantes médios, que desejavam um tipo de sociedade sem os inconvenientes da responsabilidade ilimitada dos sócios, característico das Sociedades em Nome Coletivo, e sem as dificuldades de constituição e alto valor de capital das Sociedades Anônimas.

No Brasil a Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada foi introduzida por influência do direito português

e alemão, em 1918, quando Dr. Luís Joaquim Osório apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto n.º 287, que pouco tempo depois se convalidaria no Decreto n.º 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

Como se vê, ao contrário do que aconteceu com os demais tipos de sociedades mercantis, que se formaram na prática, sendo posteriormente reguladas por leis, a Sociedade por Quota de Responsabilidade Limitada foi introduzida por decisão do legislador.

Após a primeira guerra mundial, esse tipo de sociedade teve um imenso desenvolvimento em todas as partes do mundo, dada a sua fácil constituição e aos benefícios da limitação da responsabilidade dos sócios.

1.2 – Aspectos gerais e Constituição

A Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada é a sociedade formada por duas ou mais pessoas com um objetivo comum, assumindo todas, de maneira subsidiária, responsabilidade solidária pelo total do Capital Social.

As principais características desse tipo societário é ser uma sociedade de pessoas, cuja responsabilidade dos sócios é limitada ao capital constante da última alteração contratual além da flexibilidade existente na sua formulação.

As Sociedades por Quotas instrumentam-se sob as mesmas regras impostas para a formação do instrumento de contrato das sociedades comerciais, podendo ser constituídas através de escritura pública ou particular. Assim, o instrumento de contrato deve trazer as condições em que se formaram, mencionando notadamente: I – os nomes dos quotistas, com os seus sinais de identidade; II – a indicação de que será por

quotas de responsabilidade limitada, e que a responsabilidade de seus sócios será limitada à importância do capital social; III – o objeto que terá e a sede; IV – o prazo de determinado ou indeterminado; V – a razão social ou denominação adotada; VI – sócios que se investem na qualidade de gerentes, competindo-lhes a administração e representação da sociedade e o uso da firma; VII – total do capital instituído e as cotas que se atribuem a cada sócio; VIII – modo de distribuição de lucros e suporte de prejuízos. Importa lembrar que a ausência de qualquer destes elementos nulifica a constituição da sociedade.

Outro assunto que suscitou muitas discussões é quanto à possibilidade ou não da constituição desse tipo societário, por contrato entre cônjuges, tendo inclusive se manifestado a favor da nulidade o Supremo Tribunal Federal no Rec. Extr. nº 4.687. Entretanto, com o advento da Lei nº 4121/62 e com a emancipação da mulher casada passou a se admitir a sociedade limitada entre o marido e a mulher, desde que não constitua instrumento de fraude.

Vejamos o posicionamento do ilustre ministro Nunes Leal: A Lei nº 4.121 instituiu o patrimônio separado da mulher ou do marido, ainda que o regime matrimonial seja de comunhão, nada mais impede que a mulher se associe ao marido, para o exercício da atividade empresarial constituída sob a forma de sociedade por quotas¹.

1.3 – Os sócios e suas responsabilidades

A Sociedade por Quotas é uma sociedade de pessoas e em princípio, para ser sócio, é necessário ser maior e capaz. A

¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 413.

lei brasileira também limita a participação de estrangeiro a depender do objeto a ser explorado, como ocorre com empresas das áreas de telecomunicação e jornalismo.

Nas Sociedades Limitadas, não houve previsão de prazo para a reconstituição do número mínimo de sócios, em regra se inicia um processo de dissolução tendente à extinção da pessoa jurídica. Observe-se que além da sociedade existe a empresa e daí o interesse de sua preservação, neste período anômalo, sem ferir o princípio da legalidade. Assim, os contratos costumam incluir uma cláusula estipulando que, reduzida a sociedade a apenas um sócio, possa, dentro de um prazo, reconstituir o número de sócios exigidos por lei.

O Departamento Nacional do Registro de Comércio, através do Ofício Circular nº 17/79, determinou que ao Contrato Social pode constar cláusula segundo a qual, reduzida a um único sócio, a sociedade não entrará em liquidação imediatamente.

Defende o ilustre mestre FRAN MARTINS que havendo ou não cláusula contratual, quando o número de sócios for reduzido a apenas um poderá ser reconstituído o número mínimo no prazo de um ano, a contar da data da constatação da existência de uns únicos sócios, aplicando-se a regra da letra "d" do art. 206 da lei das sociedades anônimas².

O sócio quotista é o titular da quota, ou seja, fração de valor em que se divide o Capital Social, ele integra um contrato plurilateral, concorrendo ao lado dos demais quotistas para a consecução de um escopo social comum.

² MARTINS, Fran. Curso de direito comercial. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 210.

Quanto à possibilidade de sócio menor de idade participar de Sociedade Limitada, a doutrina divergia. O professor João Eunápio Borges e o professor Villemor do Amaral defendiam essa possibilidade. Defendia posição diversa o professor Egberto Teixeira e Rubens Requião. Não obstante tão válidos argumentos contrários, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu pela possibilidade dessa participação.

Posteriormente o Departamento de Registro de Comércio (DRNC), através do ofício circular de nº 22, determinou:

Tendo em vista que a jurisprudência é fonte de lei, e como as decisões do STF a tornam exigível aos casos análogos, entende o DNRC que as juntas comerciais devem aceitar e definir os contratos sociais onde figurem menores impúberes, desde que as suas quotas estejam integralizadas e não constem nos contratos sociais atribuições aos menores, relativas à gerência e administração³.

Em regra a solidariedade inexistente na Sociedade por Quotas, apenas em um caso a lei estabelece a solidariedade entre os quotistas que é na falência, sendo esta última uma condição do exercício da solidariedade.

Nas Sociedades de Quotas com prazo determinado o sócio poderá se retirar com o advento do termo contratual, já nas sociedades de prazo indeterminado, tem o sócio o direito de se retirar a qualquer instante apurando seus haveres. Há também possibilidade de o sócio se retirar da sociedade, seja ela de prazo determinado ou indeterminado, quando o sócio diverge da maioria quanto à alteração do contrato social.

³ REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. I, p. 428.

A responsabilidade do sócio somente se torna ilimitada quando resultar de ato infrator de lei ou do contrato social, não podendo ser penhorados os bens dos sócios, em razão de dívida fiscal, apenas em infração à lei ou ao contrato.

1.4 – Nome Social

As Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada podem usar de uma firma ou razão social. Ou podem adotar uma denominação. A firma é composta pelo nome completo, ou abreviado de um, alguns ou todos os sócios acrescidos do aditamento e companhia limitada, já a denominação será de livre escolha dos que a constituem. Na denominação também deve ser utilizada a palavra limitada por extenso ou abreviadamente.

A omissão desta declaração, na firma ou na denominação, tem por consequência a transformação dos sócios gerentes ou dos que façam uso da firma, em solidários e ilimitadamente responsáveis por todas as obrigações contraídas pela sociedade.

É vedado às Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada o uso da palavra companhia anteriormente a sua denominação, pois é sinônimo de sociedade anônima. Se assim proceder, será irregular sua denominação não podendo efetivar registro.

1.5 – As Quotas e a administração da Sociedade Limitada

As quotas são as partes de cada sócio no capital da sociedade, podendo cada sócio possuir quotas de valor diverso das dos outros sócios. Entretanto, cada quota é uma unidade pela qual responde o sócio que a subscreveu ou adquiriu. Não

existem quotas sem valor nominal, o valor das quotas será fixado no próprio contrato social. Também não há forma especial para representar as quotas, podendo a prova ser feita através de vias do contrato social.

As quotas podem ser possuídas por mais de uma pessoa, estes designarão entre si aquele que os representará, na falta de designação qualquer deles terá a representação comum. O quotista deve integralizar suas cotas nos prazos e nas condições convençionados. A falta de integralização dá à sociedade a faculdade de optar entre cobrar amigavelmente, propor ação de execução, ou excluir o sócio inadimplente. Em caso de exclusão do sócio inadimplente, poderão os demais sócios distribuir para si próprios as ditas quotas, transferi-las a terceiros, ou simplesmente anulá-las.

Quanto à cessão de quotas, o contrato social deve disciplinar especificando se as cotas são transferíveis ou intransferíveis e, ainda, se transferíveis, se a transferibilidade é livre ou condicionada. Se a intransferibilidade for adotada, sempre que um sócio a solicitar, deverá promover a sociedade à apuração dos haveres.

A cessão de quotas é matéria muito controvertida entre os doutrinadores. Villemor Amaral entende que a cessão de quotas depende do consentimento da sociedade, enquanto Eunápio Borges situa-se na tese oposta ao afirmar que, no silêncio do contrato, as quotas são livremente transferíveis.

Em relação ao pagamento das quotas através de bens em vez de dinheiro, há muita divergência entre os doutrinadores a respeito da exigência de escritura pública para constituição. Autores como Carvalho de Mendonça defendem tal exigência, baseados na regra do artigo 134, II, do Código Civil

de 1916. Já os doutrinadores mais modernos, baseados na Lei nº 8.934/94, defendem a não exigência de escritura pública, pois consideram a certidão expedida pelas Juntas Comerciais como documento hábil para a transcrição.

Sociedade por Quotas-Responsabilidade limitada. Aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas. Cabimento em relação do contrato, naquilo que silenciou, podendo dispor a respeito, e não em relação à lei que a rege artigo 18 do decreto federal nº 3.708, de 1919(...). A Lei das Sociedades Anônimas é supletiva, não da lei das sociedades por quotas, mas do contrato dessas sociedades (TJSP, JTJ, 146/188)*.

Na parte referente à administração da sociedade, somente pode ser integrada por sócios. Ao sócio-gerente cabe o uso da firma, se houver omissão contratual todos os sócios poderão usar. A escolha do sócio-gerente pode ser feita de diversas formas, inicialmente o próprio contrato social pode designar os sócios-gerentes, a escolha também pode ser feita através da assembléia dos quotistas.

Os sócios-gerentes são aqueles a quem cabe a administração da sociedade, os seus poderes serão de regra fixados no contrato social, no silêncio contratual os gerentes terão poderes amplos de gestão, excetuados, por força de aplicação supletiva da Lei das Sociedades Anônimas, os de alienar os bens do ativo permanente, constituir ônus reais e garantir obrigações de terceiros.

A responsabilidade do sócio-gerente que aja segundo as normas do contrato e da lei está imune à responsabilidade, entretanto esta passa a ser ilimitada e solidária quando o sócio-

* DORIA, Dylson. Curso de direito comercial. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 105.

gerente atua ilegalmente, ou seja, a sua responsabilidade deflui da ilegalidade ou fraude que o sócio praticar na gerência. Sua responsabilidade pessoal e ilimitada emerge dos fatos, quando resultarem de sua violação à lei ou ao contrato, causando sua imputabilidade civil e penal.

Quanto aos terceiros de boa-fé, a posição do STF é que as limitações contratuais dos sócios-gerentes não são oponíveis aos terceiros obrigando a sociedade.

1.6 – Poderes da maioria nas alterações contratuais e direito de recesso

Nas Sociedades por Quotas a maioria é calculada em função do número de quotas e não do número de sócios. O contrato social poderá estipular a maioria necessária para as deliberações comuns e especiais, nas modificações que importem na alteração das cláusulas mais importantes do contrato, é comum se exigir uma maioria especial.

Quando houver omissão contratual prevalece para toda e qualquer deliberação a maioria simples do capital, podendo o sócio ou sócios que possuam a maioria do capital social promover a dissolução da Sociedade Limitada.

Nas Sociedades por Quotas o direito de retirada ou de recesso somente se torna possível com alteração contratual, assim os sócios divergentes têm o direito de se desvincularem da sociedade, recebendo o valor de suas quotas.

O Decreto n.º 3.708/19 não fixou procedimento nem prazo para o exercício do direito de recesso, cabendo ao contrato social regulamentar. Na ausência desta, a Lei das Sociedades Anônimas deverá ser aplicada, fixando o prazo de

30 dias para o efetivo exercício do direito de recesso a contar do efetivo conhecimento pelo sócio da referida alteração contratual motivadora.

O reembolso do quotista observará o último balanço aprovado. O balanço se faz através da divisão do patrimônio líquido contábil da sociedade pelo número de quotas, apurando-se o valor de cada quota. O produto do valor de cada quota pelo número de quotas do sócio dissidente indicará o montante do reembolso.

1.7 – Dissolução, Liquidação e Extinção

Da mesma forma que as sociedades se constituem e funcionam, também podem se extinguir. Ocorrendo uma das causas de dissolução, as sociedades cessam de funcionar, passando à fase de liquidação e extinção. A moderna doutrina tem se orientado no sentido de evitar a dissolução sempre que possível, pois a empresa é um organismo produtivo, que gera empregos, paga impostos, contribui enfim para a economia nacional.

A dissolução pode ser dividida em três tipos básicos: dissolução de pleno direito, dissolução judicial e dissolução consensual ou voluntária. A dissolução consensual é aquela que se opera pela vontade dos sócios, de comum acordo é o distrato, consoante o que reza o art. 337 do Código Comercial.

A dissolução de pleno direito somente ocorre em duas hipóteses: expiração do prazo ajustado para sua duração e pela morte de um dos sócios, não havendo convenção em contrário a respeito dos sobreviventes. Com relação à expiração do prazo contratual, uma vez expirado, a sociedade reputa-se dissolvida

"*pleno iure*". Há possibilidade de prorrogação do prazo, que deverá ser efetivada antes do término do prazo contratual previsto.

Ocorrida uma das causas de dissolução, a sociedade cessa de funcionar e passa à liquidação. Esta consiste basicamente na apuração do ativo e no pagamento do passivo. A liquidação deverá ser procedida pelo liquidante, que será escolhido pelo contrato social ou na forma prevista pelo art. 334 do Código Comercial.

Feita a liquidação, inicia-se a partilha, feita proporcionalmente à quota de capital de cada sócio, se de outra forma não foi pactuado no contrato social. Com a partilha dos lucros entre os sócios, chega-se à fase final do processo de extinção da sociedade, só então desaparecendo a pessoa jurídica com o arquivamento do ato de dissolução.

2 – A SOCIEDADE LIMITADA NO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

2.1 – Aspectos Gerais

A sociedade limitada se caracteriza pela divisão do seu capital social em frações denominadas quotas, essas quotas não necessitam ter valor igual. Na formação da sociedade, é importante a definição do momento em que o capital prometido deva ser entregue, se à vista ou a prazo. Também devem tratar da distribuição do capital entre eles, definir a quota do capital com que cada sócio se compromete.

Como sabido, a regra do direito societário é a irresponsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Uma das exceções a essa regra relaciona-se à tutela dos credores que não

dispõem de meios negociais para a preservação de seus interesses. São eles o credor fiscal Código Tributário Nacional (CTN), (CTN, art. 135, III), a seguridade social (Lei nº 8.620/93, art. 13), o empregado, e o titular de direito extracontratual à indenização.

Execução Fiscal. Bens particulares de sócio de sociedade por quota de responsabilidade limitada. Não se exige a inscrição do nome do sócio-gerente, ou responsável para que contra ele se exerça a ação fiscal. Mas só se admite a responsabilização do sócio-gerente, ou responsável para que contra ele se exerça a ação fiscal. Mas só se admite a responsabilização do sócio-gerente ou responsável; principalmente se agiu com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos (artigo 135, III, do CTN). Orientação da corte (RTJ, 116/418; também: JSTJ, 23/141)⁵.

Nas sanções às irregularidades praticadas na Sociedade Limitada, a responsabilização do sócio não depende de prévio exaurimento do patrimônio social, mas na responsabilização decorrente de falta de integralização. Enquanto houver patrimônio social o patrimônio do sócio não poderá ser alcançado.

Pelo Novo Código Civil, as Sociedades Limitadas podem ter a regência supletiva da Sociedade Simples, quando são denominadas de sociedades de vínculo instável, ou da Sociedade Anônima, denominada de limitadas de vínculo estável. Havendo cláusula estabelecendo a regência supletiva pelas normas das anônimas, aplica-se a Lei das Anônimas (LSA),

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. A sociedade limitada no novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15.

caso contrário, havendo omissão ou previsão legal, as omissões serão supridas pelas normas referentes às Sociedades Simples.

A aplicação às Sociedades Limitadas da Lei das Sociedades Anônimas, nos assuntos não regulados pelo capítulo próprio do Código Civil e quando prevista no contrato está sujeita a uma condição: a contratualidade da matéria.

Em assunto disciplinado pelo capítulo do Código Civil específico desse tipo societário, vigora a disposição nele contida; na constituição e dissolução total, observa-se sempre o Código Civil; nos demais casos, se a matéria é passível de negociação entre os sócios, aplica-se supletivamente a disciplina do código civil respeitante a sociedade simples, ou, se assim desejado pelos sócios de modo expresso, a Lei das Sociedades por Ações; não sendo a matéria suscetível de negociação, pode-se aplicar analogicamente a Lei das Sociedades por Ações na superação da lacuna⁴.

As principais diferenças entre os dois subtipos societários dizem respeito à dissolução parcial, ao desempate, à destinação do resultado e à vinculação a atos estranhos ao objeto social. As sociedades ditas de vínculo instável podem ser parcialmente dissolvidas nas hipóteses de morte, liquidação de quotas a pedido de credor sócio, retirada imotivada, retirada motivada, ou expulsão do sócio. Já as sociedades com vínculo estável só podem ser parcialmente dissolvidas nas hipóteses de retirada motivada ou expulsão do sócio.

Nas limitadas instáveis o desempate é feito, inicialmente, segundo o critério da quantidade de sócios, enquanto que,

⁴ Idem., p. 21-22.

nas limitadas com vínculo societário estável, prevalecerá sempre a quantidade de ações de cada sócio. Em relação à destinação do resultado, nas limitadas com vínculo instável, a maioria dos sócios delibera sobre a destinação do resultado, podendo livremente decidir pelo reinvestimento da totalidade dos lucros gerados. Já as limitadas com vínculo societário estável devem prever, no contrato social, o dividendo obrigatório a ser distribuído entre os sócios.

Na matéria referente aos atos estranhos ao objeto social, a sociedade com vínculo instável, por se submeter ao art. 1.015 do Código Civil, não se vincula aos atos praticados em seu nome pelo administrador quando se tratar de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade, já a sociedade com vínculo estável não se submete ao referido artigo, vinculando-se a todos os atos praticados em seu nome por seus administradores, ainda que estranhos ao objeto social.

2.2 – Contrato Social

Para ser válido o contrato social da Sociedade Limitada, deve-se atender aos requisitos gerais de validade de qualquer ato jurídico. Além desses, deve preencher ainda mais dois requisitos específicos, a contribuição dos sócios e a distribuição dos resultados.

São cláusulas essenciais exigidas pela junta para arquivamento do contrato social das Sociedades Limitadas: 1 – tipo de sociedade empresária adotado; 2 – declaração precisa e detalhada do objeto; 3 – capital social, forma e prazo de integralização; a quota de cada sócio; 4 – a extensão da responsabilidade dos sócios; 5 – nome e qualificação dos sócios; 6 – nome e qualificação dos administradores, a menos que conste de ato separado; 7 – nome da sociedade empresária; 8 –

localização da sede e filiais; 9 – duração que poderá ser determinada ou indeterminada; 10 – fim do exercício social, se não coincidente com o ano civil; 11 – a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; 12 – o nome empresarial; 13 – a sede e o foro e; 14 – e o visto de um advogado.

2.3 – Das quotas e da administração da Sociedade Limitada

Como sabido, as Sociedades Limitadas podem estar sujeitas à disciplina supletiva do regime da Sociedade Simples, e conseqüentemente sujeitas às regras deste tipo societário, entre elas a regra do art. 1.026 que autoriza o credor do sócio a requerer a liquidação da quota do devedor. Já o credor de sócio integrante de Sociedade Limitada com vínculo estável tem a sua disposição apenas a alternativa da penhora das quotas sociais.

Em relação ao condomínio de quota, estipula que os direitos só poderão ser exercidos pelo condômino representante, e que caso a quota seja indivisa, os condôminos respondem solidariamente até a total integralização. O art. 1.057 do dispositivo legal em vigor estabelece a possibilidade de cessão total ou parcial de quotas independentemente de autorização dos demais a quem seja sócio, ou a terceiros se não houver oposição de um quarto do capital social.

Reza o artigo 1.058 do Código Civil que não integralizada a quota de sócio remisso, os outros sócios podem, sem prejuízo do disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, tomá-la para si ou transferi-la a terceiros, excluindo o primitivo titular e devolvendo-lhe o que houver pago, deduzidos os juros de mora, as prestações estabelecidas no contrato mais as despesas.

A Sociedade Limitada é normalmente administrada por um ou mais sócios, designados no contrato social ou em ato

apartado. Caso o contrato permita, a sociedade pode ser administrada por pessoa não sócia. A diretoria é um órgão cuja atribuição interna é administrar a empresa e, externamente, manifestar a vontade da pessoa jurídica. Os administradores são escolhidos sempre pela maioria societária qualificada, variando o quorum de deliberação segundo o instrumento de designação (contrato social ou ato apartado) e o status do administrador (sócio ou não).

Na incumbência de administrar bens e interesses alheios, os membros administradores têm dever de diligência e lealdade para com a sociedade. Para cumprir seu dever o administrador deve observar, na condução dos negócios sociais, os preceitos da tecnologia da administração de empresas, fazendo o que esse conhecimento recomenda. Para cumprir o dever de lealdade, o diretor não pode valer-se de informações a que teve acesso em razão do posto que ocupa, não pode também utilizar-se de recursos humanos e materiais da empresa para propósitos particulares e não pode finalmente concorrer com a sociedade.

Em caso de administrador incurso em ato de má administração que não seja sócio majoritário, provavelmente será destituído e responderá à ação de indenização proposta pela sociedade, mas se o próprio sócio majoritário praticou má administração, os prejuízos decorrentes desta poderão ser demandados pelo sócio minoritário, na condição de substituto processual da sociedade.

O administrador só é pessoalmente responsável pelas obrigações tributárias da Sociedade Limitada quando oriundas de atos praticados com excesso de poderes ou infração legal, contrato social ou estatutos. Assim sendo o fisco não pode exigir do administrador as dívidas da pessoa jurídica, quando incorridas ilicitudes ou irregularidades na gestão pessoal.

Sociedade Comercial – Responsabilidade Tributária – Responsabilização dos sócios por dívidas fiscais assumidas pela sociedade – Inadmissibilidade – Necessária comprovação de que o dirigente agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto – Inteligência do art. 135, III, do CTN. Os sócios de sociedade comercial não respondem, solidariamente, com seus bens pessoais por dívidas fiscais assumidas pela sociedade, eis que, a responsabilidade tributária imposta ao sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade, se agem com excesso de mandato ou em comprovada violação do contrato social, do estatuto ou da lei, nos termos do art 135, do CTN (...)” (STJ, RJ, 79/193)⁷.

2.4 – Nome empresarial

A primeira alteração introduzida pelo novo Código Civil foi a imposição da obrigatoriedade da indicação do objeto social na denominação. A segunda alteração foi a introdução da permissão expressa de inserir na denominação da Sociedade Limitada o nome social de um ou mais sócios. A inclusão do nome dos sócios na denominação da Sociedade Limitada não transforma aquela em firma social.

Na parte referente à alienabilidade do nome empresarial, o novo Código Civil é taxativo no sentido de que o nome empresarial não pode ser objeto de alienação. Prevê, no entanto, que o adquirente do estabelecimento, por ato entre vivos, pode,

⁷ Idem, p. 59.

se o contrato social permitir, usar o nome do alienante, precedido de seu próprio, com a qualificação de seu sucessor.

2.5 – Do Conselho Fiscal

O Código Civil em vigor, buscando melhor instrumentalizar o direito de fiscalização pelos sócios, facultou aos sócios no contrato social a instituição de um conselho fiscal. Este será composto de, no mínimo, três membros efetivos e seus suplentes, que poderão ser eleitos em assembléia ordinária ou em reunião dos sócios quando estabelecida no contrato social, e com mandato até o ano seguinte. Os sócios minoritários que representem pelo menos 20% do capital social têm o direito de eleger, em separado, um membro e um suplente do conselho fiscal.

As principais funções do Conselho Fiscal são: 1 - examinar os livros, documentos, estado da caixa e carteira da sociedade; 2 - solicitar dos administradores ou liquidantes as informações necessárias ou úteis ao desempenho de suas funções; 3 - registrar, em livro próprio, os pareceres que exarar; 4 - apresentar à assembléia ordinária pareceres sobre os negócios e operações sociais, baseados no balanço patrimonial e no de resultados; 5 - denunciar aos sócios os erros, fraudes ou crimes que descobrirem sugerindo providências; 6 - convocar assembléia ordinária dos sócios se os administradores retardarem por mais de trinta dias; 7 - convocar assembléia dos sócios sempre que verificados motivos graves e urgentes.

2.6 – Dos sócios e suas deliberações

Na Sociedade Limitada, para a tomada de decisões, cada sócio interfere de modo proporcional à contribuição dada ao negócio, obedecendo à regra da proporcionalidade prevista no artigo 486 do Código Comercial.

Entre os sócios de uma Sociedade Limitada, não deve prevalecer o interesse do maior número deles; ao contrário, quem está se arriscando mais que os outros deve por isso ter assegurada a participação nas decisões da empresa proporcional ao risco sofrido.

São quatro as hipóteses de alterações contratuais com o advento do novo diploma legal, a saber: 1 - designação de administrador não sócio; 2 - destituição de administrador sócio; 3 - expulsão extrajudicial de minoritário; 4 - as demais alterações.

As deliberações dos sócios atinentes à estratégia geral dos negócios da sociedade não dependem de forma especial. Há, entretanto, deliberações que devem atender a determinadas formalidades preceituadas na própria lei.

Os sócios da limitada deliberam em reunião ou em assembleia. A sociedade constituída de até 10 sócios pode adotar uma ou outra, enquanto aquela que tiver número de sócios superior a dez está obrigada à realização de assembleia. A diferença entre reunião e assembleia reside no fato de que a reunião dispensa maiores rituais e a assembleia é cercada de formalidades.

2.6.1 – Assembleia

Sempre que a lei ou o contrato social prever, os administradores convocam assembleia geral. Também são competentes para a convocação da assembleia, o titular ou titulares de mais de 20% do capital social além do Conselho Fiscal, nas hipóteses de presença de motivos graves e se após o término do exercício social, os administradores não fizerem a devida convocação.

Os anúncios de convocação da assembleia dos sócios deverão ser publicados no Diário Oficial do Estado da sede da sociedade e em, pelo menos, um jornal de grande circulação. Serão três as inserções de cada anúncio, a primeira deve anteceder em oito dias e a segunda em cinco dias a realização da assembleia.

O Código Civil exige número mínimo de sócios para a validade dos trabalhos assembleares, é o denominado quorum de instalação de três quartos do capital social em primeira convocação e em segunda, com qualquer número.

Na assembleia os trabalhos serão dirigidos por uma mesa, composta por presidente e secretário, os quais devem ser escolhidos entre os sócios presentes. Não existindo número de sócios suficientes, a eleição poderá recair sobre profissionais contratados.

Quanto ao quorum de deliberações, a lei estipula valores diferentes para vários assuntos, senão vejamos: 1 - a unanimidade é exigida para a designação de administrador não sócio, se o capital não está totalmente integralizado; 2 - para aprovação de alteração do contrato social, incorporação, fusão, dissolução, ou cessão de liquidação o quorum exigido é de três quartos do capital social; 3 - Estão sujeitos ao quorum de dois terços a destituição de administrador sócio e a designação de administrador não sócio; 4 - Exige o quorum da maioria absoluta a designação de administrador sócio feita em ato separado, a destituição de administrador, a remuneração dos administradores e a impetração de concordata; 5 - e por fim a maioria simples se dá nos demais casos.

2.6.2 – Direito de retirada

O sócio que pretenda se retirar de uma sociedade poderá fazê-lo de duas maneiras diferentes: 1 – alienar sua participação societária para outro sócio ou para terceiro; 2 – exercer o direito de retirada.

O novo Código Civil regula o direito de retirada levando em consideração se a sociedade é contratada por tempo determinado ou indeterminado. Nas sociedades convencionadas por tempo indeterminado, qualquer sócio poderá se retirar da sociedade mediante notificação aos demais sócios, com a antecedência mínima de sessenta dias. Já nas sociedades contratadas por tempo determinado, o direito de retirada do sócio fica subordinado à comprovação da existência de justa causa.

O direito de recesso poderá ser exercido não só pelos sócios que discordarem das deliberações expressamente na assembléia como também por aqueles que se abstiveram de votar, além dos ausentes.

2.7 – Dissolução da Sociedade Limitada

São causas de dissolução de pleno direito das Sociedades Limitadas: 1 - o vencimento do prazo de duração, salvo se vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por prazo indeterminado; 2 - o consenso dos sócios, nas sociedades por prazo determinado exige-se o consenso unânime dos sócios para a dissolução da sociedade antes do decurso do prazo. Já nas sociedades pactuadas por prazo indeterminado, basta a vontade da maioria absoluta dos sócios; 3 - A falta de pluralidade de sócios não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias; 4 -

A extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar. Para as sociedades de funcionamento sujeitas à autorização do governo, como bancos e seguradoras, a extinção da autorização pode causar a dissolução.

O art. 1.034 do Código Civil disciplina as causas de dissolução judicial da Sociedade Limitada, a saber: a anulação de sua constituição, a verificação de sua inexecutibilidade, além da falência.

2.8.1 – Dissolução parcial da Sociedade Limitada

São causas de dissolução parcial das limitadas: 1 - retirada do sócio quando houver discordância em relação ao valor a ser pago ao sócio que se retira, ajuizando-se ação judicial de dissolução parcial para ser promovida a apuração dos haveres do retirante; 2 - exercício do direito de recesso, nas hipóteses de modificação do contrato social, fusão de sociedade, incorporação de outra ou dela por outra para os sócios dissidentes; 3 - expulsão de sócio (são duas as hipóteses de exclusão de sócio: a primeira ocorre quando a maioria dos sócios entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa e a segunda hipótese é a exclusão de sócio remisso). 4 - falecimento de sócio (neste caso caberá a seus sucessores e aos sócios remanescentes decidir se a sociedade prosseguirá ou não). 5 - liquidação de quota a pedido de credor de sócio e falência de sócio.

3 – MODIFICAÇÕES E INOVAÇÕES OCORRIDAS COM O ADVENTO DO CODIGO CIVIL

3.1 – Comparações e inovações

Enquanto o artigo nº 18 do Decreto 3.708/19 determinava a observação das disposições da Lei das Sociedades

Anônimas no que não fosse regulado no contrato social e que fosse aplicável às Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, o novo Código Civil determinou que, nos casos de omissões contratuais, a Sociedade Limitada rege-se-á pelas normas da Sociedade Simples. A regência supletiva das Sociedades Limitadas pelas normas da Sociedade Anônima só poderá ocorrer através de prévia e expressa determinação no contrato social.

O Novo Código Civil criou dois subtipos societários para a Sociedade Limitada, a Sociedade Limitada sujeita a regência supletiva da Sociedade Simples, também denominada limitada com vínculo societário instável, e a Sociedade Limitada sujeita a regência supletiva da Sociedade Anônima, também chamada de limitada com vínculo estável.

A lei das Sociedades Anônimas não é mais supletiva da vontade dos sócios, mas sim da disciplina legal. A diferença é substancial porque, tendo sido eleita pelo contrato social como norma de regência supletiva a LSA, se houver nele uma cláusula contrária ao previsto nessa lei, a disposição de vontade será ilegal e inválida. Quando a LSA, no passado, era apenas regra supletiva da vontade dos sócios, é claro que esta se sobrepunha àquela. Como agora é norma supletiva da lei, a vontade dos sócios passa a submeter-se a ela.

Importa observar que a lei das limitadas era bastante sucinta, deixando grande parte das relações internas e externas sem disciplinamento, por esse motivo, enquanto vigorou a lei das limitadas, esse tipo societário se regia, nas matérias atinentes à constituição e dissolução, pelo código comercial; nas demais matérias, se omissa o contrato social, pela lei das Sociedades Anônimas.

O Decreto n.º 3.708/19 determinava o lançamento do contrato no registro de comércio, porém não estipulava prazo para tal. Já o código de Reale determinou a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, determinando o prazo de 30 dias contados da constituição da sociedade. Outra modificação realizada foi a exigência de que qualquer modificação no contrato social deve ser averbada impondo assim maiores exigências.

Uma inovação que podemos vislumbrar com o advento deste código, diz respeito à profissionalização da administração da Sociedade Limitada pois, no regime anterior, apenas quem tivesse a qualidade de sócio podia administrar a sociedade. A condição formal para a profissionalização da Sociedade Limitada é a previsão de nomeação de administradores não sócios. Enquanto não integralizado o capital, exige-se a unanimidade dos sócios para a eleição de administrador não sócio, se já integralizado, basta a convergência da maioria qualificada deles.

Com o Código de Reale, a matéria referente à alteração de contrato social tornou-se mais complexa, pois o código distinguiu quatro hipóteses de alteração contratual e em relação a cada uma dessas hipóteses estipulou um quorum de aprovação. Podemos resumir a comparação supra da seguinte forma: até a entrada em vigor do novo diploma legal, era muito simples a disciplina das deliberações dos sócios da limitada, a vontade do sócio titular de mais da metade do capital era suficiente para qualquer deliberação e a única formalidade exigível era a alteração contratual arquivada na Junta Comercial. Quando importasse mudança do ato constitutivo da sociedade, se não houvesse alteração de cláusula contratual, a alteração podia revestir-se inclusive da forma oral. Com o advento do novo estatuto passou-se a exigir quorum de deliberação

Anônimas no que não fosse regulado no contrato social e que fosse aplicável às Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada, o novo Código Civil determinou que, nos casos de omissões contratuais, a Sociedade Limitada reger-se-á pelas normas da Sociedade Simples. A regência supletiva das Sociedades Limitadas pelas normas da Sociedade Anônima só poderá ocorrer através de prévia e expressa determinação no contrato social.

O Novo Código Civil criou dois subtipos societários para a Sociedade Limitada, a Sociedade Limitada sujeita a regência supletiva da Sociedade Simples, também denominada limitada com vínculo societário instável, e a Sociedade Limitada sujeita a regência supletiva da Sociedade Anônima, também chamada de limitada com vínculo estável.

A lei das Sociedades Anônimas não é mais supletiva da vontade dos sócios, mas sim da disciplina legal. A diferença é substancial porque, tendo sido eleita pelo contrato social como norma de regência supletiva a LSA, se houver nele uma cláusula contrária ao previsto nessa lei, a disposição de vontade será ilegal e inválida. Quando a LSA, no passado, era apenas regra supletiva da vontade dos sócios, é claro que esta se sobrepunha àquela. Como agora é norma supletiva da lei, a vontade dos sócios passa a submeter-se a ela.

Importa observar que a lei das limitadas era bastante sucinta, deixando grande parte das relações internas e externas sem disciplinamento, por esse motivo, enquanto vigorou a lei das limitadas, esse tipo societário se regia, nas matérias atinentes à constituição e dissolução, pelo código comercial; nas demais matérias, se omissa o contrato social, pela lei das Sociedades Anônimas.

O Decreto nº 3.708/19 determinava o lançamento do contrato no registro de comércio, porém não estipulava prazo para tal. Já o código de Reale determinou a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, determinando o prazo de 30 dias contados da constituição da sociedade. Outra modificação realizada foi a exigência de que qualquer modificação no contrato social deve ser averbada impondo assim maiores exigências.

Uma inovação que podemos vislumbrar com o advento deste código, diz respeito à profissionalização da administração da Sociedade Limitada pois, no regime anterior, apenas quem tivesse a qualidade de sócio podia administrar a sociedade. A condição formal para a profissionalização da Sociedade Limitada é a previsão de nomeação de administradores não sócios. Enquanto não integralizado o capital, exige-se a unanimidade dos sócios para a eleição de administrador não sócio, se já integralizado, basta a convergência da maioria qualificada deles.

Com o Código de Reale, a matéria referente à alteração de contrato social tornou-se mais complexa, pois o código distinguiu quatro hipóteses de alteração contratual e em relação a cada uma dessas hipóteses estipulou um quorum de aprovação. Podemos resumir a comparação supra da seguinte forma: até a entrada em vigor do novo diploma legal, era muito simples a disciplina das deliberações dos sócios da limitada, a vontade do sócio titular de mais da metade do capital era suficiente para qualquer deliberação e a única formalidade exigível era a alteração contratual arquivada na Junta Comercial. Quando importasse mudança do ato constitutivo da sociedade, se não houvesse alteração de cláusula contratual, a alteração podia revestir-se inclusive da forma oral. Com o advento do novo estatuto passou-se a exigir quorum de deliberação

diferente para vários assuntos de interesse da sociedade: unanimidade, 3/4, 2/3, maioria absoluta e maioria simples.

O Código Civil assegurou aos sócios minoritários que representem pelo menos um quinto do capital social, o direito de eleger, separadamente, um dos membros do conselho fiscal e o respectivo suplente.

Quanto ao nome empresarial, o novo código civil manteve a alternatividade da Sociedade Limitada, que pode usar tanto a firma social como a denominação. No entanto, o novo código tornou obrigatória a determinação do objeto das sociedades que usam de denominação, o que no decreto anterior que regulava a matéria era facultativa.

Na parte referente aos órgãos sociais, o novo código definiu e determinou a forma destes pelo número de sócios que a sociedade possui. As sociedades que possuam quantidade de sócios em número igual ou inferior a 09(nove) estarão inseridas nas Sociedades Simples, dispensando a assembléia. Por outro lado, as sociedades que possuam quantidade de sócios igual ou superior a 10(dez) estarão sujeitas ao rito das sociedades por ações, passando a possuir regimento de assembléia por determinação legal. Quanto ao conselho fiscal, que não era sequer previsto no Decreto nº 3.708/19, o Código Civil facultou às Sociedades Limitadas a criação do conselho fiscal.

Na parte referente à dissolução de sociedade, tendo por causa a falta de pluralidade de sócios, o novo Código Civil já estipula o prazo dentro do qual a sociedade deve se restabelecer, que é de cento e oitenta dias. Se não se refizer a pluralidade, a sociedade será dissolvida. O antigo diploma não regulamentava a matéria, apenas como era regida pela forma contratual, se entendia que a sociedade deveria se extinguir se não houvesse

pelo menos dois sócios. Como forma de preservação da empresa, algumas delas passaram a estipular no contrato que, se a sociedade fosse reduzida a apenas um sócio, pudesse, dentro de certo prazo, se reconstituir sem entrar imediatamente em processo de dissolução. Alguns doutrinadores, inclusive, defendiam a aplicação do art. 206 da LSA, que estabelece prazo de um ano para que a sociedade possa se reconstituir, mesmo que não houvesse cláusula disciplinando a existência de apenas um sócio.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Grandes foram as modificações ocorridas no disciplinamento das Sociedades Limitadas com o advento do novo Código Civil e a revogação do Código Comercial e do Decreto nº 3.708/19 que disciplinava a matéria.

Entre as mais significativas mudanças introduzidas podemos citar a previsão de dois diferentes regimes jurídicos de regência supletiva das Sociedades Limitadas. Uma mudança também de vulto foi a elevação do quorum de deliberação, com reflexos nas decisões internas de poder entre os sócios, vindo a melhorar de certa maneira a situação dos sócios minoritários.

A possibilidade de administração por pessoa não sócia também representou uma mudança e permitiu a profissionalização da administração das Sociedades Limitadas. A obrigatoriedade da determinação do objeto na denominação de uma limitada também representou importante modificação.

O novo código também possibilitou a constituição de sociedade entre marido e mulher desde que o regime jurídico do casamento não seja o da comunhão universal ou da sepa-

ração obrigatória de bens. Hoje, qualquer que seja o regime de bens, o empresário casado pode alienar ou gravar de ônus reais imóveis que pertençam à empresa sem necessidade de outorga conjugal.

O novo código também impôs maiores formalidades para a constituição de uma Sociedade Limitada, prova disso é a exigência da inscrição do administrador como empresário na Junta Comercial competente; a exigência de que qualquer alteração do contrato social seja prontamente averbada na Junta Comercial, além da exigência de criação de assembleia para as sociedades que tiverem mais de 10(dez) sócios, tornando a Sociedade Limitada quase como uma Sociedade Anônima simplificada.

Concluo que as alterações advindas do novo diploma legal para o cotidiano das Sociedades Limitadas trouxeram mudanças positivas em algumas matérias como na parte referente aos sócios e aos administradores e em outras matérias em nada alterou o dispositivo revogado, deixando essas matérias carentes de atualização; e ainda em outras matérias, como na parte referente à constituição desse tipo societário, o Código Civil foi muito exigente, deixando mais difícil a constituição da limitada, o que foi uma mudança negativa, pois a criação desse tipo societário no mundo do direito foi para atender aos comerciantes médios e a imposição de tamanhas exigências afasta o comerciante médio da limitada, para a qual foi criada.

5 - REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVIM, Arruda. *Direito Comercial Coleção Estudos e Pareceres*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ANDRADE JUNIOR, Atila de Souza Leão. *O novo direito societário brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

BESSA, André. A Sociedade Limitada no novo Código Civil. *Revista Consulex*. Quanto custa o processo legislativo?. Brasília, n. 135, p. 27-30, ago. 2002.

BRASIL. Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1.919. Regula a constituição da Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada. São Paulo: Riddel, 2001.

BRASIL. Decreto nº 1.800, de 30 de janeiro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, 31 jan. 1996.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o novo código civil. In: *Lex: Manuais de Legislação*. São Paulo: Atlas, 2002.

BRASIL. Lei nº 556 de 25 de junho de 1850. Instituiu o Código Comercial Brasileiro. In: *Lex: Código Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CALÇAS, Manoel de Queiroz Pereira. *Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *A Sociedade Limitada no Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito Antitruste Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995.

DE PLÁCIDO, Sílvia. *Noções Práticas de Direito Comercial*. 23. ed. São Paulo: Forense, 1996.

DORIA, Dylson. *Direito Comercial*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Sociedades Limitadas: de acordo com o código civil de 2002*. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Sociedades Mercantis*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil comentado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, FRAN. *Curso de Direito Comercial*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23 ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, José Edvaldo. 4. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1993.

TEXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada*. São Paulo: Max Ilmond, 1956.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ASPECTOS GERAIS E PROCESSUAIS DO INSTITUTO

Leonardo Lumack do Monte Barretto
Advogado. Ex-pesquisador/bolsista do
Programa de Iniciação Científica - PIBIC-
CNPq. Aluno da Escola Superior da
Magistratura do Estado de Pernambuco -
ESMAPE

SUMÁRIO

1 - INTRÓITO; 1.1 - ORIGEM; 1.2 - DA PERSONALIDADE JURÍDICA; 1.3 - MANUTENÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA; 1.4 - TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA; 1.5 - APLICAÇÃO; 2 - DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE; 3 - ASPECTOS PROCESSUAIS DA DOCTRINA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA; 3.1 - REGULAMENTO DA DECLARAÇÃO JUDICIAL DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA; 3.2 - APLICAÇÃO PROCESSUAL DAS TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA; 3.3 - MOMENTO DE APLICAÇÃO DA TEORIA; 3.4 - DISCRICIONARIEDADE; 3.5 - EFEITOS DA DECISÃO JUDICIAL EM MATÉRIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA; 4 - CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5 - REFERÊNCIAS

1 - INTRÓITO

O presente artigo não tem a pretensão de exaurir todos os aspectos passíveis de discussão acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (D.P.J.), haja vista as obras

específicas e bastante detalhadas já publicadas sobre o tema. Busca-se, em verdade, tratar de alguns aspectos teóricos e práticos da desconsideração, em especial no que se refere ao ângulo processual da temática em pauta.

1.1 – Origem

Constatou-se, a partir do século XIX, um expressivo aumento na utilização da pessoa jurídica como instrumento para se atingir fins contrários aos ditames legais. Conseqüentemente, a doutrina e a jurisprudência passaram a se inquietar com tal situação e incentivaram a busca por meios capazes de conter os desvios de conduta ocorridos por meio da má utilização da pessoa jurídica.

Dentro dessa preocupação gerada pela aplicação deturpada do instituto da pessoa jurídica é que surgiu, como meio idôneo capaz de reprimir tais abusos, a teoria de desconsideração da personalidade jurídica ("disregard doctrine" ou "piercing the corporate veil" – penetrando o véu da corporação). Na tentativa de evitar a prática de determinados ilícitos por particulares, que se aproveitavam do manto protetor da personalidade da sociedade, foi que nasceu a doutrina da desconsideração ou da superação da personalidade jurídica.

É foi no âmbito da "common law" que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pôde se desenvolver. De início, em especial no direito norte-americano, a teoria era visivelmente aplicada na atuação dos juízes por meio das decisões jurisprudenciais. O instituto, atualmente, é largamente utilizado pelos tribunais alemães, ingleses, americanos e argentinos.

1.2 – Da Personalidade Jurídica:

Dos estudos proferidos na seara do Direito Privado (Civil e Empresarial), constata-se que uma determinada

sociedade adquire personalidade jurídica a partir da inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (artigos 45, 985 e 1150 todos do Código Civil). É com o arquivamento dos seus atos constitutivos (contrato social ou estatuto) na Junta Comercial e, no caso das sociedades simples, com a inscrição do contrato social no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, que a sociedade empresária passa a desfrutar da personalidade jurídica.

A partir do registro é que se inicia a existência legal da sociedade, cessando esta após a partilha do acervo remanescente entre os sócios, se houver, no caso de liquidação, judicial ou extrajudicial.

Conclui-se, a partir dessas observações, que a pessoa jurídica é fruto da vontade humana, já que sua constituição é proveniente de um conjunto de atos praticados pelo interessado a fim de criar referidas entidades com finalidades diversas.

Detentora da personalidade jurídica, a sociedade é capaz de direitos e obrigações, passando a ter existência distinta da de seus membros, e, por conseguinte, tal autonomia de personalidade jurídica entre o sócio e a sociedade apresenta várias seqüências. Destacam-se a seguir os seguintes efeitos da personificação:

- **PATRIMÔNIO PRÓPRIO:** A sociedade, com personalidade jurídica, adquire autonomia patrimonial. O patrimônio social não se confunde com o dos sócios. É o patrimônio da sociedade, seja qual for o tipo por ela adotado, que irá responder pelas suas obrigações.
- **NOME PRÓPRIO:** Tendo existência distinta da de seus membros, a sociedade é titular de um nome próprio, diverso dos nomes de seus sócios. É sob o nome social, que poderá ser uma firma ou uma

denominação, que a sociedade exercerá direitos e se vinculará a obrigações:

- **NACIONALIDADE PRÓPRIA:** Com a personificação, a sociedade passa a possuir nacionalidade própria, independente da nacionalidade dos seus integrantes.
- **DOMICÍLIO PRÓPRIO:** A sociedade tem domicílio próprio, distinto do domicílio de seus sócios. O domicílio da sociedade é chamado de sede social e deverá vir fixado nos seus atos constitutivos.¹

Haja vista as sociedades apresentarem um acervo patrimonial próprio, distinto do acervo particular de cada um de seus sócios, em determinadas situações, a pessoa jurídica da sociedade passou a ser utilizada como instrumento para a prática de abusos e fraude.

Vimos que, em decorrência do arquivamento do contrato social no registro público de empresas mercantis, a sociedade empresária adquire personalidade jurídica, respondendo pelas obrigações sociais com o seu próprio patrimônio. A pessoa jurídica da sociedade não se confunde com a pessoa física dos sócios.

A personalidade jurídica, assim como a maioria dos institutos jurídicos, se não todos, tem por escopo a licitude. Desta forma, sempre que algum ou alguns dos sócios se utilizarem da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para acobertar práticas abusivas e fraudulentas, a personalidade jurídica poderá ser momentaneamente desconsiderada.

E foi exatamente para impedir que a personalidade jurídica seja um meio de garantir a impunidade de atos

fraudulentos ou abusivos que se adotou, como pressuposto da repressão a certos tipos de ilícitos, a chamada doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, também chamada da superação e da penetração, tendo por base afastar, momentaneamente, a autonomia patrimonial da sociedade, possibilitando que o sócio fraudador seja responsável direta e ilimitadamente por uma obrigação que seria, originariamente, da sociedade.

1.3 – MANUTENÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica reclama do julgador prudência e vigilância a fim de não destruir o próprio instituto da pessoa jurídica.

A aplicação dessa doutrina demanda a existência de prova concreta da fraude ou abuso de direito cometido pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica. Em havendo apenas indícios de abuso ou fraude, não se autoriza a aplicação do instituto. Se não for comprovada a real intenção dos sócios ou administradores de se valerem da pessoa jurídica para fraudar a lei, não há que se autorizar a desconsideração da personalidade jurídica, aplicando-se esta apenas quando for realmente provada a prática de fraudes ou abusos por meio da utilização da personalidade jurídica.

A “*disregard doctrine*” não tem por objetivo anular ou desconstituir a personalidade jurídica; busca tão-somente torná-la episodicamente ineficaz em um determinado caso concreto em virtude de seu uso ter sido desviado da sua legítima finalidade por parte de maus sócios ou administradores, ou ter sido utilizada com o objetivo de prejudicar credores ou terceiros, ou para praticar fraude, sem que haja dissolução da pessoa jurídica. A personalidade jurídica permanece válida para todos os demais efeitos.

¹ CAMPINHO, Sérgio. O direito de empresa à luz do novo Código Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Desconsideração e despersonalização apresentam significados diversos. Esta tem por finalidade anular a personalidade jurídica, por lhe faltar condições de existência (no caso de dissolução de sociedades, por exemplo). Já aquela visa desconsiderar, apenas no caso concreto, o instituto da pessoa jurídica.

Ressalta-se, ainda, que muitos confundem os casos de responsabilidade pessoal dos sócios e administradores com a desconsideração da personalidade jurídica. Aqueles, se agirem mediante excesso de poderes ou praticando atos ilegais, poderão responder pelas dívidas societárias. Contudo, não se trata de desconsideração da personalidade jurídica, haja vista não ocorrer uma manipulação da sociedade por parte dos sócios como escudo para a prática de fraude. O que ocorre é uma atuação ilícita por parte deles que, conseqüentemente, serão responsabilizados na medida de sua culpabilidade.

1.4 – Teorias da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Há duas formulações para a teoria da desconsideração: a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela; e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial.²

Assim, pela teoria maior da desconsideração, o juiz poderá deixar de aplicar as regras referentes à separação patrimonial entre a sociedade e os seus sócios, ignorando, episodicamente, a existência da pessoa jurídica, isto é, desconsiderando a pessoa jurídica em um determinado caso concreto sob julgamento, permanecendo a mesma válida para quaisquer outros fins.

² COELHO, Fábio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, o pressuposto da teoria menor, menos elaborada que a maior, é simplesmente o desatendimento de crédito titularizado perante a sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta, ou seja, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, tal seria suficiente para responsabilizá-lo por obrigações daquela.

Como foi visto, a aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica não objetiva anular a própria existência de uma sociedade. Apenas no caso concreto, em que a autonomia patrimonial foi utilizada com abuso ou fraude, é que a personalidade jurídica é desconsiderada, ficando suspensa momentaneamente.

1.5 – Aplicação

Como já exposto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica aplica-se apenas sobre os entes dotados de personalidade jurídica distinta da de seus membros, objetivando responsabilizar seus sócios ou administradores que porventura tenham praticado atos abusivos ou fraudulentos por intermédio do uso da pessoa jurídica. Não se trata de anular a pessoa jurídica, mas apenas desconsiderar sua personalidade em um determinado caso concreto, permanecendo válida para todos os outros efeitos.

O primeiro requisito de viabilidade da aplicação da doutrina da desconsideração é a intenção de usar, com fraude ou abuso de direito, a pessoa jurídica, beneficiando-se da separação patrimonial entre o sócio e a sociedade.

Existe, ainda, um outro requisito de viabilidade (poucos doutrinadores o mencionam) da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica que é a existência de responsabilidade limitada. Assim, aplica-se a teoria a apenas dois tipos societários, que são as sociedades anônimas e as sociedades por cotas de responsabilidade limitada, haja vista

nos demais tipos societários, que apresentam responsabilidade limitada e ilimitada, os sócios dirigentes serem sempre responsabilizados ilimitadamente.

Por fim, no tocante às pessoas jurídicas de direito público, são elas responsabilizadas civilmente por danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (em alguns casos, responsabilidade objetiva), ressalvado o direito de regresso contra os mesmos (responsabilidade subjetiva), não se podendo falar em aplicação da teoria da desconsideração para esses entes.

2 - DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE

No Brasil, diferentemente do que acontece no direito alienígena, onde se admite a desconsideração da pessoa jurídica da sociedade na jurisprudência, para evitar abuso de direito ou fraude em proveito de sócio ou administrador, o princípio vem definido na lei, diferentemente de outros sistemas.

No direito brasileiro, o primeiro dispositivo legal que merece destaque no que se refere à desconsideração da personalidade jurídica é o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu artigo 28, que assim dispõe: "Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...) §5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que a sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores".

Parte da doutrina critica o citado dispositivo no que se refere ao excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social como fontes da

desconsideração da personalidade jurídica, haja vista a responsabilização dos administradores e dos sócios em geral, nessas situações, ser diretamente realizada, não havendo, pois, necessidade de se desconsiderar a personalidade jurídica.

Contudo, pela análise da lei, verifica-se como hipóteses fáticas de aplicação da teoria: abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito, ou violação dos estatutos ou contrato social, falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Existe, ainda, a possibilidade de se decretar a desconsideração sempre que a personalidade for utilizada como empecilho ao ressarcimento de prejuízos causados por fraude ou abuso contra credores ou terceiros de boa-fé.

Mas o que seria abuso de direito? Abusar de um direito é cometer um ato em conformidade com o texto legal, mas excedendo os limites legais ou contratuais. O uso irregular do direito causa um desvio de função da norma.

Conforme afirmado por Fábio Ulhoa Coelho, seria correto dizer que nosso sistema adota a teoria maior, sendo necessário à desconsideração a caracterização da fraude ou abuso de direito praticados através da personalidade jurídica, ou seja, o sistema jurídico nacional exige que haja subjetivismo na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, sendo necessário se perguntar a respeito da vontade do agente em causar dano e utilizar a pessoa jurídica para tanto, manipulando-a de forma ardilosa e fraudulenta.¹

Outro dispositivo presente no direito brasileiro que também registra a teoria da desconsideração é o artigo 18 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste). Assim está disposto o artigo 18: "A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver

¹COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração*.

Como se percebe, o referido dispositivo traz semelhante idéia àquela presente no Código de Defesa do Consumidor.

Pode-se encontrar, ainda, a teoria da desconsideração no artigo 4º da Lei 9.605/98, que dispõe sobre a responsabilidade por atividades lesivas ao meio ambiente. Segundo os termos do dispositivo, "poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente". Tal dispositivo permite que seja desconsiderada a personalidade jurídica sempre que a mesma for utilizada como escudo para evitar o ressarcimento de danos causados ao meio ambiente.

Por fim, o artigo 50 do Código Civil de 2002 aplica a desconsideração da personalidade jurídica numa única hipótese, qual seja, a de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. A requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, o juiz poderá decidir que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigação sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, nos casos em que ficar caracterizada a deturpação desta.

3 - ASPECTOS PROCESSUAIS DA DOCTRINA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Poucos doutrinadores realizaram um trabalho específico acerca da influência que a desconsideração da personalidade jurídica exerce sobre o processo, haja vista ser esta uma

temática de direito material. Porém, como será visto adiante, o instituto traz influências sobre o direito processual. A realidade processual e a realidade material do direito atuam em conjunto e não separadamente.

Foi explicado que, no decorrer de um processo de conhecimento, cautelar ou de execução, se ficar comprovado que um sócio ou administrador de uma sociedade utilizou-se desta para obter vantagem ilícita e se escondeu por trás de sua personalidade jurídica como meio para evitar sua responsabilização, o magistrado poderia desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade e atingir a dos sócios, passando estes a serem parte integrante do pólo passivo ao lado da pessoa jurídica.

É necessária, portanto, a consciência de que o processo tem a função principal de servir como instrumento para a aplicação do direito material, e que não representa um fim em si mesmo. O seu objetivo é servir como meio capaz de estabilizar ou resolver situações de conflito. O processo busca a sentença e funciona como elo entre os opostos abstrato e concreto da norma jurídica. O processo é, portanto, um instrumento de garantia do direito.

Assim, em princípio, pode-se afirmar que a desconsideração da personalidade jurídica é um tema que pertence ao campo do direito material. Contudo, é inegável que o mesmo gera reflexos importantes na seara do direito processual.

3.1 - Regulamento da Declaração Judicial de Desconsideração da Personalidade Jurídica

Apenas a título de ilustração, acrescentamos ao presente artigo o Projeto de Lei 2.426/2003, do Dep. Ricardo Fiúza, que regulamenta o disposto no artigo 50 do Código Civil responsável por disciplinar a declaração judicial de desconsideração da personalidade jurídica.

Está disposto no referido projeto de lei que se a parte se julgar prejudicada pela ocorrência de desvio de finalidade ou confusão patrimonial praticadas com abuso da personalidade jurídica indicará, necessária e objetivamente, em requerimento específico, quais os atos abusivos praticados e os administradores ou sócios deles beneficiados, o mesmo devendo fazer o Ministério Público nos casos em que lhe couber intervir na lide.

Antes de declarar que os efeitos de certas e determinadas obrigações sejam estendidos aos bens dos administradores ou sócios da pessoa jurídica, o juiz lhes facultará o prévio exercício do contraditório, concedendo-lhes o prazo de quinze dias para produção de suas defesas.

Sendo vários os sócios e ou os administradores acusados de uso abusivo da personalidade jurídica, os autos permanecerão em cartório e o prazo de defesa para cada um deles contar-se-á independentemente da juntada do respectivo mandado aos autos, a partir da respectiva citação se não figurava na lide como parte e da intimação pessoal se já integrava a lide, sendo-lhes assegurado o direito de obter cópia reprográfica de todas as peças e documentos dos autos ou das que solicitar, e juntar novos documentos.

Nos casos em que constatar a existência de fraude à execução, o juiz não declarará a desconconsideração da personalidade jurídica antes de declarar a ineficácia dos atos de alienação e de serem executados os bens fraudulentamente alienados.

É vedada a extensão dos efeitos de obrigações da pessoa jurídica aos bens particulares de sócio e ou de administrador que não tenha praticado ato abusivo da personalidade, mediante desvio de finalidade ou confusão patrimonial, em detrimento dos credores da pessoa jurídica ou em proveito próprio.

O art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, que prevê que o juiz poderá desconoscer a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver

abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social e quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração, somente se aplica às relações de consumo, obedecidos os preceitos desta lei, sendo vedada a sua aplicação a quaisquer outras relações jurídicas.

O disposto no art. 18 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), que estabelece a possibilidade de desconconsideração da personalidade jurídica por infração da ordem econômica, somente se aplica às hipóteses de infração da ordem econômica, obedecidos os preceitos dessa lei, sendo vedada a sua aplicação a quaisquer outras relações jurídicas.

O juiz somente pode declarar a desconconsideração da personalidade jurídica nos casos expressamente previstos em lei, sendo vedada a sua aplicação por analogia ou interpretação extensiva.

3.2 - Aplicação Processual das Teorias da Desconconsideração da Personalidade Jurídica

Inicialmente, ao receber os autos do processo, o magistrado fará uma análise detalhada destes e, preenchidos os requisitos legais, desconoscerá, para aquele caso concreto, a personificação societária e decidirá na espécie como se a pessoa jurídica não existisse, imputando aos seus sócios ou administradores (ou a uma pessoa jurídica que também tenha se beneficiado), as responsabilidades pertinentes. Em resumo, o magistrado atribuirá ao sócio ou à sociedade as condutas que seriam atribuídas, respectivamente, à sociedade ou ao sócio, caso não fosse aplicada a teoria da desconosceração.

Segundo a classificação de Fábio Ulhoa Coelho, para a teoria maior, o pressuposto inafastável da desconosceração é o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da

carência de ação, na hipótese de ser decretada na fase de conhecimento.

No intuito de garantir bens suficientes para ressarcir os seus prejuízos, caso vitorioso na ação perpetrada, o consumidor poderá, ainda, se utilizar de uma cautelar inominada com pedido de bloqueio de bens do possível devedor.

Segundo a doutrina, já na discussão em juízo, não seria obrigatório o pedido de declaração da desconconsideração da personalidade jurídica. Consoante lição de Fábio Konder Comparato, é certo que: "provada a efetiva confusão patrimonial entre a sociedade e o seu controlador, os tribunais poderiam, excepcionalmente, fazer incidir sobre os bens deste a responsabilidade pelas dívidas sociais".⁵

Ademais, muitos entendem que a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica pode ser invocada a qualquer tempo, como meio de defesa autônoma ou não, desde que obedecidos os seus pré-requisitos processuais.

3.4 – Discricionariedade

Está disposto no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor que "o juiz **podrá** desconSIDERAR a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor...".

Ao se fazer uma análise inicial sobre este artigo, é possível que o intérprete chegue à conclusão de que o juiz, haja vista a presença do termo "podrá" no texto legal, teria a possibilidade de, por mera arbitrariedade, deixar de aplicar a desconSIDERação da personalidade jurídica.

Contudo, sabe-se que arbitrariedade não significa o mesmo que discricionariedade. Mesmo que haja na lei uma

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

certa margem de liberdade de apreciação do juízo, isso não significa que o mesmo poderá deixar de atender a uma pretensão legítima por puro arbítrio ou poder ilimitado.

Estando presentes todos os requisitos de admissibilidade legalmente previstos para a aplicação de um determinado instituto jurídico, não há que se falar em arbitrariedade judicial. O julgador deverá sempre observar a finalidade da lei. No caso da desconSIDERação da personalidade jurídica, presentes os pressupostos de admissibilidade do instituto previstos em lei, o magistrado estará autorizado a aplicá-lo.

Algumas outras observações de ordem legal são necessárias para o desenvolvimento deste tópico. Assim dispõe o artigo 131 do CPC: "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento". Tal dispositivo se refere ao sistema da persuasão racional de apreciação das provas, adotado pelo direito pátrio.

Em conformidade com esse sistema, o magistrado estará autorizado a aplicar a teoria da desconSIDERação da personalidade jurídica na hipótese de a pessoa jurídica que figurar como legitimada passiva constituir um óbice à satisfação dos direitos do consumidor.⁶

Destaca-se, ainda, o trabalho específico sobre a temática em discussão elaborado por Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas. Em sua obra, a autora relata que fato jurídico consiste em todo fato capaz de gerar direitos, transformá-los ou modificá-los e extingui-los. Os fatos simples referem-se aos fatos que não possuem tais características; porém, são capazes de demonstrar a existência dos fatos jurídicos.

⁶ FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. DesconSIDERação da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil. São Paulo: Atlas, 2004.

Os fatos e as circunstâncias que o julgador pode considerar, mesmo que as partes não tenham alegado nada sobre eles, são os fatos simples. Afinal, os fatos jurídicos constituem a causa de pedir que, como se sabe, é um dos elementos identificadores da ação.

Assim, entende-se que considerando o juiz o fato jurídico não alegado pela parte, ou melhor, atribuindo ao pedido ajuizado pela parte uma outra causa de pedir, estará julgando outra ação, violando frontalmente o princípio dispositivo.

3.5 – Efeitos da Decisão Judicial em Matéria de Desconsideração da Personalidade Jurídica

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica atua desconstituindo os negócios efetuados por meio de fraude ou abuso de direito relacionados ou praticados por uma sociedade (por seus sócios ou administradores), preservando todos os outros negócios realizados.

A decisão que aplica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como foi destacado anteriormente, declara apenas a ineficácia episódica da personalidade jurídica, não afetando a sociedade em nenhum de seus outros atos e negócios que estejam em concordância com os ditames legais e atos constitutivos societários.

Tema também bastante discutido em matéria de desconsideração da personalidade jurídica se refere à necessidade ou não de uma ação própria capaz de autorizar a aplicação do instituto. Alguns doutrinadores entendem que, em busca de uma maior celeridade processual e consequente efetividade jurídica, em se demonstrando a existência de fraude ou abuso por parte de sócios, administradores ou diretores de uma sociedade, deveria o magistrado desconsiderar a personalidade jurídica no próprio processo, por intermédio de uma decisão interlocutória simples.

Tal se justificaria, pois, se o juiz determinasse a propositura de uma ação cognitiva própria para que se pudesse decidir pela desconsideração, estaria proporcionando mais tempo útil para a prática de novos atos ilícitos, prejudicando, conseqüentemente, o rápido andamento processual, o próprio princípio da instrumentalidade e do processo e, por fim, o credor ou terceiro de boa-fé prejudicado pelo mau administrador.

É de se destacar, por fim, que a decisão da desconsideração da personalidade jurídica, assim como todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, deverá ser sempre fundamentada. As decisões judiciais que não trazem uma fundamentação, mas apenas uma ordem a ser cumprida, são nulas e inconstitucionais, haja vista estarem em completo desacordo com o que dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade e as ciências (incluindo-se o direito) evoluem paralelamente, buscando adaptar as necessidades de uma às soluções da outra.

Como corolário dessa evolução podemos destacar o surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que despontou não apenas como meio capaz de coibir o mau uso da pessoa jurídica, mas como um manto protetor da própria pessoa jurídica e da sociedade, buscando evitar os abusos praticados contra as instituições e atentados à boa-fé processual e negocial.

Hoje, no meio jurídico-empresarial, não mais se admite a falta de ética, profissionalismo e impunidade. Tais atitudes são repudiadas com veemência por aqueles que atuam como mentores do desenvolvimento socioeconômico das nações.

A desconsideração da personalidade jurídica veio para prevenir tais abusividades e garantir o desenvolvimento

Os fatos e as circunstâncias que o julgador pode considerar, mesmo que as partes não tenham alegado nada sobre eles, são os fatos simples. Afinal, os fatos jurídicos constituem a causa de pedir que, como se sabe, é um dos elementos identificadores da ação.

Assim, entende-se que considerando o juiz o fato jurídico não alegado pela parte, ou melhor, atribuindo ao pedido ajuizado pela parte uma outra causa de pedir, estará julgando outra ação, violando frontalmente o princípio dispositivo.

3.5 – Efeitos da Decisão Judicial em Matéria de Desconsideração da Personalidade Jurídica

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica atua desconstituindo os negócios efetuados por meio de fraude ou abuso de direito relacionados ou praticados por uma sociedade (por seus sócios ou administradores), preservando todos os outros negócios realizados.

A decisão que aplica a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, como foi destacado anteriormente, declara apenas a ineficácia episódica da personalidade jurídica, não afetando a sociedade em nenhum de seus outros atos e negócios que estejam em concordância com os ditames legais e atos constitutivos societários.

Tema também bastante discutido em matéria de desconsideração da personalidade jurídica se refere à necessidade ou não de uma ação própria capaz de autorizar a aplicação do instituto. Alguns doutrinadores entendem que, em busca de uma maior celeridade processual e consequente efetividade jurídica, em se demonstrando a existência de fraude ou abuso por parte de sócios, administradores ou diretores de uma sociedade, deveria o magistrado desconsiderar a personalidade jurídica no próprio processo, por intermédio de uma decisão interlocutória simples.

Tal se justificaria, pois, se o juiz determinasse a propositura de uma ação cognitiva própria para que se pudesse decidir pela desconsideração, estaria proporcionando mais tempo útil para a prática de novos atos ilícitos, prejudicando, consequentemente, o rápido andamento processual, o próprio princípio da instrumentalidade e do processo e, por fim, o credor ou terceiro de boa-fé prejudicado pelo mau administrador.

É de se destacar, por fim, que a decisão da desconsideração da personalidade jurídica, assim como todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, deverá ser sempre fundamentada. As decisões judiciais que não trazem uma fundamentação, mas apenas uma ordem a ser cumprida, são nulas e inconstitucionais, haja vista estarem em completo desacordo com o que dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade e as ciências (incluindo-se o direito) evoluem paralelamente, buscando adaptar as necessidades de uma às soluções da outra.

Como corolário dessa evolução podemos destacar o surgimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que despontou não apenas como meio capaz de coibir o mau uso da pessoa jurídica, mas como um manto protetor da própria pessoa jurídica e da sociedade, buscando evitar os abusos praticados contra as instituições e atentados à boa-fé processual e negocial.

Hoje, no meio jurídico-empresarial, não mais se admite a falta de ética, profissionalismo e impunidade. Tais atitudes são repudiadas com veemência por aqueles que atuam como mentores do desenvolvimento socioeconômico das nações.

A desconsideração da personalidade jurídica veio para prevenir tais abusividades e garantir o desenvolvimento

otimizado das organizações, sem comprometer o instituto da pessoa jurídica. Contudo, assim como todos os institutos jurídicos, deve ser aplicada com parcimônia e cautela pelos magistrados, evitando-se o seu mau uso e buscando atingir seus objetivos de proteção dentro dos limites da lei e do ordenamento jurídico.

5 – REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Concordata**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

BULGARELLI, Waldirio. **Sociedades Comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas, empresas e estabelecimento comercial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v.2.

FAZZIO JR., Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. **Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código**

de defesa do consumidor e do novo código civil. São Paulo: Atlas, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.3.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NAHAS, Thereza Christina. **Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais nas relações de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2004.

NERY JR., Nelson; NERY ANDRADE, Rosa Maria de. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

CONTEÚDO E ALCANCE DO DEVER DE DIZER A VERDADE NO SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Lúcio Grassi de Gouveia

Juiz Titular da 12ª Vara Cível do Recife, Professor de Direito Processual Civil das pós-graduações da Universidade Federal de Pernambuco-UFPE, Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, Escola Superior da Magistratura de Pernambuco ESMAPE, Mackenzie, Faculdade Maurício de Nassau, Juspodium, Faculdade de Direito de Caruaru - FADICA, entre outras em diversos Estados. Doutorado em Direito pela Universidade de Lisboa e Mestrado em Direito pela UFPE. Coordenador do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

Jasmína Rocha

Juiz de Direito em Pernambuco, ex-Juiz de Direito da Paraíba, aprovada e nomeada no concurso de Promotora de Justiça da Paraíba, ex-professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Professora da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE, pós-graduanda em Direito Processual Civil pela ESMAPE/Faculdade Maurício de NASSAU.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO; 2 - DA TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO AO DEVER DE DIZER A VERDADE; 3 - CONCLUSÃO; 4 - REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO

Tem sido pouco freqüente a preocupação dos julgadores brasileiros com o dever das partes de dizerem a verdade, previsto nos arts. 14, inc. I e 17, inc. II, do CPC. Tal constatação não retira nossa motivação para que procuremos melhor entender o instituto e, possivelmente, convencê-los de que é possível a penalização do litigante de má-fé que mente ou omite a verdade.

Ressaltemos, de logo, algumas características do dever de verdade no processo civil brasileiro:

a) o CPC consagra expressamente um próprio dever de veracidade;

b) o livre querer das partes fica limitado pela imposição do dever de veracidade (não alterar a verdade dos fatos que se interpreta conjuntamente com a seguinte regra: "expor os fatos em juízo, conforme a verdade");

c) podemos, ainda, destacar que, além do caráter preventivo e genérico do *Wahrheitspflicht*, visando a evitar a mentira processual, tal dever possui caráter fortemente sancionatório, já que aquele que falta com a verdade no processo deverá ser condenado a pagar, em favor da parte contrária, multa e/ou indenização (essa no caso de existência de dano).

Porém, se a verdade que admitimos possível de ser trazida para o processo pelas partes é de natureza subjetiva, devemos procurar indicar critérios seguros para identificar casos de infração a esse dever.

2 - DA TIPIIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO AO DEVER DE DIZER A VERDADE

Os dispositivos legais supramencionados dispõem sobre um dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade (14, I, CPC), afirmando reputar-se litigante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos (17, II, CPC).

A partir do texto legal, podemos construir a seguinte metalinguagem doutrinária fixadora de critérios identificadores da prática da referida ilicitude:

Primeiro critério: as declarações positivas¹ das partes² devem ser verdadeiras³, existindo somente um dever relativo à verdade subjetiva⁴. Isso não quer dizer que a parte somente

¹ Segundo STEIN-JONAS, as declarações positivas das partes devem ser verdadeiras, existindo apenas um dever de verdade subjetiva (cfr. Stein-Jonas-Schoenke, Kommentar, 17ª ed., 1949, antes do § 128, III, 4; Sauer, op. cit. id; Hans Welzel, op. cit. p. 7 apud ALVIM, Arruda. Tratado de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. 2, p. 398).

² Admite ROSENBERG que são negadas às partes afirmações e contestações positivamente falsas, isto é, os litigantes sabem conscientemente que são falsas as afirmações que fazem, mas intencionalmente as produzem, agindo portanto contra melhor saber e consciência (cfr. ROSENBERG, Die Beweislast apud CRESCI SOBRINHO, Elcio de. Dever de veracidade das partes no processo civil. Lisboa: Edições Cosmos - Livraria Arco-iris, s. d. p.126-127).

³ Afirma WELZEL que o sentido da regra é o de crença subjetiva na verdade (esse particular, quanto a ser a verdade subjetiva, há, segundo Welzel, desde os primeiros tempos da Novela de 1933, convergência de opiniões - cfr. Hans Welzel, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess - O princípio da verdade na direito processual, cit., p. 6 e 10 -, e, não que, no processo, se esteja a exigir a verdade objetiva, sob pena de, inócurrenente esta última, incidir a parte na pecha de litigante de má-fé, porque teria faltado com o dever de dizer a verdade. O que se quer significar com isso é que a má-fé revelar-se-á quando ficar evidente que a parte sabia que sua afirmação não correspondia à verdade, como se percebe da análise da jurisprudência... Diz-se, com expressividade, que incide inexoravelmente a regra quando a parte fica "azul" com o que ela mesma disse, ou seja, a evidência da mentira - cfr. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Zivilprozessordnung, 44ª ed. cit., coms. ao § 138 do CPC alemão p. 444-445 (apud ALVIM, Arruda. Tratado..., p. 393).

⁴ Nesse sentido, ROSENBERG-SCHWAB-GÖTTWALD, para quem as alegações das partes devem ser deduzidas conforme a verdade. A verdade de que se trata é de índole subjetiva, sendo suficiente para a observância do princípio que a parte acredite naquilo que afirma (Rosenberg-Schwab-Gottwald, ZPR, § 65, VIII, 4, 365). Pelo princípio não se exige a alegação da verdade absoluta, mas sim da veracidade dos fatos (cfr. MünchKommZPO, II, Peters, § 138, 2, 991 apud NERY JÚNIOR; NERY, Rosa. Código de processo civil comentado. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 1999, p. 418).

deve apresentar afirmações de cuja verdade tem seguro conhecimento⁵, pois esse comumente lhe faltaria⁶. Dessa forma, o dever de veracidade, em primeira linha, revela-se de forma negativa⁷; nada afirmar cuja inveracidade⁸ a parte conheça positivamente⁹.

Inadmitte, tal princípio, que o próprio perfil dos fatos relatados ao juiz provoquem - em função da narração mais ou menos habilidosa - uma impressão diversa da realidade. Pode ocorrer que a narração seja estruturada de forma a provocar uma impressão diversa da realidade. É nesse sentido que a doutrina afirma que o litigante deve dar ao juiz uma visão, ou

⁵ Tal dever significa que as partes não devem declarar somente aquilo que sabem ser inverídico, a mentira processual é que se proíbe. A parte não deve afirmar ou contradizer contra melhor saber (*wider besseres Wissen*) (ZEISS, Walter. El dolo procesal - aporte a la precisión teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilística, trad. Y presentación de Tomas A. Banzahal. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979. p. 38-39).

⁶ Nada impede, porém, que a parte alegue fatos sobre cuja veracidade não esteja completamente esclarecida e em muitas situações processuais ela pode não conhecer positivamente a verdade (ZEISS, op. cit., p. 38-39).

⁷ Também se admite que a parte se manifeste por conjecturas. Ela precisa ter uma certa margem de segurança da certeza subjetiva, da justeza das alegações fácticas. Os alemães, tal como Zeiss, referem-se à *Richtigkeit*, enquanto certeza subjetiva. Ele afirma que a parte deve, então, como a testemunha, dizer a verdade sem reticência (omissão intencional) (ZEISS, op. cit., p. 38-39).

⁸ Segundo Rosenberg/Schwab, em outra expressão, trata-se da proibição de deixar de dizer a verdade, quando esta é sabida (Rosenberg/Schwab, *Zivilprozessrecht*, cit., § 65, 3, p. 392, onde se diz que se trata de uma "proibição de fazer afirmações contrárias a um outro melhor conhecimento" - "*Verbot non behauptungen wider besseres Wissen*", apud Amado Alvim, *Tratado...*, p. 393).

⁹ Cfr. WELTZEL, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, 1935, p. 7; cfr. Stein-Jonas-Schoenen, op. cit., antes do § 128, III, 4, "a": "o que a lei exige é a verdade subjetiva". Exemplifica o autor com o caso do paciente que aciona o dentista, por erro profissional culposo, pretendendo uma satisfação por danos; em raríssimos casos poderá conhecer positivamente tanto a culpa quanto o erro, e, na maioria das vezes, no processo, isso será deixado para a solução das peritas (apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 72-73).

um quadro correto dos fatos ("*richtiges Bild*") (cfr. W. Bernhardt, ob ult. cit., § 23, p. 139).

Não se pode afirmar que a parte atua contra o dever de veracidade quando agiu sem total certeza, talvez porque não a pudesse ter. O que se pode impedir é a afirmação *aus der Luft* com mera esperança de prova¹⁰. A parte deve ter uma possibilidade de convencimento, segundo seu melhor saber e consciência, quanto aos fatos que expõe.

Segundo critério: a parte não deve contradizer as afirmações da parte contrária, cuja exatidão não conheça positivamente. Radica na proibição de contradizer¹¹ - contra melhor saber (*wider besseres Wissen*) -, e vale quando a parte desconheça positivamente a certeza da afirmação oposta. Entendendo-a, porém, somente por verossímil (*wahrscheinlich*) ou por possível (*moeglich*), pode então contradizer¹², forçando o opositor à prova¹³.

A parte pode contradizer afirmações da contrária quando acredita na possibilidade de que poderiam ser verdadeiras, mas como tal, aprioristicamente.

Se a parte entender a afirmação da contrária como verossímil ou somente possível, poderá contradizer, levando naturalmente o opositor à prova¹⁴.

¹⁰ Cfr. NIKISCH, *Zivilprozessrecht*, 2. ed., 1952, pp. 205 a 209 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 126-127.

¹¹ Para WALTER ZEISS (*Zivilprozessrecht*, 5. Aufl., 1982, pp. 74 e 75) o dever de veracidade (§ 138, I, ZPO) vale: tanto para quem afirma quanto para aquele que litiga (contradiz) os fatos (ZEISS, op. cit., p. 38-39).

¹² Segundo ROSENBERG, se admitíssemos que as partes tivessem de afirmar somente a verdade, se incluíssemos no dever de veracidade o postulado positivo de que as partes devem afirmar o que conhecem como verdadeiro e não somente discutir ou contestar o que conheçam como falso, negaríamos o processo civil como o concebemos no CPC (cfr. Rosenberg, *Die Beweislast*, cit., p. 65 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 126-127).

¹³ Cfr. WELTZEL, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, 1935, pp. 7, 8, 9 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 73.

¹⁴ Cfr. HANS WELTZEL, op. cit., pp. 8, 9 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 126-127.

Se o litigante entende que pode ter pago uma dívida, mas tem dúvida a respeito, deverá contestar a ação, admitindo essa margem de dúvida e não afirmar peremptoriamente que pagou, quando sabe inexistir essa certeza. Se existe dúvida (subjéctiva) não pode afirmar a certeza (subjéctiva).

Não deverá levantar dúvida a respeito de um fato alegado pela outra parte, quando souber, perfeitamente, que inexistente dúvida alguma¹⁵.

Terceiro critério: o dever de veracidade refere-se¹⁶ somente às declarações sobre circunstâncias dos fatos¹⁷, não às argumentações jurídicas¹⁸. Porém, mesmo que se entenda que, de um modo geral, a obrigação de lealdade diga respeito aos fatos, dado que o direito deve ser conhecido do juiz (*iura novit curia*), é possível cogitar-se, também, da deslealdade (mas não inveracidade) quanto ao direito propriamente dito¹⁹.

Configurar-se-ia tal deslealdade quando o litigante, ostensiva e deliberadamente, formulasse demandas que, do ponto de vista jurídico, deixassem o juiz confuso, em face do litigante, intencionalmente, pretender confundir o juiz,

¹⁵ Cfr. W. BERNHARDT, *Das Zivilprozeßrecht*, cit., § 23, p. 140 apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 397.

¹⁶ No Direito alemão a doutrina restringe o dever de dizer a verdade, exclusivamente, aos fatos, refugindo de tal área os problemas relacionados com as conseqüências jurídicas. Dizem Rosenberg e Schwab (*Zivilprozeßrecht*, 10ª ed., cit., 65, VIII, 1, P. 319) que o dever de veracidade diz respeito apenas às circunstâncias de fato e não diz com os aspectos jurídicos (apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 396).

¹⁷ GOLDSCHMIDT ensina-nos que a obrigação apenas diz respeito aos fatos e, não ao direito (*Derecho Procesal Civil*, ed. 1936, p. 381 apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 396).

¹⁸ Cfr. Bundesgerichtshof STS, *Juristische Rundschau*, 1958, 106 cfr. ROSENBERG, op. cit., p. 289; BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS, op. cit., § 138, I. A apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 75.

¹⁹ ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 391, que destaca a posição contrária de Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *Zivilprozeßordnung*, Munique, 1986, 44ª ed., p. 445 e da generalidade dos juristas.

dizendo-se, no direito alemão, que tais demandas deixariam o juiz perplexo (*perplexen Klagen*)²⁰.

O juiz conhece, necessariamente, o direito, e, portanto, não fica vinculado às leis indicadas na inicial ou na contestação, para rejeição do pedido, como ainda, não se reputa modificação do pedido a alteração do fundamento legal.

Mas, se dizer a verdade é um dever restrito aos fatos, existe, no entanto, relativamente ao advogado, não propriamente o dever de sempre invocar o direito corretamente, mas, pelo menos, impor-lhe a sua lei (art. 34, inciso VI, da Lei nº 8.906, de 1994), o limite consistente no dever de não advogar contra literal disposição de lei (igualmente disposto no art. 17, inciso I, 1ª frase, do estatuto da OAB)²¹.

Observe-se, ainda, que a lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB) dispõe em seu art. 34, inc. XIV, constituir infração deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário e iludir o juiz da causa.

Dessa maneira, pode-se falar em infração do dever de lealdade, mas não do dever de verdade, quando a parte, através de seu advogado, altera propositalmente o direito (a parte extrai do texto legal interpretação evidentemente e intencionalmente distorcida), visando dificultar o entendimento do juiz.

Especialmente no direito brasileiro, diante da obrigatoriedade da parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário de provar-lhe o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz, é possível que a parte indique lei

²⁰ Cfr. PFIZER, in *Zeitschrift für deutschen Zivilprozeßrecht*, *Revista de Direito Processual Civil* - v. 21, p. 327 apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 391.

²¹ *Idem*, p. 396. "Todavia, esta implicação, referente só ao advogado, refoge do sentido e função do ilícito através do qual se possa desconhecer o disposto no art. 14, inciso I" (*Idem*, p. 396).

revogada ou mesmo altere o teor do texto legal, atuando de forma a causar prejuízo quanto ao julgamento do processo. Poderemos, assim, falar em deslealdade quanto à questão de direito, mas tal conduta não se enquadrará na alteração da verdade dos fatos do art. 17, inc. II, do CPC; podendo ser considerada como infração aos incisos I e III do art. 17, do CPC brasileiro, para efeito de penalização.

Quarto critério: ensina a doutrina alemã que quando a parte reconhecer a falsidade do fato alegado anteriormente, deve manifestar o verdadeiro²². Entendemos, porém, que tal arrependimento não terá eficácia no processo para impedir a punição do *improbis litigator*, tendo em vista que o dever de verdade já foi descumprido, causando evidentes prejuízos para o processo e a administração da justiça. Somente se o arrependimento foi imediato, sem qualquer efeito processual, é que não caberá penalização.

Quinto critério: admite a doutrina alemã que a parte não precisa apresentar fatos²³ que possam proporcionar ao opositor fundamentos para reconvenção ou declaração de culpa mútua²⁴, ou que possam possibilitar ao réu fazer valer uma "exceção"²⁵.

²² Cfr. WARNEYER 1939. 37 / Warneyer, *Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichts*; Rosenberg, *op. cit.*, p. 290; não alterou Schwab (cfr. ROSENBERG-SCHWAB, *op. cit.*, p. 321 apud CRESCI SOBRINHO, *op. cit.*, p. 75).

²³ Segundo ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD (ZPR, § 65, VIII, 1, 364) não se pode exigir da parte, em processo contraditório, que faça afirmações que poderiam beneficiar a parte contrária e atuar em detrimento do declarante (apud NERY JÚNIOR, NERY, Rosa. *Código de processo civil comentado*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 418).

²⁴ *Reichsgericht* 156,269; BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS, *op. cit.*, p. 138. 1. "c", p. 315 *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*; SCHOENKE-SCHROEDER-NIESE, *op. cit.*, p. 45; NIKISCH, *op. cit.*, p. 207 apud CRESCI SOBRINHO, *op. cit.*, p. 75.

²⁵ Cfr. ROSENBERG, *op. cit.* pp. 290, 291 apud CRESCI SOBRINHO, *op. cit.*, p. 75.

Nesse particular, ressalta-se a legitimidade da seleção de fatos. Aceita-se que a parte não precisa proporcionar ao opositor os fundamentos para reconvenção ou declaração de culpa mútua, desde que seu relato não desfigure, em si mesmo, a veracidade dos fatos em que se estriba.

Dessa forma, aquele que requer uma separação judicial deve formular seu pedido imputando ao outro o ilícito ou os ilícitos que entenda tenham ocorrido, mas não tem o dever, igualmente, de se inculpar, isto é, não tem o dever de descrever tais fatos de forma que venha a facilitar reconvenção do seu oponente, ou exceção da outra parte.

Ao tratarmos do dever de completude indicaremos limitações a essa tese, até porque, como dissemos, jamais poderá resultar desfigurada em si mesmo a veracidade dos fatos a serem apresentados ao juiz.

Sexto critério: não pode a parte contradizer afirmações quando ela acredita na possibilidade de que poderiam ser verdadeiras. Não se permite a uma parte forçar a outra à prova de uma afirmação cuja veracidade tem ciência, procedendo de forma a causar dificuldades à contrária.

Sétimo critério: afirma a doutrina alemã que não se pode ver como atividade contrária ao referido dever quando uma parte apresenta fatos que lhe são desfavoráveis, ou, estando no pólo passivo, não os contradiz²⁶. Busca-se justificação no fato de que, se o *Wahrheitspflicht* quer assegurar o Tribunal contra o engano (*Taeuschung*) e a parte contrária contra um prejuízo (*Übervorteilung*), não tem lugar quando a parte alega circunstâncias que lhes são desfavoráveis. Admite Rosenberg as hipóteses da parte confessar, renunciar (*Verzicht*) ou reconhecer. Para ele, declarações dessa espécie têm efeito, ainda quando não sejam verdadeiras, ou não tenha existido o fato

²⁶ Cfr. THOMAS-PUTZO, *op. cit.*, com. ao § 138, 2, "d", "bb", apud CRESCI SOBRINHO, *op. cit.*, p. 126-127.

admitido, ou não exista a pretensão reconhecida, ou exista a renunciada²⁷.

Concordamos com Rosenberg no que diz respeito à renúncia e ao reconhecimento da procedência do pedido. Porém, tendo em vista que no direito brasileiro a confissão é mero meio de prova, passível de aferição pelo juiz diante das demais provas trazidas aos autos (princípio do livre convencimento motivado), entendemos estar a mesma sujeita ao dever de verdade.

No que concerne à confissão, segundo Isabel Alexandre, as soluções de alguma doutrina alemã (favorável à submissão das regras sobre a confissão ao § 138 I ZPO) não parecem, também, poder ser transpostas para o direito português, na medida em que, como assinala o mesmo autor (cfr. pág. 545), a confissão tem como efeito provar plenamente o facto cuja realidade se afirma, o qual, uma vez provado, realizará a eficácia que lhe é própria. Podendo este facto na realidade não ter ocorrido e não sendo admissível, salva a impugnação prevista no art. 359 do C.C., a prova do facto contrário ao que tiver sido objecto da confissão, pode assim acontecer que deva ser tido como juridicamente assente um facto que na realidade não teve lugar e que produz efeitos jurídicos que, se não fosse o acto da confissão, não se produziriam (...) ²⁸.

²⁷ Cfr. ROSENBERG, Lehrbuch, 9. ed., 1961, p. 291; THOMAS PUTZO, Zivilprozessordnung, 3. ed., 1968, § 138. 2, "d", "bb", p. 198 com decisões: Reichsgericht 156. 269; Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen 72, 22; Oberlandesgericht Kassel, Hochsterichterliche Rechtsprechung 1937, 1462 = Juristische Wochenschrift 1937, 2768; cfr. NIKISH, Lehrbuch, 2. ed., 1952, p. 207, no mesmo sentido apud CRESCI SOBRINHO, Op. Cit., p. 76.

²⁸ ISABEL ALEXANDRE, Op. Cit., p. 98-99.

Admite a jurista portuguesa que, na doutrina alemã, apesar da revogação da confissão judicial em caso de erro (§ 290 ZPO) parecer implicar a vinculação do tribunal a uma confissão não verdadeira – salvo, evidentemente, a prova pela parte que revoga a confissão, de que ela não corresponde à verdade e foi provocada por erro – há quem defenda, como D. Olzen ("Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess", ZJP 1985, págs. 420-421), sua subordinação ao dever de veracidade (§ 138 I ZPO). Para ela, em se considerando o § 290 ZPO uma norma excepcional, o dever de veracidade perderia seu significado. Por outro lado, não seria absoluta a precedência do § 290 ZPO em relação ao § 138 I ZPO, fazendo com que a maioria da doutrina admita que, quando a confissão prejudicar terceiro, não seja violado o dever de veracidade. No mesmo sentido: H. Welzel (*Die Wahrheitspflicht...*, op. cit., pág. 17) ²⁹.

Observe-se que Calamandrei contestou o dever de veracidade por, segundo ele, contradizer o instituto da confissão. Elício Sobrinho entende como compatíveis. Blomeyer doutrina que a confissão propositadamente falsa vincula aquele que confessa, e portanto, não se verifica a proteção do § 290, I da ZPO. Rosenberg, porém, afasta a incidência do dever apenas para hipóteses de reconhecimento, renúncia ou transação.

De volta ao direito brasileiro, devemos, pois, distinguir o reconhecimento do pedido da confissão (mero meio de prova). Aquele é ato subjetivo da parte e nele não incidirá o dever de veracidade. Reconhecido o pedido e não verificadas as hipóteses que impeçam o juiz de dar a sentença (lides temerárias ou sobre pretensões ilícitas ou manifestamente infundadas, com base na inexistência ou falta de causa ou naquelas em que ficar evidente a intenção das partes de atuarem com

²⁹ Idem, p. 99.

simulação processual; e no caso em que a vontade das partes não puder conseguir o mesmo efeito pretendido no processo fora dele³⁰), o processo deverá ser extinto com julgamento do mérito.

No caso de confissão sobre a matéria de fato, como meio de prova que é, incidirá o dever de veracidade e o juiz deverá dar o valor que ela merecer, não produzindo qualquer efeito, por exemplo, se contrariar os demais meios de prova contidos nos autos. Assim, aquele que praticar falsa confissão será penalizado com as sanções inerentes à litigância de má-fé.

Oitavo critério: diz respeito à existência no direito brasileiro de um dever de completude.

O dever de veracidade anda, nos direitos português e alemão, ligado ao dever de plenitude (dever de as partes alegarem todos os fatos de que têm conhecimento). A distinção entre o dever de dizer a verdade e o dever de dizer toda a verdade (ou seja, o dever de plenitude) é destituída de sentido, no entender de Z. Stalev³¹, em um processo civil dominado pelo princípio da verdade objetiva³².

Comparando o § 138 I ZPO e o art. 3º I da lei processual civil búlgara de 1952, entende o autor que, enquanto o primeiro preceito concebe o dever de verdade à luz do princípio da verdade formal, o segundo insere-se no contexto do princípio da verdade objetiva. Por esse fato, o dever de dizer a verdade no direito alemão é concebido em termos essencialmente negativos (enquanto dever de não mentir quanto aos fatos que se pretende alegar) e, talvez por isso, tenha sido necessário estabelecer um autônomo dever de plenitude³³.

³⁰ Observar o art. 129 do CPC: "convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste aos objetivos das partes"

³¹ ZHIVKO STALEV, *Op. Cit.*, p. 403-404.

³² ISABEL ALEXANDRE, *Op. Cit.*, p. 98.

³³ *Idem*, p. 98.

Ainda, devem ser narrados os fatos sem dubiedade e lacunas, entendendo-se que, no conceito de dizer a verdade, contém-se o subprincípio que poderíamos denominar de completude, ou ausência de lacunosidade. É o subprincípio, denominado pela doutrina alemã de "Vollständigkeit", que significa que o relato não deve conter nem mentiras, nem lacunas³⁴. Ou seja, os esclarecimentos que a parte deve dar ao juiz, a informação, a declaração de ciência dos fatos, contidos na inicial, contestação, etc., devem ser completos (*Die Parteien müssen ihre Erklärungen vollständig abgeben* - a parte deve fornecer suas declarações completamente)³⁵.

Conclui-se que a sonegação de alguns fatos pode acarretar, exatamente, o contrário daquilo que a lei objetiva: o juiz deve ter um relato e um quadro exato e completo dos fatos ocorridos (relevantes para a pretensão e para a defesa)³⁶.

Basicamente, o que se pode fixar é que, se existe como regra geral, no processo civil, disponibilidade quanto ao direito dos litigantes e, por via de consequência, também pertinente aos instrumentos processuais de que os mesmos se servem, inexistente, absolutamente, disponibilidade quanto à verdade. Tangentemente a essa, têm os litigantes o dever, salvo as estritas exceções da lei, como já dissemos, de referir a totalmente³⁷.

³⁴ Cfr. W. BERNHARDT, *Das Zivilprozeßrecht*, § 23, 2, p. 141 apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 395.

³⁵ Cfr. V. BAUMBACH e outros, *Zivilprozeßrecht*, 38. ed., coms. ao § 138, I, 2, A, p. 336 apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 399.

³⁶ ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 399.

³⁷ Cfr. STEIN-JONAS-SCHÖNKE, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 19. ed., cit., coms. ao § 138, I apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 398.

Assim, se as alegações devem ser completas³⁸, nem por isso deixa de subsistir o princípio dispositivo. O princípio dispositivo, todavia, tem que se acomodar dentro da exigência global do dever de veracidade. Isso implica que é possível à parte fazer uma triagem a respeito dos fatos, desde que disso não resulte uma distorção mentirosa do quadro fático apresentado (cfr. Dr. Martin Krencker, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im deutschen und österreichischen Zivilprozeßrecht* - O princípio da obrigação de veracidade das partes no direito processual civil alemão e austríaco, cit., § 13, p. 65). Esse poder deve ser energeticamente exercitado contra a inverdade e a chicana ("gegen Unwahrhaftigkeit und Schikane"; cfr. Dr. Martin Krencker, *Die Wahrheitspflicht der Parteien im deutschen und österreichischen Zivilprozeßrecht* - O princípio da obrigação de veracidade das partes no direito processual civil alemão e austríaco, op. cit., p. 66)³⁹.

No desenvolvimento do processo, a representação do desenvolvimento dos fatos pode ser alterada, seja com a falsidade expressa, seja com a reticência: e tanto uma como a outra podem conduzir ao mesmo resultado, desviando o convencimento do juiz⁴⁰.

³⁸ Segundo LENT, a parte não tem o dever de alegar todos os fatos, cujo exame é necessário para fazê-la conseguir a vitória segundo o direito privado; "um dever do gênero teria sentido, somente se se pretendesse do particular um conhecimento do direito. No caso de as alegações serem lacunosas, o juiz deve sugerir o complemento, e o interessado sucumbe no juízo se não acolhe o conselho; mas nenhuma violação de um dever é reconhecível nessa hipótese. Nem se deve pensar que a parte deva narrar de uma vez só todos os fatos de que tem conhecimento: se a lei submete a limites a admissibilidade de sucessivas alegações, isso é devido, principalmente, à exigência de tornar expedito o juízo" (LENT, *Diritto processuale civile tedesco, parte prima, Il procedimento di cognizione*. Trad. Edoardo F. Ricci. [s. l.] Morano Editore, 1962, p. 107).

³⁹ KRENCKER apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 401.

⁴⁰ Cfr. LENT, *Diritto processuale civile tedesco, parte prima, Il procedimento di cognizione*. Trad. Edoardo F. Ricci. [s. l.] Morano Editore, 1962, p. 107.

Diante da previsão expressa de um dever de verdade em nosso processo civil, não podemos chegar à conclusão diversa da que as partes têm que narrar os fatos por inteiro, assim como é conhecido por elas, não podendo limitar-se a alegar os elementos favoráveis; devem tornar públicos também aqueles elementos que possam derivar para si conseqüências nocivas.

Adverte Lent que a antiga distinção entre fatos postos como fundamento da demanda e fatos postos como fundamento das exceções é agora desprovida de qualquer relevo no que concerne às alegações das partes, pois estas devem narrar o acontecimento com toda a completude possível⁴¹.

Nessa linha, a infração do dever de verdade compreende, também, a omissão intencional a respeito de fato (que haveria de ter sido objeto de consideração, e não o foi); essa é, igualmente, uma forma de alteração da verdade.

O dever de dizer a verdade tem um caráter nitidamente positivo, ou seja, não admite o silêncio do litigante, ou, ainda, que o litigante atue com evasivas⁴².

No direito português, o dever de plenitude encontra-se consagrado no art. 456º, nº 2, al. b) do CPC, na parte em que considera litigante de má-fé aquele que tiver omitido fatos relevantes para a decisão da causa.

Afirma António Santos Abrantes Gerales serem, no direito português, em menor número as situações em que a conduta maliciosa emerge da omissão de fatos conhecidos pela parte e que se mostram relevantes para a decisão⁴³.

⁴¹ Idem, p. 107.

⁴² BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANIN, *Zivilprozeßrecht*, 38. ed., cit., coms. ao § 138, I, "C", p. 334, onde dizem que não é com evasivas que a parte deverá explicar-se em juízo, na 44. ed., p. 444 apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 398.

⁴³ Admite o autor que, nas ações declarativas, é aparentemente mais grave o comportamento consistente na negação de um determinado fato alegado pela parte contrária ou na afirmação de ocorrências que não são verdadeiras do que a simples omissão de fatos ou de circunstâncias GERALDES, António, *Temas Judiciários*, Coimbra: Almedina, 1998, v. 1, p. 325.

À semelhança do que ocorre no processo civil brasileiro, a referida conduta é encarada com alguma displicência pela contraparte e pelo próprio juiz ou tribunal, atribuindo a omissão a uma estratégia processual legítima, entendimento que, de algum modo, é influenciado pelo próprio regime relativo ao ônus de alegação e de prova, que faz recair fundamentalmente sobre a parte que invoca o direito, o encargo de alegar os fatos constitutivos do mesmo, do mesmo modo que incumbe à contraparte invocar os fatos que impedem, extinguem ou modificam aquele direito.

Ressalta o processualista português que assim passam normalmente despercebidas condutas de qualquer das partes concretizadas através da alegação apenas dos fatos que favorecem as respectivas teses, deixando à contraparte o ônus de contra-alegação. Mais freqüentes são, ainda, as situações de "meias verdades", em que a parte, sem afirmar ou negar frontalmente um fatualismo, limita-se a dar do mesmo a versão que lhe convém. Sendo, embora, mais difícil o apuramento, em tais circunstâncias, dos pressupostos de que depende a verificação da litigância de má-fé, o certo é que não está afastada a punição de tais comportamentos, desde que constituam manifestações dolosas ou reveladoras de grave desconsideração pelo apuramento da verdade material⁴⁴.

No novo regime processual civil português, a verificação do pressuposto legal da litigância de má-fé, na modalidade de omissão de fatos relevantes, pode ser induzida pelo descumprimento do dever de esclarecimento solicitado pelo juiz, ao abrigo do art. 266.º, n.º 2, do CPC português, designadamente quando para isso sejam solicitadas, v. g. na audiência preliminar ou no despacho de aperfeiçoamento (arts. 508.º e 508.º-A do CPC português).

⁴⁴ Idem, p. 326.

Quanto à jurisprudência portuguesa, podemos vislumbrar alguns casos de infração ao dever de completude:

omissão de factos relevantes para decisão do incidente de apoio judiciário; age de má fé, com dolo intenso, violando o dever de probidade, o demandante que acordou informalmente na cessão da posição contratual por um dos co-arrendatários e omitiu essa situação no desenrolar da lide (Ac. do STJ, de 3-2-94, in BMJ 434.º/539);

omissão e alteração de factos desfavoráveis e sabidos (Ac. da Rel. de Lisboa, de 23-2-95, in CJ, tomo I, pág. 140);

actua com má fé a entidade patronal que, usando "meias verdades", se limita a informar que o credor do vencimento (executado) deixou de pertencer ao seu quadro de pessoal, omitindo o facto de, como trabalhador independente, continuar a ser, por si, remunerado (Ac. da Rel. de Évora, de 12-2-98, in CJ, tomo I, pág. 273).

No direito brasileiro, se anteriormente havia previsão expressa de ser litigante de má-fé aquele que omitisse intencionalmente a verdade dos fatos (antigo inc. II do art. 17, CPC, em sua redação anterior), atualmente o mesmo inciso considera litigante de má-fé aquele que altera a verdade dos fatos, não havendo mais referência expressa à penalização pelo não cumprimento do dever de verdade por omissão.

Se antes da reforma de 1980 havia certeza da existência do dever de completude no processo civil brasileiro, com a nova redação do referido inciso surgiram dúvidas na doutrina, que certamente não nos contaminaram.

Observe-se, porém, que, mesmo com a redação atual, a parte não poderá fazer triagem ou seleção de fatos, na medida em que isso prejudique o próprio quadro fático, tornando-o inverídico. Ou seja, se a omissão de fatos for suscetível de alterar a compreensão da verdade dos fatos pelo juiz ou tribunal, estaremos diante de uma hipótese de litigância de má-fé por omissão, pelo que subsiste o dever de completude.

Assim, a alteração legislativa não foi suficiente para excluir o dever de completude do direito processual civil brasileiro. Passemos então a delimitá-lo.

O referido dever inclui não dizer coisas vagas. Se o princípio dispositivo confere às partes o direito de procederem a uma triagem dos fatos, por outro lado, dizer as coisas de modo vago, intencionalmente, envolve o propósito de confundir, e esse é vedado pela lei⁴⁵.

Entendem Rosenberg/Schwab que a circunstância de se admitir uma triagem dos fatos, como, exemplificativamente, tratando-se de uma ação referente ao direito de família, em que é possível que a parte não deseje - apesar do segredo de justiça - que determinados fatos venham a público (até para o juiz e para os que, apesar do segredo de justiça, têm conhecimento do processo), leva a que se explique essa "completude" com a significação que se segue. Para eles é possível, então, legitimamente, que a parte "selecione" determinados fatos e a alguns desses não faça referência, desde que não comprometa a verdade, já que as partes, exatamente porque o assunto guarda relação com a sua conduta, têm o dever de deduzir as objeções processuais e, nisso, não podem omitir, ou, não podem proceder a uma triagem em relação a essas, porque as objeções dizem

⁴⁵ Cfr. BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN p. 445; ROSENBERG/SCHWAB, p. 394, aludem ao princípio a que designam de Vollständigkeit (completude), que é próximo do princípio da verdade; cfr. Rosenberg/Schwab, p.391 apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 393-394.

respeito a requisitos de validade do processo, em que cessa o poder de disponibilidade que possuem⁴⁶.

A verdade não deve conter lacunas, na verdade não deve haver reserva mental, sob pena de infringência do art. 14, I, do CPC.

Nono critério: quanto aos destinatários, o dever de dizer a verdade, prescrito no art. 14, inciso I, do CPC, refere-se tanto às partes, uma em confronto com a outra, quanto aos demais sujeitos do processo, entre si e em relação às partes principais e, todos em especial, frente ao juiz, o qual, em última análise, é quem resolverá sobre os fatos trazidos a juízo⁴⁷.

O dever de informar o juiz, dizendo a verdade, é dependente ou é decorrente do princípio da lealdade processual. Os que escreveram, na Alemanha, logo após a edição da Novela de 1933, em que se veio estabelecer o dever de dizer a verdade, acentuaram a figura do juiz como destinatário do dever de veracidade imposto às partes⁴⁸.

Baumbach e outros observam que o dever de veracidade é um contrapeso ao princípio dispositivo, no sentido de que, se as partes têm o direito de escolher os fatos que podem trazer ao juiz, nem por isso podem faltar à verdade⁴⁹.

Veremos que o CPC brasileiro também consagra o dever dos procuradores das partes de dizerem a verdade, apesar deles não poderem ser punidos diretamente no processo, mas somente através de ação autônoma.

⁴⁶ Cfr. ROSENBERG/SCHWAB, p. 394 apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 394.

⁴⁷ Cfr. W. BERNHARDT, *Das Zivilprozeßrecht*, 3. ed., cit., § 3º, p. 14, para quem, por isso mesmo, "tal obrigação se refere sowohl dem Gericht wie dem Prozeßgegner gegenüber apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 392.

⁴⁸ WELZEL, p. 18 e BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, 44. ed. cit., coms. ao § 138 do CPC alemão, 1, p. 444 apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 392.

⁴⁹ BAUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, 44. ed. cit., coms. ao § 138 do CPC alemão, 1, p. 444 apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 392-393.

Décimo critério: se a parte não tiver certeza (subjéctiva), deverá alegar com base nessa "relativa incerteza"⁵⁰.

O dever de veracidade não pretende nem pode pretender impedir que as partes apresentem ao Tribunal situações duvidosas⁵¹, para que esse sobre elas decida⁵².

Décimo-primeiro critério: o alterar a verdade dos fatos implicará sempre conduta dolosa ou dotada, no mínimo, de culpa grave, por parte do agente.

Observe-se que grande parte da doutrina vem entendendo que não poderia exigir, o legislador, que o juiz, em todos os casos, investigasse o *animus* do agente. Em outras palavras, sob pena da inefetividade processual, não poderia o juiz ou tribunal perder-se em profundas investigações para aferir se a alteração da verdade foi intencional.

Dessa forma, a mentira ou inveracidade seria dedutível, muitas vezes, de critérios objetivos, que consistem na ausência absoluta de razoabilidade da justificativa daquele que tenha mentido. O *animus* é inferido da ausência de justificação aceitável, objetivamente.

É que a expressão "alterar intencionalmente a verdade dos fatos" foi substituída por alterar a verdade dos fatos. Assim, tanto o processo civil português como o brasileiro (no qual a mentira ou inveracidade é dedutível de critérios objetivos) admitem o descumprimento do dever de dizer a verdade por

⁵⁰ Segundo THOMAS-PUTZO, afirmar um fato não significa necessariamente apresentá-lo como verídico, mas somente que seja levado em conta no processo; discutir um fato não significa fazer valer a sua falsidade, mas unicamente o seu carácter duvidoso, pedindo que seja aclarado, mediante prova (Thomas-Putzo, op. cit., com. ao § 138, I, 6. "b" apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 126-127).

⁵¹ Admite WELZEL que a parte não somente deva apresentar afirmações de cuja verdade tem seguro conhecimento, pois esse em muitos e muitos casos lhe falta (cf. Hans Weltzel., op. cit., pp 7,8 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 126-127).

⁵² Cfr. HANS WELZEL, op. cit., p. 6,7 e ss. apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 126-127.

conduta não intencional da parte, ou seja, poderá ocorrer com aquele que for gravemente negligente, devendo ser sancionado conforme previsão legal.

Tal postura é a mais adequada, posto que poderá ocorrer que a parte, por negligência grave, faça triagem ou seleção inadequada de fatos, tornando o quadro fático inverídico.

Destaque-se, no direito brasileiro, a colocação do paradigma do razoável para, nos casos em que o desconhecimento de certos fatos se coloque como inadmissível, repute-se, em função dessa realidade objetiva, o litigante como tendo agido de má-fé. Como vimos, prescinde-se, pois, nessa medida, da perquirição intrínseca do *animus*, ou mais precisamente, identifica-se o *animus* a partir de dados objetivos.

Entendemos, porém, que sempre poderá o *improbis litigator*, demonstrando que não agiu com dolo ou culpa grave, eximir-se das sanções normalmente aplicadas à referida conduta. A decisão do juiz a respeito da infração ao dever de verdade sempre carregará consigo a necessidade de constatação da existência daqueles elementos subjéctivos.

Décimo-segundo critério: o dever de verdade vale para todos os processos (de conhecimento, execução e cautelar) e seus procedimentos.

Atingem tal princípio todas as alegações que sejam feitas durante o curso procedimental, como as que embasem exceções, objeções, etc. (é o que a doutrina alemã afirma com a regra de que *Treu und Glauben beherrscht auch die Prozeßführung*, ou seja, o verdadeiro e o confiável dominam, também, a condução do processo).⁵³

Demonstrando que a litigância de má-fé pode dar-se em determinado incidente processual, defendemos que, por

⁵³ Tanto mais especialmente, o princípio atinge, v.g., uma exceção substancial se, de forma inerente, consubstanciar essa uma mentira [BALUMBACH/LAUTERBACH/ALBERS/HARTMANN, *Zivilprozessordnung*, 44. ed. cit., coms. ao § 138 do CPC alemão, I, p. 444 apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 397-398].

exemplo, aquele que alegar ser pobre sem sê-lo, para se locupletar com os benefícios da gratuidade de justiça no processo civil, fato corriqueiro nos tribunais brasileiros, deverá ser penalizado como litigante de má-fé, pois alterou a verdade dos fatos para beneficiar-se do seu ato ilícito. Há pena expressa no § 1º, do art. 4º, da lei nº 1.060/50, ou seja, pagamento de até o décuplo das custas judiciais para aquele que não seja pobre e requeira tais benefícios.

Décimo-terceiro critério: o dever de verdade incide sobre fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor e também sobre fatos essenciais, complementares e instrumentais.

Diz-se na doutrina italiana favorável à existência do dever de verdade que, se procurarmos discriminar sobre quais fatos expostos (indicados; alegados) pelas partes incide o dever de veracidade, verificaremos a incidência do referido dever quando as partes alegam fatos principais, relacionados com os seus direitos disponíveis, ficando excluído o estudo de outros fatos. Em relação ao autor, este não deve alterar intencionalmente a verdade dos fatos constitutivos do seu direito (veja-se Marchetti, op. cit., p. 432). Quanto ao réu, não deve afirmar intencionalmente fatos impeditivos, modificativos ou extintivos (do direito do autor), contrários à verdade.

Na doutrina italiana, Cappelletti propõe uma parte da incidência do dever de veracidade sobre: fatos constitutivos (do direito ou contra direitos disponíveis) voluntariamente alegados pela parte, ou por quem se afirme titular de tais direitos ou contra-direitos. Em outros termos, a parte é livre para alegar os fatos – mas, se assim procede, não deve dolosamente (...colpevole) alegá-los em contraste com o dever de veracidade (como para a contra-parte a eventual alegação negativa - contestação)⁵⁴.

⁵⁴ CAPPELLETTI, *La testimonianza...*, p. 387 e ss.

Para Carlos Aurélio Mota de Sousa, sobre os fatos principais, relacionados a seus direitos disponíveis: o autor não deve alterar a verdade dos fatos constitutivos do seu direito e o réu não deve afirmar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, contrários à verdade⁵⁵.

Kaethe Grossman afirma que o dever de veracidade compreende não só a alegação dos fatos essenciais, mas também a dos acidentais. Ressalta ser certo que a descoberta da verdade não requer mais do que a informação exata sobre as circunstâncias importantes para a decisão judicial. Mas a questão de ser ou não ser o fato de importância, cabe à apreciação exclusiva do juiz e, por isso, deve-se exigir das partes veracidade incondicional em relação à totalidade dos fatos alegados, sejam essenciais ou acessórios. Em vista da insegurança sobre o futuro desenvolvimento do processo, torna-se, além disso, em muitos casos, impossível aferir definitivamente a importância que terão os fatos no curso do mesmo⁵⁶.

Tal posicionamento tem a nossa concordância. O mesmo é passível de aplicação no direito brasileiro. O dever de veracidade deve incidir sobre fatos essenciais e acidentais. Passemos a justificá-lo.

Segundo Teixeira de Sousa, os fatos podem ser principais (compreendendo os essenciais e complementares ou concretizadores) e instrumentais. Para ele, os fatos essenciais são aqueles que integram a causa de pedir ou o fundamento da exceção e cuja falta determina a inviabilidade da ação ou da exceção. Os fatos instrumentais, probatórios ou acessórios são aqueles que indiciam os fatos essenciais e que podem ser utilizados para a prova indiciária destes últimos. Finalmente, os fatos complementares ou concretizadores são aqueles cuja falta não constitui

⁵⁵ CARLOS AURÉLIO SOUZA, *Poderes éticos do juiz...*, p. 52.

⁵⁶ KAETHE GROSSMANN, *O dever de veracidade das partes litigantes no processo civil (aspecto doutrinário)*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 101, p. 481.

motivo de inviabilidade da ação ou exceção, mas que participam de uma causa de pedir ou de uma exceção complexa e que, por isso, são indispensáveis à procedência dessa ação ou exceção⁵⁷.

Para o mestre lusitano,

a cada um destes factos corresponde uma função distinta: - os factos essenciais realizam uma função constitutiva do direito invocado pelo autor ou da exceção deduzida pelo réu: sem eles não se encontra individualizado esse direito ou exceção, pelo que a falta da sua alegação pelo autor determina a ineptidão da petição inicial por inexistência de causa de pedir (art.º 193.º, n.º 2, al. a)); - os factos complementares possibilitam, em conjugação com os factos essenciais de que são complemento, a procedência da acção ou da exceção: sem eles a acção ou a exceção não pode ser julgada procedente; - por fim, os factos instrumentais destinam-se a ser utilizados numa função probatória dos factos essenciais ou complementares. Importa acentuar que esta classificação não assenta num critério absoluto, mas relativo: um mesmo facto pode ser essencial em relação a um certo objecto e complementar ou instrumental perante um outro objecto; por seu turno, um facto é sempre complementar ou instrumental em relação a um certo facto essencial⁵⁸.

Para Lebre de Freitas, deve-se proceder à distinção, nos factos instrumentais, entre os probatórios e os acessórios⁵⁹.

⁵⁷ SOUZA, Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 2. ed. 1997. p. 70.

⁵⁸ *Idem*, p. 70.

⁵⁹ Cf. FREITAS, Lebre de. *Introdução ao Processo Civil, Conceito e princípios gerais à luz do Código revisto*. Coimbra, 1996. p. 136.

Observamos assim que, se a parte falta com a verdade quando perguntada a respeito do estado do veículo após o acidente, informação necessária para que o juiz possa formar seu convencimento a respeito da velocidade na qual trafegava o mesmo, poderá ser penalizada por litigância de má-fé, mesmo em se tratando de fato instrumental.

O mesmo se diga da prova do estado do muro, reformado no dia seguinte, onde um veículo teria batido após atingir a vítima e matá-la. A elucidação do fato é fundamental para a descoberta da verdade e a recusa de informar o fato em juízo poderá causar sérios prejuízos ao processo.

Dessa forma, cabe aplicação do posicionamento amplo de Kaethe Grossman ao direito brasileiro, podendo ser punida a parte quando alterar a verdade de fatos essenciais e acidentais, ou, segundo a classificação de Teixeira de Sousa, de fatos essenciais, complementares e instrumentais.

Décimo-quarto critério: não há que se falar em inversão do ônus da prova em virtude do descumprimento de dever de verdade pelas partes.

A violação do dever de veracidade constitui, segundo Welzel, um ato ilícito que, conseqüentemente, não confere qualquer direito processual, devendo o juiz reagir à mentira como se de um fato impossível ou notoriamente inexistente se tratasse⁶⁰.

Porém, admite Isabel Alexandre que não deixa de ser problemática a relação existente entre o dever de veracidade e as regras processuais que regulam a falta de impugnação dos fatos articulados pela parte contrária (art. 490.º, n.º 2, do CPC português), os efeitos da revelia (arts. 484.º, n.º 1 e 784.º, do CPC português), a força probatória da confissão (art. 358.º, do Código Civil português) e as regras de repartição do ônus

⁶⁰ Cf. H. WELZEL, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, 1935, p. 16 apud ISABEL ALEXANDRE, op. cit., p. 98.

da prova (arts. 342º e ss., do Código Civil português)⁶¹. Para ela, as respostas dadas a esses problemas no direito alemão e português não têm sido idênticas.

Como assinala J. Lebre de Freitas⁶², face ao sistema processual português, não é possível defender que o dever de verdade altere as regras gerais de repartição do ônus da prova (invertendo-as, caso tenha sido violado por alguma das partes), o efeito cominatório da revelia ou da falta de impugnação especificada (agora, depois da reforma, apenas a falta de impugnação).

Ressalta Isabel Alexandre que não só o direito alemão dá ênfase ao dever de verdade, prevendo, também, o direito português, consequências para a recusa de colaborar na descoberta da verdade. Assim adverte:

Sua recusa tinha, no CPC 1939 o efeito de serem dados como provados os factos que se pretendiam averiguar. Esta sanção vinha, aliás, prevista em vários preceitos do Código de 1939: assim, se a parte não comparecesse, a fim de prestar o depoimento de parte, ou se se recusasse a depor (art. 574º), se declarasse não se lembrar de facto sobre o qual era interrogada (art. 577º, § 2º), ou se não juntasse o documento requisitado (art. 553º). Atualmente, a recusa da parte em colaborar na descoberta da verdade tem uma consequência diversa, já que o facto que se pretende averiguar não é dado automaticamente como provado contra ela: apenas se dá ao tribunal a possibilidade de, livremente, apreciar a recusa (arts. 519º, nº 2 e 529º CPC e 357º, nº 2 CC). Para além disso, dispõe o art. 519º, nº 2, parte final, ao remeter para o

⁶¹ ISABEL ALEXANDRE, op. cit., p. 98.

⁶² FREITAS, J. Lebre de, *A Confissão...*, p. 467, nota 12.

preceituado no art. 344º, nº 2 CC, que se dá a "inversão o ônus da prova, quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado"⁶³.

Observe-se que, no direito brasileiro, o dever de verdade não tem influência quanto ao ônus da prova. Seu descumprimento, caso occasionar abuso do direito de defesa ou intuito protelatório do réu, poderá ocasionar a antecipação dos efeitos da tutela, com fundamento no art. 273, inc. II, do CPC.

Décimo-quinto critério: há casos em que o dever de verdade não se aplica. É admitida a cessação do dever em certos casos de conflito com outros deveres que bem podem surgir, dada a multiplicidade de interesses e deveres contrastantes que suscita a vida.

No direito alemão, admite Rosenberg que a *praxis* não tem admitido o dever de veracidade para fatos que pudessem atentar contra a honra da parte ou a pusessem em perigo de um procedimento (*Verfolgung*) penal⁶⁴.

⁶³ ISABEL ALEXANDRE, Op. Cit., p. 84-85. *Nota-se porém que, como observam ANTUNES VARELA - J. MIGUEL BEZERRA - SAMPAIO E NORA, (...) sem prejuízo da livre apreciação da conduta da parte para efeitos probatórios, a lei não abdica dos meios coercitivos que forem possíveis para obtenção do meio probatório visado. A parte recusa-se, por exemplo, a entregar voluntariamente a coisa (documento, animal, coisa móvel) que se encontra em seu poder; a recusa não impede que o tribunal, pela força se necessário, procure apreender e utilizar o documento, o animal ou a coisa, como elemento probatório. Di-lo expressis verbis o nº 2 do art. 519º, ainda em prossecução do interesse no apuramento da verdade" (ISABEL ALEXANDRE, op. cit. p. 85).

⁶⁴ Cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch*, 9. ed., 1961, p. 291; THOMAS-PUTZO, *Zivilprozessordnung*, 3. ed., 1968, § 138. 2, "d", "bb", p. 198 com decisões: *Reichsgericht* 156. 269; *Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen* 72, 22; *Oberlandesgericht Kassel, Hochsterichterliche Rechtsprechung* 1937, 1462 = *Juristische Wochenschrift* 1937, 2768; cfr. NIKISH, *Lehrbuch*, 2. ed., 1952, p. 207, no mesmo sentido apud CRESCI SOBRINHO, Op. Cit., p. 76.

Afirma Kaethe Grossmann que, em tal concorrência de deveres, é justo que se cumpra a obrigação de predominante importância, isto é, a que vise interesses de maior alcance (o direito alemão desenvolveu amplamente esse princípio de proporcionalidade para todos os ramos do direito).

Admite a autora que, na maioria dos casos, o primeiro posto corresponderá ao dever de veracidade em vista de seu caráter e finalidade públicos, podendo rivalizar com ele somente outros deveres estabelecidos no interesse comum. Entende que

às vezes, o dever profissional de discrição entra em conflito com o dever de veracidade e em tal caso a solução deve ser geralmente a favor do último dever. Mas não cabem regras de caráter geral, pois trata-se de questões delicadas em cada caso especial e que devem ser resolvidas sob a influência de importantes circunstâncias concretas⁴⁵.

Para ela, a não observância do dever de veracidade pode justificar-se excepcionalmente, tanto por um conflito de deveres, quanto por uma concorrência de interesses, caso que só ocorrerá quando interesses de altíssimo valor, como a vida, a saúde e a liberdade e, às vezes, também, a fortuna, forem postos em perigo pela declaração verídica, encontrando-se a parte em estado de necessidade⁴⁶.

Dessa forma, a constatação se aplica não só ao direito alemão mas também ao brasileiro: cessa o dever de veracidade quando sua manifestação completa, clara e exata ponha em perigo importantes interesses públicos (Kaethe Grossmann

⁴⁵ KAETHE GROSSMANN, *O dever de veracidade das partes litigantes no processo civil (aspecto doutrinário)*. Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 101, p. 482.

⁴⁶ Idem, p. 482.

exemplifica, no direito alemão, com a impossibilidade de revelação de segredos públicos, especialmente militares)⁴⁷.

A teoria da proporcionalidade vem encontrando ressonância no processo civil brasileiro no que diz respeito ao estudo da prova ilícita (posicionamento defendido em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Processual n.º 7, p. 47-54) e da antecipação dos efeitos da tutela, nessa visando justificar sua concessão em casos de notória irreversibilidade dos efeitos fáticos causados pelo provimento.

No direito português, a previsão legal do art. 554.º, n.º 2, CPC, deixa clara a inadmissibilidade do depoimento de parte sobre fatos criminosos ou torpes, de que a parte seja argüida.

Admite Isabel Alexandre haver fatos de que a parte pode ser argüida, embora não sejam criminosos: "pense-se num processo de contra-ordenação e, em geral, num processo que tenha uma natureza sancionatória - o dever de veracidade aparentemente não abrange tais factos"⁴⁸.

Para Isabel Alexandre,

no que se refere aos factos "desonestos" ou "torpes", o mínimo que se pode dizer é que são dificilmente determináveis: sé-lo-á, por exemplo, o facto do adultério? No exemplo de Baur, se A intenta uma acção de divórcio, terá de mencionar o facto de já ter, ele próprio, cometido adultério? Tal como Baur, também o STJ se mostra favorável à ideia de que o dever de veracidade não abrange factos criminosos ou torpes, no seu acórdão de 14.11.1978 (BMJ 1978, n.º 281, pág. 218), contrariando a orientação até então

⁴⁷ Idem, p. 482.

⁴⁸ Pronuncia-se, nesse sentido, em relação aos factos incriminatórios, parte da doutrina alemã: assim, A. BLOMEYER (*Zivilprozessrecht*, op. Cit., p. 143-144); F. BAUR ("*Les garanties fondamentales...*", op. Cit., pág. 29); Contra, R. STÜRNER (*Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, 1976, p. 174-192) (ISABEL ALEXANDRE, op. cit., p. 95).

seguida pelo mesmo tribunal, nos acórdãos de 21.06.1968 (BMJ 1968, nº 178, pág. 276) e de 01.02.1974 (BMJ 1974, nº 234, pág. 246): assim, nos termos do acórdão de 1978, a ré que, num processo de divórcio, nega adultério (facto torpe) que depois se vem a provar, não é litigante de má fé⁶⁹.

Segundo J. Lebre de Freitas, o depoimento de parte sobre fatos criminosos ou torpes não deve ser excluído quando constitui causa de pedir na ação o próprio fato ilícito, causador dos danos de que a vítima queira se ressarcir, ou quando, pelo contrário, ele constitui fato impeditivo da responsabilidade do demandado⁷⁰.

⁶⁹ ISABEL ALEXANDRE, *Op. Cit.*, p. 95.

⁷⁰ LEBRE DE FREITAS, *A Confissão no Direito Probatório*, 1991, p. 156. No entanto, segundo ISABEL ALEXANDRE, este entendimento é dificilmente compatível com o disposto nos arts. 359.º, nº 1 e 364.º, al. b) CP, que prevêem, respectivamente, o crime de falso depoimento de parte e a atenuação ou dispensa da pena, quando "o facto tiver sido praticado para evitar que o agente, o cônjuge, um adoptante ou adoptado, os parentes ou afins até ao 2.º grau, ou a pessoa que com aquele viva em condições análogas às dos cônjuges se expusessem ao perigo de virem a ser sujeitas a pena ou a medida de segurança. Destes preceitos retira-se que o dever de veracidade na prestação do depoimento de parte, fora dos casos regulados no art. 554.º, nº 2 CPC, não cede perante o perigo de auto-incriminação (embora possa, por óbvias razões de política criminal, determinar a atenuação ou dispensa da pena". Segundo Isabel Alexandre, a solução que, segundo se julga, melhor se coaduna com os preceitos da lei processual civil e da lei penal, é a seguinte: exclusão do dever de veracidade (não só no âmbito do depoimento de parte, mas também no da articulação de fatos e prestação de informações em geral) relativamente aos fatos criminosos ou torpes, de que a parte seja arguida; manutenção do dever de veracidade (mesmo no tocante ao depoimento de parte) em relação aos fatos criminosos ou torpes de que a parte não seja arguida, ressalvando embora a possibilidade de recusa de colaboração da parte, se se verificarem as circunstâncias a que se refere o art. 519.º, nº 3 CPC (recusa legítima de colaboração para a descoberta da verdade). Para ela o recurso ao disposto no art. 519.º, nº 3 permite, aliás, contornar a crítica de que a solução legal pode ser alvo: a de que não atribui à parte um direito de não se incriminar, quando os fatos sobre os quais se requer o depoimento possam ter relevância criminal. Com efeito, a parte pode sempre recusar-se a depor sobre esses fatos e, só se voluntari-

Observe-se que, no direito português, a recusa de colaboração é legítima se essa implicar violação da integridade física ou moral das pessoas (art.º 519.º, nº 3, al. a) do CPC), a intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio ou nas telecomunicações (art.º 519, nº 3, al. b) do CPC) ou a violação de segredo profissional, de funcionário público ou de Estado (art.º 519.º, nº 3, al. c) do CPC), podendo o tribunal proceder às investigações necessárias para verificar a legitimidade da escusa com base em segredo profissional ou de funcionário público (art.º 519.º, nº 4, do CPC; art.ºs. 135.º, nº 1, e 136.º, nº 2, do CPP) e, se alguém invocar segredo de Estado, o tribunal deve solicitar a sua confirmação pelo Ministro da Justiça (art.º 519.º, nº 4, do CPC; art.º 137.º, nº 3, 1.ª parte, do CPP); se essa confirmação não for prestada no prazo de 30 dias, o sujeito deve ser chamado a depor (art.º 519.º, nº 4, do CPC; art.º 137.º, nº 3, 2.ª parte, do CPP).

Segundo o art.º 135, nº 1, do CPP português, devem escusar-se a depor sobre fatos abrangidos pelo segredo profissional os ministros de religião ou confissão religiosa, os advogados, os médicos, os jornalistas, os membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei impuser esse segredo. O art.º 136.º, nº 1, do CPP português, estipula que os funcionários não podem ser inquiridos sobre fatos que constituam segredo e de que tiverem conhecimento no exercício das suas funções. O segredo de Estado abrange, nomeadamente, os fatos cuja revelação possa causar dano à segurança, interna ou externa, do Estado Português ou à defesa da ordem constitucional (art.º 137.º, nº 2, do CPP português)⁷¹.

amente o fizer, está adstrito ao dever de veracidade. Fora dos casos acabados de referir, e mesmo que tal acarrete um prejuízo para o próprio, continua a impor-se o dever de veracidade, na medida em que, como assinala Bour, "o sentido do dever de dizer a verdade é precisamente o de impedir os depoimentos conscientemente falsos e incompletos" (ISABEL ALEXANDRE, *op. cit.*, p. 95-97).

⁷¹ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 322.

No direito brasileiro, a lei processual civil abre exceções às partes nas hipóteses do art. 347, do CPC, a saber: "A parte não é obrigada a depor de fatos: I - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; II - a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo".

Certamente, sobre tais fatos inexistente o dever de depor e também o dever de dizer a verdade, já que não teria sentido exigir-se a observação do dever de veracidade nessas hipóteses extremas, em que o depoente não precisa fazer prova contra si mesmo.

Observe-se que o parágrafo único do art. 347, do CPC, limita sua aplicação, excetuando as "ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento".

Décimo-sexto critério: O dever de veracidade incide sobre o advogado.

No direito alemão, discute-se a incidência do dever de veracidade sobre os advogados. Posicionam-se favoravelmente Rosenberg/Schwab (p. 392) e em sentido contrário, de certa forma, ao afirmar que o advogado não é atingido pelo § 138, ZPO, Rudolf Bruns (p. 106)⁷².

Há duas decisões do Tribunal Constitucional Alemão (dos anos de 1974 e de 1983) em sentidos diferentes. Na primeira, decidiu-se que o advogado exerce uma função de confiança da Justiça ("*staatlich gebundenen Vertrauensbenefit*") ao passo que, na segunda, entendeu-se ser inviável inserir a advocacia nesse patamar, ou seja, foi negada ser, a advocacia, uma função relacionada com o Estado⁷³.

Já em 14 de fevereiro de 1973 havia decisão coincidente, substancialmente, com essa de 1983. Essas decisões interpretaram o § 1º da BRAO (*Bundesrechtsanwaltsordnung* - Lei federal da disciplina dos Advogados de 1º de agosto de 1959) - v. cfr.

⁷² ARRUDA ALVIM, *Trotado...*, p. 395.

⁷³ *Idem*, p. 395.

Gerhard Walter, *Professional Ethics and Procedural Fairness - Anwaltliche Ethik und Fairness im Prozess* (Ética Profissional e lealdade no processo), cit., relatório do Prof. Hans-Jürgens Ahrens, n.º 2, pp. 107-108⁷⁴.

No direito suíço, a tendência contemporânea é de impor ao advogado a obrigação de dizer a verdade (cfr. Gerhard Walter, *Professional Ethics and Procedural Fairness - Anwaltliche Ethik und Fairness im Prozess* - Ética Profissional e lealdade no processo, Berna e Stuttgart, 1991, p. 31, n.º 3, letra "a", do relatório geral apresentado ao XI Congresso Internacional, realizado pela Associação Internacional de Direito Processual. V. ainda, na mesma obra, o relatório nacional do Prof. Oscar Vogel, n.º 3, letras "b" e "bb", p. 73; deste último autor, *Grundriss des Zivilprozessrechts* - Compêndio de Direito Processual Civil, 1988, 2ª ed., p. 129)⁷⁵.

No direito brasileiro, o dever de verdade incide sobre o advogado, já que o art. 14, inc. I, do CPC, inclui o referido dever dentre os das partes e de todos aqueles que participam do processo, inclusive o advogado.

Observe-se, ainda, que a lei n.º 8.906/94 dispõe:

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.
Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

O que se veda é a penalização do advogado pelo juiz nos autos do processo em que houve infração do referido dever, seja através de multa ou de indenização. Poderá a parte,

⁷⁴ *Idem*, p. 395.

⁷⁵ *Idem*, p. 395.

portanto, exigir do advogado aquilo que tenha pago em juízo em função do descumprimento do dever de veracidade do mesmo, em ação autônoma.

3 - CONCLUSÃO

Analizados, assim, os critérios que devem orientar o aplicador do direito na interpretação da norma instituidora do dever de verdade, restou evidenciada a força que o mesmo possui em nosso sistema jurídico, apesar da pouca aplicação pelos julgadores de sanções contra os litigantes mentirosos. Se visa o sistema processual que exista uma comunidade harmônica de trabalho entre as partes e o juiz, não pode tolerar que o julgador seja enganado pelos litigantes. E o juiz, quando verificar a prática de atos de litigância de má-fé, não deve permanecer inerte, sem aplicar as devidas sanções, tratando o processo como se fosse um jogo sem regras.

4 - REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Isabel. **Provas ilícitas em processo civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- ALVIM, Arruda. **Tratado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. v. II
- CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità** - contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel proceso civile, parte prima. Milano: Giuffrè, 1962.
- CRESCI SOBRINHO, Elicio de. **Dever de veracidade das partes no processo civil**. Lisboa: Edições Cosmos - Livraria Arco-iris, 1992.

- FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil - Conceito e princípios gerais à luz do Código revisto**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas Judiciários**. Coimbra: Almedina, 1998. v. I
- GOLDSCHMIDT, James. **Teoria general del proceso**. Barcelona: Editoria Labor S.A., 1936.
- GROSSMANN, Kaethe. O dever de veracidade das partes litigantes no processo civil (aspecto doutrinário). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 101, p. 476-483.
- JAUERNIG, Othmar. **Direito Processual Civil**, 25. ed. Trad. de F. Silveira Ramos. Coimbra: Almedina, 2002.
- LENT, Friedrich. **Diritto processuale civile tedesco**, parte prima, Il procedimento di cognizione. Trad. Edoardo F. Ricci. Morano Editore, 1962.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa. **Código de processo civil comentado**. 4. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.
- SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. Poderes éticos do juiz (a igualdade das partes e a repressão ao abuso processual). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 296, p. 161-168, 1986.
- STALEV, Zhivko. **The role of layparticipants in litigation**. Papel e organização de magistrados e advogados nas sociedades

contemporâneas. In: IX CONGRESSO MUNDIAL DE DIREITO JUDICIÁRIO. *Relatórios gerais*. Coimbra-Lisboa: Ed. A.M.Pessoa Vaz, v. 25-31, p. 221-259; VIII, 1991.

ZEISS, Walter. *El dolo procesal* – aporte a la precisión teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico. Trad. Y presentación de Tomas A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA APLICAÇÃO QUANTO À UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL

Rebeca Mignac de Barros Rodrigues
Pedagoga. Graduada em Pedagogia e Direito. Ex-aluna da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE. Especialista em Direito Processual Civil, Penal, Constitucional, Trabalhista e Tributário. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

SUMÁRIO

1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 2 – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SUA FEIÇÃO ATUAL. 2.1 – Subprincípios. 3 – POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 4 – REFERÊNCIAS

1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A idéia de proporcionalidade remonta aos tempos antigos, confundindo-se com a própria noção de direito. Desde a época de Talião, almejava-se alcançar o justo equilíbrio entre os interesses em conflito. A idéia de justiça no imaginário humano pressupõe dar a cada um, proporcionalmente, o que lhe é devido.

Foi na antiga Alemanha Federal, no período pós-II Guerra Mundial, que se desenvolveu a chamada teoria da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*). O termo **proporcional** (*verhältnismässig*) aparece, primeiramente, na área do Direito Administrativo, sendo empregado por Von Berg em 1802, ao tratar da possibilidade de limitação da liberdade em razão do até então conhecido Direito de Polícia (hoje, Direito Administrativo), referindo-se à indenização da vítima pelo prejuízo sofrido. Mas é com Wolzendorff que aparece a denominação **Princípio da Proporcionalidade**, mais especificamente "Princípio da Proporcionalidade entre os Meios e os Fins" (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*) ao se referir à "proposição de validade geral" (*allgemeingültigen Satz*), que veda a força policial ir além do que for necessário e exigível para a consecução de sua finalidade.

Durante a primeira metade do século passado, o princípio da proporcionalidade continuava sendo empregado na sua formulação originária, atinente apenas à regulamentação da atividade policial, destinado a evitar excessos na sua prática.

Em 1955, Rupprecht V. Krauss distingue, em sua monografia, diversos aspectos da proporcionalidade, sendo o primeiro a empregar a expressão **princípio da proporcionalidade em sentido estrito**. Até então o princípio da proporcionalidade era concebido apenas no sentido de exigibilidade ou adequação do ponto de vista administrativo.

No ano seguinte, Dürig defende a tese da existência de um sistema de valores imanente à Lei Fundamental alemã, cuja justificação última é fornecida pela imposição de respeito à dignidade humana. Por seu intermédio, o princípio da proporcionalidade inclui-se no plano constitucional para ser observado em qualquer medida tomada pelo Estado.¹

¹ Cf. GUERRA FILHO, Willis Santiago. O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 nov. 2003. 16h10min, p. 12.

A passagem do princípio da proporcionalidade do campo administrativo para o constitucional deve-se, sobretudo, ao Tribunal Constitucional da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*). A Corte Suprema Alemã passou a referir-se, com frequência, a expressões do tipo "excessivo" (*übermässig*), "inadequado" (*unangemessen*), "necessariamente exigível" (*erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig*), "proibição de excesso" (*Übermassverbot*), em clara associação ao princípio da proporcionalidade. Mencionado tribunal concebeu o princípio da proporcionalidade como resultante, no fundo, da essência dos próprios direitos fundamentais, inserindo-o, dessa maneira, na base do ordenamento jurídico; e, mais adiante, estabeleceu que o princípio da proporcionalidade, enquanto regra condutora abrangente de toda a atividade estatal decorrente do princípio do Estado de direito, possui estrutura constitucional.

O princípio da proporcionalidade atua com bastante ênfase e eficácia no direito alemão, principalmente no direito constitucional e no direito processual penal. Há normas expressas na ordenança processual penal alemã (*Strafprozeßordnung - StPO*), indicando a adoção do princípio da proporcionalidade naquele sistema jurídico, como, por exemplo, StPO. §§ 112 I 2 e 120 I.

O tratamento dado pela doutrina alemã ao princípio da proporcionalidade se projetou para outros sistemas jurídicos do resto do mundo.

Nelson Nery Júnior salienta que as principais decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha sobre a construção do referido princípio, em comparação com as decisões de nosso Supremo Tribunal Federal sobre "a ponderação de direitos igualmente protegidos pela Constituição Federal, indicam-nos verdadeira similitude entre a teoria e a *praxis* dos dois tribunais, de modo a fazer com

que seja válida, aqui, a doutrina alemã sobre o mencionado princípio da proporcionalidade".²

A doutrina brasileira administrativista também recepcionou o princípio da proporcionalidade. Maria Sylvia Zanella di Pietro, observando os limites ao poder de polícia, afirma não poder o seu exercício, pelo Poder Público,

ir além do necessário para a satisfação do interesse público que se visa proteger; a sua finalidade não é destruir os direitos individuais, mas, ao contrário, assegurar o seu exercício, condicionando-os ao bem-estar social; só poderá reduzi-los quando em conflito com interesses maiores da coletividade e na medida estritamente necessária à consecução dos fins estatais.³

Discorrendo sobre os princípios constitucionais do direito administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que "as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas" e acata o princípio da proporcionalidade como uma faceta do princípio da razoabilidade, derivados do art. 37 c/c arts. 5º, II e 84, IV, todos da CF/88.⁴

Na realidade, o princípio da proporcionalidade transcende o campo do direito administrativo, podendo ser considerado constitutivo e imanente a setores inteiros do

² NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na constituição federal. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 155.

³ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas - interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 58.

⁴ Idem, ibidem, op. cit., p. 59.

direito. No Direito Processual Penal, por exemplo, nossa área de interesse, exige-se dos juizes o respeito à proporcionalidade na aplicação de medidas coativas de acordo com o ordenamento processual penal em vigor.

2 - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM SUA FEIÇÃO ATUAL

No contexto inserido pela base constitucional renovada de 1988, a adoção do Estado Democrático de Direito superou a visão clássica dos direitos e garantias fundamentais enquanto direitos e garantias individuais voltados exclusivamente contra o Estado, o qual, perante tais direitos, teria o dever de tão-somente abster-se da prática de atos que os ameaçasse ou violasse; concebendo, atualmente, os direitos fundamentais como dotados de um aspecto prestacional, a exigir ações por parte do estado para implementá-los e também eficácia reflexa ou eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*), tornando referidos direitos e garantias aptos a proteger seus titulares também contra ameaças e violações por parte de seus co-cidadãos, individualmente considerados ou coletivamente organizados.⁵

A vivência desse Estado Democrático de Direito trouxe à baila conflitos entre princípios constitucionais, hierarquicamente iguais; com o mesmo valor e aos quais se deve igual obediência. Os princípios constitucionais, quer explícitos quer implícitos, podem se contradizer. Estabelecido o conflito, como deve proceder o operador do direito? Adotaria um princípio preterindo o outro? Que solução se mostra a mais apropriada para a questão? É exatamente aqui que recorreremos ao princípio da proporcionalidade, já chamado de "princípio dos princípios". Os princípios podem se contradizer sem que isso faça qualquer deles perder a validade jurídica.

⁵ Cf. Klaus Stern apud GUERRA FILHO, Op. Cit., p. 2.

Para resolver o grande dilema que vai então afligir os que operam com o Direito no âmbito do Estado Democrático contemporâneo, representado pela atualidade de conflitos entre princípios constitucionais, aos quais se deve igual obediência, por ser a mesma a posição que ocupam na hierarquia normativa, é que se preconiza o recurso a um "princípio dos princípios", o princípio da proporcionalidade, que determina a busca de uma "solução de compromisso", na qual se respeita mais, em determinada situação, um dos princípios em conflito, procurando desrespeitar o mínimo ao(s) outro(s), e jamais lhe(s) faltando minimamente com o respeito, isto é, ferindo-lhe seu "núcleo essencial", onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana.⁸

Em termos de princípios, trabalha-se com valores e não com descrições de situações, fatos ou espécies, trabalhados que são nas regras. Um princípio para ser princípio há de ser geral e abstrato.

O conflito entre regras e o conflito entre princípios possuem relevante diferença quanto à forma de solucioná-los. Enquanto o conflito de regras resulta numa antinomia, cuja solução implica na perda de validade de uma das regras em conflito, deixando-se de cumpri-la para cumprir a outra entendida como correta, o critério da solução aplicada pelo princípio da proporcionalidade resulta apenas em privilegiar um dos princípios conflitantes, sem que isso implique no desrespeito completo do outro. No último caso, otimiza-se a medida em que se acata um e desatende o outro.

⁸ Idem, *ibidem*, pp. 2-3.

O Princípio da Proporcionalidade é, antes de tudo, uma forma de concretizar direitos; um princípio de ponderação. É também conhecido por teoria do balanceamento ou da preponderância de interesses; é o *Grundsatz der Verhältnismässigkeit* dos alemães, também chamado de "mandamento da proibição de excesso". Os valores constitucionalmente relevantes são postos em confronto e um princípio ganha maior peso que o outro, mas isto não significa que este se invalida – ele continua válido, apenas com peso menor.

O princípio da proporcionalidade representa uma garantia do indivíduo contra os abusos praticados no exercício do poder; é "instrumento utilíssimo a serviço da efetividade dos direitos fundamentais e, especialmente, da liberdade."⁷

O princípio da proporcionalidade é princípio vivo, elástico, prestante, que protege o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais. É o que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo.⁸

Avolio define, em breve síntese, a teoria da proporcionalidade como uma construção doutrinária e jurisprudencial "que se coloca nos sistemas de inadmissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto".⁹

Mas, de onde se deriva o princípio da proporcionalidade? Poder-se-ia apresentar como resposta o princípio

⁷ GIMENO, Vicente apud FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 52.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 394-395.

⁹ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato apud RABONEZE, Ricardo. *Provas obtidas por meios ilícitos*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 20.

estruturante do Estado de Direito. O princípio da dignidade da pessoa humana atrelado ao princípio democrático é outra resposta possível. Guerra Filho adota o posicionamento que vincula o princípio da proporcionalidade à cláusula do devido processo legal, expresso na nossa constituição no art. 5º, inciso LIV.

A vinculação entre o princípio da proporcionalidade e o processo vem sendo considerada de tal ordem que, com grande autoridade, entre nós, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, é comum ter-se o princípio como incrustado naquele donde se assentariam as diversas garantias processuais, de índole constitucional, a saber, o princípio do devido processo legal.¹⁰

O princípio da proporcionalidade é extraído de outros princípios relacionados com a proteção dos direitos fundamentais da liberdade, da justiça, da personalidade, da integridade física, é, enfim, garantia especial, vez que exige que toda intervenção nos direitos fundamentais se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida. Na expressão de Suzana de Toledo Barros, o princípio da proporcionalidade complementa o princípio da reserva legal e reafirma o Estado de Direito.¹¹

Quanto à essência e à destinação do princípio da proporcionalidade, estas coincidem com a essência e a destinação mesma de uma Constituição que pretenda desempenhar o papel que lhe está reservado na ordem jurídica de um Estado de Direito Democrático: preservar os direitos fundamentais¹². Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade funciona

¹⁰ GUERRA FILHO, op. cit., p. 6.

¹¹ 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. p. 91-98.

¹² GUERRA FILHO, Op. Cit. p. 06.

como verdadeiro princípio ordenador do direito. Quando dois ou mais princípios constitucionais entrarem em conflito, o critério de solução da proporcionalidade fará o sopesamento, decidindo qual deles será privilegiado no caso concreto, sem que isto signifique a eliminação dos demais, ordenando assim o sistema jurídico.

O Princípio da Proporcionalidade é um princípio constitucional, embora não exista no texto constitucional brasileiro disposições individuais expressas a seu respeito; é inerência do próprio Estado Democrático de Direito contemporâneo no que concerne ao respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.

Como dissemos, no Brasil não há referência expressa ao princípio em tela na Constituição Federal, diferentemente de diplomas como a Constituição Portuguesa de 1974, que em seu art. 18º, inciso II, declara que "a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos". Já a Constituição Alemã, no art. 19, 2ª parte, consagra o princípio segundo o qual os direitos fundamentais jamais devem ser ofendidos em sua essência (*Wesensgehaltsgarantie*).¹³

Mesmo com a ausência da previsão brasileira, isso não significa que não possamos reconhecer o princípio da proporcionalidade em vigor no solo pátrio, pois a mesma Constituição Federal Brasileira, no seu art. 5º, § 2º dispõe, que "os direitos e garantias expressas nesta Constituição não

¹³ Exatamente dessa norma é que autores como Lerche e Düng deduzem, ao contrário sensu, a consagração do princípio da proporcionalidade pelo direito constitucional, pois ela implica na aceitação de ofensa a direito fundamental "até um certo ponto", donde a necessidade de um princípio para estabelecer o limite que não se deve ultrapassar. Idem, *ibidem*, p. 15.

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratamentos internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Bonavides insere o princípio da proporcionalidade como direito positivo em nosso ordenamento constitucional. "Embora não haja sido ainda formulado como 'norma jurídica global', flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º (...)*. Destaca ainda o autor que o princípio da proporcionalidade é hoje verdadeiro axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito.¹⁴

2.1 – Subprincípios

A aplicação do princípio da proporcionalidade implica restrição a direito fundamental, somente justificável diante da Constituição, em razão da necessidade, adequação e supremacia do valor a ser protegido em confronto com aquele a ser restringido.

O estudo do princípio da proporcionalidade envolve outros três componentes que podemos chamar de subprincípios ou princípios parciais (*Teilgrundsätze*) do princípio da proporcionalidade:

- princípio da adequação ou idoneidade;
- princípio da exigibilidade, máxima do meio mais suave (*Gebot des mildesten Mittels*), indispensabilidade (*Erforderlichkeit*), necessidade, intervenção mínima, alternativa menos gravosa ou subsidiariedade;
- princípio da proporcionalidade em sentido estrito, máxima do sopesamento ou prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em conflito.

¹⁴ BONAVIDES, Op. Cit., p. 396.

Pelo princípio da adequação ou idoneidade, o meio utilizado deve ser adequado ao fim colimado, isto é, a medida a ser tomada deve ser suficiente para atingir o fim desejado, baseado no interesse público. Com o seu auxílio, pode-se chegar a um resultado desejado. A restrição a direito fundamental só será adequada se apta a realizar o fim pretendido. Há relação de meio e fim, não sendo tolerada restrição se o meio utilizado não se mostrar idôneo à consecução do resultado almejado. É preciso adequação do meio ao fim, dentro do faticamente possível.

Segundo o princípio da exigibilidade, também conhecido por máxima do meio mais suave (*Gebot des mildesten Mittels*), indispensabilidade (*Erforderlichkeit*), necessidade, intervenção mínima, alternativa menos gravosa ou subsidiariedade, deve-se escolher o meio que importe em menor sacrifício para os direitos fundamentais. Além de ser o meio mais adequado, o meio escolhido deve ocasionar a menor restrição possível. Cuida-se em escolher a possibilidade menos gravosa entre as existentes. Em outras palavras, significa inexistir outro meio igualmente eficaz e menos danoso aos direitos fundamentais.

E, finalmente, pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito, máxima do sopesamento ou prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em conflito, deve-se escolher o meio que some o maior número de vantagens e o menor número de desvantagens, ou seja, que leve em conta o maior número de interesses em jogo. Não basta que o meio escolhido seja adequado e necessário para determinado fim, é preciso que seja justificável à medida que o valor resguardado prepondere sobre o valor protegido pelo direito a ser restringido. Deve predominar o valor de maior relevância, estabelecida uma correspondência que seja juridicamente a melhor possível entre o fim almejado por uma disposição normativa e o meio utilizado. Ainda que represente certo prejuízo para alguns, os benefícios e as vantagens advindas para outros não de superam as desvantagens.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela.¹⁵

Mas como delimitar essa adequação e exigibilidade num sistema pátrio que veda expressamente a produção de provas ilícitas, como se observa no texto constitucional do art. 5º, inciso LVI: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos."?

Raboneze¹⁶ afirma que deve haver um limite de aplicação da teoria da proporcionalidade, sob pena de infringir-se o próprio princípio constitucional vedatório de uso processual das provas ilicitamente obtidas.

Reportando-se a Pierre Muller, leciona Paulo Bonavides que quem fizer uso do princípio da proporcionalidade, defronta-se ao mesmo passo com uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso dos meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionados. É ressaltado que é em razão desse duplo caráter que este princípio tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do estado a adaptar em todas as suas atividades os meios que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos.¹⁷

¹⁵ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 89.

¹⁶ RABONEZE, Op. Cit., p. 23.

¹⁷ BONAVIDES, Op. Cit., p. 361.

Quando faltar qualquer dos subprincípios, sendo a medida excessiva, injustificável, inadequada ou desnecessária, ocorrerá inconstitucionalidade e não há que se falar em aplicação do princípio da proporcionalidade.

A propósito, considerando o princípio da proporcionalidade como princípio constitucional que é, e, portanto, princípio geral de direito, desrespeitá-lo corresponde à mais grave das inconstitucionalidades, afinal a violação de um princípio

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.¹⁸

3 - POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS NO PROCESSO PENAL EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A inadmissibilidade processual das provas ilícitas predomina, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, mas o princípio da proporcionalidade vem atenuando a sua rigidez. A teoria da proporcionalidade vem ganhando aceitação ao passo que ameniza o art. 5º, inciso LVI da CF, nos casos em que a ofensa à determinada vedação constitucional é feita para a proteção de valor maior, também amparado na *Charta Magna*.

Pela proporcionalidade, nenhuma garantia constitucional tem valor supremo e absoluto com força de aniquilar

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 300.

outra garantia de equivalente grau de importância. Se a nossa *Charta Magna* garante a proteção da intimidade e o sigilo das comunicações, também garante ao acusado o direito ao devido processo legal e à ampla defesa. Se a prova ilícita servir para evitar uma condenação injusta, há de se flexibilizar as regras dos incisos X e XII do art. 5º da CF/88.

Quando as medidas a serem adotadas implicarem limitação de direitos fundamentais, devemos fazer o sopesamento dos interesses e bens jurídicos que expressam, solucionando de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito, articulando um raciocínio de forma hábil, onde se possa almejar resultados justos nas soluções dos casos concretos. Recorre-se ao princípio da proporcionalidade, como se faz na Alemanha (*Verhältnismässigkeitsprinzip*) ou ao princípio da razoabilidade segundo concepção norte-americana (*reasonableness*).

Mas quais os valores que podem ser postos para a aplicação do princípio da proporcionalidade? No nosso ordenamento jurídico, não é possível estabelecer, em tese, quais os direitos, princípios ou valores que devam prevalecer em detrimento de outros. De acordo com a doutrina moderna, a convivência das liberdades obriga a uma relativização dos direitos, buscando a melhor forma possível de acomodar tais liberdades. Assim, há de se entender que a problemática das provas ilícitas impede ao intérprete ver a proibição de seu uso como absoluta, pois, como é sabido, o processo é algo essencialmente dialético, entrando, no mais das vezes, dois ou mais interesses ou valores em conflito e, até mesmo, princípios constitucionalmente assegurados.¹⁹ "Os direitos e garantias fundamentais não podem ser entendidos em sentido absoluto, em face da natural restrição resultante do princípio de sua

¹⁹ Cf. MELLO, op. cit., p. 255.

convivência, que exige a interpretação harmônica e global das liberdades constitucionais".²⁰ Ressalte-se que o princípio da proporcionalidade somente poderá ser utilizado se tivermos em mente que a garantia atinente à inadmissibilidade das provas ilícitas tem caráter relativo.

Aplicando o princípio da proporcionalidade quanto às provas ilícitas e à possibilidade de sua utilização no processo penal, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no equilíbrio entre valores contrastantes. Admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável. No exercício de aplicação do princípio, os interesses e valores em análise são sopesados, admitindo-se, em certos casos, a prova obtida por meio ilícito. O julgador decide qual interesse deve ser sacrificado e em que medida.

Admitimos a produção de prova obtida com violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, *in casu*, objetiva-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova, valores estes também protegidos constitucionalmente.

Antonio Scarance Fernandes²¹ traz dois exemplos práticos bastante esclarecedores sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade em sede processual penal.

Em determinado caso, para impedir fuga de presos considerados de alta periculosidade do estabelecimento penitenciário, a correspondência destinada a tais presos é violada, descobrindo-se não só o plano de fuga como também o plano de seqüestrar um juiz de direito na escapada. Em outra situação, o réu obtém uma prova ilícita mediante

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 140.

²¹ FERNANDES, Antônio Scarance, op. cit., p. 86-87.

interceptação telefônica não autorizada, sendo este o único meio de que dispõe para provar a sua inocência.

No primeiro exemplo, houve violação à correspondência, o que é vedado pela Constituição Federal no art. 5º, inciso XIII ("é inviolável o sigilo da correspondência..."), sem admitir exceções. A aplicação rigorosa da proibição constitucional impediria o uso processual das provas daí resultantes. Porém, a proteção ao sigilo da correspondência é superada pela necessidade de se ver preservada a segurança do presídio e a vida do juiz de direito, sendo as provas obtidas não consideradas ilícitas ante o princípio da proporcionalidade. Note-se que o direito fundamental à vida pesou mais que o direito fundamental garantidor do sigilo de correspondência, mas este direito não é eliminado, ele continua válido, mas com um peso menor – por isso, no exemplo oferecido, os autores da violação da correspondência serão punidos pelo seu ato.

No segundo exemplo, aparece a conhecida prova ilícita *pro reo*. É inaceitável que o réu seja condenado apenas porque a demonstração de sua inocência depende de prova obtida ilicitamente. A sua condenação, des que é inocente, acarretaria prejuízo muito maior quando comparada com a aceitação processual de prova obtida por meio ilícito. A inadmissibilidade do art. 5º, inciso LVI da CF cede terreno a outra garantia constitucional, de caráter prevalente, qual seja: a garantia ao réu de ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV, CF/88). A aplicação do princípio da proporcionalidade em casos de prova ilícita *pro reo* não encontra muitas dificuldades para a sua aceitação. Quando há nos autos prova da inocência do acusado, ainda que obtida ilicitamente, não há por que condená-lo. Se é verdade a máxima *in dubio pro reo*, muito mais se justifica a decisão a favor do acusado que é inocente, embora referida inocência seja demonstrada por provas, de início, não admitidas processualmente. A aceitação das provas ilícitas

que favorecem o réu não deixa de ser uma faceta da aplicação do princípio da proporcionalidade.

Considerando os subprincípios, o princípio da proporcionalidade importa em constatar, caso a caso, se a restrição imposta ao indivíduo é necessária, adequada e se acaso se justifica pelo valor que protege. Nas palavras de Georg Ress, o princípio da proporcionalidade torna possível a "justiça do caso concreto", rompendo com a rigidez das regras legislativas abstratas.²² Suzana de Toledo Barros²³ sugere um roteiro prático para a verificação da possibilidade de atuação do princípio da proporcionalidade no caso concreto: o primeiro passo consiste na **constatação de que se trata de uma autêntica restrição**; no segundo passo, verificam-se os **requisitos de admissibilidade constitucional da restrição**; e, finalmente, **faz-se a comprovação de que a restrição atende ao princípio da proporcionalidade**, tudo através dos seguintes questionamentos:

- a) A medida restritiva adotada é apta a atingir o fim proposto?
- b) Existe outra medida menos gravosa apta a lograr o mesmo objetivo?
- c) O sacrifício imposto ao titular do direito fundamental atingido está em uma relação proporcional com a importância do bem jurídico que se pretende salvaguardar?

A proibição das provas obtidas por meios ilícitos, excepcionalmente, não será observada sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante

²² BONAVIDES, Op. Cit., p. 390.

²³ BARROS, Suzana de Toledo, Op. Cit., p. 156-157.

prevaleça. Na admissão do princípio da proporcionalidade, não existe propriamente um conflito entre garantias fundamentais. "No caso de princípios constitucionais contrastantes, o sistema faz atuar um mecanismo de harmonização que submete o princípio de menor relevância ao de maior valor social".²⁴

O aplicador da lei deve avaliar a situação do caso concreto sob diversos aspectos, tais como: "a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade para o litigante de demonstrar a veracidade de suas alegações mediante procedimentos perfeitamente ortodoxos, o vulto do dano causado e outras circunstâncias".²⁵

Mas a aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de amenizar a rigidez do texto constitucional e convalidar a utilização das provas obtidas por meios ilícitos no processo penal não apresenta consenso na doutrina. Há quem prima pela literalidade da vedação constitucional em caráter absoluto, não aceitando as provas ilícitas em hipótese alguma. Outros se mostram favoráveis desde que as provas ilícitas colhidas sirvam tão-somente para favorecer o acusado – a prova ilícita *pro reo* (posição quase unânime na doutrina).

A discussão fica mais acirrada em casos de admissão da prova ilícita *pro societate*. Pode a Justiça Pública utilizar-se de provas obtidas por meios ilícitos em prol dos interesses da acusação? Pode alguém ser condenado com base nessas provas? Parcela significativa da doutrina tem entendido que sim e, aos poucos, já podemos vislumbrar entendimento jurisprudencial firmado pelos tribunais nesse sentido (HC 3.982 – RJ, DJU, 26.02.1996).

²⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 34.

²⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa apud SOUZA, Alexandre Araújo de. *A inadmissibilidade, no processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?* Disponível em: <www.congressovirtualmpj.org.br>. Acesso em 05 fev. 2004. 22h45min, p. 2.

Trazendo o raciocínio da paridade das armas no processo, sob o manto do valor constitucional da igualdade das partes processuais, e considerando que à defesa é permitido o uso de provas ilícitas de acordo com os seus interesses, não encontramos óbice a não se aplicar o mesmo tratamento à acusação. O raciocínio não soa esdrúxulo se examinarmos, por exemplo, quanto penosa é a tarefa de obter meios de prova em relação a fatos praticados por organizações criminosas de alta periculosidade, que recorrem a aparatos tecnológicos de porte na prática dos seus diferenciados crimes. Há, realmente, sérias dificuldades por parte do Estado para o "desmantelamento" de referidas organizações.

Tal modelo de criminalidade, estruturado em sólidas bases empresariais – o que pressupõe organicidade e permanência – implica no reconhecimento de uma bem urdida pirâmide funcional, do alto da qual os "executivos do crime" comandam as ações de seus asseclas menores e onde a prévia divisão de atividades, em que cada agente desempenha o seu papel, dificulta sobremaneira o trabalho da Justiça que, dificilmente consegue atingir e punir os responsáveis diretos pelo crime, com claros reflexos no crescimento da impunidade. Essa privilegiada classe de criminosos logra obter, em face de sua maior capacidade delitiva, superlativa proteção contra a produção de provas de sua culpa. Sob tal aspecto, note-se que a obtenção de prova da "gerência" desse tipo de "negócio" é dolorosa e isto porque os asseclas inferiores, na maioria das vezes, assumem a culpa e se calam em relação aos seus "protetores", cientes da penalidade

imposta àqueles que "falam demais": a pena capital!²⁶

Na lição de Capez:

No caso de investigação de crime praticado por quadrilha ou bando e por associação criminosa, desde que haja prévia, fundamentada, e detalhada ordem escrita da autoridade judicial competente, toda e qualquer gravação e interceptação ambiental que estiver acobertada pela autorização constituirá prova válida. Não existindo a prévia ordem judicial, a prova somente será admitida em hipóteses excepcionais, pela adoção do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Assim, será aceita para fins de evitar uma condenação injusta ou para terminar com uma poderosa quadrilha de narcotráfico ou voltada à dilapidação dos cofres públicos.²⁷

Quando estivermos diante dos crimes de "colarinho branco", crimes envolvendo grandes sonegadores de impostos, seqüestradores profissionais, nefastos fraudadores do erário, corruptos, organizações criminosas e tantos outros que se beneficiam da aplicação mecânica e indiscriminada das regras sobre provas obtidas por meios ilícitos com a isolada invocação do inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, que refletimos se isso não nos conduz a injustiças escabrosas, com reflexos além do território nacional. A própria Constituição Federal tratou com bastante severidade os crimes de tráfico

²⁶ CÁFFARO, Luiz Carlos *apud* SOUZA, *op. cit.*, p. 4.

²⁷ CAPEZ, *op. cit.*, p. 250.

ilícito de entorpecentes, terrorismo e crimes hediondos no art. 5º, inciso XLV.

A postura inflexível de se desprezar, sempre, toda e qualquer prova ilícita não é razoável. Em alguns casos, o interesse que se quer defender é muito mais relevante do que a intimidade que se deseja preservar.²⁸ O que se postula é a aplicação do princípio da proporcionalidade, o "princípio dos princípios", seja em benefício do réu, seja em benefício da acusação, salientando, no último caso, a aplicação em hipóteses de excepcional gravidade e mediante circunstanciada motivação judicial. Mencionar o que seriam hipóteses de excepcional gravidade é erro que não se deve incorrer. Evidentemente, o magistrado sentirá quando estiver diante de uma delas, o que requer minuciosa análise sobre o caso concreto e um apurado bom senso, qualidades que não podem faltar a um prolator de justiça.

Defendendo a aplicação do princípio da proporcionalidade *pro societate*, Capez, em corrente minoritária, adverte que o confronto que se estabelece não é entre o direito ao sigilo, de um lado, e o direito da acusação à prova, do outro. Trata-se de algo mais profundo. Quando da acusação, principalmente aquela promovida pelo Ministério Público, objetiva-se resguardar valores fundamentais para a coletividade, tutelados que são pelas normas penais. Quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança (bens também protegidos por nossa Constituição), o juiz, utilizando-se de seu alto poder de discricionariedade, deve sopesar e avaliar os valores contrastantes envolvidos. "A prova, se imprescindível, deve ser aceita e admitida, a despeito de ilícita, por adoção ao princípio da proporcionalidade, a qual deve ser empregada *pro reo* ou *pro societate*".²⁹ Ressalve-se apenas a prática de tortura que, por

²⁸ *Idem*, *ibidem*, *passim*.

²⁹ *Idem*, *ibidem*, pp. 253-254.

afrontar os direitos humanos, anteriores e superiores a quaisquer legislações, em hipótese alguma pode ser admitida, seja para que fim for. Quanto à proibição da tortura, nada se flexibiliza; a palavra de ordem é nunca.

O princípio da proporcionalidade pode ser aplicado também quanto às provas ilícitas por derivação. Embora o constituinte, no art. 5º, LVI (tampouco há qualquer outra norma na legislação infraconstitucional neste sentido), não tenha disposto expressamente sobre as provas ilícitas derivadas, por questão de finalidade da vedação constituição em tela, deve-se admitir a contaminação da prova secundária pela ilicitude original. Além disso, a doutrina majoritária e a jurisprudência dos tribunais vêm se posicionando contrariamente à admissão das provas ilícitas por derivação. Com a aceitação da matriz norte-americana da teoria *fruits of the poisonous tree*, tudo o que venha a ser obtido como consequência daquilo que seja considerado ilícito está contaminado pela ilicitude e é ilícito da mesma maneira. É aí que entra o princípio da proporcionalidade.

Pensemos em uma situação onde pessoas ligadas a organizações criminosas, ou até mesmo policiais, forjam uma prova ilícita para assim impedir o sucesso da investigação em andamento, de forma que, tudo o que venha a se obter como consequência daquela, seja considerado ilícito.³⁰ Em casos dessa monta, somente a aplicação do princípio da proporcionalidade pode amenizar o dogma das provas ilícitas por derivação e convalidá-las no processo. Também aqui, a observação de todos os passos e subprincípios utilizados na ponderação quanto às provas ilícitas se faz necessária.

O Ministro do STF Moreira Alves, quando do seu voto no HC 69.912-0 - RS (DJ, 26.11.1993), adotou o princípio da proporcionalidade ao sustentar ser preferível a admissão de

³⁰ O exemplo é de FERNANDES, Antônio Scaranca, Op. Cit., p. 89.

provas ilícitas por derivação a garantir a impunidade de organizações criminosas.

Mas até mesmo a teoria norte-americana das provas ilícitas por derivação comporta exceções em seu país de origem, o que deve ser adaptado à realidade jurídica brasileira. Nem sempre o que dá certo no estrangeiro é garantia de ser bem sucedido em solo nacional. Essa adaptação é tarefa da doutrina e da jurisprudência pátrias. Os nossos tribunais já têm firmado alguns temperamentos relativos à questão, como se vê nos julgados do STJ - HC 3.982/RJ e do STF - HC 75.497/SP e no HC 75.892/RJ.

Quanto à interceptação telefônica, quando da sua regulamentação pela Lei n.º 9.296/96, deixou o caráter de prova ilícita que tinha até então. Entretanto, no que concerne à gravação, que é feita pelo próprio interlocutor, esta não foi abrangida pelo legislador infraconstitucional. "Se a conversa não era reservada, nem proibida a captação por meio de gravador", ensina Capez, "nenhum problema haverá para aquela prova".³¹ De outra sorte, se a conversação era reservada, sua gravação, interceptação ou escuta constituirá prova ilícita, por ofensa ao direito à intimidade (CF, art. 5º, X), devendo ser aceita ou não de acordo com a proporcionalidade dos valores envolvidos na questão. Se a interceptação em sentido estrito, a gravação clandestina e a escuta telefônica são feitas fora das hipóteses legais ou sem autorização judicial, não serão admitidas por representarem afronta ao direito à privacidade. Porém, poderão ser aceitas em atenção ao princípio da proporcionalidade.

Da mesma forma acontece no tocante aos dados. Por uma leitura do art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, parecem ser os dados invioláveis em termos absolutos. Tal interpretação, porém, assim como acontece com o sigilo das

³¹ CAPEZ, Op. Cit., p. 250.

correspondências, **cede** diante da necessidade de equilíbrio entre os bens protegidos constitucionalmente. À luz do princípio da proporcionalidade, o uso de dados (registros constantes em um computador de uso pessoal, em um diário ou quaisquer anotações pessoais e reservadas, por exemplo) como provas justificaria a preservação de um outro valor amparado constitucionalmente e, no caso, considerado de maior relevância.

No Código de Processo Penal, quando o legislador tipifica a inviolabilidade dos segredos no art. 153 do Código Penal, também há de se aplicar o princípio da proporcionalidade. Prescreve como crime "Divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa. § 1º-ª Divulgar, sem justa causa, informações sigilosas ou reservadas, assim definidas em lei, contidas ou não nos sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa". Note-se que a divulgação do segredo só é admitida quando houver justa causa. A aferição dessa justa causa envolve, sem dúvida, a aplicação do princípio da proporcionalidade; somente se justifica a divulgação do segredo como prova quando, em determinado caso, houver necessidade de se proteger um bem maior, desde que também amparado constitucionalmente.

A crítica costumeira que se faz à aplicação do princípio da proporcionalidade reside no subjetivismo que pode existir ao pôr nas mãos do juiz um poder absoluto de apreciação sobre qual dos valores deve preponderar, fazendo surgir (para os críticos) riscos quanto à segurança nacional.

Eberhard Schmidt, um dos mais ferrenhos opositores à passagem do princípio da proporcionalidade do campo administrativo para o constitucional, afirma que o emprego

do princípio da proporcionalidade representa quase sempre uma decisão, em última análise, difícil de fundamentar, que corresponde unicamente ao desejo e à vontade de quem toma a decisão, e por isso não pode pleitear reconhecimento geral. Já Wolfram Zitscher adverte que, aplicando o princípio da proporcionalidade, corre-se o risco de se ver o Direito dissolvido na "justiça do caso particular", enquanto Xavier Philippe percebe uma ameaça alojada no uso da proporcionalidade, consistente em provocar o advento de um "governo de juízes", quebrando o equilíbrio fundamental dos poderes democráticos ante o conteúdo fluído do princípio, possível objeto de extensões incontroláveis por seus detratores.³²

Não resta dúvidas que a aplicação do princípio da proporcionalidade é instrumento de ampliação concreta das faculdades do juiz, mas se há de convir que o magistrado, ao proferir decisão acolhendo o princípio da proporcionalidade, deve motivá-la cuidadosamente e, em caso de acolher aludido princípio em favor da acusação, admiti-lo somente em situações de excepcional gravidade ou de relevância social. Situações onde a necessidade, a adequação e a preponderância de certos valores demonstrem ser a única forma de colocar os pratos da "balança" da Justiça em nível igual. A comparação diante do conflito de princípios fundamentais para verificação qual deles deva prevalecer procura evitar um mal maior como, por exemplo, a condenação injusta ou a impunidade de perigosos marginais.

Como o constituinte elevou o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos à categoria de norma constitucional, inserindo-o no capítulo dos direitos individuais e coletivos, deu-lhe sentido material, e, mesmo norma regulamentadora ou provimento jurisdicional não de observar que a vedação é a predominância. A aplicação do princípio da

³² BONAVIDES, op. cit., p. 390-393.

proporcionalidade há de ser regra de excessão, sob risco de que os magistrados venham a orientar-se tão somente pelas particularidades do caso concreto, perdendo de vista as dimensões do fenômeno no plano geral.

A depender do caso concreto, acreditamos que quando os princípios constitucionais entram em confronto, o princípio da proporcionalidade pode ser utilizado pelo magistrado ao analisar a prova obtida por meio ilícito. É evidente que muito depende do bom senso do magistrado na valoração e admissão da prova ilícita. O magistrado, decidindo sobre os valores constitucionais, fará uma proporção e não uma exclusão. Julgará prestigiando o valor onde a vivência social é mais intensa, mas o núcleo do valor que recebeu menor atribuição não se desfer, continua válido, mas não com tanta relevância como o outro que predominou no caso concreto. Proibe-se o excesso. Em nome dessa proibição é que também deve haver um limite na aplicação do princípio da proporcionalidade, sob pena de infringir-se o próprio princípio constitucional proibidor do uso processual das provas obtidas por meios ilícitos. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra, que *in médio est virtus*. O equilíbrio no momento da aplicação das regras legais, das normas constitucionais e do princípio da proporcionalidade, aliado ao bom senso, certamente garantirão uma solução mais justa e eficaz ao conflito.

4 – REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas - interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O princípio da proporcionalidade em direito constitucional e em direito privado no Brasil**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 novembro 2003, 16h10min, p. 1-22.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RABONEZE, Ricardo. **Provas obtidas por meios ilícitos**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Alexandre Araújo de. **A inadmissibilidade, no**

processo penal, das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta? Disponível em: <www.congressovirtualmprj.org.br>. Acesso em 05 fev. 2004, 22h45min. p. 1-11.

LEI 11.106/2005: Novas modificações ao Código Penal Brasileiro

Renato Marcão

Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, Mestre em Direito Penal, Político e Econômico; Professor de Direito Penal, Processo e Execução Penal (Graduação e Pós); Sócio-fundador e Presidente da AREJ - Academia Rio-Preteense de Estudos Jurídicos, e ex-Coordenador; do Núcleo de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia; Membro da Associação Internacional de Droit Pénal (AIDP); Membro Associado do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim); Membro do Instituto de Ciências Penais (ICP); Membro do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP); Membro do Instituto de Estudos de Direito Penal e Processual Penal (IEDPP); Autor dos livros: Lei de Execução Penal Anotada (Saraiva); Tóxicos - Leis 6.368/1976 e 10.409/2002 anotadas e interpretadas (Saraiva), e, Curso de Execução Penal (Saraiva).

SUMÁRIO

- 1 - INTRODUÇÃO; 2 - SOBRE AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS; 2.1 - Art. 148 do Código Penal; 2.1.1 - Sobre o § 1º, inc. I; 2.1.1.1 - Crime praticado contra companheiro; 2.1.2 - Sobre o § 1º, inc. IV: crime praticado contra menor de 18 (dezoito) anos; 2.1.3 - Sobre o § 1º, inc. V: crime praticado para fins libidinosas; 2.2 - Considerações gerais; 2.3 - Art. 215 do Código Penal; 2.4 - Art. 216 do Código Penal; 2.4.1 - Sujeito passivo; 2.4.2 - Parágrafo único do art. 216 do Código Penal; 2.5 - Causas de aumento de pena; 2.5.1 - Sobre o inciso I; 2.5.2 - Sobre o inciso II; 2.5.2.1 - Texto suprimido; 2.5.2.2 - Texto acrescido; 2.5.2.3 - Aumento de pena nas hipóteses do inciso II; 2.6 - Capítulo V - Do lenocínio e do tráfico de pessoas; 2.7 - Mediação para servir a lascívia de outrem; 2.8 - Tráfico internacional de pessoas;

2.9 - Tráfico interno de pessoas; 2.10. Irretroatividade da lei mais severa; 2.10.1. Reflexo sobre as novas figuras típicas; 2.10.2. Reflexo sobre a pena de multa cumulada; 3. DISPOSITIVOS REVOGADOS; 3.1. Sobre os incisos VII e VIII do art. 107; 3.2. Sobre o art. 217; 3.3. Sobre o art. 219; 3.4. Sobre o art. 220; 3.5. Sobre os arts. 221 e 222; 3.6. Sobre o inciso III do caput do art. 226; 3.7. Sobre o § 3º do art. 231; 3.8. Sobre o art. 240; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 - INTRODUÇÃO

Entrou em vigor no dia 29 de março de 2005, data de sua publicação, a Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, que alterou o Código Penal brasileiro em relação ao disposto nos arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231, e acrescentou o art. 231-A.

Por força do disposto no art. 3º da referida lei, o Capítulo V (Do lenocínio e do tráfico de mulheres) do Título VI (Dos crimes contra os costumes), da Parte Especial do Código Penal, passou a vigorar com o seguinte título: "Do lenocínio e do tráfico de pessoas".

Além das modificações acima indicadas, e em razão do disposto em seu art. 5º, o novo diploma legal revogou os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do caput do art. 226, o § 3º do art. 231 e o art. 240, todos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal.

Em sentido amplo, as modificações foram sensíveis e as novas regras reclamam, desde logo, apreciação reflexiva para uma melhor compreensão de todos os temas abordados.

2 - SOBRE AS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS

Para uma melhor compreensão, passaremos a analisar cada uma das modificações introduzidas no Código Penal, na exata mesma ordem de disposição constante da Lei 11.106/2005, e depois, em tópico distinto, cuidaremos de tecer considerações a respeito das regras revogadas, tudo conforme segue.

2.1 - Art. 148 do Código Penal

No caput do 148 do Código Penal estão descritas as condutas que tipificam o seqüestro e o cárcere privado. Ao narrá-las o legislador assim dispôs: "privar alguém, de sua liberdade, mediante seqüestro ou cárcere privado".

A pena prevista para as hipóteses do caput é de reclusão, de um a três anos.

Na precisa visão de NELSON HUNGRIA: "Entende ROMEIRO (Dicionário de direito penal), que o cárcere privado é um *genus*, de que o seqüestro é uma *species*: 'O crime de cárcere privado pode tomar a forma de detenção ou de seqüestro; dá-se a detenção quando a violência exercida sobre a pessoa consiste no impedimento ou obstáculo de sair de um certo e determinado lugar; no seqüestro compreende-se o fato de conservar a pessoa em lugar solitário e ignorado, de modo que difícil seria a vítima obter socorro de outro'. Parece-nos, entretanto, mais acertado dizer que o seqüestro é que é o *genus* e o cárcere privado a *espécie*, ou, por outras palavras, o seqüestro (arbitrária privação ou compressão da liberdade de movimento no espaço) toma o nome tradicional de *cárcere privado* quando exercido *in domo privata* ou em qualquer recinto *fechado*, não destinado à prisão pública. Tanto no seqüestro quanto no cárcere privado, é detida ou retida a pessoa em determinado lugar; mas, no cárcere privado, há a circunstância de *clausura* ou *encerramento*. Abstraída esta accidentalidade, não há que distinguir entre as duas modalidades criminais, de modo que não se justificaria uma diferença de tratamento penal".¹

Evidencia-se como *objeto jurídico da tutela penal* a liberdade individual, a liberdade de ir e vir, ficar, permanecer; a liberdade de locomoção, em última análise.

¹ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, 3. ed., Rio de Janeiro, Revista Forense, 1955. v. VI p. 183/184.

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, assim como qualquer pessoa está em condição de *ser sujeito passivo*.

O elemento subjetivo é o *dolo*. Basta o *dolo genérico* para a configuração, e não há forma culposa.

Admite-se a *tentativa*.

Conforme CELSO DELMANTO e outros: "É delito material, que se consuma no momento em que ocorre a privação; é permanente, sendo possível a prisão em flagrante do agente, enquanto durar a detenção ou retenção da vítima".²

Seus §§ estabelecem figuras qualificadas, e as modificações feitas pela nova lei estão dispostas no § 1º.

2.1.1 – Sobre o § 1º, inc. I

O § 1º estabelece formas qualificadas em que a pena é de reclusão, de dois a cinco anos, e quanto à pena nada mudou.

Em sua antiga redação o inc. I do § 1º do art. 148 do Código Penal assim dispunha: "Se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge do agente ou maior de 60 (sessenta) anos".

A nova redação tem o seguinte texto: "Se a vítima é ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro do agente ou maior de 60 (sessenta) anos".

A proteção penal agora foi estendida ao *companheiro do agente*.

2.1.1.1 – Crime praticado contra companheiro

Entenda-se: *companheiro ou companheira*.

Aqui a redação ampliou o rol das formas qualificadas, tendo em vista a necessidade de tratamento igualitário entre "cônjuge e companheiro" como decorrência do novo perfil

² DELMANTO, Celso, e outros. Código Penal comentado, 6. ed. São Paulo: Renovar. 2002. p. 318.

jurídico-constitucional desta última situação reguladora de relacionamentos, que não está amparada nas mesmas formalidades que protegem os cônjuges.

Antes da previsão expressa não era possível estender a forma qualificada aos autores de tais crimes praticados contra *companheiros* em razão de estar vedada em Direito Penal a interpretação ampliativa do alcance da norma de maneira a ensejar resultado gravoso ao réu.

O sistema de proteção encontrava-se falho, omissivo, e isso ao menos desde a Constituição Federal de 1988, tendo em vista a nova disciplina indicada para o tratamento das relações entre *companheiros* ou *concubinos*, *conviventes* em união estável.

Questão interessante a ensejar debate nas instâncias judiciárias refere-se à possibilidade da forma qualificada estender-se aos autores de crimes contra "*companheiro ou companheira*" em se tratando de relação homoafetiva.

Considerando que o ordenamento jurídico não dá proteção a tais relações; que não há por parte do Estado qualquer reconhecimento expresso para efeito de salvaguarda de direitos, o princípio da reserva legal impede que tais situações sejam reconhecidas para o efeito de permitir o elastério da norma agora prevista no inc. I, § 1º, do art. 148 do Código Penal. Eventual ampliação do conceito de "*companheiro*" no sentido apontado ensejaria punição mais severa ao réu (ou à ré), vedada em razão da ausência de expressa cominação legal. Incabível falar, aqui, em aplicação de analogia, interpretação extensiva etc.

Por outro lado, caso sobrevenha alguma lei regulando a união estável entre pessoas do mesmo sexo, equiparando-as às relações estáveis entre homem e mulher para efeito de reconhecimento estatal e salvaguarda de direitos, a regra agora em comento passará a ser aplicada em relação a tais situações hoje desprotegidas em face à legislação penal vigente.

Anote-se, por oportuno, que para ter maior coerência sistêmica é preciso que o legislador, entre outras coisas, atualize o art. 61, inc. II, "e", do Código Penal, que apenas se refere ao ascendente, descendente, irmão ou cônjuge.

2.1.2 – Sobre o § 1º, inc. IV: crime praticado contra menor de 18 (dezoito) anos

A nova lei acrescentou ao § 1º o inc. IV com a seguinte redação: "se o crime é praticado contra menor de 18 (dezoito) anos".

Em razão da nova disposição, também será qualificado o crime quando a vítima não contar com 18 (dezoito) anos completos, e a pena será de reclusão, de dois a cinco anos.

Se a privação da liberdade ocorrer no dia do aniversário, a qualificadora não incidirá, pois, em tal caso, a vítima não poderá ser considerada *menor de dezoito anos*.

A modificação é bem vinda, pois, com ela, fica estabelecida a harmonia no sistema de proteção ao menor de 18 (dezoito) anos, em coerência com o disposto na segunda figura do §1º do art. 159 do Código Penal, onde está estabelecido que o crime de *extorsão mediante seqüestro* será qualificado "se o seqüestrado for menor de dezoito anos".

Em relação a tal forma qualificada no crime do art. 159, ao seu tempo escreveu NELSON HUNGRIA: "A circunstância de ser a vítima menor de 18 anos (isto é, que ainda não completou tal idade) também justifica a agravação especial, porque torna mínima, quando não nenhuma, a possibilidade de eximir-se ao seqüestrado, ao mesmo tempo que é infringida a incolumidade especialmente assegurada à criança e ao adolescente".³

³ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense. 1958. v. VII p. 73.

Considerando que o crime de seqüestro ou cárcere privado é de natureza permanente, em algumas situações a privação da liberdade poderá iniciar quando a vítima for menor de dezoito anos e terminar após ela ter completado tal idade. Ainda será possível, em outra situação, que a privação da liberdade tenha se iniciado antes da nova lei e perdurado para além de seu ingresso no ordenamento.

Em ambas as hipóteses a qualificadora incidirá.

Analisando os efeitos do art. 4º do Código Penal em relação ao crime permanente, DAMÁSIO DE JESUS assim leciona: "Nele, em que o momento consumativo se alonga no tempo sob a dependência da vontade do sujeito ativo, se iniciado sob a influência de uma lei e prolongado sob outra, aplica-se esta, mesmo que mais severa. O fundamento de tal solução está em que a cada instante da permanência ocorre a intenção de o agente continuar a prática delituosa. Assim, é irrelevante tenha a conduta seu início sob o império da lei antiga, ou esta não incriminasse o fato, pois o dolo ocorre durante a eficácia da lei nova: presente está a intenção de o agente infringir a nova norma durante a vigência de seu comando".⁴

A tentadora compreensão inversa levaria à conclusão no seguinte sentido: se a privação da liberdade iniciar quando a vítima ainda contar com menos de 18 (dezoito) anos, porém, se estender para além da data em que atingir tal idade, a qualificadora estará afastada.

Se verificada a hipótese exatamente como acima aventada; com o prolongamento da privação da liberdade o réu estaria a se beneficiar, deixando de incidir em pena de dois a cinco anos, acabando por ser "agraciado" com a adequação típica de sua conduta no preceito primário, com pena cominada entre um e três anos, de reclusão.

⁴ JESUS, Damásio E. de. Código Penal anotado. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15.

Aqui, a prolongação do sofrimento da vítima seria benéfica ao réu, o que não se pode admitir eticamente, tampouco à luz do disposto no art. 4º do Código Penal, conforme anotado.

Na outra situação indicada, onde a privação da liberdade do menor de dezoito anos teve início antes da lei e se alongou para depois de sua vigência, a natureza permanente do crime impede, por absoluto, o não-reconhecimento da qualificadora, hipótese claramente incogitável.

2.1.3 – Sobre o § 1º, inc. V: crime praticado para fins libidinosos

A última alteração feita no art. 148 decorre do inciso V, que também foi acrescido ao § 1º.

Pela nova previsão, se o seqüestro ou o cárcere privado for praticado *para fins libidinosos*, o crime também será qualificado e contará, obviamente, com pena mais elevada (reclusão, de dois a cinco anos).

Ato libidinoso são aqueles praticados com a finalidade de satisfazer a lascívia, o prazer sexual.

Se o crime for cometido *para o fim de manter relação sexual* (cópula vagínica) ou para a prática de qualquer *ato libidinoso diverso da conjunção carnal* (coito anal ou felação, por exemplo), a forma qualificada estará presente.

Se além da privação da liberdade, configuradora de seqüestro ou cárcere privado, o réu (ou a ré) efetivamente praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal, contra a vontade da vítima (art. 214 do CP), ocorrerá concurso material de crimes (art. 69 do CP). Também haverá concurso material de crimes se além do seqüestro ou cárcere privado o agente submeter a vítima à relação sexual não consentida (art. 213 do CP).

Na hipótese do inc. V, por certo haverá muita discussão a respeito do posicionamento acima adotado, pois não serão poucos os que entenderão que o crime de seqüestro ou cárcere

privado deverá ser considerado crime meio para a prática do crime fim – atentado violento ao pudor ou estupro, dependendo do caso.

A melhor exegese, entretanto, não autoriza tal compreensão, inclusive porque tais crimes prescindem, para sua configuração, das práticas tratadas no art. 148 do Código Penal.

2.2 – Considerações gerais

Como visto, em relação ao art. 148 do Código Penal foram feitas alterações que implicaram novas formas de adequação típica qualificada.

Em razão do princípio da anterioridade da lei penal; da irretroatividade da lei penal mais severa, somente os crimes praticados nos moldes descritos nas novas qualificadoras *após a vigência da lei* é que estarão sujeitos à forma qualificada que impõe punição mais severa. Não há qualquer possibilidade de agravamento de pena em razão das novas disposições no que tange aos fatos passados, consumados antes do ingresso das novas disposições no universo jurídico.

De ver-se, entretanto, que o seqüestro e o cárcere privado são crimes permanentes, e mesmo que a inicial privação da liberdade tenha ocorrido antes da vigência da lei, ocorrendo, por exemplo, prisão em flagrante depois da data em que o regramento novo passou a ser aplicável, a tipificação se amoldará à forma qualificada em razão dos efeitos da permanência, conforme as observações acima apontadas, pois em tais situações, enquanto durar a permanência o crime estará em seu processo consumativo.

2.3 – Art. 215 do Código Penal

Com o *nomem criminis* de posse sexual mediante fraude, na redação antiga, o art. 215 do Código Penal punia a conduta

de: "Ter conjunção carnal com mulher *honest*a, mediante fraude" (coloquei o itálico).

Agora, conforme a Lei 11.106/2005, a redação do art. 215 passou a ser a seguinte: "Ter conjunção carnal com mulher, mediante fraude".

Conjunção carnal, para os termos da lei, quer dizer cópula vagínica, relação sexual.

O crime em questão consuma-se com a efetiva conjunção carnal e somente é punido a título de dolo, podendo ser praticado mediante concurso de pessoas, com possibilidade de verificação da forma tentada.

O objeto jurídico da tutela penal é a liberdade sexual da mulher.

Sujeito ativo do crime só pode ser o homem, e somente a mulher *honest*a estava sujeita a ser vítima de tal ilícito penal, o que agora foi corrigido, pois a partir da "nova lei" *qualquer mulher* poderá ser vítima, sujeito passivo, portanto.

A expressão "*mulher honest*a" constituía elemento normativo do tipo, e a exigência de honestidade impunha tratamento de natureza nitidamente discriminatória.

A mudança agora introduzida ampliou a esfera de alcance da norma penal incriminadora, pois, se antes da mudança somente mulher que fosse considerada honesta estava protegida em sua liberdade sexual pela norma em comento, agora a proteção penal tem abrangência indistinta e não discriminatória em relação ao sexo feminino.

Merece aplauso o reparo legislativo, pois se a figura do crime de estupro (art. 213 do CP) também visa à proteção da liberdade sexual da mulher, seja ela *sexualmente honest*a ou não (prostituta pode ser vítima do crime de estupro, RT 700/355), era sem sentido lógico deixar desprotegida penalmente, para os fins do crime de posse sexual mediante fraude, a liberdade sexual da mulher que optou por adotar conduta sexual de contornos mais frouxos.

A ausência de *honestidade sexual* da mulher devassa não pode constituir motivo para a ausência de proteção penal, na exata medida em que aquelas dotadas de menor recato também podem ser submetidas à ação de "ter conjunção carnal, mediante fraude".

A ausência de *honestidade sexual* nunca constituiu imunidade à fraude que pode ser empregada para fins sexuais, e não é ético deixar sem proteção, como forma de "punição" ou "patrulhamento" da liberdade, aquela que se colocou a usar de seu erotismo de forma avolumada, com pouco ou nenhum critério.

A proteção agora é plena e, de certa forma, confirma a liberdade de cada um no sentido de poder conduzir sua vida sexual como bem lhe aprouver.

Em termos práticos é preciso anotar que inquéritos policiais arquivados no passado, exclusivamente em razão da comprovada ausência de honestidade da vítima, não poderão ser agora reabertos apenas em razão da mudança legislativa. Não há como se justificar a aplicação do art. 18 do Código de Processo Penal na hipótese em testilha, e eventual tentativa nesse sentido irá configurar flagrante constrangimento ilegal, sanável pela via do *habeas corpus*.

Absoluções impostas em Primeira Instância em razão da comprovada ausência de honestidade da vítima (antes da nova lei) não poderão ser modificadas em grau de recurso com fundamento exclusivo na mudança legislativa.

Com efeito. A nova regra é mais gravosa na medida em que amplia o alcance da descrição típica para situações que antes não estavam nos limites da tipificação, e os princípios da anterioridade da lei⁵ e da irretroatividade da lei penal mais severa⁶ impedem a aplicação do texto novo em relação aos

⁵ Art. 5º, inc. XXXIX, da Constituição Federal; art. 1º do Código Penal.

⁶ Art. 5º, inc. LX, da Constituição Federal; art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.

crimes já consumados no passado, sob a égide do antigo regramento.

2.4 – Art. 216 do Código Penal

Encerrando o rol de proteção à liberdade sexual quanto aos crimes praticados mediante fraude, o art. 216 do Código Penal regula a figura do “atentado ao pudor mediante fraude”.

Enquanto o art. 215 do Código Penal se refere à prática de conjunção carnal, assim compreendida a relação sexual entre homem e mulher, nos termos em que acabamos de expor no tópico acima, o artigo sob análise se refere à prática de *qualquer ato libidinoso* diverso da conjunção carnal.

Na precisa e oportuna lição de NELSON HUNGRIA, “ato libidinoso é todo aquele que se apresenta como desafogo (completo ou incompleto) à concupiscência”.⁷ E o mesmo autor ainda ensinou: “O ato libidinoso a que se refere o texto legal, além de gravitar na órbita da função sexual, deve ser manifestamente obsceno ou lesivo da pudicícia média. Não pode ser confundido com a simples inconveniência, nem ser reconhecido numa atitude ambígua”.⁸

O que distingue o atentado *fraudulento* ao pudor (art. 216 do CP) do atentado *violento* ao pudor (art. 214 do CP) é o meio empregado para a prática dos atos libidinosos.

A mudança na redação do art. 216 foi tão severa e radical quanto acertada.

Enquanto a forma fundamental punia como crime a conduta de “induzir mulher honesta, mediante fraude, a praticar ou permitir que com ela se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, com a Lei 11.106/2005 a tipificação básica passou a ser muito mais ampla.

⁷ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. VIII p. 131.

⁸ HUNGRIA, Nélson, *Ob.*, *Cit.*, p. 133.

Com a nova redação, constitui crime de atentado ao pudor mediante fraude: “Induzir *alguém*, mediante fraude, a praticar ou submeter-se à prática de ato libidinoso diverso da conjunção carnal” (coloquei o itálico).

Houve profunda alteração quanto à possibilidade de sujeição passiva.

2.4.1 – Sujeito passivo

Antes, o crime do art. 216 do Código Penal só podia ser praticado contra mulher, e não bastava a condição de mulher pura e simplesmente; não era toda e qualquer mulher que podia ser vítima; era preciso tratar-se de *mulher honesta*.

Com a retirada do elemento normativo do tipo: *mulher honesta*, e a inclusão da expressão “alguém”, a sujeição passiva ficou ampliada consideravelmente, conforme já é possível antever.

No que pertine ao tema “mulher honesta”, remetemos o leitor àquilo que já foi expandido nas reflexões ligadas ao art. 215 do Código Penal (*item 2.3, supra*), no que for pertinente.

Quanto ao mais, cumpre anotar que agora o *homem* também pode ser vítima de crime de atentado ao pudor mediante fraude. A expressão *alguém* é indeterminada quanto ao sexo, permitindo que tanto o homem quanto a mulher, seja ela honesta ou não, figurem como vítima.

E era assim que devia ser mesmo. Não havia razão lógica ou jurídica para as restrições quanto à possibilidade de sujeição passiva no tocante ao crime em comento.

Não se justificava a proteção jurídico-penal tão-só à *mulher honesta*.

Homens e mulheres, indistintamente, podem ser vítima do crime sob análise.

A restrição à mulher honesta tinha ranço discriminatório, razão maior da mudança imposta em boa hora, senão tardiamente.

Inclusive, por coerência, era preciso alinhar o art. 216 do Código Penal ao art. 214 do mesmo “Codex”, que não contém restrições quanto à sujeição passiva, de maneira a permitir que homens e mulheres sejam considerados vítimas do crime de atentado violento ao pudor, nos termos de sua regulamentação.

A *lacuna* está preenchida.

A discriminação condenável foi banida e o sistema de proteção foi aperfeiçoado.

2.4.2 – Parágrafo único do art. 216 do Código Penal

Para ser coerente com as disposições contidas no *caput* do art. 216, foi preciso mudar a redação de seu parágrafo único.

A antiga redação era nos seguintes termos: “se a ofendida é menor de dezoito e maior de catorze anos”.⁹

Ampliada a sujeição passiva, que, agora não alcança apenas vítima do sexo feminino, não era correto manter na redação do parágrafo único a expressão “ofendida”.

Se a regra não fosse modificada, iria proporcionar odioso tratamento discriminatório, com previsão de pena qualificada apenas quando a vítima fosse do sexo feminino, excluindo a possibilidade de qualificadora quando “o ofendido” fosse menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos de idade.

Substituído o vocábulo “ofendida” por “vítima”, ampliou-se a forma qualificada para alcançar vítimas de ambos os sexos, como deve ser.

A pena prevista para a forma qualificada foi mantida: reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

⁹ Pena – reclusão, de dois a quatro anos.

2.5 – Causas de aumento de pena

O art. 226 do Código Penal está no Capítulo IV do Título VI, onde estão as “Disposições gerais”, e estabelece causas de aumento de pena para os crimes previstos nos capítulos anteriores, assim entendidos aqueles que se encontram no mesmo Título VI (Dos crimes contra os costumes), a saber: Capítulo I (Dos crimes contra a liberdade sexual); Capítulo II (Da sedução e da corrupção de menores); Capítulo III (Do rapto), este, agora com todos os seus artigos revogados, conforme o art. 5º da “nova lei”.

Suas disposições elencam agravantes especiais das quais decorre cota fixa de aumento de pena.

O texto antigo era expresso nos seguintes termos: “A pena é aumentada de quarta parte: I – se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; II – se o agente é ascendente, pai adotivo, padrasto, irmão, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela; III – se o agente é casado”.

A nova redação está posta nos seguintes termos: “A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrastra, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”.

Foi revogado o inciso III, conforme está expresso no art. 5º da “nova lei”, e sobre tal matéria trataremos em tópico distinto.

Antes da mudança imposta com a Lei 11.106/2005, a quota fixa de aumento de pena era comum a todas as modalidades previstas (quarta parte), agora, o aumento será de *quarta parte* apenas na hipótese do inciso I, e de *metade* nas situações do inciso II.

2.5.1 – Sobre o inciso I

No que tange ao inciso I, cumpre observar que não houve mudança de redação no sentido de ampliar ou restringir o alcance da norma. A mesma previsão que antes justificava o aumento de pena ainda persiste.

Ainda em relação ao inciso I é importante destacar que “o dispositivo não se refere, indistintamente, a *concurso* de duas ou mais pessoas *para o crime*, mas ao fato de ter sido o crime *cometido*, isto é, *executado* com pluralidade de agentes”.¹⁰

2.5.2 – Sobre o inciso II

Em relação ao inciso II, as mudanças foram consideráveis e buscaram uniformizar o tratamento jurídico-penal dentro de uma acertada visão sistêmica e atualizada do Direito.

No texto legal *foram mantidas* as seguintes causas de aumento: se o agente é ascendente, irmão (ou irmã, entenda-se), tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

2.5.2.1 – Texto suprimido

Foi suprimida do texto a figura do “pai adotivo”.

Obviamente, com tal providência não quis o legislador beneficiar o “pai adotivo” que praticar os crimes a que se refere o art. 226. E efetivamente não beneficiou.

É que desde a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), e também em razão do “Novo Código Civil” (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), não mais se justifica, juridicamente, a utilização da

expressão “pai adotivo”, isso em razão do tratamento jurídico desde então dispensado à adoção, e notadamente em razão dos efeitos que dela decorrem.

Em razão do novo tratamento jurídico dispensado à adoção, e dos efeitos que dela resultam, a figura do antigo “pai adotivo” agora se enquadra na figura do ascendente, já expressa na antiga redação do inciso II, que nesse ponto não sofreu alteração.

Está mantida, pois, a proteção jurídico-penal, e agora ajustada com a nova realidade jurídica na sempre necessária visão sistêmica.

2.5.2.2 – Texto acrescido

Além do que foi mantido e retirado do inciso II, conforme analisamos acima, a mudança legislativa acrescentou que a pena também será aumentada *de metade* se o agente for: *madrasta*, *tio*, *cônjuge* ou *companheiro*.

Como o texto antigo já previa como causa de aumento de pena o fato do delito ter sido praticado por *padrasto*, visando acabar com as discussões sobre a possibilidade de se estender ou não a causa de aumento para a *madrasta*, autora de delito de igual natureza, isso em razão de princípios como o da taxatividade, da reserva legal etc., a Lei 11.106/2005 ajustou a redação do inciso II de forma a não permitir a continuidade da discussão.

Aliás, o reparo era mesmo necessário também em razão das demais mudanças instituídas com a própria Lei 11.106/2005.

Se o agente for *tio* da vítima, a pena também será aumentada a partir da vigência da “nova lei”. Entenda-se: *tio* ou *tia*.

Tal compreensão não está proibida em razão da ausência de previsão expressa. Diga-se o mesmo em relação ao *companheiro* ou *companheira*.

¹⁰ HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956. v. VIII p. 247.

É certo que o inciso refere-se apenas e tão-somente ao *tio* (no masculino) e ao *companheiro* (no masculino), e isso poderia levar à conclusão no sentido de que o legislador quis excluir da incidência da causa de aumento de pena regulada no inciso II do art. 226 a *tia* e a *companheira*, até porque em relação ao *padrasto* cuidou de acrescentar a figura feminina correspondente (madrasta), cautela não adotada em relação aos outros dois (tio e companheiro).

Ocorre, entretanto, que buscando o espírito da lei, o espírito das mudanças impostas, a conclusão não pode ser outra. O que se pretendeu, mesmo, foi a ampliação para o *tio*, de sexo masculino ou feminino, e ao *companheiro* do sexo masculino ou feminino.

Ainda que assim não se entenda, uma outra possibilidade de enquadramento da *tia* e da *companheira* será possível, se identificada a hipótese estabelecida na parte final do inc. II.

Se por um lado é até possível dizer que o texto legal se afigura imperfeito quanto ao seu alcance de proteção jurídico-penal, e isso em razão da ausência de expressa menção a tais figuras (*tia* e *companheira*), é certo que estamos diante de um típico caso de interpretação analógica, onde as cláusulas específicas estão seguidas de cláusula genérica, e isso em razão da parte final do inciso II onde se lê: "... preceptor ou empregador da vítima *ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela*".

Sendo assim, se a agente for *tia* ou *companheira*, exercendo, *a qualquer título, autoridade sobre a vítima*, estará justificada a causa de aumento (embora com outro fundamento).

Maior discussão, entretanto, ficará para a hipótese de *companheiro* ou *companheira*, isso em razão da questionável *autoridade* que um possa exercer sobre o outro.

No que tange aos conviventes em relação homoafetiva, reiteramos o que já ficou anotado por ocasião das observações ao art. 148 do Código Penal (item 2.1.1.1. *Crime praticado contra companheiro*), para onde remetemos o leitor.

Quanto à figura do *cônjuge*, não há qualquer questionamento. A previsão refere-se ao *cônjuge* do sexo masculino e também ao *cônjuge* do sexo feminino.

2.5.2.3 – Aumento de pena nas hipóteses do inciso II

As causas descritas no inciso II agora ensejam aumento de *metade* da pena (antes o aumento era de quarta parte).

No que pertine à incidência da nova regulamentação sobre fatos já consumados antes de sua vigência, é preciso ter em vista as disposições dos arts. 1º e 4º do Código Penal, que estão amparados no art. 5º, incs. XXXIX e XL da Constituição Federal.

2.6 – Capítulo V - Do lenocínio e do tráfico de pessoas

Conforme o art. 3º da Lei 11.106/2005, o Capítulo V do Título VI (*Dos crimes contra os costumes*), da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passou a vigorar com o seguinte título: "*Do lenocínio e do tráfico de pessoas*".

O título passou de: "Do lenocínio e do tráfico de *mulheres*" para: "Do lenocínio e do tráfico de *pessoas*" (coloquei o itálico).

A mudança foi necessária em razão das modificações introduzidas nos arts. 227 e 231 do Código Penal, conforme veremos abaixo.

2.7 – Mediação para servir a lascívia de outrem

Sob o *nomem criminis* de "mediação para servir a lascívia de outrem" o art. 227 do Código Penal tipifica a conduta de "induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem", estabelecendo pena de reclusão, de um a três anos para a forma simples.

As formas qualificadas estão elencadas nos §§ 1º e 2º.

Em conformidade com o disposto no § 3º, “se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

A nova lei deu maior abrangência ao § 1º do art. 227, que na redação antiga tinha o seguinte texto: “Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, *marido*, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda” (coloquei o *itálico*).

A nova redação está nos seguintes termos: “Se a vítima é maior de 14 (catorze) e menor de 18 (dezoito) anos, ou se o agente é seu ascendente, descendente, *cônjuge ou companheiro*, irmão, tutor ou curador ou pessoa a quem esteja confiada para fins de educação, de tratamento ou de guarda” (coloquei o *itálico*).

Como se vê, a expressão “marido” foi substituída por “*cônjuge ou companheiro*”.

De melhor rigor técnico e em sintonia com as regras que integram o sistema jurídico vigente, a mudança merece aplauso.

Enquanto a previsão antiga se referia apenas ao *marido*, *cônjuge* do sexo masculino, portanto, agora fala em *cônjuge* ou *companheiro*. Leia-se: *cônjuge* do sexo masculino ou feminino; *companheiro* ou *companheira*.

No que tange aos reflexos incidentes sobre os fatos praticados sob a égide do regramento antigo, é preciso destacar que não houve qualquer abrandamento em relação ao “marido” que cometeu tal crime, visto que a forma qualificada quanto a este permaneceu intacta, somente com nova linguagem técnica, qual seja: *cônjuge*.

Por outro vértice, se a conduta fora praticada antes da nova lei por *cônjuge* do sexo feminino; por *companheiro* ou *companheira*, não estará submetida ao novo tratamento penal. Quanto a estes, somente a partir da vigência da “nova lei” é que se submeterão a seus efeitos penais severos.

Quanto ao mais, para evitar o enfado da repetição, remetemos o leitor ao que foi dito por ocasião das considerações ao art. 148 do Código Penal (2.1.1.1. *Crime praticado contra companheiro*), no que for pertinente.

2.8 – Tráfico internacional de pessoas

Outra mudança trazida pela Lei 11.106/2005 está no art. 231 do Código Penal, antes denominado crime de “tráfico de mulheres”.

Agora o *nomem criminis* passou a ser “tráfico internacional de pessoas”, e isso em razão da nova redação do art. 231 e também para destacar sua diferença com o novo tipo penal trazido com a “lei nova”, denominado “tráfico interno de pessoas”, expresso no art. 231-A, objeto de apreciação no tópico seguinte.

A redação antiga do art. 231 tinha o seguinte teor: “Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída *de mulher* que vá exercê-la no estrangeiro” (coloquei o *itálico*).

Para a forma fundamental a pena era de reclusão, de três a oito anos.

Com a nova redação o sistema repressivo passou a punir como crime de “tráfico internacional *de pessoas*” as seguintes condutas: “Promover, *intermediar* ou facilitar a entrada, no território nacional, *de pessoa* que venha exercer a prostituição ou a saída *de pessoa* para exercê-la no estrangeiro” (coloquei o *itálico* para destacar as mudanças).

Foi mantida a pena de reclusão no mesmo patamar, contudo, agora ela deverá ser aplicada cumulativamente com pena de multa. Antes da nova lei a imposição de pena de multa só se verificava se o crime fosse cometido com o fim de lucro, conforme a redação do § 3º que acabou revogado. Para o legislador, agora, tal crime sempre será praticado com o fim de lucro, conclusão que não é de todo desacertada.

A mudança introduzida no *caput* atualizou o tipo penal com a realidade dos dias hodiernos.

O verbo *intermediar*, incluído no *caput*, tem considerável alcance e por certo proporcionará o enquadramento de muitas condutas convergentes à prática do crime em questão, antes de difícil conformação e ajustamento às hipóteses típicas.

Enquanto as condutas de *promover* ou *facilitar* têm alcance mais restrito, a *intermediação* completa o rol das condutas típicas que normalmente estão ligadas às infrações de tal natureza e permite não deixar a descoberto; fora da esfera de proteção penal, razoável número de comportamentos que se ajustam ao verbo.

Enquanto qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do crime em questão, na antiga redação somente a mulher é que poderia ser *sujeito passivo*.

A nova redação deu ao crime uma redefinição e também maior alcance, pois, com a retirada do monopólio do sexo feminino em relação ao pólo passivo, agora *qualquer pessoa* poderá nele figurar: homem ou mulher.

A restrição foi derrubada.

Sensível à realidade dos dias atuais e conhecendo as práticas que envolvem a exploração sexual em sentido amplo, o legislador reconheceu a necessidade de ampliar, e por isso ampliou, a proteção penal também ao sexo masculino, pois já não é novidade a comercialização e exploração sexual do homem, o que era quase inimaginável no tempo em que se redigiu o Código Penal brasileiro.

Foram mantidas as redações dos §§ 1º 2º e as penas reclusivas exatamente como antes. Acrescentou-se apenas a pena de multa, agora cumulativamente aplicada.

A revogação do § 3º, expressamente anotada no art. 5º da Lei 11.106/2005, deve-se à seguinte mudança: a pena de multa que antes era condicionada ao "fim de lucro" agora é obrigatoriamente cumulativa e está expressa nos §§ precedentes.

Haveria, pois, flagrante impertinência em imaginar possível a permanência do § 3º no ordenamento.

2.9 – Tráfico interno de pessoas

Além da nova tipificação ampliada em relação ao art. 231, a Lei 11.106/2005 também criou novo tipo penal.

Para o aperfeiçoamento do sistema punitivo, além de punir o tráfico *internacional* de pessoas agora com maior amplitude, o legislador cuidou de tipificar o crime de "tráfico *interno* de pessoas", estabelecendo como crime previsto no art. 231-A do Código Penal as condutas de: "Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição". A pena abstratamente prevista é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, exatamente como a pena prevista para o art. 231, *caput*, e por força do disposto em seu parágrafo único, ao crime de tráfico interno de pessoas também são aplicáveis as regras dos §§ 1º e 2º do art. 231.

O objeto jurídico da tutela penal é a honra sexual; a lei também visa proteger os bons costumes.

Qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito ativo*, independentemente do sexo, ocorrendo o mesmo em relação ao *sujeito passivo*.

O *elemento subjetivo* do tipo é o dolo. Basta o dolo genérico.

A *consumação* ocorre com a prática efetiva de pelo menos uma das condutas descritas no tipo penal, sendo admissível a forma tentada (art. 14, II, co CP).

A figura do art. 231-A é tipo alternativo, de conduta variada.

Promover significa *dar impulso, colocar em execução* (de qualquer forma); *intermediar* quer dizer *servir de intermediário* ou

mediador; facilitar, aqui, tem o sentido de *desembaraçar, tornar mais simples, dar maior agilidade*.

Recrutamento é a reunião; agrupamento ou alistamento de pessoas. Não é preciso que o recrutamento envolva várias pessoas; basta *uma* para a configuração do ilícito.

Transporte é o deslocamento de um lugar a outro. Enquanto o agente estiver promovendo o transporte, o crime será de natureza permanente, assim considerado aquele cuja conduta delituosa se mantém no tempo e no espaço.

Transferência significa mudança de um lugar a outro. Há uma sutil diferença entre esta conduta e a anterior (transporte). Enquanto *transporte* tem o sentido de levar alguém para local em que se pratica a prostituição (para os fins do tipo legal), a *transferência* pressupõe a mudança de um lugar onde se pratica a prostituição para outro de igual destinação.

Alojamento é local específico destinado ao abrigo de pessoas.

Acolhimento, para os termos do tipo penal, significa receber alguém em local não destinado ao alojamento. Acolher é dar amparo, guarida; dar refúgio, proteção ou conforto físico.

É preciso que as práticas acima analisadas tenham por alvo "pessoa que venha a exercer a prostituição". Exercer a prostituição é prostituir-se; dedicar-se ao comércio sexual; à satisfação voluntária da lascívia de outrem em troca de vantagem.

Para a adequação típica é preciso, ainda, que tais condutas tenham ocorrido no território nacional, pois se uma das práticas tocar território estrangeiro a figura penal será a do art. 231 (observados os parâmetros da tipificação), e não a do art. 231-A.

A pena abstratamente prevista afasta a possibilidade de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), e eventual condenação até 4 (quatro) anos não impedirá a

substituição da privativa de liberdade por restritiva de direito, desde que presentes os demais requisitos exigidos em lei. Se fixada a privativa de liberdade até o limite acima indicado, seu cumprimento poderá iniciar-se no regime aberto, observadas as disposições do art. 33 c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

2.10 – Irretroatividade da lei mais severa

2.10.1 – Reflexo sobre as novas figuras típicas

As inovações acrescidas ao § 1º do art. 227 e ao *caput* do art. 231, e bem assim a nova figura penal do art. 231-A, obviamente não se aplicam aos casos consumados antes da vigência da Lei 11.106/2005.

Princípios de contornos constitucionais como o da anterioridade da lei (princípio da legalidade ou reserva legal) e da irretroatividade da lei penal mais severa (art. 5º, incs. XXXIX e XL, da CF), também previstos no art. 1º do Código Penal, impedem a retroação do alcance do texto novo para atingir situações consumadas ao tempo em que a regulamentação normativa era outra, mais benéfica.

De tal sorte, para os termos do novo art. 227 do Código Penal, somente os crimes praticados por cônjuge do sexo feminino; companheiro ou companheira, após a vigência da nova regulamentação penal é que se submeterão à forma qualificada do § 1º.

Nessa mesma linha argumentativa, as inovações dos arts. 231 e 231-A só incidirão sobre fatos praticados sob a égide da nova ordem penal. Observe-se, contudo, que em relação à prática do verbo "transporte", previsto no art. 231-A, onde a conduta é de natureza permanente, poderá ocorrer hipótese em que ele venha a perdurar vários dias. Sendo assim, se iniciado antes da vigência da lei nova, o transporte se estender para

além do início da exigência do texto novo, poderá ocorrer prisão em flagrante, por exemplo, e regular processo com a nova definição típica.

2.10.2 – Reflexo sobre a pena de multa cumulada

A experiência da vida contemporânea, pautada pela febre do enriquecimento, indica que muitas vezes a pena de multa poderá surtir efeitos econômicos e psicológicos no réu, bem mais severos que a ameaça ou imposição de pena privativa de liberdade.

É forçoso reconhecer, entretanto, que para tal realidade seria necessário um sistema de execução mais eficaz do que o determinado com a redefinição da pena de multa como dívida de valor, nos termos da Lei 9.268/96.

Pelas mesmas razões expostas no item anterior, a pena de multa agora *cumulativamente imposta* não obriga o aplicador da lei em relação aos fatos passados, consumados antes da vigência do texto novo.

Para os casos consumados antes da Lei 11.106/2005, com ou sem investigação ou processo de conhecimento iniciado antes de 29 de março de 2005 (data em que a lei entrou em vigor), já não subsiste qualquer possibilidade de aplicação de pena de multa, ainda que o crime tenha sido cometido com o fim de lucro, e isso em razão da *revogação expressa* do §3º do art. 231 (cf. art. 5º da nova lei).

Aqui é forçoso reconhecer que a pena de multa deixou de existir para os casos passados. Não há como se restabelecer a vigência do § 3º. A revogação expressa é causa intransponível e obstativa de tal possibilidade.

3 – Dispositivos revogados

Além das modificações anteriormente apontadas e analisadas, e em razão do disposto em seu art. 5º, a Lei 11.106/

2005 revogou os incisos VII e VIII do art. 107, os arts. 217, 219, 220, 221, 222, o inciso III do *caput* do art. 226, o § 3º do art. 231 e o art. 240, todos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.

Passaremos, a seguir, à análise dos dispositivos revogados, seguindo a mesma ordem de disposição acima indicada.

3.1 – Sobre os incisos VII e VIII do art. 107

O art. 107 do Código Penal estabelece de forma exemplificativa algumas causas de extinção da punibilidade, não sendo demais lembrar que *punibilidade* “é a possibilidade jurídica de o Estado impor a sanção”, conforme a objetiva lição de Damásio de Jesus.¹¹

Os incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal estabeleciam como causas de extinção da punibilidade o casamento da vítima com o agente e o casamento da vítima com terceiro, respectivamente.

Conforme o texto revogado do inc. VII do art. 107 do Código Penal, a punibilidade seria extinta: “pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II, e III do Título VI da Parte Especial deste Código”.

Nos termos do revogado inc. VIII do art. 107 do Código Penal, também seria extinta a punibilidade: “pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração”.

As disposições acima transcritas abrangiam os crimes de estupro, atentado violento ao pudor; posse sexual mediante

¹¹ Código Penal anotado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, s. d. p. 280.

fraude, atentado ao pudor mediante fraude, sedução, corrupção de menores e rapto (arts. 213 a 221 do CP), sendo imprescindível observar as ressalvas legais que determinavam limitações ao alcance das regras.

Impunha-se a extinção da punibilidade em razão da *reparação pelo casamento*. Entendia-se que o matrimônio *limpava* a honra da vítima *manchada* pelo crime, constituindo, em tese, razão suficiente para a terminação dos questionamentos judiciais acerca dos fatos.

Segundo parece ser o entendimento do legislador, o novo tratamento penal apresentado com a Lei 11.106/2005 não permitia a continuidade dos dispositivos antigos.

Agora, o casamento não mais constitui causa de extinção da punibilidade, e bem por isso algumas vezes a vítima poderá unir-se em matrimônio com o réu, livre e espontaneamente; formar família, e depois ver o cônjuge condenado pela prática da conduta precedente, ensejadora de procedimento na esfera criminal.

Haverá discrepância de conseqüências, pois em se tratando de crimes de ação penal privada a vítima poderá optar pelo não ajuizamento da ação; pela renúncia ao direito de queixa; pelo perdão; e ainda, após o ajuizamento da queixa-crime, provocar a extinção da punibilidade pela perempção (art. 60 do CPP), caso seja seu desejo, por exemplo, após casar-se com o réu.

De outro vértice, em se tratando de crime de ação penal pública, tais institutos são inaplicáveis, e sem a possibilidade de extinção da punibilidade em razão do casamento, poderá ocorrer a situação acima aventada, danosa à estabilidade da união familiar.

O tempo dirá se a mudança foi acertada, entretanto, desde já é possível antever situações onde haverá sério problema sociofamiliar que poderia ser evitado com a permanência das regras extirpadas do art. 107 do Código Penal.

3.2 – Sobre o art. 217

O polêmico crime de sedução estava previsto no art. 217 do Código Penal e, segundo a redação típica, assim se aperfeiçoava o ilícito: “seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de catorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança”.

Nos dias atuais o crime em questão era de difícil configuração em razão da necessária conjugação das elementares que o integravam. Era preciso que a vítima fosse virgem; menor de dezoito e maior de catorze (se for menor de catorze o crime cogitável será o de estupro); inexperiente e ingênua, ou que depositasse justificável confiança em seu sedutor.

De longa data a melhor doutrina reclamava a revogação do tipo penal em comento. A jurisprudência também demonstrava a mesma tendência.

Não era difícil perceber que a previsão legal não estava ajustada aos dias atuais.

A perda da virgindade pela mulher, nas condições do art. 217, já não precisava da proteção penal.

Há mais. Qualquer proteção que se pretendesse estabelecer sobre o objeto jurídico da tutela penal em questão (a integridade ou virgindade da menor) prescindia de tipificação conforme o art. 217, haja vista o teor das disposições contidas nos arts. 213 e 214, protetoras da *liberdade sexual* contra violência ou grave ameaça, e as regras dos arts. 215 e 216 que cuidam das hipóteses em que são empregados meios fraudulentos. Acrescente-se, por derradeiro, que o art. 218 se presta à proteção da moral sexual dos adolescentes de ambos os sexos, já que o tipo penal se refere a “... pessoa maior de catorze e menor de dezoito anos...”.

Como se vê, não havia justificativa lógica ou jurídica para a permanência do crime de sedução no ordenamento

jurídico, e bem por isso a revogação do tipo penal é bem vinda.

Em relação ao antigo crime de sedução ocorreu *abolitio criminis*, sendo aplicável a regra do art. 2º do Código Penal.

3.3 – Sobre o art. 219

O art. 219 do Código Penal cuidava do crime de “raptio violento ou mediante fraude”.

Conforme a narração típica, configurava referido crime: “Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso”. A pena era de reclusão, de dois a quatro anos.

A nova lei aboliu a expressão “mulher *honest*a” do Código Penal e também cuidou de acrescentar, entre outras regras já analisadas, o inciso V ao §1º do art. 148, com a seguinte redação: “Se o crime é praticado com fins libidinosos”.

O art. 148 tipifica o crime de seqüestro ou cárcere privado, contendo formas qualificadas no § 1º, sendo estas punidas com reclusão, de dois a cinco anos.

Em razão do disposto no inc. V, acrescentado ao § 1º do art. 148, deixou de ser necessária a previsão contida no art. 219 do Código Penal, visto que a conduta deste último artigo passou a ser tratada naqueles dispositivos (art. 148, § 1º, inc. V).

A partir da Lei 11.106/2005, privar alguém (homem ou mulher) de sua liberdade, para fins libidinosos, constitui crime de seqüestro ou cárcere privado qualificado, e não raptio.

3.4 – Sobre o art. 220

Com o nome de “raptio consensual”, o art. 220 do Código Penal estabelecia pena de detenção, de um a três anos, se a raptada fosse maior de catorze e menor de vinte e um anos, e o raptio fosse praticado *com seu consentimento*” (coloquei o itálico).

Em relação a tal ilícito ocorreu *abolitio criminis* (art. 2º do CP).

Muito embora alguns possam sustentar que referida tipificação agora se encontra no inc. IV do §1º do art. 148, acrescido com a Lei 11.106/2005, tal conclusão não é acertada, pois nas hipóteses de seqüestro ou cárcere privado o *consentimento válido da vítima impede a tipificação*.

3.5 – Sobre os arts. 221 e 222

O art. 221 do Código Penal trazia “causas de diminuição de pena” aplicáveis aos crimes dos arts. 219 e 220.

O art. 222, também se referindo aos arts. 219 e 220, tratava do concurso de crimes envolvendo raptio.

Em razão da revogação dos arts. 219 e 220, não havia qualquer razão justificadora para a permanência dos dois artigos subsequentes no ordenamento jurídico.

Todo o conteúdo do Capítulo III (Do raptio) do Título VI (Dos crimes contra os costumes), arts. 219, 220, 221 e 222; foi revogado expressamente.

3.6 – Sobre o inciso III do caput do art. 226

Em sua antiga redação o artigo 226, III, do Código Penal, determinava o aumento de *quarta parte* da pena, em relação aos delitos a que está vinculado, se o agente era casado ao tempo do ilícito.

A nova redação do art. 226 está nos seguintes termos: “A pena é aumentada: I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas; II – de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela”.

Foi revogado o inciso III, conforme está expresso no art. 5º da “nova lei”.

A regra mais benéfica alcança não só os fatos praticados após a vigência da nova lei, mas também aqueles consumados antes, e isso por força do disposto no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, *verbis*: “A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

3.7 – Sobre o § 3º do art. 231

Referindo-se ao que antes era denominado crime de “tráfico de mulheres”, e que agora passou a ser “tráfico internacional de pessoas”, o § 3º do art. 231 do Código Penal tinha a seguinte redação: “Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa”.

A revogação do § 3º do art. 231 do Código Penal, expressamente anotada no art. 5º da Lei 11.106/2005, deve-se à seguinte mudança: a pena de multa que *antes era condicionada* ao “fim de lucro” *agora é obrigatoriamente cumulativa* e está expressa nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

Haveria, pois, flagrante impertinência e descompasso em imaginar possível a permanência do § 3º no ordenamento.

É revogação era mesmo de rigor, diante da modificação imposta.

3.8 – Sobre o art. 240

O crime de adultério estava previsto no art. 240 do Código Penal e tinha por objeto jurídico da tutela penal “a organização jurídica da família e do casamento”.¹²

¹² DELMANTO, Celso, e outros. Código Penal comentado, 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 505.

Mesmo reconhecendo a importância da proteção jurídica da família e do casamento, é de se concluir que hoje não mais se justifica a *proteção penal* outorgada pelo legislador de 1940.

Não se trata de render homenagens ao adultério. O que é forçoso reconhecer é que o casamento e a família encontram outras formas de proteção no ordenamento jurídico, a exemplo do que ocorre no art. 1.566, inc. I, do Código Civil, que determina o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges.

Conforme assevera Claus Roxin¹³, o direito penal é de natureza subsidiária. “Ou seja: somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se”.

O direito penal deve ser considerado a *ultima ratio* da política social, o que demonstra a natureza fragmentária ou subsidiária da tutela penal. Só deve interessar ao direito penal e, portanto, ingressar no âmbito de sua regulamentação, aquilo que não for pertinente a outros ramos do direito.

As regras previstas na legislação civil são apropriadas e suficientes, e sendo assim, a revogação do tipo penal em que se encontra o crime de adultério é medida juridicamente saudável e condizente com a realidade jurídico-social em que vivemos.

4 – Considerações finais

Conforme visto, as modificações introduzidas no Código Penal foram significativas e tendentes à atualização do sistema penal repressivo no que pertine aos delitos alcançados.

¹³ Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1986. p. 28.

Embora sujeita a críticas pontuais, é força convir que, em sentido amplo, a nova lei contém mais acertos do que erros, contrariando a sofrível realidade da produção legislativa no campo penal nos últimos tempos, o que se espera seja o primeiro passo na escolha de um novo caminho.

TIPO PENAL ABERTO: INTEGRAÇÃO DA NORMA PENAL COM AUXÍLIO DA SOCIOLOGIA LUHMANNIANA

Roberta Virgínia de Souza e Silva

Advogada, professora de Direito Processual Penal da Faculdade Pernambucana – FAPE, mestranda em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – A FUNÇÃO DO DIREITO COMO GENERALIZAÇÃO DE ESTRUTURAS DE EXPECTATIVAS. 2 – PROCESSAMENTO DE DESAPONTAMENTOS. 3 – INSTITUCIONALIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS COMPORTAMENTAIS. 4 – CONCLUSÕES. 5 – REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Existem determinados tipos penais, denominados abertos, cuja aplicação ao caso concreto leva o aplicador do direito a recorrer à própria sociedade para determinar o sentido e o alcance desta norma. Exemplo de tipo penal aberto, sobre o qual iremos nos reportar, consiste no estabelecido no art. 13, § 2º do Código Penal, *in verbis*:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (grifamos)

O pré-falado artigo trata do dever objetivo de cuidado ou risco permitido, ou seja, modos de informar o comportamento devido e esperado pelo ordenamento jurídico, o que consiste em uma *expectativa normativa*, utilizando a expressão de Luhmann¹. A determinação do dever de cuidado mostra-se mais vaga na alínea *b*, a qual trata da assunção da responsabilidade de impedir o resultado por outra forma que não a derivada da lei. Logo, é necessariamente na sociedade que o aplicador irá buscar se efetivamente houve a assunção da posição de garante da não ocorrência de um resultado lesivo. Surge, então, a necessidade de determinar de um modo objetivo este dever, dito dever **objetivo** de cuidado.

Buscaremos analisar um critério para determinação da posição de garante prevista no CP, procurando integrar a norma penal aberta com auxílio da sociologia luhmanniana. Indaga-se no presente trabalho como determinar se um indivíduo agiu com culpa ou quando responsabilizá-lo por ter se omitido quando podia e tinha o dever de agir para evitar o evento lesivo.

1 – A FUNÇÃO DO DIREITO COMO GENERALIZAÇÃO DE ESTRUTURAS DE EXPECTATIVAS

Numa sociedade moderna duas características estão presentes: a complexidade e a contingência. A primeira ocorre em razão da existência de diversas possibilidades de realização,

¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57.

implicando uma seleção forçada entre essas diversas opções; a segunda, contingência, é a ocorrência de uma possibilidade diferente da esperada, o que gera um perigo de desapontamentos e necessidade de assumir riscos. Daí se afirmar que quanto maior a liberdade de comportamento maior a complexidade das expectativas que os indivíduos mantêm uns em relação aos outros².

O trato social somente se mostra possível através de expectativas de expectativas ou *reciprocidade das expectativas*, ou seja, um comportamento através do qual um indivíduo representa sobre a expectativa que o outro tem dele. Com a complexidade e a reciprocidade de expectativas aumenta o risco de erros³. Para que isto não ocorra, as simplificações precisam preencher sua função estruturalizante, ainda quando ocorra o erro.

Os sistemas sociais se utilizam de um estilo de redução, através de uma redução generalizante, ou indução, estabilizando expectativas objetivas, observando-se que as expectativas podem ser verbalizadas na forma de dever ser, mas também podem estar acopladas a determinações qualitativas, delimitações da ação, regras de cuidado etc. Assim, as regras de cuidado podem ser obtidas pelas normas jurídicas e consiste numa redução generalizante de expectativa, como a expectativa dos pais em relação aos cuidados que a babá deve ter em relação a seus filhos, o turista em relação ao guia turístico. Sem essa expectativa não é possível falar em responsabilidade no caso de negligência ou omissão.

Existe, portanto, uma complexidade sustentável frente a desapontamento sustentável que implica a aceitação de riscos. Esses riscos permitidos são aceitos na medida em que observadas determinadas regras os danos efetivos dificilmente ocorram, permitindo o desenvolvimento da sociedade. A título

² Idem. *Ibidem*, p. 47.

³ Idem. *Ibidem*, p. 50.

de exemplo, o tráfego automobilístico implica desenvolver uma atividade arriscada, mas observadas as normas técnicas e jurídicas de velocidade máxima permitida, obediência ao semáforo etc, o risco efetivo de acidente por imprudência não irá se verificar e algum dano porventura advindo será atribuído ao acaso, posto que não fora frustrada uma expectativa.

A regra diminui a sobrecarga da consciência que o indivíduo deve ter acerca das expectativas de terceiros, principalmente no contexto da complexidade e da contingência. A vigência das normas se fundamenta na impossibilidade de flexibilidade da estrutura normativa, de não assimilação das regras ao comportamento divergente⁴.

Podemos divisar dois tipos de expectativas: as *cognitivas* e as *normativas*. As primeiras são também denominadas pré-normativas, se forem desapontadas serão adaptadas à realidade, havendo uma assimilação no campo fático. Enquanto que as *expectativas normativas*, se forem desapontadas, as expectativas serão mantidas e a discrepância será atribuída ao ator, de modo que não há uma assimilação, embora também se verifique no campo fático.

A estabilização de estruturas que preestabelecem um padrão de comportamento como resposta ao comportamento anterior permite o conhecimento de leis naturais ou o estabelecimento de normas e, ainda, a disponibilidade de mecanismos que processem os desapontamentos, como a imposição de penas, mantendo a estrutura. Isso implica a aceitação de riscos podendo-se optar por modificar a expectativa desapontada, adaptando-a à realidade (expectativa cognitiva) ou manter a expectativa e protestar contra o comportamento divergente (expectativa normativa). Essa diferenciação é, portanto, definida em termos funcionais, buscando a solução de determinado problema (*problemática*).

⁴ Idem. *Ibidem*. p. 53.

Ainda que transgredida, a expectativa normativa permanece, sendo a discrepância atribuída ao ator; a expectativa continua vigente, mesmo havendo desapontamento porque a vigência é institucionalizada, independente da satisfação fática da norma.

Pode-se assimilar (expectativa cognitiva) ou não (expectativa normativa), mas ambas preenchem a mesma função: reduzir o risco de desapontamentos. Esses desapontamentos podem conduzir a formação de normas, pela normatização *a posteriori*, uma vez que se tem a consciência de não ser possível renunciar a essa expectativa⁵. Nem todos os desapontamentos conduzem a normatização: as expectativas cognitivas deverão ser normatizadas quando vitais à segurança e à integração social das expectativas.

O art. 13, § 2º, *b* permite normatização de expectativas frustradas, de desapontamentos, na medida em que determinados comportamentos podem ser enquadrados como omissivos ou culposos. A expectativa de um determinado padrão de comportamento, que se traduz no papel, será determinada por um terceiro, que exerce um papel determinado, o de juiz, conforme veremos no item que trata da institucionalização.

Podemos apontar outras características que diferenciam a norma do nível pré-normativo de expectativas: a satisfação da expectativa é óbvia de modo que a transgressão se torna irrelevante ou é tida como involuntária; inexistente um empenho para conduzir o divergente ao comportamento esperado, sendo-lhe atribuído um papel divergente, como um anormal e, sendo exceção, não atinge a regra e se cria uma nova expectativa sobre esse indivíduo; ocorre uma *individualização da implementação de normas*, a qual não está vinculada a padrões universais; essa implementação ocorre sem uma delimitação temporal de suas

⁵ Idem. *Ibidem*. p. 59.

conseqüências; não se exige a articulação de expectativas constantes⁶.

A separação entre expectativas cognitivas e normativas exige que o risco de desapontamentos seja transportado para o interior das expectativas. Numa perspectiva cognitiva, isso implica um recuo a situações hipotéticas sobre a realidade, o que exige instrumentos que permitam a assimilação de desapontamentos, como a normalização em decorrência da constante repetição ou inevitabilidade de tais desapontamentos. Na perspectiva normativa, implica uma projeção contrafática, como a realizada pelo direito estatal, demonstrando a sustentação da expectativa e, especificamente, a vigência da norma.

Existe a possibilidade de assimilação de desapontamentos na expectativa normativa, bem como a possibilidade de o desapontamento na expectativa cognitiva não conduzir à adaptação. Na primeira hipótese, existe limite para a credibilidade interna em expectativas normativas constantemente desapontadas: as placas de estacionamento proibido, cercadas de carros estacionados, podem deixar de provocar expectativas normativas, gerando apenas expectativas cognitivas, como observar se há fiscalização de trânsito no local. Ademais, existe uma elasticidade na formulação de algumas normas que permite procedimentos de adaptação, como o aperfeiçoamento da legislação pela jurisprudência (*assimilação apócrifa*) ou alterações legais do direito (*assimilação legitimada*)⁷.

As contradições acima referidas favorecem o equilíbrio institucional porque a expectativa original persiste, apenas pode assimilar ou não, dependendo das circunstâncias:

a própria opção pelo estilo normativo ou cognitivo das expectativas é mutável, e que, no correr do tempo,

⁶ Idem. Ibdem. p. 61.

⁷ Idem. Ibdem. p. 63.

a norma pode deslocar-se do estilo normativo para a tolerância do cognitivo (ou vice-versa). Mesmo assim persiste a normatização da expectativa não mais normativa, que continua expectável⁸.

A expectabilidade das expectativas dos outros é uma conquista da sociedade, do convívio humano, e é a base para a formação e manutenção de expectativas normativas, ainda quando desapontadas.

Com base nessas diferenciações nos processos reflexivos de expectativa, Luhmann procura fundamentar o direito, não na hierarquia das fontes do direito⁹.

A diferenciação funcional da sociedade moderna, por sua vez, tornou evidente o fato de que só o direito produz direito, sendo que a obediência às normas jurídicas advém do próprio processo de formação dessa normatividade, do fato de esta se caracterizar como uma comunicação social. Assim, se uma expectativa normativa não se mantém generalizada, não há que se falar em norma jurídica. É óbvio que uma certa frustração sempre haverá, senão nem seria possível distinguir o *dever-ser* das normas jurídicas do *ser*¹⁰.

Naturalmente que existe a possibilidade de haver frustrações da expectativa normativa, do contrário *dever ser* seria igual ao *ser*. Mas existem mecanismos que buscam estabilizar as expectativas, conforme veremos no tópico seguinte.

⁸ Idem. Ibdem. p. 65.

⁹ Idem. Ibdem. p. 66.

¹⁰ TORRES, Ana Paula Repolês. A questão da obediência às normas na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 07 abr. 2005 às 11:00 horas.

2 – PROCESSAMENTO DE DESAPONTAMENTOS

Em face do desapontamento são necessárias estruturas seletivas de expectativas que reduzam a contingência e complexidade das sociedades modernas, uma vez que aquele pode anular o efeito redutor da expectativa estabilizada, conduzindo ao imprevisível.

Isso devido à necessidade de expectativas contrafáticas, que se antecipam ao desapontamento (normativas), para canalizar o processamento de desapontamentos, estabilizando as estruturas da sociedade.

Não basta definir determinadas normas, p. ex. jurídicas, por meio da ameaça de sanções, mas é necessário considerar que a experimentação normativa só se constitui a partir da precisão de possíveis comportamentos no caso de desapontamentos. É preciso que seja determinável se, e quando, será possível manter as expectativas frente a desapontamentos. Mesmo em caso de desapontamentos a expectativa ainda deve poder ser manifestada. Ela deve permanecer intacta enquanto elemento da auto-imagem do desapontado e enquanto base de seu comportamento subsequente (...). Ela tem que encontrar, apesar de tudo, um lugar e um sentido no mundo¹¹.

O desconhecimento da norma gera uma proteção contra questionamentos e ainda protege o desapontado da obrigação de reagir. Ao contrário, quando o comportamento desviado se mostra de tal modo evidente, sendo impossível ignorá-lo, o

¹¹ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 68.

desapontado precisa ter comportamentos alternativos que expressem a continuidade da vigência da expectativa desapontada. Neste sentido, diante de um desapontamento de uma expectativa normativa, como a que prevê o dever de cuidado, o direito possibilita ao desapontado recorrer à ação penal, imputando o fato a título de culpa ou de omissão, sendo imposta uma sanção, a qual irá confirmar a norma e a expectativa. Assim, questiona-se o comportamento divergente, não a vigência da norma.

O desapontamento, contudo, deve ser exceção, pois a vigência da norma está relacionada ao caráter excepcional do desapontamento. A fim de superar o distanciamento entre a expectativa normativa e o comportamento (o que diferencia *dever ser* e *ser*) se utiliza a sanção, comunicando que a expectativa frustrada permanece sendo expectável, possibilitando a estabilização contrafática.

Nos ordenamentos jurídicos modernos, a explicação do comportamento divergente tem seus limites na ciência, e não na magia ou na religião.

A institucionalização irá selecionar as expectativas úteis em uma sociedade, elevando as expectativas cognitivas em normativas. E esse processo de institucionalização será estudado a seguir.

3 – INSTITUCIONALIZAÇÃO DE EXPECTATIVAS COMPORTAMENTAIS

“Toda sociedade, conforme sua própria complexidade, precisa prever um volume suficiente de diversidade de expectativas normativas, e possibilitá-la estruturalmente, por exemplo por meio da diferenciação de papéis”¹².

Neste ponto, necessário definirmos papel social, uma vez que esse conceito pode conduzir a determinação do papel

¹² Idem. Ibidem. p. 77.

de garante da não ocorrência de um resultado, especialmente para efeitos do art. 13, § 2º, b, CP. As expectativas comportamentais podem se referir a determinados papéis. Papéis são *feixes de expectativas*, no dizer de Luhmann¹³, o padrão de comportamento esperado (exigido, permitido ou proibido) de pessoas que ocupam determinada posição social ou o “conjunto de maneiras de agir que caracteriza o comportamento dos indivíduos no exercício de determinada função em determinada coletividade”¹⁴, independente do conhecimento pessoal sobre o indivíduo. Assim, o papel de guia gera a expectativa de que este atue de modo a zelar pela segurança do grupo de turistas; caso ocorra um acidente, o guia poderá ser responsabilizado criminalmente por omissão, uma vez que assumiu a posição de garante, prevista no art. 13, § 2º, CP. No caso do guia, a expectativa se baseia na institucionalização do papel, pois a expectativa é compartilhada por terceiros, os quais se orientam também pelo papel e não pelo indivíduo enquanto pessoa¹⁵.

As expectativas garantidas juridicamente só se vêem frustradas por uma conduta objetivamente imperfeita, sem ter em conta aspectos individuais. Pois como essas expectativas (como todas) se dirigem a pessoas, vale dizer, a portadores de um papel, o requisito mínimo de uma frustração é a violação de um papel¹⁶.

De acordo com o grau de complexidade de cada cultura, o papel pode estar mais ou menos generalizado, havendo sempre,

¹³ *Idem. Ibidem*, p. 101.

¹⁴ LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia Geral*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 102.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 101.

¹⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedade, Norma e Pessoa*. Teoria de um Direito Penal Funcional. São Paulo: Manole, 2003.

entretanto, uma possibilidade de variação. Quanto mais complexa e variável uma cultura, maiores as variações dos papéis¹⁷.

Podemos divisar três níveis de comportamento para cada papel social: (1) comportamento exigido, essencial para o desempenho do papel; (2) comportamento permitido, para o qual não foram estabelecidas normas fixas e rígidas pelo grupo ou sociedade; e (3) comportamento proibido, contra o qual o grupo ou a sociedade reage através de sanções negativas, como o fato de ser proibido depredar as instalações, incentivar a desordem ou se vestir inadequadamente¹⁸. O desempenho adequado do papel ocorre quando o indivíduo se amolda ao comportamento exigido e procura se abster do proibido¹⁹ (já que não se pode falar em total abstenção do comportamento proibido porque as expectativas podem ser frustradas).

Como garantes destacam-se os indivíduos participantes das organizações constitutivas da sociedade e cujos deveres são predeterminados através do papel que administram num determinado segmento do fato social, de acordo com um padrão²⁰. Assim, para se determinar a causalidade prevista no

¹⁷ LAKATOS, Eva Maria. *Sociologia Geral*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 100.

¹⁸ Aqui cumpro assinalar a importância atribuída ao grupo para determinação do comportamento adequado, a exemplo do que as teorias (criminológicas) da subcultura delinquente afirmam: “o crime resulta da interiorização e da obediência a um código moral ou cultural que torna a delinquência imperativa. (...) Ao obedecer às normas subculturais, o delinquente mais não pretende do que corresponder à expectativa dos outros significantes que definem o seu meio cultural e funcionam como grupo de referência para efeito de status e de sucesso” (DIAS, Jorge de Figueiredo e Andrade, COSTA, MANUEL DA. *Criminologia. O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 291) (grifamos). Nestas teorias, parte-se do princípio de que as culturas são delinquentes e não as pessoas porque as subculturas compartilham valores que para a cultura dominante é um desvalor, como a *pixação* e a formação de *galeras*.

¹⁹ *Idem. Ibidem*, p. 101.

²⁰ JAKOBS, Günther. *La Imputación Objetiva em Derecho Penal*. Colômbia: Universidad Externado da Colômbia, 1996. p. 25.

art. 13, §2º, CP (relação entre a omissão e o resultado lesivo), necessário recorrer à sociedade:²¹ socialmente adequado antecede ao próprio direito; segundo o penalista Jakobs, com nítida influência de Luhmann, “sua legitimação se obtém do fato de que constitui uma parte da configuração social que deve ser preservada.

Existe uma relação social que envolve aqueles que esperam e aqueles que atuam conforme ou contrário à norma. Mas, como as relações são complexas, surge a necessidade da participação de terceiros que desenvolvem um papel social específico. Devemos observar que nem sempre todos podem esperar tudo concretamente e nem todos podem satisfazer todas as expectativas. Surge, portanto, a necessidade de um terceiro, o qual se destaca dos demais, tematizando um determinado fato. Todas essas funções (ator, aquele que espera e terceiro) são exercidas praticamente de modo simultâneo.

O terceiro atua como o norte das expectativas e comportamentos, como neutralizador de conflitos, a quem é confiada a instituição. Eles são invocados para exercer o papel de espectador, são, portanto, provocados.

O mecanismo de institucionalização surge na escolha de sentidos, tema da atenção comum. Para atuar no sentido proposto é preciso supor uma definição aceita do fato, dirigida a uma determinada direção (finalidade) e conduzir os participantes aos seus respectivos papéis. A continuidade dessa participação depende do consenso genérico. Nisso consiste a *redução institucional* a qual, embora reduza, não retira toda a complexidade porque continua a existir outra possibilidade de comportamento. Conforme Luhmann, “sua função reside em uma distribuição tangível de encargos e riscos comportamentais, que tornam provável a manutenção de uma redução social

²¹ JAKOBS, Günther. A Imputação objetiva no Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 20.

vivenciada e que dão chances previsivelmente melhores a certas projeções normativas”²².

Esclarecedora a lição de Berthier, acerca do sentido:

La comunicación es un sistema constitutivo de sentido pues toda comunicación conlleva la posibilidad de enlazarse de manera selectiva con otra comunicación que le es congruente dentro de un horizonte finito de probabilidades de enlazamiento. Dicho de otra manera, toda comunicación producida por el sistema es actual pero al mismo tiempo supone potencialidad pues es capaz de desencadenar una segunda comunicación que no podrá evadir la comunicación anterior. El sentido delimita las relaciones que son permitidas dentro de la comunicación, es un vehículo implicado en la comunicación para poder orientarse. Como tal, no está referido a ningún tipo de elemento externo como pudiera ser la conciencia aunque la conciencia enlaza sus operaciones también de acuerdo a sentido. El sentido sólo es sentido para la comunicación y es lo que le permite realizar su autopoiesis. Es por ello que siguiendo a Fritz Heider, Luhmann define al sentido como un medio para el enlazamiento de la comunicación, esto es, a través del sentido una serie de elementos acoplados de manera amplia (expectativas de comunicación) logran condensarse en formas, esto es, en comunicaciones²³.

²² LUHMANN, Niklas. Sociologia do Direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 81.

²³ BERTHIER, Antonio. La Sociologia de la Complejidad de Niklas Luhmann. Disponível em: <<http://www.conocimientosysociedad.com>>.

Através do reconhecimento de sentidos, as expectativas comportamentais se tornam autônomas, tornando-se referência. Assim, um comportamento divergente não justifica o abandono da expectativa; essa solidificação se fundamenta na abstração (como síntese de diversas expectativas), com expressões contrafáticas (normas) normalmente expectáveis.

Uma expectativa é correspondida quando o ator possui consciência de sua necessidade e espera que suas expectativas não sejam frustradas. Exemplos disso é a formação de filas por ordem de chegada (expectativa cognitiva) e a observância do semáforo (expectativa normativa).

Aquele que possui expectativas contrárias à instituição tem que contraditar as bases comportamentais já aceitas pelos demais; precisa assumir uma liderança arriscada, no sentido de não estar protegido por expectativas pré-estabilizadas, gerando resistências. São necessários argumentos que desestabilizem a instituição vigente, além de, geralmente, terem que fornecer uma proposta alternativa, capaz de manter em harmonia o convívio social. Quando se generaliza esse mecanismo seletivo, surgem os terceiros.

A estabilização social de expectativas sobre expectativas deve estar dirigida ao consenso de todos, do contrário o consenso seria facilmente revogável, não podendo ser estabilizado no tempo²⁴.

Pergunta-se: o que será esperado normativamente do garante previsto no art. 13, §2º, CP. A resposta: o juiz, enquanto terceiro, irá institucionalizar expectativas comportamentais, estabelecendo os papéis dos atores. Isto porque as partes envolvidas desenvolvem suas expectativas e ações tendo por base a expectativa do terceiro que desenvolve uma função institucionalizante reflexiva, que se refere ao próprio processo de institucionalização.

²⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 84.

A reflexividade do processo de institucionalização possibilita que esse processo seja em si mesmo diferenciado funcionalmente, acrescentando-lhe assim capacidades em si incompatíveis, ou seja, realizando uma maior abstração, uma maior precisão, uma maior segurança motivacional em um único ponto – o papel do juiz – e a partir daí transferindo-as a toda a estrutura de expectativas²⁵.

Deste modo, vê-se que a determinação dos papéis são essenciais para a estabilização das estruturas sociais. Contudo, isto não implica que eles sejam invariáveis, uma vez que a complexidade gera a necessidade de suas modificações.

4 – CONCLUSÕES

O direito fundamenta sua imposição através de expectativas que as pessoas atribuem umas às outras. Essas expectativas de expectativas utilizam como fonte de estabilização da sociedade um determinado padrão. E esse padrão pode ser obtido através da determinação de papéis sociais, ou seja, da institucionalização (ou normatização) de expectativas cognitivas essenciais ao convívio social ou da sanção.

Nas subculturas delinqüentes, os indivíduos obedecem às normas subculturais tendo por base a expectativa do grupo de referência para obter prestígio social. Na cultura dominante a referência deve ser o papel do terceiro, ou melhor, a expectativa do juiz e não a subcultura delinqüente.

O art. 13, § 2º, CP deixa clara a necessidade de se recorrer à função institucionalizante exercida pelo papel do juiz, o qual funciona como neutralizador de conflitos, buscando comunicar que, mesmo com eventuais frustrações, a expectativa

²⁵ *Idem*. *Ibidem*, p. 93.

normativa permanece plausível. Outro mecanismo para comunicar a vigência da norma é a imposição de sanção. Contudo, não é a imposição de sanção por si só que minimiza as frustrações, mas a consciência de que o comportamento do ator, de quem espera e do terceiro é necessário para a manutenção do próprio instituto que antecede ao direito estatal.

A contrafactualidade das normas significa a permanência das expectativas generalizadas em face de expectativas isoladas contrárias às mesmas (e aí observar o caráter da excepcionalidade do desapontamento), sendo que essas normas somente serão modificadas se novas expectativas normativas se generalizarem na comunicação social, seja através de uma assimilação apócrifa ou de alterações legais do direito.

As expectativas normativas contribuem com o aumento das possibilidades de expectativas, essencial numa sociedade moderna, marcada pela contingência e complexidade, possibilitando a formação do direito estatal. Assim, a função do direito é exercer sua eficiência seletiva, baseada na generalização de expectativas comportamentais normativas.

5 – REFERÊNCIAS

BERTHIER, Antonio. **La Sociologia de la Complejidad de Niklas Luhmann**. Disponível em: <<http://www.conocimientoy sociedad.com>>. Acesso em: 7 de abril de 2005 às 11:30 horas.

DIAS, Jorge de Figueiredo e Andrade, Manuel da Costa. **Criminologia**. O Homem delinquente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra, 1997.

JAKOBS, Günther. **A Imputação Objetiva no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Teoria de um Direito Penal Funcional. São Paulo: Manole, 2003.

LAKATOS, Eva Maria. **Sociologia Geral**. São Paulo: Atlas, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

TORRES, Ana Paula Repolês. **A questão da obediência às normas na perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 07 abr. 2005 às 11:00 horas.

A ARGUMENTAÇÃO NO SISTEMA DO "COMMON LAW"

Um Estudo Comparado em Face do "Civil Law"

Rosângela Araújo Viana de Lira

Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife e exerce o cargo de Professora Adjunta I na Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, onde ministra as disciplinas: Hermenêutica Jurídica e Teoria Geral do Direito Civil. No ano de 1997/1998 foi agraciada com Bolsa de Estudos concedida pelo Governo Americano através da Comissão Fullbright junto à George Washington University (Universidade George Washington) em Washington, DC, Estados Unidos da América. No mesmo período, realizou estágio junto ao Federal Judicial Center (Centro Judiciário Federal), também em Washington, DC, USA. Nas duas instituições realizou pesquisas sobre o Sistema Jurídico Norte-Americano.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO; 2 - HISTÓRIA DO INSTITUTO; 3 - INEXATIDÃO DOS CONCEITOS; 4 - DIFERENÇA ENTRE OS DOIS SISTEMAS; 5 - APLICAÇÃO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO; 6 - O RACIOCÍNIO PELOS PRECEDENTES; 7 - O COMMON LAW EM FACE DA LEI - UM CASO AMERICANO; 8 - CONCLUSÃO; 9 - REFERÊNCIAS

1 - INTRODUÇÃO

O Direito Comparado é considerado um Direito novo, onde, no dizer de Caio Mário, o estudioso desse ramo é "contaminado pelo entusiasmo e pelo idealismo".¹

É que o Direito Comparado já se faz uma necessidade no sentido de habilitar aqueles que trabalham com o Direito, a exemplo de o advogado bem defender o seu cliente, o Juiz ao se deparar diante de determinados casos, entre outros. Desta forma, pode-se perceber a vital importância que o reconhecimento do aproveitamento da experiência alheia pode contribuir para o desenvolvimento do direito nacional.

Em face da necessidade ora apontada, este artigo tem por objetivo a abordagem do tema: *A Argumentação no Sistema do Common Law*, almejando a realização de um estudo comparado entre os dois sistemas: *Common Law* e *Civil Law*.

Ao *Common Law* pode-se atribuir diversos significados em dependência da variedade de expressão que a este termo se contrapõe.

No seu âmbito mais vasto, *Common Law*, em contraposição ao *Civil Law*, se refere ao inteiro corpo do sistema jurídico da Inglaterra e daquela parte do mundo a que o direito inglês alcança, a exemplo dos Estados Unidos, cujo sistema deriva do direito inglês.²

O termo de direito anglo-americano ou de *Common Law* anglo-americano são usados com significado equivalente daquele indicado.

Civil Law, ao invés, está a indicar o Direito Romano, seja no sentido do Direito Romano Clássico, ou seja, na forma

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Comparado, Ciência Autônoma*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, p.34.

² ZWARENSTEYEN, Hendrik. *O Processo do raciocínio Jurídico no Sistema do "Common Law"*. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, p.128.

de *Ius Commune* da Europa Continental do século XVII, XVIII e XIX, ou seja, aquele sistema jurídico em que na sua formação o Direito Romano há contribuído fundamentalmente, e em particular modo o direito italiano, francês, alemão e de outros países da Europa Continental e da América Latina.

Quando contraposta ao *Statute Law*, *Common Law* significa aquela parte do direito dos países de *Common Law*, que não é contida como o direito escrito o é, em um estatuto -emanação legislativa particular-, mas, aquele direito não escrito ou criado pelo juiz, e constituído do complexo dos precedentes jurisprudenciais das *Courts of Records*.

O *Civil Law* e o *Common Law* constituem os dois grandes ramos do direito desenvolvido na civilização ocidental. E, portanto, se os dois termos vêm em seus significados mais vastos é porque se encontram diante dos dois sistemas que hão dado vida ao direito que governa o mundo.

Trataremos primeiramente de oferecer uma síntese histórica sobre a origem e evolução deste sistema. Comentaremos a respeito do seu conceito e diferenças, não nos olvidando de esclarecer alguns aspectos sobre a aplicação do seu raciocínio jurídico, através do sistema dos precedentes³, enfocando alguns exemplos de casos ocorridos nos Estados Unidos.

Caio Mário já afirma que:

o aproveitamento da experiência alheia contribui para o desenvolvimento do Direito Nacional através de uma boa crítica, que saberá escoimar o produto importado daquilo que não é adaptável às condições estranhas ao meio próprio e originário.⁴

Por esta razão, o desejo de acrescentar uma pequena parcela para este aproveitamento se constitui no objetivo deste artigo.

³ Em inglês: "Case Law".

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.* p.39.

2 – HISTÓRIA DO INSTITUTO

O *Common Law* é, de uma maneira peculiar, o resultado da própria história. O seu desenvolvimento se manifesta ininterrupto desde a conquista da Inglaterra em 1606.

Sabe-se que, de fato, Guilherme, O Conquistador, decidiu aparecer como o rei legítimo do trono inglês e continuar a tradição do direito anglo-saxão. Somente o fato da conquista, unido ao gênio de Guilherme em organizar uma administração eficiente, foram decisivos para o inteiro curso da evolução jurídica na Inglaterra, o que levou a uma afirmação de um forte poder soberano no reino inteiro.

Através desta forte posição da coroa foi possível centralizar a administração da justiça, realizando assim a unificação do direito na Inglaterra muito antes que de um ambicioso e similar objetivo como este pudesse acontecer na França, Itália, Alemanha ou em outro país do continente europeu.

Em momento antigo, a *Curia Regis* emerge de um complexo como um corpo judiciário separado com competência dos negócios fiscais da coroa e da manutenção da paz do reino, ou seja, da paz do rei. Exercitou, então, ampla jurisdição no reino e assim desenvolveu uma corte central e a continuidade dela é conservada até os dias presentes. Os seus juízes foram os criadores do *Common Law* inglês.

Assim, o *Common Law* inglês se desenvolveu como uma lei única criada pelos juízes e com todas as peculiaridades características de um direito que não foi determinado por um príncipe, ou uma legislatura, ou um estudioso teórico ou prático, mas por um grupo restrito de juízes, imersos em uma longa e ininterrupta posição de grande importância, os quais eram possuidores de uma notável independência.

A rápida centralização da administração da justiça foi acompanhada da formação de uma classe forense igualmente centralizada e organizada.

Percebe-se que havia uma tendência dos príncipes da

Europa Continental se circundarem de conselheiros educados pelo Direito Romano. Os reis Tudor e Stuart favoreceram o ensinamento do Direito Romano e tentaram introduzir um novo método de administração governamental da justiça.

Em países a exemplo da Alemanha, em que a justiça era de tal forma fracionada entre as inumeráveis cortes locais, a tal ponto que em nenhum local se podia desenvolver uma profissão legal organizada, podia, desta forma, tal objetivo alcançar sucesso.

Na Inglaterra, porém, a agressão do Direito Romano resultou em uma resistência por parte das profissões legais fortemente organizadas que, através de sua aliança com o partido do Parlamento, contribuiu amplamente com a queda de Carlos I, com sua tendência absolutista e seu esforço de substituir a Corte do *Common Law* por uma nova corte de juristas educados no Direito Romano. Todavia, o desenvolvimento do *Common Law* inglês não se deu somente pela influência do Direito Romano.

Seja no tempo antigo ou nos tempos modernos, os juízes ingleses têm tido consciência do Direito Romano e têm dele feito amplo uso em suas atividades.

Os ensinamentos romanísticos foram particularmente relevantes entre aqueles membros da ordem judiciária que pareciam dotados de uma mentalidade científica tal a alargarem o seu conhecimento e a sistematizarem o direito em tratados teóricos.

O grande Bracton, a exemplo, conhecia a fundo o trabalho de Azzone e grande parte do seu trabalho: *De Landibus Angliae* manifesta um forte sabor romanístico. A influência dos ensinamentos romanísticos foi de novo forte no período do humanismo, no século XVIII, quando o Lorde Mansfield, escocês de nascimento, foi a figura dominante na corte inglesa, e novamente durante o século XIX, quando os pandectistas alemães influenciaram boa parte da magistratura e do foro inglês.

Nos dias atuais, o Direito Romano também ocupa o seu lugar no *curriculum* das universidades inglesas. Todavia, a sua influência sobre o direito inglês foi diferente quando se verifica as outras partes do continente europeu. Por outro lado, em alguns setores do Direito Privado, o conceito do Direito Romano foi reprimido, especialmente no Direito das Obrigações. O conceito de contrato, que é estranho ao *Common Law* clássico, é de origem romanística, de origem romanística é também o conceito de negligência, que foi introduzida pela *Law of Torts* inglesa da metade do século XIX.

A idéia de *Civil Law* influenciou também outra parte do Direito Privado, como o Direito de Servidão e o Direito de Sociedade.

De particular peso são aqueles campos que foram desenvolvidos fora da corte do *Common Law* e através de cortes especiais formadas de *civilians*, como a exemplo do Direito Matrimonial ou de sucessão *causa mortis* e testamentária. A romanização do direito no continente foi conseguida através da substituição da forma procedimental do Direito Romano ou Canônico, a forma procedimental do Direito Germânico Medieval.

A formalidade canônica de procedimento foi amplamente seguida naquela corte inglesa que desenvolveu o direito de equidade, mas não penetraram nunca naquela corte de *Common Law*. Estas, todavia, abandonaram o antigo procedimento que subordinava o êxito de uma ação legal ao critério irracional de juízo, como o juízo através do juízo de Deus ou do duelo. Contudo, o novo critério do juízo substituiu o método aceito muito primeiramente que o procedimento do Direito Romano e Canônico se firmasse nos países do norte da Europa Continental. Tratava-se da Introdução do Júri, instituição que encontra sua origem inglesa na conquista normanda.

3 – INEXATIDÃO DOS CONCEITOS

Ao tratarmos do sistema do *Common Law*, se faz necessário perceber algumas das questões com que se defronta o advogado do sistema do *Civil Law* ao travar conhecimento com o *Common Law*.

Para aqueles que se interessam por um estudo comparativo, o *Common Law* revela um dinamismo como um instrumento de justiça social, um desafio no sentido de aguçamento da mentalidade analítica do jurista e a universalidade de direitos que reflete a interdependência dos preceitos legais, morais, políticos e econômicos da sociedade na qual se opera.

É costume referir-se ao sistema legal anglo-americano como sendo um de direito não codificado, enquanto os sistemas legais dos países como Brasil e os da Europa Continental são usualmente referidos como os sistemas do direito escrito, codificado. De fato, pode-se muitas vezes encontrar as seguintes definições destes sistemas legais:

Sistema do *Common Law* – Direito não escrito; sistema predominante na Grã-Bretanha (com exceção da Escócia), nos Estados Unidos (com exceção do Estado de Louisiana), Canadá (com exceção da província de Québec), na União da África do Sul, Ceilão, Austrália e Nova Zelândia.⁵

Sistema do *Civil Law* – Direito escrito - direito codificado -; sistema predominante na Europa Continental, mais a Escócia, Turquia, Japão, América Latina, a província de Québec (Canadá) e o Estado de Louisiana (EUA).⁶

Como acontece comumente, as definições tendem a simplificações demasiadas que tendem a introduzir noções falsas.

⁵ ZWARENSTEVYN, Hendrik. Op. Cit., p.128.

⁶ Ibid, idem.

A utilidade da distinção perde muito de seu significado quando alguém considera seu resultado final, as decisões dos tribunais com respeito aos problemas submetidos a julgamento. De fato, a distinção se tornaria quase sem significado quando se olhasse apenas o resultado final.

A distinção perde muito de seu presumível significado quando alguém toma conhecimento do fato de que muitas leis nos países do *Common Law* são codificadas. De modo que, as decisões nos tribunais destes países não são apenas escritas, mas até mesmo publicadas. Ademais, muitas matérias jurídicas nos países do Sistema do *Civil Law* são reguladas pelas repetidas decisões dos mais altos tribunais com respeito aos correspondentes artigos do código envolvido. Em outras palavras, a jurisprudência desempenha um importante papel, nos países do *Common Law*, como nos países do *Civil Law*. Contudo, há pequena discussão quanto à existência de uma diferença entre os dois sistemas legais.

Na literatura dos últimos setenta anos pode-se encontrar um apreciável número de opiniões altamente variadas, de renomados juristas, sugerindo que existe uma distinção bem significativa entre o *Common Law* e o sistema do *Civil Law*.

A mais significativa distinção é encontrada no direito dos contratos, especificamente na distinção entre *consideration* (no *Common Law*) e *causa* (no sistema do *Civil Law*). Entretanto, num exame mais profundo, esta distinção perde comumente muito de seu significado, desde que, na maioria dos casos, a causa em um contrato seria igualmente aceitável como *consideration*.

A mais significativa distinção é encontrada no direito de propriedade, porque a propriedade é que fez o *Common Law* adquirir suas características típicas. Se bem que, historicamente, o direito de propriedade no *Common Law* teve um desenvolvimento diferente do sistema de Direito Civil, a distinção é, de um ponto de vista prático e atual, de pequeno

valor. Uma outra distinção significativa é encontrada na ausência de um Código de *Common Law*, enquanto no sistema de Direito Civil toda lei é codificada. Pensamos que esta afirmação também não é mais válida em face da crescente codificação de inteiras áreas do direito nos países do *Common Law*.

Tratamos de mencionar alguns institutos: a Lei dos Instrumentos Negociáveis; a Lei de Vendas; a Lei das Sociedades Comerciais; a Lei dos Seguros; as Leis Antitrustes; e, recentemente, o Código Comercial Uniforme⁷.

4 - DIFERENÇA ENTRE OS DOIS SISTEMAS

Acreditamos que a maior diferença entre os dois sistemas está no processo de raciocínio jurídico.

Como diz o Professor H. Zwarenstein, "no processo de achar o direito aplicável"⁸, ou seja, o trajeto que o juiz anglo-americano percorre na determinação do resultado de um caso.

Na compreensão do processo do raciocínio jurídico deve-se ter em mente que no *Common Law*, quando uma controvérsia é submetida à corte para julgamento, o juiz não decidirá um princípio, mas o caso diante dele.

Isto significa que um juiz a qualquer tempo terá seus olhos sobre o caso ante ele, e não será desviado por princípios e considerações teóricas com respeito a certos aspectos do direito.

Enquanto os advogados do sistema de Direito Civil normalmente tentarão achar na legislação específica a solução para a controvérsia, o advogado começará por analisar os fatos do caso.

Isto pode ser historicamente explicado pelo fato do que é ensinado nas universidades. Enquanto na Inglaterra o direito

⁷ Já adotado em quase metade dos Estados Unidos da América.

⁸ ZWARENSTEYN, Hendrik. Op.Cit., p. 130.

desenvolveu-se em primeiro lugar nos tribunais; para o advogado do *Common Law* os recursos eram os mais importantes dos aspectos do direito. Na sua análise dos fatos, o advogado do *Common Law* tenderá a grandes detalhes, porque isto será a base de sua consideração do caso e, ulteriormente, indicará se ganhará ou perderá o caso de seu cliente.

Isto significa que os advogados não dão atenção aos escritos de outros tribunais.

Existem várias fontes de consulta para um juiz ou advogado, desde que os fatos tenham sido cuidadosamente analisados, tais como: os periódicos legais; as anotações em especializados relatórios de direito tais como o *American Law Reports* anotado; enciclopédias jurídicas tais como, *Corpus Juris Secundum* e *American Jurisprudence*; tratados de grandes autoridades⁹ tais como, *Wigmore* sobre a prova, *Williston* sobre contratos; as chamadas "Reafirmações"¹⁰, que são uma formulação do direito sobre um tópico específico, elaborado pelo Instituto Legal Americano; os *Digestos* relatando todos os casos julgados e relacionados com a questão em julgamento; o *status* do direito no Estado em particular, que por sua vez pode envolver qualquer das seis precedentes fontes.

5 – APLICAÇÃO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

A maneira como o processo de raciocínio é aplicado pode ser ilustrado com um caso que aconteceu no Estado de Ohio, nos Estados Unidos. Poderemos, então, ver como o juiz no *Common Law* raciocina, mesmo quando se ocupa de uma lei.

A secção 3101.01 do Código Revisto de Ohio estabelece especificamente:

⁹ O Instituto Legal Americano é uma organização de advogados e juízes sem *status* oficial.

¹⁰ Em inglês: "Restatements".

Homens de dezoito anos, e mulheres de dezesseis, cujo grau de parentesco não seja mais próximo do que primos em segundo grau, e que não tenham marido ou esposa viva, podem se unir em matrimônio.

O significado desta norma parece bem claro: apenas casamento de pessoas não casadas, que sejam não mais do que primos em segundo grau são permitidos; ou, para estabelecer diferentemente: casamentos de primos em primeiro grau não são permitidos no Estado de Ohio.

Mas, eis como o Tribunal aplicou a norma:

Um homem de Ohio, com 58 anos de idade, casou-se com uma mulher de Massachusetts, de 51 anos de idade. A cerimônia matrimonial foi realizada em uma Igreja Católica Romana em Massachusetts.¹¹

Em verdade, as partes eram primos em primeiro grau. Eles declararam este fato à Igreja e às autoridades civis de Massachusetts¹². Após o casamento, o casal passou a viver em Ohio. Desafortunadamente, após um curto espaço, o casamento mostrou-se ser um insucesso, e a mulher voltou à Massachusetts. O homem, em vista disso, impetrou uma ação tendente à anulação do casamento, sugerindo que o casamento fosse declarado nulo em virtude de pertinente provisão do Código de Ohio.

A Corte de Primeira Instância, entretanto, não admitiu a ação. Um recurso à Corte de Apelação foi igualmente mal sucedido.

Em vista disso, o caso foi levado à Corte Suprema de Ohio.

¹¹ Nos Estados Unidos da América os noivos obtêm uma licença matrimonial das autoridades civis, porém eles têm a escolha de ter a cerimônia do casamento tanto diante de um magistrado civil, i.e., um juiz, ou diante de um sacerdote. Não há necessidade de realizarem-se duas cerimônias matrimoniais, primeiro a civil e, subseqüentemente, a cerimônia religiosa, como é costume em certos países europeus e também no Brasil.

¹² Onde o casamento de primos de primeiro grau não é proibido.

A decisão da Corte Suprema não se revelou unânime: dos sete juízes, quatro deles mantiveram a decisão do tribunal inferior, enquanto três juízes divergiram¹³. Deve ser notado aqui que os votos dos juízes são publicados e não há segredo nas Câmaras.

A opinião majoritária raciocinou como segue:

1. O espírito da lei é permitir casamentos, contanto que não sejam incestuosos, polígamos, que não violem a boa moral, que não sejam invariavelmente contrários a uma bem-definida diretriz pública, ou proibidos.¹⁴

2. A validade de um casamento deve ser determinada pela *lex loci contractus*¹⁵: se validamente foi a solenidade realizada, então é válida em qualquer parte. Desde que o casamento foi contratado em Massachusetts, era necessário verificar as leis de Massachusetts; e tais estabelecem o seguinte:

(a) Em Massachusetts, um casamento entre primos de primeiro grau não é ilegal.

(b) Contudo, nenhum casamento pode ser contratado em Massachusetts por uma parte residindo em outro Estado, se o casamento fosse nulo nesse outro Estado. Todo casamento contratado com violação desta norma é nulo e sem efeitos.

3. Por causa da lei pertinente a Massachusetts, a questão é se um casamento entre primos do primeiro grau é sem efeito em Ohio¹⁶.

4. Pelo *Common Law*¹⁷, os casamentos de primos do primeiro grau são válidos. E os casamentos pelo *Common Law*

¹³ Em outras palavras, a mais estreita margem possível.

¹⁴ Neste caso, a pretensão de Mazzolini, o apelante, foi que o casamento opunha-se à bem definida diretriz pública do Estado de Ohio, como previsto na Secção 3101.01 do Código Revisto de Ohio.

¹⁵ Tradução: Lei do local do contrato.

¹⁶ O famoso *renvoi*, com o bem conhecido no Direito Internacional Privado.

¹⁷ O *Common Law* expressa a idéia que o direito evoluiu através dos séculos anteriores à validade de um Código

são ainda reconhecidos em Ohio¹⁸. De forma que, a Secção 3101.01 do Código Revisto de Ohio claramente contempla apenas a regulamentação dos casamentos cerimoniais.¹⁹

5. A lei deixou de especificar que os casamentos de primos em primeiro grau seriam sem efeito, e um contrato de casamento é uma nulidade *ab initio* apenas quando expressamente assim declarado pela lei.

6. Conseqüentemente, desde que os casamentos entre primos em primeiro grau não são declarados sem efeito por provisões explícitas na lei, o casamento de Massachusetts deve ser mantido válido, e o pedido de anulação conseqüentemente não foi devidamente admitido.

Os divergentes²⁰ raciocinaram como segue:

1. Se a lei estabelece que apenas pessoas de grau de parentesco não mais próximos do que primos em segundo grau podem juntar-se em casamento, segue-se que sob a doutrina do *expressio unius est exclusio alterius* os casamentos de primos em primeiro grau são proibidos e, por conseguinte, ilegais e sem efeito.

2. Os casamentos pelo *Common Law* em Ohio podem ser válidos apenas quando as partes contratantes são capazes de assim o fazer. Conseqüentemente, se os primos em primeiro grau não podem contratar um casamento cerimonial, eles não podem realizar um válido contrato de casamento pelo *Common Law* também.

3. A consideração de um casamento pelo *Common Law* não é válida absolutamente, desde que no presente caso o casamento foi um casamento cerimonial.²¹

¹⁸ Um casamento pelo *Common Law* é "um casamento" sem qualquer cerimônia, consistindo simplesmente no fato de que homem e mulher decidem viver juntos e consideram-se como pessoas casadas para o público.

¹⁹ Por causa da sentença "podem se unir em casamento".

²⁰ Aqueles que formaram uma opinião minoritária.

²¹ MAZZOLINI v. MAZZOLINI, 168 Ohio St. 357, 115 NE 2d. 206, 1958.

Comumente verificamos que os estudantes principiantes têm uma tendência de argüir acerca dos argumentos e a resultante decisão do tribunal.

Pode-se mesmo aduzir que se apenas um juiz integrante do grupo da opinião que teve maioria tivesse pensado consoante as linhas da opinião minoritária, o resultado teria sido inteiramente diferente.

Enquanto esses são interessantes passatempos, temos que mostrar que, ao estudarmos o direito, não devemos discutir a decisão do tribunal, porém, muito melhor é tentar compreender como o tribunal²² chegou à sua decisão, porque esta decisão é o direito do caso.

Ao mesmo tempo, devemos também compreender o raciocínio das opiniões divergentes porque acontece muito freqüentemente que, em casos subseqüentes, a opinião minoritária de um caso anterior se torna a opinião majoritária em um caso posterior.

É esta atitude acerca da compreensão legal que tem conduzido à afirmação, muitas vezes citada, que “o direito é o que os juízes dizem ser”.

6 – O RACIOCÍNIO PELOS PRECEDENTES

O grande filósofo do direito Jeremy Bentham respondeu à questão de como os juízes fazem o direito da maneira que segue:

Exatamente como um homem faz direito para seu cachorro. Quando seu cachorro faz qualquer coisa que você quer evitar que ele faça, você aguarda até que ele o faça, e então o espanca por isso. Isto é a maneira como você faz direito para o seu cachorro e esta é a maneira como os juízes fazem direito para você e para

²² Queremos dizer a maioria.

mim. Eles não dirão ao homem antecipadamente o que ele não devia fazer... Eles não permitem sequer que se diga algo a respeito: eles permanecem quietos até que alguém tenha feito algo que dizem que não devia ter sido feito, e então eles enforcam esse alguém por isso. De que modo pode então qualquer homem adaptar-se ao seu direito cão? Apenas através da observação do procedimento dos juízes: por observar em que casos eles enforcaram um homem, em que caso o mandaram para a cadeia, em que caso melhoraram seus bens, e assim por diante.²³

O raciocínio é o raciocínio pelos precedentes. Porém, este “raciocínio jurídico pelos precedentes”²⁴ tem uma lógica toda sua.

Em primeiro lugar, seu propósito é atingir uma decisão que é expressiva do pensamento social responsável, isto significa que o juiz deve, em primeiro lugar, considerar alternativas para o problema em julgamento e, em segundo lugar, pesar as conseqüências de cada uma das soluções em termos do interesse do indivíduo em particular e da sociedade.

Porque o juiz deve sopesar, em cada novo caso, pode-se facilmente concluir que não se pode abordar o estudo do direito com um esforço de fazer previsões do que os juízes decidirão no futuro, meramente com bases nas decisões passadas.

O direito é uma instituição social bastante dinâmica para sugerir tal possibilidade. Deve ter sido esta consciência do direito como um instrumento de construção social que conduziu a autora americana Harper Lec²⁵, em sua novela “Matar Um Pássaro Zombeteiro”, a uma observação interessante:

²³ BENTHAM, Jeremy apud ZWARENSTEYN, Hendrik. Op. Cit, p. 136.

²⁴ Em inglês denominado “Case Law”.

²⁵ Essa autora americana era formada em Direito.

A observação é atribuída a uma empregada negra, chamada Calpúrnia, em resposta a uma pergunta que lhe foi dirigida, com referência a um processo crime, ou seja, o alegado estupro de uma moça branca por um negro, no qual o empregador – branco – de Calpúrnia é o advogado de defesa. Sua observação, então, é: “...a primeira coisa que se aprende quando se está em uma família de juristas é que não há nenhuma resposta definitiva para qualquer coisa...”²⁶

Em mais amplo contexto, a observação é uma resposta à questão com respeito à certeza acerca do direito, que o leigo médio espera e talvez justificadamente, porém, que o advogado anglo-americano sabe não ser existente, pelo menos não no limite em que noutras partes do mundo muitas pessoas, advogados e leigos igualmente esperam de um sistema legal.

Em outras palavras, se bem que os americanos queiram e esperem continuidade e persistência nas decisões judiciais,²⁷ existe, simultaneamente, o forte sentimento de que o direito deve refletir uma flexibilidade, que acompanha um mundo continuamente mutável.

É a esse respeito que o direito se torna uma parte do controle social e os tribunais desempenham um importante papel em virtude disso.

O juiz deve, primeiramente, analisar os fatos da situação à mão, de tal maneira que as similaridades ou diferenças com anteriores decisões possam ser examinadas e avaliadas. Contudo, dois excelentes peritos em análise podem tomar diferentes elementos como essenciais à situação à mão. Isto nos faz lembrar um velho adágio latino: *Si duo faciunt idem non est idem*.²⁸

²⁶ LEC, Harpec. Matar um Pássaro Zombeteiro. In: ZWARENSTEYN, Hendrik. Op. Cit., p.137.

²⁷ Resultando em uma possível previsão de resultados de uma controvérsia e dando aos cidadãos um sentimento de justiça.

²⁸ Tradução: Se duas pessoas fazem a mesma coisa, o resultado não é a mesma coisa.

Um exemplo pode ser encontrado no muito conhecido caso Estados Unidos v. Cia. de Aço Bethlehem, 315 U.S. 289,62 S. Ct. 581, 1942.

No referido caso, o Conselho Naval da Frota de Emergência dos Estados Unidos “Fleet Corporation” contratou com a Cia. de Construção Naval de Aço Bethlehem a construção de certo número de navios necessários ao sucesso do esforço de guerra contra a Alemanha. O preço contratual dos navios foi baseado no preço do custo atual e mais uma certa quantia de lucro. O lucro, no entanto, foi baseado no custo estimado, com a previsão de que se o custo atual fosse menos do que o custo estimado, a diferença seria igualmente dividida entre o governo e o construtor naval. O resultado podia ser que, ao estimar o custo consideravelmente acima do custo atual, o construtor naval aumentaria seu lucro substancialmente.

Posteriormente, o governo tentou mostrar que havia sido pressionado, por causa da situação de emergência e que a Cia. de Construção Naval de Aço Bethlehem tinha se aproveitado indevidamente da mesma.

Na análise dos fatos, o Ministro Black²⁹, falando pela maioria da Corte, afirmou:

A palavra pressão implica fraqueza de um lado e superior fortaleza do outro.

Aqui é sugerido que a fraqueza está do lado do governo do EE.UU. e a superior fortaleza do lado de uma simples empresa privada... Isto, tanto quanto sabemos, é o primeiro exemplo no qual o governo reclama ser vítima de pressão nas negociações com um indivíduo.³⁰

²⁹ Ministro da Suprema Corte de Justiça Americana.

³⁰ Estados Unidos v. Cia. De Aço Bethlehem, 315 U.S. 289,62 S. Ct. 581, 1942.

Observando também que ambas as partes foram representadas por funcionários inteligentes, bem informados e experimentados, a Suprema Corte julgou que não poderia concluir que a Fleet Corporation³¹ tivesse aceito as condições do contrato em virtude de seus representantes terem se sentido sem forças para recusar. A Corte então concluiu que os representantes do governo não tinham sido forçados a aceitar os contratos contra suas vontades.

Essa é uma linguagem convincente. Porém, a linguagem da opinião divergente do Ministro Frankfurter não é, em nada, menos convincente.

O Ministro Frankfurter analisou primeiro quem tomou parte das negociações, e quais eram as relações entre tais pessoas.

Notou que embora a Fleet Corporation tivesse dois almirantes, competentes peritos em construção naval, como seus atuantes negociadores, a autoria final para concluir os contratos pertencia ao vice-presidente da Fleet Corporation, um homem de empresa, sem prévia experiência em construção naval e, além disso, um homem de estreitas relações com o vice-presidente da Bethlehem. Também notou que o vice-presidente da Fleet Corporation dependia do vice-presidente da Bethlehem para informações e assistência, com respeito a assuntos de construção naval.

O Ministro Frankfurter, então, observou:

Negar a existência de pressão em um contrato governamental por referência irônica à fraqueza dos Estados Unidos contra a superior fortaleza de uma simples empresa privada é uma indulgência de retórica com desrespeito aos fatos. Os Estados Unidos, com todo seu poder e majestade, nunca fez um contrato. Falar de um contrato pelos Estados Unidos é usar de uma

³¹ Uma empresa pública.

abstração... Os contratos não são feitos pelos 130 milhões de americanos, porém por alguns funcionários em seu nome. Para todos os fins práticos, o arranjo foi realizado por duas pessoas, almirantes Bowles e Radford. "Por conseguinte, a Corte não deveria permitir que a Bethlehem recuperasse tais inescrupulosos, o que faz da Corte instrumento desta injustiça". Durante o tempo de guerra a possibilidade de barganha dos funcionários contratantes do governo é inerentemente fraca, não interessa quão consciencioso, eles possam ser.³²

Verificamos que se a situação do fato concreto é cuidadosamente analisada, o juiz procurará situações similares no passado, e analisará quais as bases para as decisões nesses casos anteriores.

Nesta análise histórica de decisões judiciais, os juízes podem ou discernir um modelo persistente, ou eles podem achar que os pontos de vista dos tribunais mudaram através dos anos.

Se eles verificarem que uma mudança nos pontos de vista dos tribunais ocorreu, investigarão as circunstâncias peculiares para a mudança.

A mudança pode ter lugar em virtude de as concepções socioeconômicas daquela comunidade terem mudado. A mudança pode igualmente ter lugar em virtude de mudanças na tecnologia, terem transformado uma série de relações, ou em virtude da interferência legislativa.

O terceiro passo, no processo do raciocínio jurídico, é a realização, pelo juiz, dos fins e propósitos do direito. Ou seja, deve o juiz pesar todas as soluções alternativas à luz da justiça e ordem jurídica.

³² Estados Unidos v. Cia. de Aço Bethlehem, 315 U.S. 289, 62 S. Ct. 581, 1942.

Com base em tudo isto, o juiz chegará à sua decisão. Essa decisão significa, em primeiro lugar, ser o direito do caso julgado. Assim, somente quando, em casos posteriores, uma completa similaridade é encontrada, a mesma regra será aplicada.

Em referência ao mesmo caso Mazzolini³³, como uma ilustração, outro interessante aspecto do raciocínio jurídico no *Common Law* é a diferença entre o *Common Law* e o direito legislado.

O *Common Law* pode, para presente finalidade, ser definido da mesma maneira como Blackstone o definiu há quase três séculos, especificamente em 1765: "Uma coleção de máximas não escritas e costumes que têm existido imemorialmente, mantidas pela tradição, uso e experiência, e que têm força de direito".³⁴

Desta maneira, o sistema do *Common Law* pode ser, em várias ocasiões, definido de diferentes maneiras. E este é um dos interessantes aspectos deste sistema, em que uma simples denominação apresenta diferentes e quase igualmente importantes significados.

7 – O COMMON LAW EM FACE DA LEI – UM CASO AMERICANO

O caso Mazzolini nos deu pelo menos mais um indício de que o juiz pode voltar-se para o *Common Law*.

Em verdade, tal observação pode ser inteiramente válida quando alguém quer compreender o processo de raciocínio no sistema do *Common Law*.

Para compreender isto, devemos ressaltar que podemos subdividir as leis em três amplos grupos:

³³ O caso do homem que casou com uma prima do primeiro grau.

³⁴ ZWARENSTEYN, Hendrik. Op. Cit., p. 141.

a) Leis que regulam aspectos da vida em sociedade, não regulados anteriormente, pela simples razão de que não houve necessidade ou ocasião para tanto. Um exemplo seria a regulamentação da viagem aérea, da energia atômica, ou da exploração espacial.

b) Leis que não são, em essência, mais do que uma concisa reafirmação do que já era o direito pelo *Common Law*. Referimos a tais leis como sendo declaratórias do *Common Law*. Um exemplo seria a Lei Uniforme dos Instrumentos Negociáveis.³⁵ Um argumento para tal afirmação poderia ser encontrado na secção 196 da Lei dos Instrumentos Negociáveis, que dispõe como segue:

"Qualquer caso não previsto nesta Lei, será regido pelas normas do *Law Merchant (Direito dos Mercadores)*".

c) As Leis em clara divergência com o *Common Law*, em virtude do *Common Law*, na matéria em apreço, não mais ser considerado em acordo com as mudanças das atitudes sociais ou as mudanças técnicas e econômicas que ocorreram num particular Estado ou sociedade. Tais leis são derogatórias do *Common Law*. Um exemplo seria encontrado nas diferentes leis sobre hospedagem nos vários Estados.³⁶

A importância da distinção entre as leis que são declaratórias e as que são derogatórias do *Common Law* é que, no primeiro caso, os juízes se sentiriam livres para interpretar a lei liberalmente, tal como eles abordariam o *Common Law* em geral. Contudo, quando a lei é derogatória do *Common Law*, os juízes sentir-se-ão constrangidos a interpretar as palavras da

³⁵ A maioria dos dispositivos dessa Lei pode ser encontrada nas decisões do *Common Law* tomadas nos tribunais do *Common Law* da Inglaterra, seguindo a assimilação das Cortes-de-Pied-Poudre (o tribunais dos mercadores) até o sistema do tribunal britânico (primeiro passo sob o Ministro Presidente Sir Edward Coke, em 1603, completado sob o Ministro Presidente Lord Mansfield, em 1756).

³⁶ Comumente em divergência umas com as outras na ausência de uma Lei Uniforme de Hoteleiro.

lei estritamente. Interessante exemplo desta distinção pode ser encontrada no Direito dos Hoteleiros.

O *Common Law* reconheceu o direito de uma garantia para o hoteleiro pela parte não paga da conta do hotel. Esta proteção foi dada aos hoteleiros apenas, os donos de pensão e hospitais não têm esta proteção.

Hoje, todavia, encontramos em muitos Estados americanos normas que garantem aos proprietários de pensões e hospitais privilégios similares à aqueles deferidos pelo *Common Law* aos hoteleiros.

Assim, o Estado de Iowa tem uma lei³⁷ que prevê uma garantia para o hoteleiro pelas acomodações fornecidas ao hóspede. A lei define como hóspede “qualquer ocupante legal de qualquer hotel”³⁸. E “hotel” é definido como “qualquer estrutura onde quartos ou refeições são fornecidos a ocupantes permanentes ou temporários”.³⁹

Quando a conta de hospital da Sr.^a Zimmerman não foi paga, a administração do Hospital Hull procurou obter uma garantia de hoteleiro sobre alguns dos valiosos pertences da Senhora Zimmerman. O hospital reclamava que as amplas palavras da Lei de Iowa - “qualquer estrutura onde quartos e refeições são fornecidos” - traria os hospitais dentro da definição da lei.

Porém, a Corte Suprema de Iowa rejeitou o argumento, afirmando: que o histórico desenvolvimento dos hotéis e hospitais revelavam uma ampla diferença na finalidade fundamental das duas instituições, que a lei não poderia ser considerada como tendo considerado um hospital um hotel, a não ser que explicitamente declarado. O tribunal ressaltou “que um hóspede vai para um hotel por divertimento,

³⁷ Secções 10348 e 10349 do Código de 1931.

³⁸ Secções 10348 e 10349 do Código de 1931.

³⁹ Idem.

enquanto um paciente vai para um hospital para tratamento e cuidados”.

Um exemplo mais interessante pode ser encontrado em um caso de Nova Iorque, também relacionado com o não pagamento de conta:

A secção 925 da Lei Penal de Nova Iorque declara contraventor aquele que esconder e sub-repticiamente remover a bagagem de um hotel, com a finalidade de não pagar a conta. O procedimento criminal pode ser iniciado com a queixa do proprietário do hotel. Porém, uma queixa falsa pode resultar em indenização ao triplo para a vítima inocente.

Analisemos o caso⁴⁰ do Sr. Cooper e sua família. Eles ocuparam um pequeno apartamento mobiliado no Hotel Oxford, em Nova Iorque; o Sr. Cooper fez um contrato com a administração do Hotel Oxford que permaneceria por seis meses. Quando deixou de pagar sua conta de eletricidade, a administração desligou a energia. A fim de evitar o pagamento de sua conta de hotel e de energia, o Sr. Cooper e família desapareceram com todos os seus pertences do hotel, durante a noite, fugindo através da saída de emergência.

A fim de forçar o Sr. Cooper a pagar a sua conta, a administração do Hotel Oxford encaminhou uma queixa e procedimentos criminais foram iniciados.

Não havia dúvida que o Sr. Cooper tinha reunido e removido sua bagagem; de fato, ele abertamente admitiu isto na corte.

Contudo, não houve nenhuma condenação, porque a lei de Nova Iorque tinha apenas dado esse direito de processo criminal a hotéis... O Hotel Oxford, em relação ao Sr. Cooper, não se qualifica como um “hotel” (onde as pessoas chegam por um não predeterminado período, por uma taxa *per diem*), porém, muito mais, como um “hotel-apartamento”, ou mesmo

⁴⁰ Cooper v. Shirrmeister, 176 Misc 474, 26 NYS 2d 668, 1941).

como uma relação de proprietário e inquilino. Desde que a lei apenas deu direito a “hotéis”, outros estabelecimentos não foram incluídos.⁴¹ O resultado: o Sr. Cooper propôs ação por queixa criminal maliciosa contra a administração do Hotel Oxford e recebeu 300 dólares.⁴²

8 – CONCLUSÃO

Verificamos que o processo de raciocínio jurídico domina o sistema do *Common Law*. E este é um dos mais significantes aspectos do sistema bem como uma das importantes contribuições que pode o mesmo fazer ao desenvolvimento do raciocínio jurídico através do mundo.

Creemos que se o processo de raciocínio jurídico, o método da análise factual detalhada do caso em julgamento conduzindo a uma decisão dos princípios legais nos quais o caso possa se enquadrar, fosse estendido a áreas fora do âmbito do *Common Law*, seria outra contribuição desse mesmo sistema ao sistema do *Civil Law*. Pois, não seria a primeira vez que o sistema do *Common Law* Anglo-Americano contribuiria para o desenvolvimento do Direito em outras partes do mundo.

O Prof. Zwarenstejn cita em seu trabalho o seguinte:

... Foi durante a última parte do século dezoito que o galante general francês Lafayette foi aos Estados Unidos. Na América, ele ficou bastante intrigado, senão fascinado, pela Carta de Direitos de Virgínia de 1776. Após seu regresso à França, Lafayette fez um forte e emocionante apelo à Assembléia Nacional Francesa, para incorporar certos dispositivos da Carta de Direitos de Virgínia ao direito básico francês.⁴³

⁴¹ Creemos que porque a lei era derogatória do *Common Law*, o tribunal interpretou as palavras da lei estritamente.

⁴² COOPER v. Shirmeister, 176 Misc 474, 26 NYS 2d 668, 1941).

⁴³ ZWARENSTEYN, Hendrik. Op. Cit., p.146.

E assim nós verificamos que aquele famoso documento francês, a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*⁴⁴, contém vários preceitos similares da Carta de Direitos da Virgínia.

Um dos importantes dispositivos, incidentalmente, previa que nenhum homem poderia ser mantido em prisão sem o direito de inquirir sobre a causa de sua detenção.⁴⁵ Esta provisão foi originalmente estabelecida na Magna Carta de 1215, segundo o Conselho Luterano.

Assim, a norma viajou da Inglaterra para os Estados Unidos, e dos Estados Unidos para a França⁴⁶. Da França, o dispositivo espalhou-se a outros países europeus e a outras partes do mundo. Hoje, muitos países têm em sua legislação, de alguma maneira, um dispositivo referente às leis, *ex post facto*⁴⁷ (*nullum crimen, nulla poena; nulla poena sine previa lege poenali*)⁴⁸, uma norma muitas vezes atribuída ao austríaco Anselmus von Feuerbach, mas realmente traçada pela Magna Carta de 1215, a Carta de Direitos de Virgínia, e a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*,⁴⁹ e daí em vários preceitos constitucionais dos países do Oeste Europeu e de outros países do mundo.

Desta forma, o sistema do *Common Law* expressa, através do raciocínio jurídico nele empregado, o modo pelo qual o juiz chega à sua determinação do resultado de um caso, por uma extensiva e detalhada análise dos fatos, guardando em mente decisões anteriores em casos semelhantes, tendo, porém, sua vista voltada para o caso “*sub judice*”⁵⁰, de tal maneira que, ao final, possa preferir uma decisão que fará justiça ao caso e

⁴⁴ Tradução: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

⁴⁵ O assim chamado “direito ao *habeas corpus*”.

⁴⁶ Com um intervalo total de uns 600 anos.

⁴⁷ Tradução: Após o fato.

⁴⁸ Tradução: Nulo crime, nula pena; nula pena sem prévia cominação legal.

⁴⁹ Tradução: Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão.

⁵⁰ Tradução: “Sob apreciação judicial”.

ainda ser a expressão de um pensamento responsável da sociedade.

9 – REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRUCKBERG, R. L. **Estados Unidos, Aspectos Sociais-Econômicos**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1960.

CAVALCANTI, Francisco Ivo Dantas. **Direito Constitucional e Instituições Políticas**. [S.l.]: Tavoli, 1986.

_____. **Direito Comparado e Epistemologia**. Recife : s.d. Cap. 1, Texto distribuído em sala de aula e capítulo de livro em preparo sobre Direito Constitucional Comparado.

MIRANDA, Jorge. **Sobre o Direito Constitucional Comparado**. Direito e Justiça – Separata do Volume II. 1981-1986 – Texto distribuído em sala de aula.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito Comparado, Ciência Autônoma. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Minas Gerais, out. 1952.

_____. **Direito Comparado e seu Estudo**. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Minas Gerais. Texto distribuído em sala de aula.

POUND, Roscoe. **El Espiritu del Common Law**. Barcelona, Espanha : Bosh Casa Ed., 1954.

REHINSTEIN, Max. **Common Law – Equity**. Milão, Itália : Dott. A. Giuffre Ed., 1960.

SCHRDEDER, Richard et alii. **Panorama do Governo dos Estados Unidos**. Estados Unidos : Departamento Cultural da Embaixada dos EUA, s.d.

WELLINGTON, Harry H. **Interpreting the Constitution**. Birnhamton, New York, USA: Vail-Ballou Press, 1991.

ZWARENSTEYN, Hendrik. O Processo do Raciocínio Jurídico no Sistema do "Common Law". **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, a. LXII, 1964-65.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Uma visão do princípio observado sobre a estrutura do conceito de culpabilidade

Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha
Professora da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco-ESMAPE, do Instituto de Ensino Superior de Olinda-IESO e da Universidade Salgado de Oliveira-UNIVERSO

“Se a crítica deixa as coisas como estão, porque fazer a crítica da crítica? Se as palavras são vazias de poder, porque usar tantas palavras para discutir o poder? Não, o fato é que todos aqueles que ainda têm a ousadia de falar e escrever, acreditam, ainda que de forma tênue, que o seu falar faz uma diferença.”

Rubem Alves

“Não podemos voltar atrás e fazer um novo começo, mas podemos recomeçar e fazer um novo fim.”

Chico Xavier

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 2 – ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAM O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. 3 – A CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. 4 – OBJEÇÕES AO PRINCÍPIO. 4.1 – Indeterminação conceitual. 4.2 – A previsão legal de condutas de menor potencial ofensivo. 4.3 – A falta de previsão legal explícita do Princípio da insignificância. 4.4 – A aplicação do Princípio como retrocesso do Direito Penal por ausência de direito e de tutela jurídica. 5 – CONCLUSÃO. 6 – REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

A conjuntura nacional e internacional que nos envolve neste momento é desoladora. Encontra-se circunscrita por um cenário marcado pela ausência de obrigações e responsabilidades por parte dos indivíduos, pela ausência dos valores fundamentais à vida do homem, por relações de poder que priorizam o egoísmo, o individualismo exacerbado, o corporativismo e tantos outros “ismos” próprios da ambição humana. Constatam-se, a todo instante, desigualdades extremas que tornam o fosso entre ricos e pobres cada vez mais profundo, em decorrência, sobretudo, da injusta distribuição de renda que faz do país “um lugar do mundo” impiedoso.

Configura-se diante de nós um cenário no qual a ética foi reduzida a discursos circunstanciais e estratégicos, instrumentos de apelo às emoções dos que aguardam uma resposta ao “estado de coisas” que tem transformado a maioria da população em vítima do descompromisso de autoridades que, longe de desempenharem o seu papel de promotores do bem-estar público, entram na “briga” cotidiana de proteção aos seus interesses pessoais. Já não existe uma coerência nos discursos e nas posturas dos detentores do poder público, deixando a população à mercê das discussões “da hora”. Mudanças argumentativas em prol de seus próprios interesses e totalmente descontextualizadas das necessidades públicas.

A pequena e média criminalidade domina as pautas das audiências judiciais e assoberbam os Tribunais do país. O apego incondicional à lei e a dificuldade de soluções mais avançadas para essas condutas criminais são as respostas à ineficiência da administração da justiça.

Apesar da modificação do nosso Código Penal na sua parte geral, ainda não há solução palpável para o sério problema

da superlotação carcerária brasileira, motivada, sobretudo, pela falta de política criminal que dê menos importância à lei em sentido estrito e se apegue mais às circunstâncias concomitantes do crime¹, que farão grande diferencial no momento da aplicação da lei penal e processual penal.

Não se pode mais acreditar apenas na eficácia pura e simples da lei penal. É preciso uma análise mais aprofundada da conduta humana que, apesar de ferir um bem juridicamente tutelado, seria irrelevante apesar da sua tipicidade. As nossas penitenciárias e delegacias de polícia estão cheias de pessoas que cometeram crimes de pequena relevância ou mesmo de reduzida reprovação social, movendo o aparelho estatal, que poderia está sendo utilizado com causas mais relevantes.

Este estudo tentará de forma sucinta e com base na doutrina mais atual, trazida pelo mestre Cláudio Brandão, durante as aulas do mestrado, aprofundar os fundamentos do denominado princípio da insignificância, também conhecido como crime de bagatela, traçando um paralelo com a teoria normativa da culpabilidade, tentando sinalizar caminhos mais adequados para apreciação do problema no âmbito das decisões penais.

Pretendemos demonstrar neste trabalho, portanto, que não é mais possível que o direito positivo, visto como objeto de estudo do direito penal, seja considerado de forma isolada e abstrata. Faz-se premente reaproximá-lo da realidade e interagilo com outras áreas do conhecimento humano, onde se incluirá a política criminal de descriminalização de condutas que não atinjam de maneira significativa a vida em sociedade, deixando a sanção penal, como última e mais severa instância de controle

¹ Sobre o tema, FRANK, Reinhard. *Sobre La Estructura Del Concepto de Culpabilidad*. Uruguai :B de F Ltda: 2004.

social, sobretudo quando se tem convicção de que o direito penal e seus institutos não é o único caminho para a solução de todos os males da sociedade e, tampouco, cumprem com o seu papel primordial de ressocialização do apenado.

Não desejamos esgotar toda e qualquer discussão sobre o tema, apenas demonstrar a necessidade de um novo tratamento para a política criminal e sinalizar para possíveis soluções alternativas para um melhor funcionamento do sistema jurídico estatal, pois esta deve ser uma busca incansável dos que estão cansados dos "ismos" sociais e desejam sair em busca de soluções que englobem a maior parte da sociedade, para se tentar chegar ao ideal social através da distribuição igualitária dos direitos. Isso porque, o individualismo é improdutividade, a união é fecundidade. O individualismo é solidão, a união é o convívio feliz. Queremos fazer parte dos que fazem a diferença.

1 – NOÇÕES PRELIMINARES ACERCA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

As práticas do pretor do direito romano que, em regra geral, não se ocupavam de coisas ou delitos de pequeno porte, sinalizava para a adoção, desde aquela época, do princípio da insignificância. Claro que não havia uma intenção dirigida para o tratamento diferenciado a práticas criminosas de pequena monta, levando em consideração o agente da ação criminosa, mas tão somente a pessoa do pretor, mas já demonstra que não se devia perder tempo se debruçando sobre condutas insignificantes, quando havia ações muito mais sérias a serem desvendadas. Os romanos seguiam a máxima contida no brocardo *minimis non curat pretor*.²

² ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no direito penal. São Paulo: JTACrimSP, 94:73

Avançando no tempo, identificamos o tratamento da matéria por Montesquieu, o qual afirmou, no seu *Espírito das Leis*, que "quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas"³. Ilustramos, ainda, esta abordagem histórica evolutiva consolidando o princípio, através das lições de Beccaria, que afirma "proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos"⁴.

Depois de longo tratamento doutrinário, culminou no artigo VIII, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que prescrevia: "A lei não estabelecesse senão penas estrita e evidentemente necessárias".

Entre os autores modernos, podemos citar Quintero Olivares que, com muita propriedade e pertinência, afirma: "o Estado não deve recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não-penais". É completa sua exposição fundamentando: "de acordo com o princípio de intervenção mínima, com o qual se relacionam as características de fragmentariedade e da subsidiariedade, o direito penal só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações leves da ordem jurídica devem ser objeto de outros ramos do direito"⁵.

O princípio da intervenção mínima, embora não presente no texto legal expressamente, pois é de cunho político-criminal, deve ser de observância do legislador e do intérprete jurídico, por sua compatibilidade com outros princípios ju-

³ MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. p. 109

⁴ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 307

⁵ OLIVARES, Gonzalo Quintero. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Barcanova, 1981. p. 49

rídico-penais dotados de positividade, e, sobretudo, com os pressupostos políticos do Estado Democrático de Direito.

2- ARGUMENTOS QUE FUNDAMENTAMO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Nilo Batista sustenta que o direito penal é "um sistema descontínuo de ilicitudes".⁶ E, para enfatizar, trazemos à baila a lição do ilustre Navarrete: "imaginar que a legislação e a interpretação tenham como objetivo preencher suas lacunas e garantir-lhe uma totalidade é falso em seus fundamentos e incorreto enquanto método interpretativo, seja do ângulo político-criminal, seja do ângulo científico".⁷

Sem sombra de dúvida a idéia de que o Estado deva e possa reprimir penalmente toda e qualquer infração deriva da utopia de um ordenamento jurídico pleno, que não se coaduna com os modernos pensamentos filosóficos, tão pouco com a realidade da prática criminal.

A subsidiariedade que ora intencionamos para o direito penal, resulta sua concepção enquanto "remédio sancionador extremo"⁸, que, todavia, só deverá ser utilizado quando não houver outro meio. Não é possível, numa sociedade cada vez mais complexa, a aplicação de sanções iguais para condutas que apenas aparentemente são iguais. É mais, como se justifica a aplicação de uma pena mais severa se, no caso específico, era possível obter-se o resultado reintegração através de uma

⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 86.

⁷ NAVARRETE, Miguel Palaina. *Derecho penal; parte geral*. Barcelona: Bosch, 1984. p. 103

⁸ ROXIN, Claus. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Trad. Francisco Muñoz Conde e Diego-manuel Luzon Peña. Sevilla: Ed. Univ. de Sevilla, 1981. p. 31

conduta mais suave? Maurach alerta: não se justifica "aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão-só o pagamento das despesas funerárias". Assim, se o direito penal se presta para o reestabelecimento da ordem e remédios sejam suficientes para reinstaurá-la, não se justifica a sua aplicação, pois isto feriria o próprio objetivo do específico ramo do direito e produziria um efeito contrário ao desejado pela sociedade.

Outro argumento fundante do princípio da insignificância, que será embasado em outro princípio atualíssimo do direito, é a proporcionalidade que deve haver entre a pena aplicada e a gravidade da conduta incriminada. Nos casos de insignificante afetação ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, o conteúdo do injusto é tão pequeno que não subsiste qualquer razão para imputar a pena. Conforme a doutrina de Zaffaroni⁹, mesmo se aplicando a menor penalidade possível prevista para o ilícito, ainda seria desproporcional à significação social do fato.

O princípio da insignificância deverá ser entendido, nesse contexto, como instrumento de interpretação restritiva de aplicação das penas, mesmo que a conduta esteja formalmente tipificada, se descriminalizando as condutas que, mesmo violando as regras impostas pelo Estado, por não atingirem de forma relevante os bens jurídicos protegidos, devam ser tratadas de forma mais branda.

⁹ MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. p. 31

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 1981. v. 3. p. 554 e s.

O caráter fragmentário e subsidiário do direito penal poderá ser efetivado com a adoção do princípio da insignificância, pois haverá uma redução do campo de atuação deste ramo do direito, que ficará reservado apenas para tutelar juridicamente os valores sociais indiscutíveis.

3 – A CULPABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

São várias as interpretações que se faz sobre a culpabilidade no direito penal hodierno, porém há um ponto comum entre todas as interpretações e diz respeito ao fato de existir uma relação psíquica entre o autor e sua ação delituosa. Contudo, surge o problema de como se deve entender essa relação psíquica, se seria estabelecida pela vontade ou como pura representação mental¹¹. Assim, para entender o conceito de culpabilidade, devemos nos debruçar sobre o aspecto subjetivo ou a fase interna da ação. Através dessa concepção Löffler¹² define culpabilidade como “o conjunto de relação penalmente relevante das interioridades de uma pessoa e um resultado social danoso de sua ação”. Reforçando, nesta mesma linha, ressalta Kohlrausch¹³: “culpabilidade para o Direito Penal é aquela relação subjetiva na qual um autor culpável deve reconhecer-la para poder ser responsabilizado penalmente”. Diferentemente, Von Liszt afirma que “culpabilidade é a responsabilidade por um ato realizado de forma ilícita”. Porém, para a nossa tese central, vale analisar quais as circunstâncias em que a justiça vincula a responsabilidade.

¹¹ FRANK, Reinhard. Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Montevideo: BdeFLtda, 2004. p. 25

¹² LÖFFLER apud FRANK, Reinhard. Die Schuldformen des Strafrechts. 1895. p. 5

¹³ KOHLRAUSCH apud FRANK, Reinhard. Irrtum und Schuld begriff. 1903. p. 1

Dentro da perspectiva do princípio da insignificância, apenas o conceito trazido por Löffler terá aplicabilidade prática, pois não basta que exista por parte da legislação penal o reconhecimento da conduta ilícita, mas a sua ação deverá causar um dano social. Assim, deverá haver por parte dos julgadores uma ponderação entre os bens jurídicos que estejam em conflito. Para ilustrar a nossa posição, trazemos um exemplo cotidiano que deverá alertar para a necessidade de um tratamento diferenciado para certas situações fáticas: partindo da figura típica penal do furto, tipificada no artigo 155 do Código Penal Brasileiro, que descreve uma ação humana de subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel, imaginemos um pai, desempregado e sem perspectiva de arrumar um trabalho, diante da família passando fome, que resolve furtar, de uma grande supermercado, uma lata de leite para saciar a fome dos seus dependentes menores. Nessa situação específica, e levando em consideração os bens jurídicos tutelados (a vida dos filhos x o patrimônio econômico do dono do supermercado), seria razoável aplicar as sanções penais previstas no tipo penal em apreço, para esse pai que agiu, única e exclusivamente, tendo em mente salvar os filhos da situação de fome em que se encontravam? Por mais céticos e legalistas que sejamos, não podemos admitir certos tratamentos legais, que vão completamente de encontro à tônica legal autorizadora para um enquadramento penal. Não queremos com esta defesa banalizar as figuras típicas, mas adequar ao ramo do direito penal dois princípios que norteiam todas as discussões jurídicas do momento: proporcionalidade e razoabilidade. Apesar do parágrafo segundo, do artigo supracitado, tentar amenizar as situações fáticas menos expressivas quando reza: “se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa”, ainda assim, para este caso retratado, não seria lógico a sua aplicação.

Senão vejamos: punir com detenção seria imperioso, pois como seria possível o sustento da família? Aplicar a pena de multa seria impossível diante do fato de ele não ter dinheiro nem mesmo para comprar comida para a família. Como então lidar com essa situação fática, sem afrontar o ordenamento jurídico? A solução viável seria uma nova forma de lidar com a culpabilidade, enquanto elemento integrante do crime.

A doutrina penal dominante encontra a essência da culpabilidade numa relação psíquica entre o autor e algo que está fora de sua personalidade. Assim, as circunstâncias concomitantes serão levadas em consideração na hora de se averiguar a conduta ilícita, ou seja, influenciará diretamente sobre a culpabilidade. Dessa forma as circunstâncias concomitantes podem atenuar a culpabilidade ou, até mesmo, poderão excluí-la. Cada situação fática terá sua história real, que é única e irrepetível, e, por isso, deverá ter também um julgamento único e irrepetível. Mas como fazer isso, se só temos uma única fonte legal? É exatamente a culpabilidade que irá fazer a diferença.

Cláudio Brandão¹⁴ brilhantemente conclui que "o princípio da culpabilidade, que traduz a responsabilidade penal do Homem, condiciona o método do Direito Penal porque é um dos mecanismos para o sopesamento do caso no processo da decisão e da argumentação jurídica, possibilitando a própria realização da tópica, que para garantir o respeito à dignidade humana pode superar o silogismo, assegurando, em determinados casos, decisões até mesmo *contra legem*". Nessa perspectiva principiológica é que pretendemos congruir os dois princípios - o da culpabilidade e o da insignificância da ação delituosa - em prol de um tratamento mais humanizado no ramo do

¹⁴ BRANDÃO, Cláudio. *Posição da Culpabilidade no dogmático Penal*. Aula inicial do Curso de Doutorado em Direito penal. Recife: Faculdade de Direito da Recife - UFPE, 2004.

direito criminal. E conclui o mestre: "quando se reconhece, por exemplo, causas supralegais de inexigibilidade de conduta diversa, que é causa de exclusão da culpabilidade, reconhece-se a insuficiência do silogismo legal, que por óbvio não contempla tais causas, valorizando-se o homem pelo reconhecimento de circunstâncias concretas que devem afastar a aplicação do tipo penal. Isto é, pois o uso da tópica para aumentar a liberdade, o que confirma que o homem é um ser reconhecido em sua dignidade no Direito Penal, sendo o âmago, o próprio fim desse direito".

A culpabilidade no direito penal brasileiro é encarada sob as bases da Teoria Normativa Pura, defendida pelos finalistas, onde será necessária a constatação de três elementos normativos para se constituir a culpabilidade: potencial conhecimento da antijuridicidade, exigibilidade de conduta diversa e imputabilidade. O emprego do princípio da insignificância irá ter como base sempre a ausência de um destes requisitos e, portanto, deverá ser aplicado de forma cotidiana pelos nossos Tribunais em prol do bem coletivo e da efetivação das políticas criminais de ressocialização dos apenados.

4 - OBJEÇÕES AO PRINCÍPIO

Apesar da doutrina dominante aceitar o princípio da insignificância, há autores que estabelecem algumas objeções à sua aplicabilidade. A principal reside no fato de ser difícil caracterizar conceitualmente o crime de bagatela (*Bagatelldelikte*) a partir de critérios precisos. Outra, é o fato do próprio legislador tipificar situações de pouca relevância, e, neste caso, não poderia se aceitar a aplicação do princípio, pois a lei se tornaria inócua. Outros, ainda, obstaculizam a aplicação do princípio ao afirmarem ser impossível a tarefa de interpretar restritivamente em certos tipos penais, como os formais, por

não disporem de um elemento (por exemplo, o resultado) que possa ser valorado como de escassa importância. Os positivistas ou formalistas alegam não ser aplicável o princípio da insignificância por não estar legislado e, assim, não reconhecido pelo ordenamento jurídico. Há aqueles que alegam ser um retrocesso ao direito penal, por não haver um respeito aos seus preceitos e por causarem a sensação de ausência de direito e de tutela jurídica.

Todos os obstáculos apresentados, no entanto, não têm o condão de eliminar a validade do princípio da insignificância como instrumento político-criminal e sistemático de descriminalização, como já apontado anteriormente. É o que estamos tentando demonstrar e resumidamente tentaremos rebater todas as alegações contrárias expostas acima.

4.1 – Indeterminação conceitual

É inegável que a utilização de conceito indeterminado ou vago pode implicar risco para a segurança jurídica que deve proporcionar o sistema, até porque este tem por objetivo básico impedir a arbitrariedade. É o que se verifica com o conceito de periculosidade social da ação, na concepção material do crime adotada nos países de regime socialista.

No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm conseguido elaborar, a partir de interpretações, critérios razoáveis de delimitação das condutas que devam ser consideradas insignificantes, sob a ótica de um direito penal fragmentário e subsidiário, devendo ser aplicados em casos de extrema relevância e impacto social.

Para se estabelecer limites a essa objeção conceitual, se faz premente que as interpretações e valorações da ofensa

tenham caráter rigorosamente normativo. Poderá ser utilizado o critério da nocividade social que, segundo Roxin¹⁵, dispõe de conteúdo próprio, sendo suscetível, portanto, de concreção material, não obstante todos os problemas a ele pertinentes.

4.2 – A previsão legal de condutas de menor potencial ofensivo

A corrente doutrinária que não aceita o princípio da insignificância, por sustentar que o próprio sistema penal expressamente incrimina tais condutas, afigura-se-nos como equivocada em sua conclusão, pois nada impede que, feita a valoração normativa da ofensa, nos moldes postos em lei, o intérprete reconheça que, de tão ínfima, não se submete sequer aos tipos privilegiados e contravencionais.

Entre outras, a título de exemplificação, a nossa legislação penal reconhece como condutas privilegiadas o furto (art. 155, § 2º, do CP), o estelionato (art. 171, § 1º, do CP), a apropriação indébita (art. 170 do CP) e a receptação (art. 180, § 3º, do CP). Temos, ainda, as contravenções penais que já são, pela própria característica delituosa, consideradas pelo legislador de menor gravidade. Mesmo estando previstas tais ações, algumas deverão, pela sua própria peculiaridade e levando em consideração as circunstâncias concomitantes, ter tratamento diferenciado, sob pena de ferirmos os princípios gerais desse ramo do direito, sobretudo o da intervenção mínima e o das características de fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal, que só deverão ser acionados nas hipóteses em que a vida em sociedade for atingida de forma intolerável e grave, como já frisamos.

¹⁵ ROXIN, Claus. Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas juridicopenales. In: Problemas básicos del derecho penal. Madrid: Ed. Reus, 1976. p. 220.

Com a criação dos Juizados Especiais pela Carta Magna de 1988, os argumentos contrários foram reforçados, pois alegam que a própria constituição reconheceu as ações de bagatela, mas cabe, ainda assim, a punição devida aos infratores. Contudo, não comungamos de tal afirmativa, pois esta previsão constitucional é um avanço na política criminal do Estado no que se refere às práticas de pequena delinquência, e só confirma o princípio da insignificância, uma vez que expressamente determina a não criminalização dos casos de bagatela, fixando tratamento diferenciado no processo e julgamento dessas ofensas menores. Vale ressaltar que a expressão utilizada pelo constituinte foi infeliz e é mais uma forma de sustentar nosso argumento, pois se é infração de pequeno potencial ofensivo, já não tem natureza penal, como já afirmamos acima. Além do mais essas condutas passíveis de juizados não acarretaram reincidências, o que reforça ainda mais nosso argumento. Por todo o exposto, nada obsta que, nos juizados informais, os operadores do direito considerem a insignificância penal do fato e reconheçam pela sua atipicidade.

Essa deve ser a nova tendência do direito penal, que vem sendo defendida por muitos juristas. Trazemos à baila a lição de Ada Pellegrini Grinover¹⁶ que sustenta: "operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos da persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o Ministério Público e o Juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima – com quem o Estado até agora pouco se preocupou – está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 403.

sanção penal. É por essa razão que atuam os mecanismos informais da sociedade, sendo não só conveniente, como necessário, que a lei introduza critérios que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas".

Concluimos que a pena privativa de liberdade só deverá ser aplicada como último recurso penal, sendo aplicada apenas nos casos em que não houver outra alternativa viável. Tudo levando em consideração o princípio da intervenção mínima que norteia o tratamento moderno do direito penal.

4.3 – A falta de previsão legal explícita do princípio da insignificância

Como já afirmado acima, alguns doutrinadores condenam a aplicabilidade do princípio da insignificância por se apegarem a questões puramente formalistas, afirmando não ter o princípio se incorporado ao ordenamento jurídico por falta de previsão legal.

Não podemos aceitar essa argumentação positivista e imprecisa, pois, conforme ressalta brilhantemente Odone Sanguiné¹⁷, "o princípio da insignificância nada mais é do que importante construção dogmática, com base em conclusões de ordem político-criminal, que procura solucionar situações de injustiça provenientes de falta de relação entre a conduta reprovada e a pena aplicável". (grifo nosso). Daí se negar a construção analítica do crime, afirmando-se a atipicidade da conduta levemente agressiva ou lesiva ao bem jurídico. E isso não é novidade uma vez que a doutrina, em diversas hipó-

¹⁷ SANGUINÉ, Odone. *Observações sobre o princípio da insignificância*. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47.

teses, constrói teorias sobre causas excludentes da criminalidade que não estão previstas, levando-se em consideração as causas concomitantes da ação.

Como se pode desejar que o direito contenha, em seus dispositivos, toda e qualquer situação fática social, se estamos lidando com uma sociedade altamente dinâmica e que deverá ter tratamentos diferenciados de acordo com estas situações específicas? A norma escrita, como é sabido, não contém todo o direito. Por isso, a construção de princípios como o da insignificância não ferirá o princípio da legalidade penal ou da reserva legal, assim como as chamadas causas supralegais de exclusão da ilicitude também não o são, como o consentimento do ofendido. Assim, sustenta Francisco de Assis Toledo¹⁸, "como não pode o legislador acompanhar as mutações das condições materiais e dos valores éticos-sociais, a criação de novas causas de exclusão da ilicitude, ainda não traduzidas em lei, torna-se necessária para a correta e justa aplicação da lei penal". Dessa forma, embora nosso estatuto penal não faça referência ao princípio da insignificância, não é possível ao intérprete afirmar o caráter exaustivo e taxativo das causas previstas no art. 23 do Código, onde se trata das causas de exclusão da ilicitude.

O princípio da insignificância se justifica através dessas considerações, pois tanto as causas supralegais, como o princípio que aqui defendemos, têm caráter regulador, competindo ao aplicador do direito a tarefa de julgar o conteúdo da insignificância, conforme preleciona Roxin¹⁹.

¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 159.

¹⁹ ROXIN, Claus. *Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistémicas juridicopenales*. In: *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Ed. Reus, 1976. p. 221.

4.4 – A aplicação do princípio da insignificância como retrocesso do Direito Penal por ausência de direito e de tutela jurídica

Odono Sanguiné²⁰ esclarece: "a adoção do princípio da insignificância, para alguns, gera o perigo de um recuo do direito penal, com o alastramento do senso de ausência de direito e de tutela jurídica, sem qualquer compensação e com conseqüências incontrolláveis". Essa sensação é causada pela falta de conhecimento da natureza fragmentária e subsidiária do direito penal, como já deixamos claro. O que se pretende é fazer com que as condutas pouco expressivas em termos de violação dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico passem a ser tratadas através de um controle social, fora do direito penal, por seu caráter de bagatela. Não se pretende tornar lícito o que é ilícito, mas, tão somente, dar um tratamento diferenciado, com análise e solução por outro ramo do direito, levando-se em consideração todas as circunstâncias concomitantes, muitas vezes adversas à própria vontade do sujeito ativo da figura típica.

A passagem do tratamento dessas infrações de pequeno dano social para outro ramo do direito, traria benefícios significativos para a política criminal do Estado. Evitar-se-ia o gasto excessivo pelo aparelho estatal na persecução criminal, que tanto pesa no orçamento público. Evitar-se-ia a superlotação dos estabelecimentos penitenciários, pois o encarceramento só se faria indispensável nos casos de grave comprometimento da ordem pública. E o mais importante, a nosso ver, seria a possibilidade de se obter a efetiva tutela jurisdicional em relação aos casos graves.

²⁰ SANGUINÉ, Odono. *Observações sobre o princípio da insignificância*. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 3, n.1, p.48.

Alguns autores afirmam que não seria necessária a aplicação do princípio, levando em consideração o que chamam de criminalidade oculta, que, por ser tão pequena a violação do bem jurídico, a própria vítima não deixa chegar ao conhecimento do aparelho estatal de repressão, pois ela está mais interessada na reparação do dano sofrido e não na aplicação da sanção penal. Assim, na prática, operam diversos critérios informais de descriminalização da pequena delinquência.

Vale ressaltar que o próprio Poder Judiciário há muito desenvolve o trabalho de descriminalização interpretativa das condutas de pouca repercussão social, seja pela alegação de insuficiência de prova, seja pela ausência do elemento subjetivo tido como indispensável em certas condutas típicas. Na realidade, conforme preleciona Diomar Ackel Filho²¹, "o que se faz é desconsiderar, embora sob justificativas diversas e indevida, aquilo que, por sua insignificância, revela-se indiferente para o direito penal". Isto só fortalece o nosso posicionamento quanto ao caráter subsidiário do direito penal, que só deve ser utilizado em situações de grave comprometimento da harmonia comunitária.

Aproveitando o exemplo dado, do pai que rouba para saciar a fome dos filhos, é de fácil observação que essa pessoa, normalmente, não cometerá outros crimes, inexistindo razão para submetê-lo à experiência traumatizante do sistema penal que, ao invés de ressocializar, o que demonstra na prática é a perversão da personalidade para a reiterada prática criminosa. Dessa forma, a aplicação de pena criminal não redundará em qualquer benefício para a sociedade ou para o autor da infração, por isso deverá ter tratamento diferenciado.

²¹ ACKEL FILHO, Diomar Ackel Filho. Op. Cit, 94:73.

Por todos os pontos levantados, a aplicação do princípio da insignificância, como forma de descriminalização, constitui importante objetivo para a reforma do sistema penal, convertendo essas infrações criminais de bagatela em infrações administrativas, puníveis com, no máximo, pena de multa de cunho puramente disciplinar. Com a adoção de medidas de natureza administrativa, não se pode falar em ausência de direito ou de tutela jurídica, mas tão somente em utilização de outros instrumentos de controle social no trato da questão das pequenas infrações, preservando-se o direito penal para a tutela de valores sociais relevantes.

5 - CONCLUSÃO

Passaremos às conclusões partindo do brocardo jurídico *nulium crimen nulla sine culpa*. Sem dúvida alguma esta fórmula resume o dogma fundamental de um Estado Democrático, impedindo que ao indivíduo se imponha o gravame da sanção penal exclusivamente com base em critérios de responsabilidade objetiva, como desejam os positivistas. O sistema jurídico precisa considerar que as circunstâncias de privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente são justificáveis quando estritamente necessárias à própria proteção da pessoa, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, principalmente nos casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Demonstramos que a tendência para se afastar este pensamento, puramente objetivo, é buscar a reaproximação do direito penal com a experiência cotidiana social, sem que

se negue o mérito do trabalho sistemático para a preservação da garantia da segurança jurídica, mas clamando pela adaptação da lei à realidade fática, onde serão levadas em consideração as circunstâncias concomitantes, que variam de caso para caso.

Como explicitado, o princípio da insignificância, que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade, subsidiariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal, tem o sentido de excluir ou afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material, consoante assinala expressivo magistério doutrinário expendido na análise do tema em referência, como Francisco de Assis Toledo²², Cezar Roberto Bitencourt²³, Damásio E. de Jesus²⁴ e Maurício Antonio Ribeiro Lopes²⁵. A incriminação, tendo em conta o alto custo social que a pena representa, só se justifica quando estiver em jogo um bem ou um valor socialmente relevante, não podendo alcançar fatos que se encontrem exclusivamente na ordem moral, nem situações que, apesar de ilícitas, não atinjam significativamente a ordem externa.

O princípio da insignificância considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como:

- a mínima ofensividade da conduta do agente;
- a nenhuma periculosidade social da ação;
- o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e

²² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 133-134.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 6.

²⁴ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal; parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. Item n. 11, "h".

²⁵ LOPES, Maurício Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito Penal*. São Paulo: RT, s. d. p. 113-118

- a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Apoia-se, dessa forma, o seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal.

Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância não tem previsão legal no direito brasileiro, sendo considerado, contudo, princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo *minimis non curat praetor* e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que, no tipo, somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por essa razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico.

Na realidade, e considerados, de um lado, o princípio da intervenção mínima do estado (que tem por destinatário o próprio legislador) e, de outro, o postulado da insignificância (que se dirige ao magistrado, enquanto aplicador da lei penal ao caso concreto), na precisa lição do eminente professor René Ariel Dotti²⁶ *cumpre reconhecer que o direito penal não se

²⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal; Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 68.

deve ocupar de consultas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social”, como já frisado.

Ao redigir o tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que a conduta incriminada possa causar à ordem jurídica e social, não tendo como evitar que sejam alcançados também os casos leves. O princípio da insignificância surge para proteger tais eventos, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal. Por outro lado, fundamenta-se também o princípio na idéia de proporcionalidade que a pena deve guardar em relação à gravidade do crime. Nos casos de ínfima afetação do bem jurídico, ainda que se aplicasse uma pena mínima, esta seria desproporcional à insignificância social do fato. Não se pretende, como já dito, que as condutas lesivas de pouca importância passem a ser consideradas lícitas, o que se objetiva é retirá-las da área de influência do direito penal, transferindo a solução do problema para outros ramos do ordenamento jurídico ou mesmo para outros instrumentos de controle social.

É por reconhecer que o ramo do Direito Penal não contempla todas as situações fáticas sociais e suas circunstâncias concomitantes, que apelo para a solução deste impasse utilizando o brocardo jurídico *nullum crimen nulla poena sine culpa*. Sem dúvida alguma esta fórmula resume o dogma fundamental de um Estado Constitucional Democrático, impedindo que ao indivíduo se imponha o gravame da sanção penal

exclusivamente com base em critérios de responsabilidade objetiva. A utilização do princípio da insignificância, por parte dos nossos aplicadores do direito, seria um passo fundamental para uma possível redução dos problemas carcerários brasileiros e de ressocialização na política criminal do Estado, tudo em prol da realização do justo e do pleno desenvolvimento social.

6 – REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. *O princípio da insignificância no direito penal*. JTACrimSP, 94:73.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Conrado A. Finzi. Buenos Aires: Depalma, 1973.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Posição da Culpabilidade na dogmática Penal*. Aula inicial do Curso de Doutorado em Direito penal. Recife : Faculdade de Direito do Recife – UFPE, 2004.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal; parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Montevideo: B de F Ltda, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal; parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. Item n. 11, "h".

LOPES, Maurício Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal**. São Paulo: RT, s.d.

MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho penal; parte geral**. Barcelona: Bosch, 1984.

OLIVARES, Gonzalo Quintero. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Barcanova, 1981.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. **Fascículos de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 3, n. 1.

ROXIN, Claus. Culpabilidad y responsabilidad como categoriad sistemáticas jurídicopenales. In: **Problemas básicos del derecho penal**. Madrid: Ed. Reus, 1976.

_____. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Trad. Francisco Muñoz Conde e Diego-manuel Luzon Peña. Sevilla: Ed. Univ. de Sevilla, 1981.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 1981. v. 3.

A AUTO-EXECUTORIEDADE DA SENTENÇA MANDAMENTAL

Simone Duque de Miranda

Advogada da equipe do escritório Correa Rabello, Costa & Associados, Pós-Graduada em Direito Tributário pela UNEB, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, bacharel em Administração de Empresas pela Fundação Universidade de Pernambuco.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 - AÇÃO MANDAMENTAL; 2 - CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS - UMA CONCEPÇÃO FOCADA NA EFETIVIDADE; 3 - SENTENÇA MANDAMENTAL; 4 - O FUNDAMENTO DO CUMPRIMENTO DA ORDEM E SUA IMEDIATIDADE; 5 - A COERCITIVIDADE; 6 - EFETIVAÇÃO DA TUTELA; 7 - UM CASO CONCRETO; 8 - CONCLUSÃO; 9 - REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O interesse pelo tema a "Auto-executoriedade da Sentença Mandamental" surgiu da observação dos embates da lida diária na advocacia tributária, onde vivenciamos um constante desrespeito da Fazenda Pública aos provimentos mandamentais, especialmente às sentenças, momento em que são travadas verdadeiras batalhas em busca da efetividade da prestação jurisdicional. O sentimento, indubitavelmente, é o da mais pura frustração.

Com efeito, nestes momentos, sente-se morrer o

heroísmo dos remédios heróicos, a celeridade da urgência, e até mesmo, o sentimento de justiça da própria Justiça, posto que jurisdição sem efetividade é tão, ou mais frustrante, do que não tê-la. Dessa forma, essa frustração conduz à seguinte reflexão: que valores estão sendo desrespeitados, e por quê?

A busca dessas respostas nos levou a confrontar opiniões de grandes nomes em defesa de teses brilhantes acerca do tema. Dessa forma, mantivemo-nos na consciência da pequenez da pouca bagagem, deixando-nos conduzir muito mais pela ânsia sincera de entender algo que não se aceita, do que propriamente pela técnica acadêmica.

O que interessava, pois, era adquirir uma real percepção da essência da auto-executoriedade da sentença mandamental, quais os motivos que justificaram sua existência e qual seu verdadeiro alcance na prestação jurisdicional.

A motivação inicial da pesquisa partiu da percepção de que a mandamentabilidade nasce de uma necessidade especial de tutela. Com efeito, a mandamentabilidade existe para albergar determinadas situações que, na visão do ordenamento jurídico, são tão importantes que ensejam tutela diferenciada.

Para se chegar ao cerne do estudo em tela, faz-se necessário, antes, ultrapassar a polêmica acerca da classificação das sentenças, a fim de entender a existência da sentença mandamental como espécie autônoma. Para só depois abstrair de sua essência a natureza de sua auto-executoriedade.

Fixado esse primeiro entendimento, questiona-se acerca dessa auto-executoriedade: Que força a motiva? Quais bens da vida justificam sua existência?

Para formação do silogismo de base, partimos da idéia de que a sentença mandamental não pode ser analisada por si só, posto que, como já o dissemos, existe

para atender pretensões especiais, bens de vida que pedem mandamentabilidade. Em assim sendo não se pode entendê-las, sem antes entender a natureza das ações mandamentais e que pretensões tutelam, para ao final entendermos suas características e quais elementos a dotam de auto-executoriedade.

Nos ensinamentos do mestre Pontes de Miranda, encontramos a base lógica que fundamentou o entendimento da mandamentabilidade, a qual nos deu todo o direcionamento para o desenvolvimento da pesquisa.

Dessa forma, conceitos como *peso de mandamentabilidade, tutela específica, satisfação in natura, imediatidade, ordem, coercitividade*, entre outros, foram se justapondo, e tomando mais nítida a idéia de que a mandamentabilidade tem por objetivo uma maior efetividade da prestação jurisdicional.

Percebe-se, nesse momento, o porquê do sentimento de frustração diante do desrespeito às decisões mandamentais. É que hoje, o direito processual se volta para essa busca de efetividade jurisdicional, uma situação, vale dizer, condizente com o Estado Democrático de Direito, o qual tem no escopo da jurisdição o reflexo de sua essência.

Com efeito, vivenciamos um tempo de modernização do direito processual civil, onde tudo se direciona para a idéia de processo como instrumento de justiça. Hoje, o Estado interfere, sim, na esfera dos particulares. Não existe mais o receio de desrespeito à dignidade dos cidadãos ao interferir nas suas relações, pois a esse dever de respeito se sobrepõe a idéia de interferir para proteger.

Curial dizer, que, nem sempre a não interferência significa respeito, pode significar, também, omissão. E omissão, indubitavelmente, não condiz com o Estado moderno, onde o bem estar de seu povo constitui motivo precípuo de sua existência.

É sob essa ótica, a de maior interferência do Estado com o fim de tutelar, onde Ação e Processo existem para viabilizar Jurisdição, e esta para atender à ânsia dos cidadãos de tornar mais justa a vida, é que surgem elementos no direito processual com o fito de tornar efetiva a distribuição de justiça.

Assim surgem mecanismos diversos como a previsão de provimentos mandamentais, o procedimento monitorio, a tutela antecipada, a tutela específica, bem como uma nova feição de velhos institutos como o agravo e o procedimento sumário, e mecanismos como o ato atentatório ao exercício da jurisdição, capazes de assegurar um maior acesso à ordem jurídica justa.

É dentro desse contexto de inovação que se pretende tratar a auto-executoriedade da sentença mandamental, não com um enfoque meramente terminológico, mas que, de alguma forma, por mínima que seja, traga alguma eficácia na vida de quem precisa da tutela jurisdicional.

Como dizia o extraordinário Pontes de Miranda "... o direito processual é o ramo das leis mais rente à vida". E como é verdadeira essa afirmação, posto que não se pode conceber a evolução de um povo sem a evolução da distribuição de justiça desse povo. Esse trabalho é, pois, mais uma tentativa despretensiosa de pensar sobre o que, verdadeiramente, tem o condão de nos conduzir a essa evolução.

1 - AÇÃO MANDAMENTAL

A classificação moderna das ações costuma admitir como cientificamente adequada a que leva em conta a espécie de tutela jurisdicional pleiteada pelo demandante, razão pela qual se fala em ações de execução, ações cautelares, e ações de conhecimento, as quais, a depender do tipo de sentença que se pretenda obter, serão para

que se declare, ou se constitua, ou se condene, ou se mande, ou se execute.

Em assim sendo, tem-se a subclassificação das ações de conhecimento, onde parte da doutrina entende existir apenas três tipos de ações (classificação trinária), as quais seriam a meramente declaratória, a constitutiva e a condenatória, e uma outra parte que entende existir ainda mais dois tipos, a executiva e a mandamental, a classificação quinária, por nós adotada.

A lógica da classificação quinária nos pareceu mais adequada por ter o condão de bem evidenciar cada característica que compõe as ações, especialmente a mandamentabilidade (objetivo deste trabalho). Dessa forma, tem-se a possibilidade de entender a natureza das ações segundo a carga de eficácia de cada uma. Parece-nos, pois, um raciocínio mais nítido e conseqüentemente mais sólido.

Da análise sob a ótica do peso da eficácia dos elementos, conclui-se que não existem sentenças de mérito de conteúdo puro: seja uma puramente condenatória, ou puramente declaratória, ou puramente constitutiva, puramente mandamental ou ainda puramente executiva. Os elementos existem sempre, o que varia é a intensidade dessa existência. Dessa forma, a qualidade de cada uma resulta da quantidade ou intensidade de um dos elementos, de como é distribuída a sua intensidade.

Fixado o entendimento da existência da ação mandamental como espécie autônoma, faz-se necessária a análise de suas características. A ação mandamental tem por objetivo preponderante obter uma ordem a que alguém atenda, de imediato, ao que o juízo manda. Nessas ações evidencia-se a premência de obedecer, há, pois, a preponderância da mandamentabilidade.

Nesta espécie de ação, supõe-se que o juiz, ao analisar fatos e direito postos sob sua apreciação, esteja de tal modo convicto da presença de todos os elementos

necessários à execução de sua decisão que de logo possa mandar cumpri-la.

Vê-se, pois, claramente, a preponderância da mandamentabilidade, bem mais expressiva, por exemplo, do que a carga declarativa, ou constitutiva, ou condenatória, ou executiva, a exemplo do que ocorre nas ações de *babeas-corpus*, na ação de mandado de segurança, na de manutenção de posse, no interdito proibitório, na de arresto, na de seqüestro, busca-e-apreensão e tantas outras.

2 - CLASSIFICAÇÃO DAS SENTENÇAS - UMA CONCEPÇÃO FOCADA NA EFETIVIDADE

A classificação tradicional das sentenças as enumera como declaratórias, condenatórias e constitutivas. Entretanto, as sentenças dessa classificação trinária são, nos dias de hoje, onde se busca uma maior efetividade da tutela jurisdicional, insuficiente para garantir tutela adequada aos direitos não patrimoniais, posto que, através de nenhuma delas, se tem como ordenar.

Por este motivo, e com a mesma lógica utilizada na classificação das ações, adotamos a classificação quinária das sentenças, a qual introduziu a sentença executiva e a mandamental, por conterem auto-executoriedade, e dessa forma serem mais capazes de imprimir uma maior efetividade à prestação jurisdicional.

Dessa forma, vale a reflexão sobre o seguinte aspecto: "se surgiu nova necessidade de proteção jurisdicional e, assim, nova modalidade de tutela, não há razão para se preservar a antiga classificação trinária como se ela fosse absoluta e intocável."¹

¹ CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990. p.98.

Ademais, hoje, o direito brasileiro contém expressa alusão aos provimentos judiciais de natureza mandamental, conforme prevê o art. 14 do CPC com a redação que lhe foi dada pela Lei Nº 10.358/2001.

Vejamos, pois, o fundamento da nova classificação.

Antes, porém, é importante ressaltar que parte da doutrina, vale dizer, composta de grandes e respeitados nomes, não aceita a classificação quinária das sentenças, entendendo-a como desnecessária, posto que, para estes juristas, o conceito de sentença condenatória é amplo e suficiente para incluir as sentenças executivas e mandamentais, não necessitando, pois, de novas classes de sentenças².

Ao analisarmos a origem da classificação trinária, o sentimento que se tem é de que não apenas reflete a necessidade de isolar o direito material do processo, como também, espelha valores do direito liberal, fundamentalmente a pretendida neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a não ingerência do Estado nas relações dos particulares e a incoercibilidade do fazer.

Dessa forma, todas as sentenças da classificação trinária são, *lato sensu*, declaratórias, posto que não permitem ao juiz ordenar, é o reflexo do Estado liberal o qual fez surgir um juiz despido de poder de *imperium*, que deveria apenas proclamar as palavras da lei.

O juiz, na sentença condenatória, além de declarar, aplica a sanção, abrindo as portas para a ação de execução, e apenas esta interfere no plano da realidade social. Dessa forma, sem a ação de execução, a sentença conde-

² Nesse sentido, considerando que as sentenças executivas e mandamentais são, em verdade, sentenças condenatórias. BERMUDEZ. *Introdução ao Processo Civil*. p. 121. É de se referir a posição de Arruda Alvim, para quem as sentenças mandamentais são, em verdade, constitutivas (Sentença no Processo Civil. *Repro* 2/59).

natória ficaria reduzida a uma espécie de sentença declaratória, da qual se diferencia tão somente por conter uma sanção, e assim, a potencialidade de abrir ensejo para a execução.

Há que se atentar, pois, para o fato de que uma jurisdição com função meramente declaratória está comprometida com o princípio da separação dos poderes e, principalmente, com a relevância institucional que foi dada pelo direito liberal ao poder legislativo. A sentença *lato sensu*, então, seria tão somente a reafirmação da vontade da lei e a autoridade do estado-legislador. O juiz seria apenas "um boca da lei"³.

Não resta dúvida que o juiz, na sentença mandamental para ordenar, também tem que declarar, esse não é o problema, posto que o juiz precisa investigar a existência do direito para poder ordenar. O problema reside em reduzir a função do juiz à declaração, privando-o da possibilidade de dar ordens e exercer, assim, o *imperium*⁴. Em assim sendo, é clara a imprescindibilidade para uma maior efetividade da tutela jurisdicional, de uma sentença que ordene.

Vê-se, pois, que a classificação trinária das sentenças tem nítida relação com um Estado marcado por uma acentuação dos valores da liberdade individual em relação aos poderes de intervenção estatal, revelando ainda nítida opção pela incoercibilidade das obrigações.

Isso ocorre porque o processo liberal, permeado pelos princípios da abstração dos bens e sujeitos e da equivalência dos valores, não estava preocupado em assegurar o adimplemento *in natura*, ou em assegurar ao

³ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridico moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 267.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 452.

credor o que lhe era devido, mas apenas em garantir o natural funcionamento da economia de mercado, e para tanto bastava a sentença de condenação.

Há que se ver, todavia, que a dinâmica de vida que hoje se vivencia é outra, bem como os valores que devem ser protegidos.

O direito liberal não tinha a menor preocupação com a tutela das posições sociais economicamente mais fracas, nem mesmo com a proteção de determinados bens que hoje merecem, em razão de sua imprescindibilidade para a inserção do cidadão em uma sociedade mais justa, tutela jurisdicional diferenciada. Em função dessa realidade, a tutela não precisava ser específica, bastando apenas o restabelecimento do valor econômico da lesão, isto é, a tutela ressarcitória⁵.

Vê-se, pois, a íntima relação entre a ideologia liberal e a transformação do processo econômico, e a estreita ligação entre a igualdade formal das pessoas, a concepção liberal de contrato e o ressarcimento do dano como a sanção que expressa a realidade de mercado.

Ou seja, a idéia é de que se os homens gozam de liberdade para contratar, não cabe ao Estado interferir no caso de inadimplência. A interferência estatal se limita à contenção do que é proibido, gozando dessa natureza a tutela ressarcitória.

A sentença condenatória, enquanto sentença que se liga à execução por sub-rogação, não tem o condão de obrigar, posto que independe da vontade do obrigado, de algo que atue sobre sua vontade. Vê-se aí uma clara ligação com a ideologia liberal, já que o juiz não tem o poder de atuar sobre a vontade do réu, privilegiando a liberdade individual.

⁵ MAZZAMUTO, Salvatore. *L'attuazione degli obblighi di fare*. Napoli: Jovene, 1978. p. 35.

O mesmo ocorre com a sentença declaratória, que regula, sem interferência na esfera do particular, uma relação jurídica já estabelecida pelas partes. Ambas são reflexos da ideologia de que, interferir na relação, não se constitui proteção, mas um verdadeiro atentado contra a liberdade e a dignidade dos homens.⁶

A análise de todos esses aspectos nos leva a concluir que o sistema clássico de proteção dos direitos não se preocupava com a preventividade, posto que se baseava na idéia de que qualquer infringência se corrigiria pelo ressarcimento. Uma idéia, com certeza inadequada aos dias de hoje, onde muitos bens da vida requerem uma tutela jurisdicional diferenciada, o que significa dizer que, para algumas situações, nada ou quase nada adiantará a tutela tão somente ressarcitória.

Em razão dessa carência, é que o processo moderno vem buscando um redirecionamento de sua estrutura normativa, a exemplo do que ocorre com os arts. 461 e 461 - A, do CPC, e do art. 84 do CDC, os quais permitem que se ordene, sob pena de multa, o que não se encaixa em nenhuma das decisões da classificação trinária, visando à prestação de uma tutela verdadeiramente efetiva.

3- A SENTENÇA MANDAMENTAL

A sentença mandamental é a que ordena mediante coerção indireta. É a que tem auto-executoriedade. Conter auto-executoriedade significa dizer que a sentença, por si só, já tem força executiva, posto que contém uma ordem, em paralelo a um mecanismo coercitivo, não precisando, pois, de uma ação que lhe dê eficácia. Dessa

⁶ CHIARLONE, Ver SÉRGIO. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1980.

forma, conclui-se que este é o seu elemento eficaz: a existência de uma ordem para que se expeça um mandado.

A sentença mandamental se diferencia das demais por tutelar o direito do autor, forçando o réu a adimplir a ordem do juiz. A ordem que nela existe significa *imperium*, elemento inexistente na sentença condenatória, por exemplo, compreendida como sentença correlacionada com a execução forçada.⁷

Curial observarmos o significado da expressão "forçar o réu a adimplir a ordem do juiz". Pontes de Miranda, através de pequeno excerto de sua obra "Comentários ao Código de Processo Civil", nos esclarece, como sempre de forma extraordinária, a respeito da natureza da ordem contida na sentença mandamental, evidenciando-lhe o aspecto da imediatidade a diferenciá-la dos demais elementos que compõem os atos decisórios, *verbis*:

Na sentença mandamental, o ato do juiz é junto, *imediatamente*, às palavras (verbo), _ o ato, por isso, é dito imediato. Não é mediato como o ato executivo do juiz a que a sentença condenatória alude (anuncia); nem é *incluso*, como o ato do juiz na sentença constitutiva.⁸

Vê-se, pois, que a sentença mandamental se caracteriza pela presença dos seguintes elementos: *reconhecimento de direito, imediatidade, ordem e coerção*. Dessa

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, cit., p.351.

⁸ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 444º - 475*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. Tomo V, p. 63.

forma, conclui-se que a auto-executoriedade é o resultado da contemporaneidade entre o reconhecimento do direito e a ordem com força coercitiva.

4 - O FUNDAMENTO DO CUMPRIMENTO DA ORDEM E SUA IMEDIATIDADE

As decisões mandamentais são especiais, justamente para tutelarem situações especiais. Se ensejam mandamentabilidade, é porque o ordenamento jurídico julgou-a tão importante a ponto de justificar essa mandamentabilidade. Se há ordem, é porque a situação não pode esperar pelo rito normal. A presença da ordem significa que a urgência a ensejou, sob pena de não mais adiantar a prestação jurisdicional, posto que, em certas situações, atitude tardia é omissão.

A necessidade de proteção é tão contundente que só resta a ordem, qualquer coisa menos eficaz é inócuo.

Dessa forma, o fundamento do cumprimento da ordem é a contundência da necessidade de que se reveste a situação de uma tutela imediata sob pena de transformar-se em algo menos que especial, menos que remédio, menos que heróico, ou até mesmo, menos que justo. É a esse imperativo que se obedece.

A Coercitividade

Como vimos, na sentença mandamental há que se cumprir a ordem, face à imperiosidade que ensejou a mandamentabilidade. Essa ordem, por sua vez, há que ser contemporânea ao reconhecimento do direito e dotada de coercitividade. Para tanto, deverá estar acompanhada de mecanismos, os quais constituem meios de coerção, a fim de que seja efetivamente cumprida, que tenha eficácia.

Esses mecanismos de coercitividade são objetos complementares de sua efetividade. Não mais com a feição de mandar cumprir, mas de punir, porque não se cumpriu. Surge, dessa forma, a sanção.

A sanção como objeto complementar de efetividade

Em assim sendo, o sistema estabelece diversos meios de coerção do destinatário, os quais se constituem em multas, prisão etc. É, pois, a sanção, a forma complementar da efetividade da sentença mandamental, indispensável para o fim de que seja cumprida a ordem e que se chegue a uma efetividade da prestação jurisdicional.

Em assim sendo, a sanção há de estar sempre presente no *decisum*, concomitantemente com a ordem, posto que, é o que lhe dá eficácia. Caso contrário, não se formará o mecanismo de efetividade. Ou seja, o mesmo ato que reconhece o direito é o mesmo que manda e coage para isso. Como fazê-lo na ausência da sanção?

O sistema processual admite que a ordem judicial seja acompanhada por uma ou mais espécies de sanção. O importante é que a força coercitiva dessa previsão seja suficientemente capaz de compelir o demandado a cumprir a ordem contida na decisão.

Quanto à incidência das sanções, estas podem incidir de diversas formas: sobre a própria pessoa, sobre seu patrimônio, na sua atuação processual etc. Entretanto, há uma tendência na maximização das sanções sobre o patrimônio⁹, em detrimento das que incidem na pessoa

⁹ Como já anotava Barbosa Moreira, é tendência do direito moderno que as medidas coercitivas de ordem pessoal fiquem reservadas para casos excepcionais, como o das dívidas de alimentos. Em compensação, tendem a ver-se consagradas com largueza crescente as de ordem patrimonial, do tipo astreintes. Tendências em matéria de execução de sentenças e ordens judiciais, *RevPro* 41/163.

do destinatário, sendo esta utilizada tão somente em casos extremos, em que as demais se mostraram ineficazes ao cumprimento da ordem.

A sanção de cunho patrimonial, a qual se constitui na cominação de multa pecuniária, é a mais importante, tendo em vista sua eficácia prática, principalmente com o advento do art. 84, § 4º, do CDC, para as relações de consumo, e dos artigos 461, § 4º, e 461-A do CPC para os casos genéricos que tratam de obrigação de fazer ou não fazer ou de entrega de coisa.

As sanções pessoais, normalmente, são advertências e medidas de coerção física, as quais resultam em grande eficácia prática, face à pressão psicológica que produzem. Entretanto, sua utilização é restrita, aplicando-se apenas aos casos em que outros tipos de sanção não alcançam o resultado desejado.

O exemplo mais famoso é a execução da prestação de pensão alimentícia, a qual possui normativo que estabelece pena de prisão para o caso de descumprimento da ordem¹⁰.

No exemplo acima, vê-se que a pressão psicológica é que tem o verdadeiro poder coercitivo, por este motivo alguns defendem a possibilidade de aplicar a prisão civil para os casos de desobediência às ordens judiciais, a exemplo do que ocorre nos países que adotam o sistema do *common law*, no qual empregam o mecanismo coercitivo denominado *Contempt of Court*.

O instituto do *Contempt of Court* se constitui na recusa em se obedecer a uma ordem judicial, que pode ser o *civil contempt*, que objetiva induzir a parte a cum-

¹⁰ "Na execução da sentença ou de decisão que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º. Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á o prisão pelo prazo de um (1) a três meses," conforme art. 733 do CPC.

prir o comando judicial, e o *criminal contempt*, que tem dupla finalidade: punir aquele que se recusa a cumprir a decisão judicial e inibir outras pessoas a desobedecer a essa ordem.

Curial dizer que em nosso ordenamento há o que se chama de "Contempt of Court Brasileiro"¹¹. Na verdade, trata-se do ato atentatório ao exercício da jurisdição, mecanismo inserto no art. 14, inciso V, e parágrafo único do CPC, introduzido pela Lei nº 10.358/01, com o fito de dar mais eficiência e efetividade à prestação jurisdicional, todavia, numa feição bem mais contida do que a versão anglo-saxônica, posto que, entre outros aspectos não prevê a prisão civil.

Quanto à prisão civil, entende Sérgio Shimura¹² que "é preciso interpretar a prisão como forma de concretização do direito fundamental à tutela efetiva, e não apenas como uma odiosa lesão ao direito de liberdade. Realmente, a prisão, no caso, não tem a ver com dívida. Trata-se de meio coercitivo para cumprimento das determinações judiciais".

Todavia, não se pode olvidar os óbices impostos pela Constituição Federal. Com efeito, o Brasil é signatário da convenção americana de Direitos Humanos, a qual proíbe qualquer forma de prisão civil, salvo a do devedor de alimentos¹³. Por sua vez, a referida convenção ganha

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O contempt of court brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa. *Revista dialética de direito processual*, São Paulo, n. 18, p. 9-19, set. 2004.

¹² Efetivação das tutelas de urgência. In: *Processo de execução*, p. 674.

¹³ Segundo Barbosa Moreira, "difícil ir além das astreintes, sobretudo no que concerne a medidas de coerção pessoal - as quais, sem falar em possíveis objeções de princípio, suscitariam desde logo questão de legitimidade constitucional; o art. 153, § 17 da constituição da República só admite prisão civil por dívida nos casos de depositário infiel e do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar". (Notas sobre o problema da efetividade do processo, p. 40)

força de garantia individual, em face da previsão do artigo 5º, § 2º, da CF.

Ademais, como a falta de cumprimento de decisão judicial atrai sanções penais com penas privativas de liberdade, se faz desnecessária a adoção da prisão civil para tais casos.

A sanção penal tem por finalidade *punir* a infração cometida pelo agente, diferentemente das demais que têm por função *fazer cumprir* o comando judicial, apesar de que termina por coibir, da mesma forma, o descumprimento da ordem.

O código penal tipifica como crime "desobedecer a ordem legal de funcionário público". Dessa forma, para fins de aplicação, o juiz é considerado funcionário público, e descumprir sua ordem é crime. Não se pode, todavia, confundir ordem com exortação, em assim sendo, apenas o desrespeito às decisões que contêm uma ordem, as mandamentais, é que tipificam o crime de desobediência¹⁴.

Os sujeitos ativos da conduta tipificada podem ser particulares ou funcionários públicos em sentido amplo, em relação a atos e fatos não relacionados ao exercício do cargo e função públicos, podendo inclusive caracterizar o crime de prevaricação, ou de responsabilidade quando o funcionário público estiver no exercício da função.

No caso de pessoa jurídica de direito privado, será considerado sujeito ativo do delito a pessoa responsável pelo cumprimento da ordem. Para Eduardo Talamine¹⁵ "é irrelevante a circunstância de o representante, pessoalmente considerado, ser terceiro" no processo civil de

¹⁴ TALAMINE, Eduardo. Ainda sobre a prisão como "execução indireta", p.289-290.

¹⁵ Ainda sobre a prisão, p. 307.

que proveio a ordem, até porque – reiterar-se – o sancionamento por desobediência é alheio ao processo em curso. "De resto, sempre se reconheceu que o crime de desobediência é praticável por terceiros em relação ao processo."

Já para as pessoas jurídicas de direito público ocorre de forma diferente, tendo em vista não caracterizar crime de desobediência, e sim, de prevaricação. Entretanto, surge aí um complicador, posto que para sua tipificação se faz necessária a presença do elemento subjetivo "satisfazer interesse ou sentimento pessoal", dessa forma não há como se punir o agente público pelo crime de prevaricação.

Nesse sentido, Eduardo Talamine entende que

o funcionário público, ao descumprir ordem judicial em virtude de determinação de seu superior hierárquico, pratica crime de desobediência ou prevaricação, pois o art. 22, CP, somente subtrai a responsabilidade penal quando a ordem do superior hierárquico não é manifestamente ilegal. No caso de decisão judicial, seria manifestamente ilegal a ordem para descumpri-la, devendo o funcionário, portanto, obedecer ao comando judicial.¹⁶

Adotamos, pois, o entendimento acima esposado, posto que, do contrário teríamos a institucionalização da imunidade do poder público no que diz respeito ao cumprimento de ordens judiciais. O que, para um Estado de Direito Democrático, termina por se constituir em fragili-

¹⁶ Ainda sobre a prisão, p. 309

dade, tendo em vista o risco que se corre ao admitir-se a inatingibilidade do poder público diante das ordens do judiciário.

É o que ocorre, por exemplo, com a Fazenda Pública Nacional, notadamente no governo em exercício, onde se vivencia um total desrespeito às decisões judiciais, pelos delegados da Receita Federal, os quais se arvoram a reinterpretar decisões mandamentais, sob a orientação do Governo federal, numa clara tipificação do crime de desobediência.

6 - EFETIVAÇÃO DA TUTELA

Entretanto, mesmo com essa força coercitiva pode acontecer que a decisão não seja cumprida.

O que fazer então?

Uma das opções é a conversão da obrigação infungível em perdas e danos e o atingimento do patrimônio do destinatário da ordem descumprida, a fim de satisfazer a obrigação. Uma outra, seria a conversão do caráter mandamental da sentença em executivo *lato sensu*.

Curial observar que não há uma modificação na sentença que a altere de mandamental para executiva, pois na sentença mandamental já existe a eficácia executiva, o que se promove, pois, é tão somente a sua intensificação.

Essa conversão termina por produzir uma maior coercitividade, posto que produz o efeito psicológico de mostrar ao destinatário da ordem que o preceito será cumprido, com ou sem a sua colaboração. Entretanto, não é todo tipo de ordem que se pode converter, a exemplo das que são *intuitu personae* e possuem um período de tempo limitado para sua prestação. Para estes casos, resta a indenização por perdas e danos, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Com efeito, o descumprimento da ordem se equipara à situação em que ocorreu o dano, atraindo a tutela ressarcitória conforme preceituação do artigo 927 do Código Civil.

O ressarcimento, dessa forma, faz com que, mesmo que a tutela não seja prestada como determinada, não haja prejuízo, ou que pelo menos este seja minimizado, posto que, nas perdas e danos computa-se tudo o que perdeu, e mais o que deixou de lucrar.

O sentimento que se tem quanto à efetividade da prestação jurisdicional é que, mesmo com a reforma processual, muito fica a desejar. E da observação que fazem os especialistas, o que se conclui é que o óbice maior dessa efetivação reside na estrutura falha do processo de execução.

Diante dessa constatação, algumas soluções são sugeridas a exemplo da previsão abrangente de crime de desobediência para o descumprimento de decisões que contenham ordem, ou mesmo a introdução de um tipo penal de ato atentatório à dignidade da justiça.

O que não se pode permitir é que cesse a busca pela efetividade da prestação jurisdicional. E não resta dúvida que a sanção é a forma mais eficaz de conduzir à obediência das ordens judiciais. Em assim sendo, que as tomemos mais abrangentes e mais coercitivas. Respeitando, logicamente os princípios e garantias fundamentais. Não se pode, entretanto, permitir a injustiça de uma justiça sem efetividade. Seria um ferimento de direito ainda maior.

No decorrer deste item pudemos observar que as últimas alterações das normas processuais fortaleceram a teoria da sentença mandamental, a qual exerce papel de fundamental importância na obtenção da tutela jurisdicional específica.

Por ser dotada de mais eficácia, a sentença mandamental é um mecanismo que tende a se tornar mais abrangente. Para tanto, necessário se faz munir o judiciário de dispositivos com poder para tal fim. Entretanto, sem o desrespeito aos limites constitucionais, como no caso da prisão civil, a qual nos parece drástico, e que resultaria não só no atentado à liberdade do indivíduo, bem como, em mais um dispositivo legal sem uso.

O que se precisa, pois, é a utilização dos mecanismos que já se tem, de seu aprofundamento, e que dessa vivência seja tirada e aperfeiçoada a idéia de qual o meio mais eficaz para o atingimento da efetiva prestação jurisdicional.

7 - UM CASO CONCRETO

A fim de ilustrarmos o estudo em tela, trazemos um caso concreto, onde, a nosso ver, houve um claro afrontamento à auto-executoriedade das decisões mandamentais.

Com efeito, a decisão em foco desconsidera a própria auto-executoriedade, ao determinar extração de carta de sentença *em mandado de segurança*, a fim de que se proceda a execução, aplicando, assim, a orientação geral do art. 521 do CPC, e não a execução direta do *decisum* com simples ofício ao destinatário da ordem, como seria o procedimento correto para tais casos. Conforme transcrição abaixo:

...
 - A despeito da juridicidade dos argumentos favoráveis à imediata executoriedade dos acórdãos proferidos em apelação de mandado de segurança, inclusive na própria segunda instância, esta

egrégia Primeira turma firmou o entendimento de que "a execução de acórdãos compete ao juízo de origem, na primeira instância, razão por que cabe ao Presidente da Turma ou Relator, tão-só, **determinar a baixa definitiva dos autos, após o trânsito em julgado da decisão, ou a expedição de carta de sentença, quando houver recurso pendente de julgamento.**"¹⁷

... (Grifamos)

É surpreendente o posicionamento, posto que não há previsão legal que condicione a execução provisória da sentença mandamental à extração de carta de sentença. Pelo contrário, o que quis o legislador ao atribuir ao mandado de segurança um rito especial, que permite a execução específica, foi, justamente, dar celeridade ao remédio. Aliás, como ocorre com todas as situações ensejadoras de decisões mandamentais.

Com efeito, se o legislador entendeu que a situação em tela estaria ao abrigo de uma proteção especial, é para que seja especial por todo o processamento. Ou seja, todos os seus mecanismos e atos deverão estar impregnados da essência de celeridade que lhe motivou a proteção.

Lamentável, pois, o posicionamento daquela egrégia corte. É como se a situação merecesse a proteção célere do rito mandamental, e que em determinado momento essa necessidade de proteção deixasse de existir, ensejando, dali por diante, o rito ordinário.

Numa visão analítica da estrutura da mandamentabilidade, conclui-se que, no caso em tela, esta foi mu-

¹⁷ [...] (TRF1. AGMS nº 199801000610701. DJ de 27/09/1999).

tilada. Com efeito, o *decisum* reconheceu o direito, entretanto, tornou-se mera decisão condenatória, posto que a imediatidade foi suprimida pela determinação da extração de carta de sentença para execução provisória perante o juízo singular.

Nesse momento, estancou-se todo o rito mandamental, posto que mesmo reconhecido o direito, não houve imediatidade, não houve ordem, e nem a coercitividade para fazer cumpri-la. Entretanto, **a natureza da situação jurídica a cujo amparo se destinou a mandamentabilidade permanece**, a situação continua a ensejar proteção, o que nos leva a concluir que não houve efetividade da prestação jurisdicional.

Dessa forma, questiona-se: essa concretização de distribuição de justiça pode esperar pela finalização do rito ordinário?

E se pode, como ensejou mandamentabilidade?

Vimos, pois, um caso em que a auto-executoriedade não foi respeitada, entretanto, não pelo destinatário da ordem que deveria conter a decisão, mas pelos próprios julgadores que, numa visão, lamentavelmente equivocada da decisão mandamental, terminaram por mutilá-la. Tiraram-lhe, pois, a essência, a natureza de remédio e conseqüentemente, a efetivação da prestação jurisdicional.

8 - CONCLUSÃO

Da pesquisa conclui-se que a auto-executoriedade é o resultado da contemporaneidade entre o reconhecimento do direito e a ordem dotada de força coercitiva. **Este é o elemento fundamental das decisões que se formam a partir das pretensões que ensejam mandamentabilidade.**

A mandamentabilidade, pois, é especial às situações especiais, as quais o legislador considerou tão im-

portantes que deveriam estar ao abrigo desse tipo de mecanismo.

Nesse sentido, é de se observar que se não houve formatação de sentença mandamental, é porque não caracterizou uma situação que justificasse o remédio, ou seja, os elementos ensejadores da mandamentabilidade não estavam presentes. Entretanto, formado o *decisum*, reveste-se este de auto-executoriedade. E em assim sendo, não tem como não ser cumprida a ordem que dele emana.

Diante das reflexões, o sentimento que fica é de que o desrespeito às sentenças mandamentais, seja no seu cumprimento ou na sua prolatação, fere direitos que emanam do mais puro ideal, fruto do Estado Democrático de Direito, especialmente a ordem jurídica justa.

Há que se lutar, pois, para que não se permita o desrespeito ao mecanismo da auto-executoriedade, posto que se constitui numa conquista da evolução do direito processual civil brasileiro, e que, com certeza terá seu uso alargado face à grande contribuição na busca pela efetividade da tutela jurisdicional.

9 - REFERÊNCIAS

BARIONI, Rodrigo. *Efetivação da sentença mandamental*. Artigo de Revista. Biblioteca do Senado, 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella; ALVIM, Eduardo Arruda; WAMBIER, Teresa Arruda. *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002.

BRASIL. *Constituição Federal. Código Comercial. Código Tributário Nacional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. v. I

_____. O contempt of court brasileiro como mecanismo de acesso à ordem jurídica justa. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 18, set. 2004.

CARRIO, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

CHIARLONE, Sérgio. *Misure coercitive e tutela dei diritti*. Milano: Giuffrè, 1980.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. Tutela Jurisdicional. *Revista de Processo*, v. 81, 1996.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. Trad. bras. de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. I

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZAMUTO, Salvatore. *L'attuazione degli obblighi di fare*. Napoli: Jovene, 1978.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. Tomo I: arts. 1º a 45

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 475. Rio de Janeiro: Forense, 1974. Tomo V: arts. 444º - 475

_____. *Tratados das ações. Ações Mandamentais*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1976. Tomo VI

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna (assolutismo e codificazione del diritto)*. Bologna: Il Mulino, 1976.

VERDADE E PRAGMATISMO: O CONCEITO DE VERDADE DE RICHARD RORTY

Teodomiro Noronha Cardozo
Juiz de Direito Titular da 1ª Vara Criminal e do Tribunal do Júri da Comarca do Paulista. Pós-graduado pela 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 pela UFPE. Mestrando em Direito Público pela UFPE. Professor Titular de Técnica de Elaboração de Decisões Perais da ESMAPE. Professor Substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco.

*"Em nossa cultura, as noções de 'ciência', 'racionalidade', 'objetividade' e 'verdade' estão em ligação estreita umas com as outras. A ciência é pensada como fornecendo uma verdade 'sólida', 'objetiva'; verdade enquanto correspondência à realidade; o único tipo de verdade digno desse nome". (RORTY, Richard. *Objetivismo, relativismo e verdade: escritos filosóficos*. Tradução: Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997, p. 55).*

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - O QUE É PRAGMATISMO. 2.1 - Distinção entre verdade e verdadeiro. 2.2 - O deflacionismo pragmatista. 2.3 - A lista tricotômica de Rorty sobre o uso do termo verdadeiro. 3 - O CONCEITO PRAGMÁTICO DE VERDADE DE RICHARD RORTY. 3.1 - Contextualização da objetividade à solidariedade. 3.2 - Críticas ao realismo. 3.3 - Noção de correspondência entre fato e verdade. 4 - CONCLUSÕES. 5 - REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO

O pragmatismo é uma filosofia criada nos Estados Unidos da América. É conhecido como *a contribuição autenticamente americana* para a filosofia. Seus autores clássicos são Charles Sanders Peirce (1839-1914), William James (1842-1910) e John Dewey (1859- 1952).

William James definiu o pragmatismo como um *empirismo radical* e como um *método para a verdade*. Com isso, James afirmou que na disputa entre racionalismo e empirismo o pragmatismo deveria ser a superação de ambos.¹

Os pragmatistas rejeitam definições racionalistas de *verdade ou conhecimento* que seja criada, independentemente, de uma compreensão do homem que realmente conhece a verdade ou o conhecimento.²

Para Richard Rorty, os pragmatistas afirmam que a melhor esperança para a filosofia é abandonar a prática da Filosofia. Eles creem que para decidir algo verdadeiro de nada serve pensar na *Verdade*, como tampouco de nada serve pensar na *Bondade* para atuar bem, nem pensar na *Racionalidade* para ser mais racional.³

¹ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. O que é pragmatismo. Disponível em: www.filosofia.pro.br. Acesso em: 22 ago. 2004, pp. 1-2.

² SHOOK, John R. Os pioneiros do pragmatismo americano. Tradução de Fábio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002. p. 14.

³ RORTY, Richard. Consecuencias del pragmatismo. Tradução: José Miguel Esteban Cloquel. Madrid: Editora Tecnos, 1996. p. 21. Tradução livre do texto em espanhol: "Los pragmatistas afirman que la mejor esperanza para la filosofía es abandonar la práctica de La Filosofía. Creen que para decir algo verdadero de nada sirve pensar La Verdad, como tampoco sirve de nada pensar en La Bondad para actuar bien, ni pensar en La Racionalidad para ser más racional."

Rorty se orgulha do pragmatismo como contribuição filosófica, genuinamente americana, para o mundo.⁴

Cabe, de logo, frisar que Rorty identifica seu pensamento pragmático com os de seus fundadores clássicos como John Dewey, William James e Charles Sanders Peirce e, por isso, não aceita ser chamado de *neopragmatista*.

Na apresentação do livro "Para realizar a América - O pensamento de esquerda no século XX na América, de Richard Rorty, Paulo Ghiraldelli Jr., afirma que o pragmatismo é uma corrente filosófica, não pela razão de o pragmatismo se ocupar de uma essência filosófica, mas porque os pragmatistas e neopragmatistas tratam de assuntos, que no passado e, em diversos lugares, em diversas comunidades, as pessoas sobre eles já conversaram, cujos assuntos são filosóficos ou metafísicos.⁵

Para Emile Durkheim o pragmatismo caracteriza-se: (1) como método pragmático, que consiste em procurar interpretar cada concepção segundo suas conseqüências práticas; (2) como uma teoria da verdade e é, sobretudo, pela teoria da verdade que o pragmatismo tem interesse; (3) como uma teoria do universo - para, justamente, estabelecer uma teoria da verdade.⁶

⁴ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. A filosofia do novo mundo em busca de mundos novos. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999. p.34.

⁵ RORTY, Richard. Para Realizar A América: O Pensamento De Esquerda No Século Xx Na América. Tradução: Paulo Ghiraldelli Jr., Alberto Tosi Rodrigues, Leoni Henning. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999. p. 07.

⁶ DURKHEIM, Emile. Sociologia pragmatismo e filosofia ("pragmatism et sociologie sociologie et philosophie"). Tradução de Evaristo Santos. Porto, Portugal: RÉ S Editora, Lta, s.d. p. 22 e 23.

2 – O QUE É PRAGMATISMO

2.1 – Distinção entre verdade e verdadeiro

A distinção que a filosofia clássica faz entre verdade e verdadeiro tem sempre um sentido objetivo: *o verdadeiro é o que é – o falso é o que não é*. Assim, há uma identidade do verdadeiro com o ser, enquanto que a verdade não é uma coisa, mas consiste em pensar a essência das coisas como de fato elas são.⁷ Rorty, dentro de sua perspectiva pragmatista, tem a concepção de que não é possível afirmar que algumas sentenças são de fato verdadeiras e outras são falsas.⁸

As teorias da verdade, segundo Paulo Ghiraldelli Júnior, especialista em filosofia americana, subdividem-se basicamente em duas vertentes: de um lado, as que substantivam a verdade na medida em que a tomam como sendo uma apropriação real e importante dos elementos lingüísticos aos quais se é possível aplicar o predicado *é verdadeiro*, a exemplo, de sentenças, declarações, proposições, crenças etc, e as teorias deflacionárias que dessubstanciam o termo verdade.

2.2 – O deflacionismo pragmatista

Para Paulo Ghiraldelli Jr., antes do deflacionismo havia duas teorias: o *correspondentismo* e o *coerentismo*. A primeira, realista, entendia que havia algo de extralingüístico no mundo - o fato - que torna verdadeiro o lingüístico. A segunda, idealista:

⁷ ALVES, Alair Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 3. ed. - São Paulo: Quartier Latin, 2003, p. 325-327.

⁸ PINTO, Paulo Roberto Margutti et alii (organizadores). *Filosofia analítica, pragmatismo e ciência*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998, p. 16-17.

o lingüístico se combina com o lingüístico, e é só. Os críticos dessas duas teorias vão dizer que a primeira (correspondentismo) é acusada de circularidade e a segunda (coerentismo), de relativismo.⁹

Das teorias deflacionárias exsurge a mais conhecida delas que é, justamente, a da redundância. Essa teoria vislumbra uma equivalência entre a afirmação de uma proposição *p* e a afirmação de que *p* é verdadeiro. Exemplifica Rorty: quando se diz: *é verdade que o gato está em cima da mesa, não se está dizendo nem mais nem menos que o gato está em cima da mesa* e daí pode-se inferir que o predicado-verdade é um elemento que mais cumpre uma função de performance do que mesmo de explicação.

Paulo Ghiraldelli Júnior pontifica o seguinte:

Esse clima deflacionista é o que alimenta a posição de Rorty, para quem o que se pode dizer da verdade não é nada metafísico e/ou essencialista, de modo que devemos nos limitar a elencar apenas os usos do predicado-verdade na sua facilitação da comunicação entre falantes.¹⁰

⁹ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. Op. Cit. (nota 04), p.38. Alirio Habermas que Rorty, ao contrário de Heidegger, não pode mais, depois da filosofia analítica, estilizar um pensamento pós-metafísico como sagrada 'memoração do Ser'; ele compreende a desconstrução da história da metafísica no sentido de Wittgenstein: como um diagnóstico deflacionante. O antiplatonismo retira um significado eminentemente prático tão-somente da gravidade da doença que ele deveria curar". Habermas, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Título original ("Wahrheit Rechtfertigung – Philosophische Aufsätze"); Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 231-232.

¹⁰ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. Op. Cit. (nota 04), p. 36-37

2.3 – A lista tricotômica de Rorty sobre o uso do termo verdadeiro

Nesta linha de raciocínio, Rorty apresenta uma lista tricotômica dos usos do termo *verdadeiro*: (1) um uso de endosso, (2) um uso descitacional, e (3) um uso acautelado.

O primeiro equivale a coisas do tipo certo, *está bem!*, *é isso mesmo!*, *é verdade!*

O segundo, aparece quando falamos coisas malingüísticas do tipo *s é verdadeiro se x*. O termo verdadeiro é usado junto do argumento variável e condicional de *x*. Desta maneira, *s é verdadeiro se x*.

O terceiro, aparece quando pronunciamos coisas do tipo: *você cre que s está bem justificada, porém talvez ela não seja verdadeira. Ou seja, s não pode servir, ainda, como guia de ação.*

A crítica que se faz a este procedimentalismo de Rorty é que o uso acautelado do termo verdadeiro contrasta, e muito, entre o *meramente justificado e o verdadeiro* e parece reintroduzir o discurso entre justificação e verdade do também pragmatista Hilary Putnam.¹¹

Robert Alexy, tecendo considerações sobre a teoria do discurso jurídico, acentua que quem afirma algo exterioriza sua crença naquilo que acredita. Segundo Alexy, citando o exemplo de Rorty, não podemos dizer:

¹¹ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. *Op. Cit.* (nota 04), p. 42. Para Habermas o processo de justificação pode se orientar por uma verdade que, por certo, transcende a justificação, mas é sempre já operativamente eficaz na ação. *Op. Cit.*, p. 259.

O gato está deitado na esteira mas eu não acredito que está embora esta sentença não esteja tingida lógica ou gramaticalmente. Na opinião de Alexy um dos méritos da teoria do discurso é tornar clara a importância dessas regras, que são agora habitualmente chamadas de 'regras pragmáticas'.¹²

3 – O CONCEITO PRAGMÁTICO DE VERDADE DE RICHARD RORTY

3.1 – Contextualização da objetividade à solidariedade

Rorty, contextualizando a objetividade à solidariedade, afirma:

Por contraste, aqueles que desejam receber a objetividade à solidariedade – chamo-os pragmáticos – não precisam nem de uma metafísica, nem de uma epistemologia.¹³

Para Rorty, aqueles que desejam fundar uma solidariedade na objetividade, a quem ele os nomeou de *realistas*, são chamados a construir a verdade como correspondência à realidade¹⁴ e, dentro dessa perspectiva, os realistas precisam construir uma metafísica que tenha espaço para uma relação especial entre crenças e objetos e que possa diferenciar a crença do que é falso da crença do que é verdadeiro. Numa visão naturalista-procedimentalista rortyana, a justificação de crenças é natural e não localizada. De tal arte, afirma ele: os realistas devem construir um espaço que dê vazão a um tipo de

¹² ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, 2001. p. 59.

¹³ RORTY, Richard. *Objetividade, relativismo e verdade: escritos filosóficos I*. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997. p. 39.

¹⁴ RORTY, Richard, *Op. Cit.* [nota 13] p. 39.

justificação que não é meramente social, mas natural, isto porque aflora da própria natureza do ser humano. Na sua concepção de justificação, os procedimentos, pensando que fornecem uma justificação racional, podem ou não ser racionais, a depender da cultura a que correspondam.

Todavia, para serem procedimentos justificados, racionalmente, têm de conduzir à verdade, à *correspondência com a realidade, à natureza intrínseca das coisas*.¹⁵

No seu discurso, Rorty chega mesmo a afirmar que os pragmáticos não precisam estabelecer uma cisão entre verdade e justificação como um isolacionismo a ser *superado*, a partir de um *tipo natural e transcultural de racionalidade que pode ser usada para criticar certas culturas e elogiar outras, mas, simplesmente, com a separação entre o bem atual e o melhor possível*.¹⁶

Para o prof. da Universidade de Stanford, o desejo dos pragmáticos pela objetividade não significa fugir das limitações de uma comunidade, mas, e antes de tudo, simplesmente, a vontade de alcançar maior concordância intersubjetiva possível, com a inclusão, mais longe possível, do pronome *nós*, porquanto, Rorty advoga a emancipação dos 'grupos oprimidos da sociedade', a partir de uma emancipação lingüística, o que ele chamou, expressamente, de '*autoridade semântica*'.¹⁷

Na leitura de Habermas, a substituição do *eu para o nós* de uma comunidade lingüística em que cada um justifica suas concepções é apenas uma interpretação *empírica* de um novo argumento de autoridade que levou Rorty a equiparar o *saber*, como o que é *acito* como *racional* pelos critérios estabelecidos de *nossa comunidade*.¹⁸

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 39.

¹⁶ *Passim*, p. 40.

¹⁷ RORTY, Richard, *Op. Cit.* (nota 13), p. 41.

¹⁸ HABERMAS, Jürgen, *Op. Cit.* (nota 09) p. 235.

Habermas, ao dizer que Rorty, como filósofo analítico e pelo brilhantismo de suas teorias, explica o significado de sua virada antiplatônica e o Rorty, agora, nominalista, *inscreve-se na tradição empirista e relaciona a autoridade epistêmica à práxis social corrente da comunidade que é cada vez a nossa*.¹⁹

Com efeito, Rorty diz que *relativismo* é o apelido tradicional dado pelos realistas ao pragmatismo e, na sua opinião, três visões diferentes podem ser extraídas do termo *relativismo*: 1) toda e qualquer crença é tão boa quanto outra; 2) a *verdade* é um termo equívoco e possui tantos significados quantos forem os procedimentos de justificação, e 3) nada há para ser dito nem sobre a verdade, nem sobre a racionalidade, além das descrições dos procedimentos familiarizados de uma justificação que uma sociedade – a *nossa* – emprega numa ou noutra área de justificação.

3.2 – Críticas ao realismo

Rorty lança críticas sobre os realistas dizendo que os pragmatistas vão sustentar o terceiro ponto como *etnocêntrico*²⁰, ou seja, numa perspectiva tendente a considerar a cultura de um povo como a medida de outros, todavia, ele refuta a primeira e a segunda visões, achando, inclusive, que os pontos

¹⁹ *Idem*, p. 236. Rorty elaborou uma tipologia dos usos dos termos '*verdade*' e '*verdadeira*', tentando mostrar que isso seria o suficiente para que nós viéssemos a responder, sem qualquer inflacionamento metafísico – que viria da tentativa de responder a pergunta "qual a natureza da verdade?". GHIRALDELLI JÚNIOR, *Op. Cit.* (nota 04) p. 01-02.

²⁰ Na concepção de Rorty: *De qualquer forma, não está claro porque o termo relativismo teria sido pensado como um termo apropriado para esse terceiro ponto de vista etnocêntrico, esse que o pragmatismo vai sustentar. Pois o pragmático não está desenvolvendo uma teoria positiva que afirma a verdade como alguma coisa referida a outra.* RORTY, Richard, *Op. Cit.* (nota 13) p. 40.

de vista dos pragmáticos são melhores do que os dos realistas, mas não sustenta que eles correspondem à natureza das coisas. Os pragmatistas pensam que a palavra verdade – como uma expressão de aprovação – em qualquer cultura significa a mesma coisa, como termos flexíveis como: *aquí, lá, bem, mal, você e eu*, têm o mesmo significado em qualquer cultura.

Rorty nega que o pragmatismo tenha uma teoria da verdade ou uma teoria relativista:

Enquanto partidário da solidariedade sua avaliação do valor da investigação humana cooperativa só possui uma base ética, não uma base epistemológica ou metafísica. Não tendo qualquer epistemologia a fortiori, ele não possui nenhuma epistemologia relativista.²¹

O autor discute a questão acerca de ser a verdade ou a racionalidade uma natureza intrínseca e se podemos, a partir de cada um desses tópicos, construir uma relação com a natureza humana, ou ainda, a partir da relação com um conjunto específico de seres humanos, se nós desejamos uma objetividade ou solidariedade. Rorty reconhece, não obstante, que a proposição assim tratada coloca a questão a favor do realista, por pressupor esta teoria em foco que o conhecimento entre homem e natureza possui essências que são reais e relevantes para o problema a ser tratado. A *latare*, explica, que para o pragmatista, por contraste, *conhecimento*, tal como *verdade* simplesmente, é um elogio feito às crenças que pensamos que estão bem justificadas.

Na pensamento de Habermas, para além de um olhar pragmático da verdade bifronte, o nível de argumentação cria

²¹ RORTY, Richard, Op. Cit. (nota 13) p. 41.

uma conexão interna entre certeza de ação e assertibilidade justificada,²² a partir da linguagem, vez que, como afirma Lenio Luiz Streck, estribado em Rorty, não se pode - nunca - *apreender a realidade sem a mediação de uma descrição linguística.²³*

Rorty esclarece que a verdade é uma questão de crença: *Verdadeiro é aquilo que é bom na forma de crença²⁴*. Profetiza Rorty que a verdade é algo a ser conquistado em um encontro livre e aberto. (...) *verdade como satisfação dos padrões de nossa comunidade.²⁵*

Do ponto de vista de Rorty:

Uma investigação sobre a natureza do conhecimento só pode ser, segundo seu ponto de vista, uma avaliação histórico-social de como pessoas variadas tentaram alcançar concordância sobre aquilo em que acreditaram.²⁶

Assim, nenhum conceito tem essência e o que se pode fazer com um conceito, de modo a utilizar para melhorar a comunicação e a cooperação humanas, é colocá-lo em relação a outros, sucessivamente – contextualizando-o. Da mesma maneira é o que podemos fazer com a verdade. *O que podemos fazer é ver como e quando usamos o termo verdadeiro.²⁷*

²² HABERMAS, Op. Cit. (nota 09), p. 286.

²³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise : uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 138.

²⁴ PINTO, Paulo Roberto Margutti et alii (organizadores), Op. Cit. (nota 08), p. 18-19.

²⁵ RORTY, Richard, Op. Cit. (nota 13), p. 64.

²⁶ RORTY, Richard, Op. Cit. (nota 13) p. 41.

²⁷ GHIALDELLI JÚNIOR, Paulo, Op. Cit., (nota 04) p. 39.

3.3 – Noção de correspondência entre fato e verdade

Para a teoria da verdade como correspondência um candidato à verdade é se - e somente se - ele *corresponde aos fatos*. Assim, uma sentença é verdadeira se o que ela diz corresponde a um fato no mundo. Segundo Rorty, a noção aqui de fato só pode ser explicado em termos da noção de verdade.²⁸

Assim, o fato, por definição, corresponde, no mundo, a uma sentença, portanto, a uma proposição que é verdadeira.

Deste modo, a teoria da verdade como coerência está na relação de correspondência entre elementos não-lingüísticos (os elementos do pensamento) e os lingüísticos (fatos) aos quais se aplica o predicado *é verdadeiro*.

Destarte, para Rorty '*verdadeiro*' é a justificação, e a justificação, como algo racionalmente aceito, é sempre relativo a uma audiência.²⁹

Contextualizando Rorty, afirma o Professor Ghiraldelli Jr. da Unesp de Marília:

*A teoria pragmatista, por sua vez, tenta superar esses impasses. Os pragmatistas consideram que a verdade, aliás como qualquer outro conceito, deve ser entendida em termos da prática.*³⁰

Isto porque, na visão de Rorty, os grupos oprimidos da sociedade só podem melhorar sua situação na medida em que

²⁸ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo, Op. Cit., (nota 04) p. 34-35.

²⁹ PINTO, Paulo Roberto Margutti et alii (organizadores), Op. Cit., (nota 08), pp. 19.

³⁰ Idem, ibidem, p. 35.

forem capazes de alcançar o que ele chama de '*autoridade semântica*' sobre si mesmos, de modo que possam inventar uma nova identidade moral para si mesmos.³¹

Richard Rorty sustenta que a tradição da cultura ocidental está centrada numa noção de busca pela verdade (...). A *idéia de verdade como algo que persuade por sua própria causa, não por ser boa para nós, ou para uma comunidade real ou imaginária, é o tema central dessa tradição.*³²

Para Habermas, o que interessa ao mundo da vida é o papel desempenhado pelo pragmatismo de uma verdade *bifronte*, que serve de intermediária entre a certeza e a ação e a *assertibilidade discursivamente justificada*, entendendo-se o termo justificado como argumento racionalmente aceito, dentro de um auditório idealizado.³³

A '*verdade*' de proposições descritivas significa que os estados de coisas enunciados '*existem*', enquanto a '*correção*' das proposições normativas reflete o caráter obrigatório dos modos de agir prescritos (ou proibidos)³⁴ sendo que a correção tem de ser justificada pela argumentação.

³¹ GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo, Op. Cit., (nota 04) p. 66.

³² RORTY, Richard, Op. Cit., (nota 13) p.p. 37-38.

³³ HABERMAS, Jürgen, Op. Cit., (nota 09), p. 249.

³⁴ HABERMAS, Jürgen, Op. Cit., (nota 09), p. 269. Para Robert Alexy há uma pretensão de correção nos discursos jurídico e prático geral. Alexy defende que os discursos jurídicos relacionam-se com a justificação "de um caso especial de afirmações normativas, isto é, aquelas que expressam julgamentos jurídicos." Com efeito, a justificação interna está vinculada à questão de investigar se uma opinião está logicamente de acordo com as premissas '*aduzidas*' para justificá-la. Já a idéia da correção, de justiça, das premissas, diz respeito à justificação externa. Vide ALEXY, Robert, Op. Cit., (nota 11), p. 218.

Habermas, na abordagem da virada lingüística (*linguist turn*) do pragmatismo de Rorty, assevera que linguagem e realidade se entrelaçam mutuamente, e que a verdade de opiniões e proposições somente pode ser fundamentada ou contestada com outra. Habermas faz a seguinte afirmação:

*O pragmatismo faz dessa necessidade uma virtude, na medida em que dispensa noções de correspondência e analisa 'o que é verdadeiro' a partir da atitude performativa daquele que trata alguma coisa como verdadeira.*³⁵

4 – CONCLUSÕES

Rorty, identificando-se como discípulo dos pragmatistas clássicos, não aceita ser chamado de neopragmatista.

Os pragmatistas acreditam que a verdade, aliás, como qualquer outro conceito, deve ser entendida em termos práticos, como a satisfação dos padrões da sociedade, a partir de uma argumentação racionalmente aceita em um auditório idealizado.

A partir de atos ideais de fala (*standards*), o pragmatismo adota uma perspectiva de 'correção de verdade', tendo como limite da justificação (argumentação) os limites da própria linguagem.

A noção de correspondência – entre fato e verdade – é pouco explicativa, porquanto, não esclarece como elementos não-lingüísticos (pensamentos) se ligam a elementos lingüísticos (fatos).

O procedimentalismo de Rorty é criticado porque o uso acautelado do termo verdadeiro contrasta, e muito, entre o meramente justificado e o verdadeiro.

Rorty parte do pressuposto de que as pessoas podem justificar o termo verdadeiro com conteúdos de crenças, como valores de uma comunidade.

*Ser etnocêntrico é dividir a raça humana entre as pessoas para quem precisamos justificar nossas crenças e as outras.*³⁶

Rorty advoga a emancipação dos grupos oprimidos da sociedade pela emancipação da linguagem - autoridade semântica - capaz de propiciar a invenção de uma nova identidade para eles mesmos.

5 – REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Livraria, 2001.

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

DURKHEIM, Emile. *Sociologia, pragmatismo e filosofia*. Título original (*pragmatism et sociologie sociologie et philosophie*). Tradução Evaristo Santos. Porto, Portugal: RÊS Editora, Lta, s. d.

GHIRALDELLI JÚNIOR, Paulo. *A filosofia do novo mundo em busca de mundos novos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

_____. *O que é pragmatismo*. Disponível em: < www.filosofia.pro.br >. Acesso em 22 ago. 2004.p. 1-2.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação : ensaios filosóficos.** Título original (*Wahrheit Rechtfertigung - Philosophische Aufsätze*). Tradução Milton Camargo Mota].- São Paulo: Loyola, 2004.

PINTO, Paulo Roberto Margutti *et alii* (organizadores). **Filosofia analítica, pragmatismo e ciência.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

RORTY, Richard. **Objetividade, relativismo e verdade : escritos filosóficos I.** Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997.

_____. **Consecuencias del pragmatismo.** Tradução: José Miguel Esteban Cloquel. Madrid: Editora Tecnos, 1996.

_____. **Para realizar a América: o pensamento da esquerda no século XX na América.** Tradução Paulo Ghiraldelli Jr., Alberto Tosi Rodrigues, Leoni Henning. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 1999.

SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano.** Tradução: Fábio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2002.



Prática

SENTENÇA CÍVEL:
Ação coletiva de indenização.
Condomínio do Conjunto Residencial
Enseada do Serrambi

Clicério Bezerra e Silva
Juiz de Direito

PROCESSO Nº 226.2000.000006-1
AÇÃO COLETIVA DE INDENIZAÇÃO
AUTORES: ADECON – Associação de Defesa da Cidadania
e do Consumidor e Condomínio do Conjunto Enseada do
Serrambi
RÉUS: CONIPA – Construções e Incorporações Ltda, Fran-
cisco José de Godoy e Vasconcelos e Sérgio Diniz de Godoy
Mendonça

SENTENÇA

Vistos etc.

ADECON – ASSOCIAÇÃO DE DEFESA DA CIDA-
DANIA E DO CONSUMIDOR, associação civil sem fins lu-
crativos, inscrita no CGC/MF sob o nº 03.296.698/0001-
22, com sede na rua do Riachuelo, nº 105, sala 803, Boa
Vista, Recife-PE, e **O CONDOMÍNIO DO CONJUNTO**
RESIDENCIAL ENSEADA DO SERRAMBI, neste ato re-

presentado por seu síndico, conforme convenção de condomínio e ata de assembléia, através de advogados legalmente constituídos, ingressaram com a presente **AÇÃO COLETIVA DE INDENIZAÇÃO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL DOS EFEITOS DA TUTELA ESPECÍFICA CONTRA A CONIPA – CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CGC/MF sob o nº 24.123.960/0001-07, sediada na rua Eduardo de Moraes, nº 243, aptº 502, Bairro Novo, nesta cidade, FRANCISCO JOSÉ DE GODOY E VASCONCELOS e SÉRGIO DINIZ DE GODOY MENDONÇA, brasileiros, casados, engenheiros civis, o primeiro residente na rua Marly Figueiredo, nº 721, Casa Caiada, neste município, e o segundo residente na rua Eduardo Moraes, nº 243, aptº 502, Bairro Novo, nesta cidade, fundando-se nas premissas seguintes.

Principiam seus articulados aduzindo a pertinência da via processual eleita, lastrando seus argumentos nos arts. 87, 91 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, asseverando que a presente ação destina-se à tutela do consumidor e dos direitos de cidadania, em sua dimensão coletiva, revelando-se como meio eficaz para afastar as dificuldades que obstaculizam a busca da tutela jurisdicional em defesa dos seus direitos lesados ou ameaçados.

Dissertam, outrossim, acerca da legitimação da ADECON e do Condomínio do Conjunto Enseada de Serrambi para postularem – a associação – a tutela judicial protetora dos direitos difusos, coletivos e homogêneos dos consumidores, bem como – o condomínio – representar os interesses de todos os seus integrantes.

Em seguida, ainda em preâmbulo, destacam a competência absoluta do foro da Comarca de Olinda para conhecer e dirimir a demanda, por ser esta cidade o lugar onde ocorreu o dano, cuja indenização se persegue nesta "actio".

Passando a retratar os fatos que originaram a presente

lide, afirmam que é público e notório que, por volta das 17:00 horas, do dia 27 de dezembro de 1999, desabou o bloco "B", do Conjunto Enseada de Serrambi, situado na rua Barão de São Borja, nº 30, Bairro Novo, Olinda-PE, ocasião em que faleceram 06 (seis) pessoas soterradas e várias outras foram hospitalizadas com ferimentos graves.

Prosseguem assinalando que *"o desabamento se deu em uma tarde em que não havia chuva, ventania ou mesmo, diga-se um terremoto. Ouviu-se um estrondo surdo (sic), e após alguns minutos, tudo estava por terra, sem tempo algum para que os moradores que se encontravam dentro de suas casas, pudessem ter sequer tentado escapar. Acrescente-se que o desabamento tomou de surpresa todos os moradores, uma vez que nunca haviam se dado conta de que o prédio tivesse problemas, fossem relativos a vícios de construção ou pertinentes a defeitos de construção propriamente ditos, especialmente os que levassem a um desabamento e a uma interdição."*

Sedimentando-se em declarações de técnicos que estiveram presentes no local do evento, sustentaram a existência de indícios evidentes de que os motivos da queda do edifício relacionam-se com o desejo de ampliação do lucro através da utilização de materiais de baixa qualidade como forma de redução de custos.

Insurgem-se, ademais, quanto à construção de uma caixa d'água com capacidade para 16.000 (dezesesseis mil) litros, quando a planta do projeto de construção do Conjunto Enseada de Serrambi a estimava estruturalmente em 6.000 (seis mil) litros.

Após destacar a relação de consumo que envolve a construtora e os adquirentes das unidades imobiliárias por ela edificadas, ressalta a responsabilidade dos réus pelo fato do produto e do serviço, cabendo-lhes ressarcir aos prejudicados quando da existência de vícios.

Argumentam que resta demonstrado o dano através do desabamento e da interdição, respectivamente, dos blocos "B"

e "A" do Conjunto Enseada de Serrambi, competindo aos réus, no desiderato de exonerar-se do dever indenizatório, provar que houve culpa exclusiva dos moradores ou de terceiros no evento danoso, haja vista que o defeito existiu e foram os réus que construíram o imóvel.

Volvendo seus arrazoados para os defeitos que motivaram a decadência da construção, afirmam que ocorreu vício de inadequação, somente detectado por ocasião do trágico episódio, o que se constitui em "vício oculto", cujo prazo prescricional – embora denominado de decadencial no CDC – para o exercício do direito de reparação dos danos causados, expira-se em 05 (cinco) anos, a contar da data do conhecimento do dano e da sua autoria (art. 26 e 27 do CDC).

Ultimando sua peça inicial, postularam a concessão de tutela específica, constituída de várias providências a serem executadas pelos réus, entre as quais, abrigo condigno para todas as famílias do condomínio, que se acham desalojadas, e pagamento imediato das despesas médicas e hospitalares das vítimas.

Afinal, requereram a procedência do seu pedido no sentido de ser proclamada a responsabilidade civil dos réus por todos os prejuízos causados com o desabamento e a interdição, respectivamente, dos blocos "B" e "A", do Conjunto Enseada de Serrambi, incluindo-se os danos materiais e morais.

À exordial, agregaram os documentos de fls. 42 "usque" 198.

Através da decisão de fls. 206/213, o Juiz de Direito plantonista da 9ª Circunscrição Judiciária albergou o pedido de tutela específica e, nesse sentido, determinou que os réus *"coloquem os moradores dos referenciados prédios em apartamentos ou abrigos dignos e adequados às condições antes existentes no Conjunto Enseada de Serrambi, sob as suas expensas; prestem assistência médico-hospitalar e psicológica aos moradores dos mencionados prédios,*

assumindo o custeio com as despesas médicas e hospitalares, em unidade médica e hospitalar compatível com a lesão, doença ou enfermidade sofrida pela vítima, a critério médico especializado; e desconsiderem e suspendam as cobranças e possíveis prestações e valores devidos pelos moradores, comunicando essa determinação aos detentores dos títulos ou encargos devidos, por acaso transferidos ou negociados, até ulterior deliberação."

Fixou, por fim, uma multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais) em caso de descumprimento do "decisum".

Apresentada pelos autores a relação das vítimas que estão compreendidas por essa ação coletiva, declinando, inclusive, as suas necessidades mínimas de sobrevivência (fls. 226/232).

Determinada a notificação dos réus para cumprirem a tutela específica concedida no prazo de 48 (quarenta e oito) horas (fls. 233/235).

Em nova peça (fls. 243/248), os autores, em vista da indiferença dos réus em atenderem ao pronunciamento judicial, requereram a majoração da multa de mora e o bloqueio de contas bancárias pertencentes à parte ré.

Atendendo a súplica dos autores, foi determinado o bloqueio de todas as quantias que se achem disponíveis em nome dos réus (fls. 251/254).

Citados, os réus apresentam resposta ao pedido inicial em forma de contestação (fls. 259/298).

Principiam suas defesas assinalando que o Conjunto Enseada de Serrambi, por eles construído, teve concluídas suas obras em 30 de dezembro de 1991, oito anos antes do desabamento em foco, não tendo chegado ao conhecimento dos réus qualquer fato porventura indicativo de vício, seja aparente, seja oculto, na construção respectiva.

Realçaram que a construção original foi zelosamente concluída por seus responsáveis técnicos, com a rigorosa observância de todas as normas técnicas (ABNT) aplicáveis à espécie de edificação.

Atribuem especial relevância às características de tal construção, afirmando que todas as suas paredes possuem função estrutural e dão rigorosa sustentação ao edifício, o que desautoriza, por completo, a realização de quaisquer obras que venham a comprometer a estabilidade respectiva.

Todavia, argüem que, contrariando os preceitos contratuais, alguns moradores do prefalado bloco "B" efetivaram reformas no imóvel, causando grave e danosa repercussão na estabilidade do edifício.

Ademais, imputam também à Prefeitura da Cidade de Olinda a responsabilidade de haver expedido alvará de licença de construção sem ressalvar a presença, no lençol d'água subterrâneo, do sulfato supostamente causador da corrosão do material utilizado na construção.

Findas essas primeiras colocações, levantam uma preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e de ilegitimidade passiva "*ad causam*".

Consolidam seus argumentos no art. 1.245 do Código Civil que estabelece em 05 (cinco) anos o prazo em que o construtor se responsabiliza pela solidez e segurança do seu trabalho.

No decurso daquele prazo, segundo alegam, jamais se teve notícia da mais tênue anormalidade, ameaça, perigo ou defeito atinentes à estabilidade e à segurança da obra, razão por que, não pode lhes ser atribuída responsabilidade por acidente ocorrido posteriormente, considerando que o prazo quinquenal é de garantia e não de prescrição, como erroneamente tem entendido alguns julgados.

Quanto ao mérito da ação, atestam, em contraposição às alegações dos autores, a adequação de todo material utilizado na edificação e, por outro lado, a rigorosa observância às normas editadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

No mais, renovam a atribuição de responsabilidade pelo

evento danoso aos moradores, em função das reformas supervenientes realizadas nos apartamentos, e ao Município de Olinda por não haver advertido aos autores sobre a presença de sulfato - elemento altamente corrosivo - nas águas subterrâneas da região adjacente.

Após postularem a revogação do pronunciamento que concedeu a tutela específica e a improcedência da pretensão autoral, pedem: a) o chamamento ao processo, como litisconsorte ativa necessária, a Caixa Econômica Federal; b) o chamamento ao processo, como litisconsorte passivo necessário, o Instituto de Resseguros do Brasil; c) o deslocamento da competência para a Justiça Federal; d) a denúncia à lide da seguradora indicada pela Caixa Econômica Federal.

A peça de contradita anexaram os documentos de fls. 301/434.

Em réplica (fls. 453/478), os autores, no tocante à impossibilidade jurídica do pedido, discorrem que, no caso em tela, a demanda persegue direitos que se encontram bem definidos nos arts. 12, 26 e 27 do CDC e até mesmo do próprio art. 1.245 do CC, pelo que se afigura despicienda a preliminar suscitada.

Concernentemente à ilegitimidade passiva "*ad causam*", aduzem que a legitimidade dos réus decorre única e exclusivamente da circunstância de terem sido os construtores do Conjunto Enseada de Serrambi.

Enfocando ainda essa preliminar, em especial a prescrição suscitada pelos réus, mencionam que o desabamento do bloco "B" e a interdição do bloco "A", ambos do Conjunto Enseada de Serrambi, derivou de vícios de construção, somente revelados por ocasião daquele infortúnio.

Assim sendo, por força do art. 27 da Lei 8078/90, "*é de cinco anos o prazo prescricional, e não o decadencial, para reparação dos danos causados por fato do construtor, iniciando-se a contagem a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.*"

Revisitando o "*meritum causae*", mantêm os mesmos argumentos que arrimaram a petição inicial, pugnando, dessarte, pela procedência do pedido.

Pronunciando-se sobre os novos documentos apresentados pelos autores (fls. 479/490), os réus reproduzem as razões já utilizadas em sua contestação (fls. 509/524).

Determinado o bloqueio da importância de R\$ 130.000,00 para cumprimento da tutela específica e ordenada a publicação de edital (fl. 551), dando conhecimento acerca da tramitação deste processo, possibilitando, assim, o ingresso de eventuais interessados na lide, na qualidade de litisconsortes (art. 94 do CDC).

Petição solicitando a revogação do despacho supracitado (fls. 552/555).

Requerida pelas partes a suspensão do processo, pelo prazo de 30 (trinta) dias, objetivando uma solução amigável para o litígio (fls. 623 e 624).

Edital publicado (fls. 898).

Ingressa no feito, na qualidade de litisconsorte ativa, a Sra. Maria Lúcia de Azevedo Fonseca (fls. 903 e 904).

Informam os autores que restou infrutífera a tentativa de acordo (fls. 915 e 916).

Parecer ofertado pelo Ministério Público (fls. 1014/1020), em que atesta a regularidade da tramitação do feito.

Realizada audiência de tentativa de conciliação e saneamento (fls. 1031/1033), momento, em que, uma vez frustrada a tentativa conciliatória, foi rejeitada a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido e indeferida a intervenção de terceiros no feito.

Em continuidade do ato, foi determinada a realização de prova pericial e, para tanto, nomeado o engenheiro civil Frederico G. Bastos Gonçalves para o desempenho de tal mister.

Entregue em cartório o laudo pericial (fls. 1037/1056) com seus anexos (1057/1114).

Valendo-se das petições de fls. 1117 e 1121, os autores apresentam termos de transações efetivadas com alguns dos moradores do Conjunto Enseada de Serrambi.

Em vista dos vários acordos firmados com alguns dos autores, requerem os réus a revogação da tutela específica e que seja afastada, desde a sua original concessão, a incidência da multa cominada para a hipótese de descumprimento da decisão (fls. 1130/1134).

Sobre o laudo pericial, se pronunciaram as partes (fls. 1179/1185).

Apresentadas as razões finais (fls. 1187/1208), o Ministério Público, pelo parecer de fls. 1210/1211, posicionou-se pela procedência do pedido inicial.

Findo este histórico processual, pronuncio-me.

Compete-me, de início, registrar que, embora focalizada como preliminar de ilegitimidade passiva "*ad causam*", a matéria abordada pelos autores, pertinente à garantia da obra por eles executada, entrelaça-se com o mérito da demanda, posto que define o alcance da responsabilidade do construtor.

No seu entender, o art. 1.245 da nossa lei substantiva civil estipula o prazo de 05 (cinco) anos para que se possa imputar ao construtor a responsabilidade por vícios comprometedores da solidez e da segurança da obra, não obstante dispor o prejudicado do prazo prescricional de 20 (vinte) anos para exercer o seu direito de ação.

Sustentam que, decorrido aquele prazo de garantia sem que hajam se manifestado vícios construtivos, não mais subsiste a responsabilidade do construtor.

Circunscrevendo-me à tese abraçada pelos réus, constato que os autores demonstraram cabalmente, dentro do prazo quinquenal de garantia fixado pelo art. 1.245 do Código Civil, a presença de vícios ameaçadores da estabilidade e segurança da obra.

O Conjunto Enseada do Serrambi foi concluído em

agosto de 1991 e já em 08 de junho de 1992 (fls. 481), ou seja, dentro do prazo de garantia da obra, vários moradores formularam reclamações à CONIPA, através de carta postal com Aviso de Recebimento (fls. 482), apontando os inúmeros defeitos existentes nas unidades imobiliárias, dentre os quais se destacam "rachaduras nos tetos dos quartos; rachaduras no piso da sala; piso dos dois banheiros prestes a se soltar; desnivelamento completo do piso da sala, terraço e cozinha."

Como se vê, as graves anomalias construtivas não podem ser compreendidas como meras imperfeições da obra, mas sim como vícios comprometedores da solidez e segurança da edificação (art. 1.245 do CC), sendo bastante a corroborar com essa assertiva a ocorrência do sinistro "sub judice".

Noutro vértice, encontramos a tese dos autores, segundo a qual o momento de revelação do vício representa o início de fluência do prazo prescricional de 05 (cinco) anos para reclamação dos danos causados por fato do construtor.

Efetivamente, dispõe o art. 27 da Lei 8078/90: "Prescreve em 05 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e da sua autoria."

Sob essa ótica, que, por sua vez, é compartilhada por este magistrado e por considerável parcela da doutrina hodierna, observamos que "o Código de Defesa do Consumidor cria um dever legal de garantia, por danos decorrentes de defeitos nos produtos ou serviços, como regra geral. Se, pelo Código Civil, a hipótese de garantia do construtor pelos danos decorrentes de vícios de solidez e segurança, gerando a presunção de culpa, é excepcional, pelo Código de Defesa do Consumidor a regra geral é de que o fornecedor responde pelos danos decorrentes de defeitos dos produtos e serviços. E com mais uma diferença: enquanto a norma do Código Civil cria uma presunção de culpa, e por tempo limitado (cinco) anos, o Código de Defesa do Consumidor cria o dever de reparação independentemente da culpa, não fazendo qualquer menção a prazo prefixados."

Prossegue o autor: "Diante disso, é de notar-se que a sistemática criada pelo art. 1.245 do Código Civil sofreu profundo impacto com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (relembro novamente que estamos tratando apenas das hipóteses em que os contratos de construção subsumem-se às relações de consumo)."

"Com efeito, o empreiteiro de materiais e construção passa a responder objetivamente pelos vícios de solidez e segurança, independentemente de culpa, e sem a limitação de cinco anos, mencionada pelo Código Civil. A responsabilidade do construtor encontrará limites apenas na culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, ou na ausência de defeito."

E exemplifica: "Assim, se um prédio, dez anos após ser entregue ao dono vier a ruir, causando danos, caberá ao construtor responder objetivamente pela reparação."¹

Em arremate, atinjo o convencimento de que, independentemente da tese a ser por mim abraçada nesta ocasião, a responsabilidade dos réus, em repararem eventuais danos causados aos autores por vícios construtivos, não foi atingida pela prescrição, seja ela decursiva do prazo de garantia (art. 1.245 do Código Civil) ou do momento de manifestação dos vícios (art. 27 do Código de Defesa do Consumidor).

Suplantada essa polêmica preambular, dirijo-me ao âmago da contenda.

As circunstâncias fáticas que fecundaram a presente demanda - precisamente delineadas nos articulados iniciais e contestatórios - restaram imunes a maiores controvérsias, descortinando-se, assim, a causa remota da lide.

No entanto, o contorno jurídico atribuído aos fatos manifesta-se contraditório entre as partes altercadoras.

Observemos.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 301

Segundo regra consubstanciada no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12 – “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e risco.”

Já o seu § 3º traz o elenco de causas excludentes da responsabilidade:

§ 3º – “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:”

I – “que não colocou o produto no mercado;”

II – “que, embora haja colocado o produto no mercado o defeito inexistiu;”

III – “a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

Entre as hipóteses acima, buscaram os réus arrimo, mesmo que de forma discreta, no item III, ao conferir aos autores a culpa pelo dano, uma vez que estes realizaram reformas indevidas nos imóveis por eles ocupados.

Além da ausência de provas do alegado, o laudo pericial afastou definitivamente essa suposição, ao indicar o somatório dos fatores físico-químicos e os vícios construtivos encontrados na estrutura do imóvel como as causas determinantes para provocar o colapso da sua fundação, provocando, dessarte, o sinistro.

Por outro lado, com mais veemência, os réus imputam à ocorrência da EPU – Expansão Por Umidade como causadora da perda de resistência das alvenarias de embasamento e, conseqüentemente, da desagregação e da interdição, respectivamente, dos blocos “B” e “A” do Conjunto Residencial Enseada de Serrambi, assinalando que tal fenômeno era desconhecido

da comunidade científica, somente sido descoberto no ano de 1997, com a queda do Edifício Aquarela, localizado no bairro de Piedade, em Jaboatão dos Guararapes-PE.

No mais, atestam que a edificação não sofreu de qualquer defeito construtivo, uma vez que foi executada em estrita observância às normas da ABNT, bem como o material utilizado na obra era de indiscutível resistência, adequação e qualidade.

Em suma, almejam os réus se eximirem da responsabilidade indenizatória, transferindo para um fenômeno da natureza a causa do infortúnio que vitimou os autores.

Pretendem caracterizar a presença do caso fortuito como excludente da responsabilidade civil.

“As hipóteses de caso fortuito e força maior, descritas no art. 1.058 do Código Civil como eximentes da responsabilidade na ordem civil, não estão elencadas entre as causas excludentes da responsabilidade pelo fato do produto.”

“Mas a doutrina mais atualizada já se advertiu que esses acontecimentos – ditados por forças físicas da natureza ou que, de qualquer forma, escapam do controle do homem – tanto podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo.”

“... Quando o caso fortuito ou força maior se manifesta após a introdução do produto no mercado de consumo, ocorre uma ruptura do nexo de causalidade que liga o defeito ao evento danoso.”

No mesmo sentido é a compreensão do Prof. Herman Benjamin:

“A regra no nosso direito é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil. O Código, entre as causas excludentes de responsabilidade, não os elenca. Também não os nega. Logo, quer me parecer, que o sistema tradicional, neste ponto, não foi afastado,

² GRINOVER, Ada Pellegrine e outros. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. s. d. p. 167

*mantendo-se, então, a capacidade do caso fortuito e da força maior para impedir o dever de indenizar.*³

Todavia, o caso fortuito deve necessariamente derivar de dois pressupostos: **a ausência de culpa e a inevitabilidade do evento.**

Ora, todos os laudos técnicos, confeccionados com o desiderato de identificar as causas da tragédia do Conjunto Enseada de Serrambi, apontaram os vícios construtivos da obra como determinantes ou, no mínimo, concorrentes, para o desabamento do imóvel.

O trabalho pericial realizado sob a coordenação da CODECIPE (fls. 918/967), cujas conclusões foram integralmente acolhidas pelo Perito do Juízo (quesito 06 – fls. 1041), indica precisamente que *"o esmagamento das alvenarias e pilares ao nível do embasamento e térreo se deu devido a:"*

"I) Os fatores de segurança encontrados nos cálculos das tensões, obtidos para as paredes mais solicitadas e nas hipóteses mais desfavoráveis, são próximos do limite de ruptura, em se tratando de estrutura em alvenaria resistente e considerando-se os elevados índices de incertezas inerentes ao processo construtivo. Observou-se, também, a ausência de elementos de distribuições de tensões (coxins) nas ligações entre as vigas e as alvenarias de embasamento;"

"II) As espessuras dos revestimentos das paredes e lajes, constatadas nos levantamentos efetuados, eram maiores que o usual, contribuindo para o aumento das tensões atuantes;"

"III) Foi utilizado um concreto poroso e de baixa qualidade nos pilares, fora dos padrões de composição usual, tendo sido constatado o fenômeno da carbonatação do concreto;"

"IV) Foram utilizadas alvenarias singelas delgadas com espessura média de 8,7 cm nos embasamentos, sem qualquer proteção

contra a ação de agentes agressivos do meio ambiente, tendo sido constatado o fenômeno da expansão por umidade (EPU) nos tijolos."

Conforme restou demonstrado, muitos dos vícios existentes na obra não estão relacionados com os fatores físico-químicos atuantes na fundação. Na verdade, o ataque da umidade ao tijolo é apenas mais uma causa externa concorrente ao sinistro.

Dessa forma, sem maior dispêndio de vigor racional, conclui-se que houve a participação, concorrente ou preponderante – pouco importa na hipótese – dos réus, pela modalidade da culpa, no funesto acontecimento.

*"A ausência de culpa é elementar na concepção do caso fortuito, porque, desde que o comportamento do agente facilitou ou concorreu para a ocorrência do evento malsinado, não se pode falar em fortuito, mas se deve atribuir a tal comportamento a origem parcial ou total do fato lamentado."*⁴

Quanto à inevitabilidade do acontecimento, evidenciamos que a metodologia construtiva utilizada na alvenaria estrutural está amplamente regulamentada através de normas técnicas.

No entanto, *"o sistema construtivo comumente empregado na construção de edifícios de até quatro pavimentos, conhecidos regionalmente como 'edifícios caixa', é estruturado em elementos de alvenaria de blocos de vedação em concreto ou cerâmicos."*

"Tal sistema é equivocadamente chamado de alvenaria estrutural, vez que a norma NB 1228/89, que trata do cálculo de alvenaria estrutural de blocos vazados de concreto, define como alvenaria estrutural 'Aquela construída com blocos vazados de concreto, assentados com argamassa, e que contém armaduras com a finalidade construtiva de amarração, não sendo esta última considerada na absorção dos esforços calculados."

³ BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 67.

⁴ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil, Parte Geral das Obrigações*. São Paulo: 14. ed. Saraiva, s. d. p. 110.

"Por outro lado, o sistema atualmente empregado utiliza blocos cerâmicos vazados de seis ou oito furos. A norma NBR 7171/92 – Bloco cerâmico para alvenaria, define o bloco utilizado como bloco de vedação comum e não como estrutural."

"Como se pode ver, o sistema construtivo empregado na nossa região para 'edifícios caixão' não tem respaldo técnico em normas nacionais e nem tão pouco internacionais."

"Como não existem documentos técnicos coerentes, respaldados pela comunidade científica sobre este sistema construtivo, sua prática é considerada empírica e, por isso diversas alterações foram efetuadas ao longo do tempo, muitas das quais contrariando práticas consagradas na engenharia."⁵

No caso "sub examine", em que a principal matéria-prima utilizada foi o material cerâmico comum, a boa técnica construtiva exige que o construtor tenha pleno conhecimento do material utilizado na obra, pois da argila empregada resultarão diversas qualidades de produtos.

Assim, o tijolo comum deve ser usado exclusivamente para fins de vedação.

No prédio sinistrado constatou-se a presença de tijolos furados utilizados abaixo do nível do solo, como alicerce.

Em virtude disso o ataque pela água era previsível dado que a umidade sempre agride a cerâmica, por tal motivo não é recomendado o uso de tijolos em embasamentos, a não ser com muita proteção e, via de regra, em obras de pequeno porte.

É que a umidade em si é muito ruim para os tijolos. Tijolos permanentemente úmidos se desagregam após algum tempo, porque a água vai afrouxando a ligação entre os grãos.⁶

Fundações com tijolos enterrados não devem nunca ser

⁵ CUNHA, Cláudia Maria Alves e outros. Razões da Inviabilidade Técnica do Sistema Construtivo que Utiliza Alvenaria Portante. ITEP, 10.08.2001

⁶ BAUER, L. A. Folcões. Materiais de Construção 2. 5. ed. p. 544

feitas, a não ser que se tenha absoluta certeza da impermeabilização permanente.⁷

Com lastro nesses fundamentos afasto a incidência de caso fortuito como determinante para a ocorrência do evento danoso.

Do mesmo modo, "*ad argumentandum tantum*", descarto, como causa excludente da responsabilidade do construtor, a teoria do "risco de desenvolvimento", que se materializa quando "um produto é inserido no mercado de consumo e os riscos dele advindos não podem ser conhecidos ou identificados prontamente, só vindo a sê-lo após, face ao desenvolvimento tecnológico."⁸

Incorporo, como forma de robustecer minha convicção, os precisos comentários coligidos aos autos pelos autores em sua peça derradeira (fls. 1205 e 1206), como também por entender que a idéia de "risco de desenvolvimento" possui uma relação íntima com a noção legal de defeito de projeção, o qual é considerado, pelo nosso Código de Defesa do Consumidor, como defeito apto a responsabilizar o fornecedor, excluindo-se, pois, a possibilidade de exclusão da responsabilidade.⁹

Segundo Eduardo Arruda Alvim o "risco de desenvolvimento" não exclui a responsabilidade civil pelo fato do produto pelas seguintes razões: a uma, porque tal excludente não consta no § 3º, do art. 12; a duas, porque o risco de desenvolvimento encarta-se no gênero maior: defeito de concepção, o que, por disposição legal expressa, enseja a responsabilidade do fornecedor (cf caput do art. 12, o qual alude a defeitos decorrentes de projeto e fórmula), e, finalmente, porque, pelo sistema do Código, eventual ausência de culpa do fornecedor não é suficiente para eximi-lo de responsabilidade. Não é possível, segundo pensamos, que a idéia de risco de desenvolvimento confunda-se com

⁷ VERÇOZA, Ênio José. Patologia das edificações. Editora Sagra, p. 19

⁸ SIMINOVICH, Cláudio. Causas Excludentes da Responsabilidade do Fornecedor pelo Fato do Produto. Disponível em: www.jurinforma.com.br

⁹ SIMINOVICH, Cláudio. Op. Cit.

aquela da inexistência do defeito. Quando há risco de desenvolvimento, há defeito - de concepção - só que desconhecido."¹⁰

Em vista de não haver concorrido no evento qualquer excludente da responsabilidade civil, evidencia-se, portanto o liame de causalidade existente entre a conduta dos réus e as lesões infligidas aos patrimônios material e ideal das vítimas do infortúnio, exurgindo, decorrentemente, o dever daqueles em indenizar estes pelos danos causados.

Malgrado a natureza jurídica deste pronunciamento, em que, quando procedente o pedido inicial, a condenação será genérica (art. 95, da Lei 8078/90), reputo necessário tecer alguns comentários acerca do dano, indicando alguns parâmetros para sua fixação.

"Dano, em sentido amplo, é toda e qualquer subtração ou diminuição imposta ao complexo de nossos bens, das utilidades que formam ou propiciam o nosso bem-estar, tudo o que, em suma, nos suprime uma utilidade, um motivo de prazer ou nos impõe um sofrimento é dano, tomada a palavra na sua significação genérica." "Na esfera do direito, porém, o dano tem uma compreensão mais reduzida: é a ofensa ou lesão dos bens ou interesses suscetíveis de proteção jurídica."¹¹

Mais hodierna e objetiva é a lição de Carlos Alberto Bittar, segundo a qual "Configura o dano lesão, ou redução patrimonial, sofrida pelo ofendido, em seu conjunto de valores protegidos no Direito, seja quanto à sua própria pessoa - moral ou fisicamente - seja quanto a seus bens ou a seus direitos. É a perda, ou diminuição, total ou parcial, de elemento, ou de expressão, componente de sua estrutura de bens psíquicos, físicos, morais os materiais."¹²

¹⁰ ALVIM, Eduardo Arruda. Responsabilidade Civil pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 15, p. 148, jul./set. 1995.

¹¹ SALAZAR, Alcino de Paula, Reparação do Dano Moral. Rio de Janeiro, 1943, p. 125.

¹² BITTAR, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil. 2. ed. [s.l.]: Forense Universitária, s. d. p. 8 (Biblioteca Jurídica)

Abstraímos destas preleções que o dano pode ser classificado em duas modalidades: os danos materiais, que são resultantes de "todo ato que afeta exclusivamente os bens concretos que compõe o patrimônio do lesado"¹³, ao passo que os danos morais "são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico"¹⁴, donde inclui-se a mágoa, a tristeza, a honra etc.

A cumulação de pedidos de danos materiais com morais é hoje matéria pacífica em nossos excelsos pretórios e na doutrina pátria:

"São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato"¹⁵

"Também são cumuláveis os pedidos de indenização por danos patrimoniais e morais, observadas as regras próprias para o respectivo cálculo em concreto, cumprindo-se frisar que os primeiros se revestem de caráter ressarcitório, e os segundos, reparatórios, ou compensatórios."¹⁶

Demonstrados presentes todos os pressupostos do direito à reparação, passo ao seu enquadramento jurídico.

No tocante aos danos materiais, estes devem ser efetivamente comprovados pelas vítimas e consistem em danos emergentes e lucros cessantes.

Relativamente à reparação dos danos morais, conquanto ressinta-se de normas específicas que delimitem a fixação do seu "quantum" indenizatório, compreendido como o ressarcimento às lesões causada ao "patrimônio ideal" dos ofendidos, a sua previsão acha-se inserida em nossa Carta Magna

¹³ REIS, Clayton. Dano Moral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, s. d. p. 4.

¹⁴ SILVA, Wilson Mello. O Dano Moral e a sua Reparação. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, s. d. n. 1.

¹⁵ Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto, Op. Cit., pág. 90.

Federal, consistindo em uma das garantias fundamentais do indivíduo dispostas no art. 5º:

“V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem: (grifos meus).

... “omissis”

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (grifos meus)

Em perfeita sintonia com os ditames constitucionais, rumo a doutrina pátria:

*“Deixando de lado o aspecto bizantino da questão, inegável que a reparação do dano moral acha-se, atualmente, sancionada no direito de todos os povos civilizados.”*¹⁷

*“Os doutrinadores nacionais, na sua maioria, admitem a reparação de qualquer dano, e que essa reparação deva ser a mais extensiva possível. Afinal, de que adiantaria reparar tão somente uma parte do dano, quando o sentido de equidade da Justiça conduz-nos à premissa de que todo ato ilícito que resultar em dano deve ser suscetível de reparação.”*¹⁸

*“Se a responsabilidade civil constitui uma sanção, não há porque não se admitir o ressarcimento do dano moral, misto de pena e compensação.”*¹⁹

Remansosos julgados têm acompanhado “*pari passu*” tais posições:

“Dano moral - indenização - cabimento. Embora o dano moral seja um sentimento íntimo da pessoa ofendida, para o qual não se encontra estimativa perfeitamente adequada, não

é isso razão para que se lhe recuse em absoluto uma compensação qualquer. Essa será estabelecida, como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparação, todavia representará a única salvação cabível nos limites das forças humanas”²⁰

“DANO MORAL - Reparação que independe da existência de seqüelas somáticas. Inteligência do art. 5º, V, da CF, e da Súmula 37 do STJ. Ante o texto constitucional novo é indenizável o dano moral, sem que tenha a norma (art. 5º, V) condicionado a reparação à existência de seqüelas somáticas. Dano moral é dano moral.”²¹

Destarte, a reparação por dano moral deve ser moderadamente arbitrada, de modo a evitar o lucro fácil e generoso, o locupletamento ilícito, porém, suficientemente considerável, para que o causador do dano possa sentir e aquilatar o mau que impingiu, para que possa efetivamente arrepende-se do que fez, para que tal penalidade possa corrigir, para o futuro, seu comportamento imprudente, negligente ou imperito.

Superadas todas as polêmicas atinentes à reparação do dano moral, atenho-me a classificar os parâmetros a serem utilizados na fixação da indenização compensatória, uma vez que, ante a falta de critérios legais objetivos, esta subordina-se ao prudente arbítrio do juiz (art. 1.553 do Código Civil).

*“O arbítrio do juiz está presente em qualquer decisão judicial. O juiz aprecia os elementos de prova, analisa-os, tira suas conclusões e decide. É inevitável o seu arbítrio, pois faz parte do procedimento do magistrado.”*²²

¹⁷ MONTENEGRO, Antônio Lindbergh. Do ressarcimento de Danos Pessoais e Materiais: Editora Didática e Científica Ltda., s. d. p. 134.

¹⁸ REIS, Clayton, Op. Cit., pág. 44.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Revista Jurídica Consulex, Brasília, a. 1, n. 3, p. 31.

²⁰ STF, RE 69.754-SP, rel. Min. Thompson Flores - RT 485/230.

²¹ 1º TACSP - E1 522.690/8-1 - Rel. Juiz Octaviano Santos Labo - RT 712/170.

²² VARGAS, Glaci de Oliveira Pinto. *Reparação do Dano Moral: [s. l.]: Síntese, s. d. p. 45.*

"Fosse o direito produto de laboratório, sujeito a leis certas como a física e a matemática, não haveria necessidade de tribunais de julgadores. O árbitro, pois, é da essência da própria justiça e não vemos como possamos excluir sem que altere, antes, o próprio homem."²³

"A idéia prevalecente do livre arbítrio do Magistrado ganha corpo na doutrina e jurisprudência, na medida em que transfere para o juiz o poder de auferir, com o seu livre convencimento e tirocinio, a extensão da lesão e o valor da reparação correspondente. Afinal, é o juiz quem, usando de parâmetros subjetivos, fixa a pena condenatória de réus processados criminalmente e/ou estabelece o quantum indenizatório, em condenação de danos ressarcitórios, de natureza patrimonial."²⁴

Diretrizes, as mais diversas, são evocadas para balizar o "quantum" indenizatório, entretantes, cuida que a escolha dos critérios deve corresponder à situação fática exposta a julgamento por ocasião da liquidação da sentença, sem perder de vista a equidade, a prudência e a sensatez que devem nortear todo julgador.

À vista do exposto e sendo despiciendas outras considerações, julgo **PROCEDENTE** o pedido embrionário para declarar, como de fato declaro a CONIPA - Construções e Incorporações Ltda., Francisco José de Godoy Vasconcelos e Sérgio Diniz de Godoy Mendonça, civilmente responsáveis pelo desmoronamento e interdição, respectivamente, dos blocos "B" e "A", do Conjunto Enseada de Serrambi, situado na rua Barão de São Borja, nº 30, Bairro Novo, Olinda-PE e, via de consequência os condeno ao ressarcimento integral de todos os danos patrimoniais, materiais e morais que hajam ocasionado, incluindo-se os próprios imóveis (somente os quitados, uma vez que não houve a participação neste feito do credor hipotecário), os móveis que guarneciam ou guarnecem os apartamentos destruídos ou interditados,

²³ SILVA, Wilson Melo. *Dano Moral*: In: Enciclopédia Saraiva do Direito, São Paulo: Saraiva, s. d. v. 22, p. 109.

²⁴ REIS, Clayton. *Op. Cit.* Pág. 94.

lucros cessantes e emergentes, além dos danos morais resultantes das perdas de parentes, lesões corporais, constrangimentos etc., cuja liquidação dar-se-á na forma prevista no art. 97 e segs. do Código de Defesa do Consumidor.

Fica facultado às vítimas optarem pela restituição imediata das quantias pagas, atualizadas monetariamente, ou a reexecução da obra por empresa a ser por eles escolhidas, sem qualquer custo adicional.

Por fim, torno definitiva a decisão de fls. 206/213.

Com relação à multa, outrora fixada para hipótese de descumprimento da tutela específica, tenho que o valor atingido por oportunidade do ingresso da sua execução provisória (proc. em apenso) se mostrou suficiente a compelir os réus a buscarem uma composição amigável para o litígio, solucionando, em especial, os casos de maior gravidade, pelo que suspendo a sua incidência a partir da propositura daquele feito executivo.

É que "o valor da multa não pode ser irrisório para o credor nem pode lhe proporcionar um enriquecimento sem causa, vedado pelo ordenamento jurídico ao consagrar os princípios gerais do direito (LICC, art. 4º). Nova situação de fato, não considerada no momento em que foi proferida a decisão, pode modificar o valor da multa diária." (grifos meus)

"No entanto, o valor das 'astreintes' não pode substituir eventual indenização ou constituir multa moratória em favor da parte (...) por ter natureza coercitiva, o objetivo da multa é induzir o devedor a cumprir a obrigação que lhe incumbe e sua imposição não impede ou prejudica o direito ao adimplemento específico da obrigação ou ao recebimento do equivalente monetário, ou, ainda, ao pedido de perdas e danos."²⁵

²⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das Decisões e Execução Provisória*. Revista dos Tribunais. 2000. p. 281.

Objetivando adequar o binômio necessidade/adequação da multa, decido que esta será revigorada, em toda sua plenitude, tão logo transite em julgado esta sentença e não haja o cumprimento espontâneo, por parte dos réus, das obrigações contidas na tutela específica.

Condeno ainda os réus à satisfação das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro, levando em conta o grau e zelo do serviço desempenhado pelos subscritores da peça inicial, aliados à importância da causa, em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) (art. 20, § 4º, CPC).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Olinda, 11 de dezembro de 2001

SENTENÇA CÍVEL E COMERCIAL: Marca gráfica

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

Proc. n° 001.2001.014678-5

EMENTA: CIVIL E COMERCIAL - MARCA GRÁFICA - EXPRESSÃO GENÉRICA - IMPOSSIBILIDADE DE SUA UTILIZAÇÃO CONSTITUIR DIREITO EXCLUSIVO DE ALGUÉM, QUER COMO MARCA GRÁFICA, QUER COMO NOME COMERCIAL - COLIDÊNCIA ENTRE MARCA NOMINATIVA E NOME COMERCIAL - INOCORRÊNCIA DE CONFUSÃO - VIABILIDADE DE COEXISTÊNCIA - PRINCÍPIO DA ESPECIFICIDADE.

- I. Consoante edita o art. 124, inc. VI, da Lei n° 9.279, de 14.05.1996 (Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos), não são registráveis como marca sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação

com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva. Destarte, o uso da expressão genérica "auto line" não pode constituir, como marca gráfica, direito exclusivo de ninguém.

- II. Não há confundir-se marca e nome comercial, este elemento individualizador da empresa e aquela, meio de identificação de produtos, mercadorias e serviços. Tanto o nome comercial quanto a marca, devidamente registrados, nos termos da legislação mercantil aplicável, devem ser protegidos.
- III. Em regra, eventual conflito entre eles deve ser resolvido pelo princípio da especificidade, sendo fundamental a determinação dos ramos de atividade das empresas litigantes, porque, se distintos, de molde a afastar confusão, não haveria impossibilidade de convivência.
- IV. Afigurando-se impossível a aplicação do princípio da especificidade, quando as empresas em conflito atuarem no mesmo ramo de atividade comercial, há de aplicar-se, então, para o desate da pendenga, o princípio

mercantil da anterioridade, observando-se as jurisdições administrativas das Juntas Comerciais.

- V. Se os ramos de atividades das empresas litigantes são distintos, obstando confusão, eventuais conflitos de interesses devem ser resolvidos pelo princípio da especificidade, desde que, de fato, inoccorra impossibilidade de convivência.
- VI. De qualquer sorte, o uso da expressão genérica "auto line" não pode constituir, quer como marca gráfica, quer como nome comercial, direito exclusivo de ninguém, isso porque não são registráveis sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva.
- VII. Ação e reconvenção julgadas improcedentes.

Vistos etc.

1. PROMOVEL EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA., invocando o direito exclusivo de utilizar a marca gráfica *auto line*, por força de registro no INPI, ajuizou ação

de cumprimento de obrigação de não-fazer, com preceito cominatório, cumulada com perdas e danos, advenientes da contrafação, em desfavor de **AUTO LINE VEÍCULOS HONDA LTDA.**, que, por sua vez, se alicerçando na anterioridade do registro dos seus atos constitutivos na Junta Comercial do Estado de Pernambuco, requere para si, com exclusividade, o direito ao uso do nome comercial em todo o território nacional, aforando, por oportunidade da resposta, concomitantemente com contestação, ação reconvenicional.

Enfrentar e elucidar essa questão, decorrente da colidência entre registro de marca gráfica no INPI e registro de nome comercial no registro do comércio, para o fim de se estabelecer a prevalência, significa, na espécie dos autos, buscar-se a composição do conflito intersubjetivo de interesses, colimando a conseqüente aplicação da justiça ao acaso apresentado à tutela jurisdicional.

É o relatório, no que interessa para o desate da controvérsia.

Decido.

2. O feito comporta, antecipadamente (art. 330, I, CPC), a prestação jurisdicional seguinte:

2.1 Com efeito, consoante edita o art. 124, inc. VI, da Lei nº 9.279, de 14.05.1996 (Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos), não são registráveis como marca "sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva".

É o caso dos autos: o uso da expressão genérica "auto line" não pode constituir, como marca gráfica, direito exclusivo de ninguém.

A marca é o sinal gráfico, figurativo ou de qualquer natureza isolado ou combinado e que se destina à apresentação do produto e/ou serviço ao mercado, daí por que deve ser distinta, especial e inconfundível. Consistindo a marca num sinal qualquer, e empregada esta palavra genericamente, subtede-se que a marca é tudo, dispensando-se assim qualquer forma enumerativa, exemplificativa ou restritiva. Este sinal comumente se apresenta de forma gráfica, tendo por objeto a letra, sílaba, palavra, conjunto de palavras; o número ou conjunto de números; o risco, traço, conjunto de riscos e traços; a sua forma figurativa ou ainda o conjunto das primeiras com esta última (cf. José Carlos Tinoco Soares, Comentários à Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 180).

O sinal pelo qual se apresenta a marca deve ser distinto dos demais existentes em uso ou sob registro; por isso que se diversifica, total ou parcialmente, não se confundindo com outros. E sendo distinto, forçosamente deverá ser claro, visível e perceptível.

2.2 Certo, não há confundir-se marca e nome comercial: este, elemento individualizador da empresa, e aquela, meio de identificação de produtos, mercadorias e serviços. Tanto o nome comercial quanto a marca, devidamente registrados, nos termos da legislação mercantil aplicável, devem ser protegidos.

Em regra, eventual conflito entre eles deve ser resolvido pelo princípio da especificidade, sendo fundamental a determinação dos ramos de atividade das empresas litigantes, porque, se distintos, de molde a afastar confusão, não haveria impossibilidade de convivência.

Afigurando-se impossível a aplicação do princípio da especificidade, quando as empresas em conflito atuarem no mesmo ramo de atividade comercial, há de aplicar-se, então, para o desate da pendenga, o princípio mercantil da anterioridade, observando-se as jurisdições administrativas das Juntas Comerciais.

In casu, contudo, considerando que os ramos de atividades das empresas litigantes são distintos, obstando confusão, cuido que o conflito deve ser resolvido pelo princípio da especificidade, desde que, de fato, inócorre impossibilidade de convivência.

E mais: o uso da expressão genérica "auto line" não pode constituir, quer como marca gráfica, quer como nome comercial, direito exclusivo de ninguém, isso porque não são registráveis sinal de caráter genérico, necessário, comum, vulgar ou simplesmente descritivo, quando tiver relação com o produto ou serviço a distinguir, ou aquele empregado comumente para designar uma característica do produto ou serviço, quanto à natureza, nacionalidade, peso, valor, qualidade e época de produção ou de prestação do serviço, salvo quando revestidos de suficiente forma distintiva.

3. Forte nisso, **JULGO IMPROCEDENTES** a ação e a reconvenção.

Em havendo cada litigante sido em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas processuais (v. art. 21, cabeça, do CPC).

Custas na forma da lei.

P.R.I.

Recife, 28 de fevereiro de 2005.

SENTENÇA CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE

Nilson Guerra Nery
Juiz de Direito

PROCESSO N.º 001.1993.019.471-4
AÇÃO: REINTEGRAÇÃO NA POSSE
A: KALCE LTDA.

RR: ADMINSTRADORA CENTROS COMERCIAIS
RECIFE S/C LTDA e outros

EMENTA: SOCIEDADE COMERCIAL CONSTITUÍDA SOB A ÉGIDE DO SISTEMA DE COTAS BIPOLARIZADAS ENTRE MARIDO E MULHER. ATO NEGOCIAL DESPROVIDO DE EVIDÊNCIA INSIDIOSA PRATICADO PELA ESPOSA INVESTIDA DE PODERES GERENCIAIS. INCONTROVERSOS OS REFLEXOS PATRIMONIAIS E/OU FINANCEIROS PARA A SOCIEDADE EM RELAÇÃO AO TERCEIRO CESSIONÁRIO/CONTRATANTE CUJA BOA-FÉ EXSURGE INTANGENCIADA. PLEITO REINTEGRATÓRIO A QUE SE NEGA PROCEDÊNCIA.

Vistos, etc.

KALCE LTDA., pessoa jurídica de direito privado constituída sob a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, inscrita no CGC/MF sob o nº 08.962.896/0001-00, representada pelo sócio Carlos Fernando Vilanova *ut* instrumento procuratório acostado às fls. 09 dos autos, propôs esta demanda reintegratória em desfavor de **ADMINISTRADORA CENTROS COMERCIAIS RECIFE S/C LTDA.** (Shopping Center Recife), estabelecida na Rua Pe. Carapuceiro nº 777, bairro de Boa Viagem, nesta Capital, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 12.590.444/0001-03, expondo para ao final requerer que, através de contrato escrito de locação, a firma autora locou à promovida a loja caracterizada como sendo o Salão PC019, consoante documentação acostada à petição vestibular, local onde passou a exercer suas atividades comerciais.

Em continuidade ao relato, assertiva a suplicante que, inopinadamente, no dia 1º/04/1993, a Administradora ré, de forma abusiva e despojada de amparo legal, procedeu à colocação de tapumes circundando a fachada da loja, ao argumento de que pretendia transferir sua posse e fruição comercial a terceiros cometendo – segundo a ótica da inquilina/autora – inequívoco ato esbulhativo da posse direta do imóvel por ela até então detida, em decorrência do contrato vigente, causando-lhe assim expressivos prejuízos e danos.

No detalhamento dos fatos esclarece a suplicante que se achava constituída sob a roupagem de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, ostentando na época quadro societário composto unicamente pelos sócios e esposos entre si, Carlos Fernando Vilanova e Elizabeth Borba Vilanova, os quais detinham, em partes iguais, 650 (seiscentas e cinquenta) quotas, perfazendo desta forma a integralidade do capital social da empresa.

Exsurge ainda da narrativa factual que imperava uma situação inamistosa entre os indigitados sócios, culminando com o rompimento da sociedade conjugal, passando a Kalce, *et pour cause*, a experimentar gerenciamento e fiscalização compartilhados.

No entanto, malgrado a dualidade administrativa posta em prática, tal alternativa não teria ainda assim proporcionado aos sócios a harmonização dos interesses comerciais da empresa eis que, segundo noticiado, a sócia quotista Elizabeth Borba Vilanova teria, *sponte sua* e sem a anuência do sócio varão, através de transação por ele tizada como simulacro forjado com a Administradora/locadora, cedido o ponto comercial através da devolução física do imóvel, mediante pagamento direto de quantia indeterminada à própria sócia signatária da cessão [sic], em transação nula de pleno direito porquanto estranha aos objetivos sociais, máxime quando avençada por apenas um dos sócios/mecios que representava parcela igualitária do capital e do patrimônio da sociedade, desaguando-se por consequência na imprestabilidade do ato solitariamente praticado. Exprime ainda a autora o entendimento de que a possibilidade de alienação do bem e direitos a ele inerentes por apenas um dos quotistas estaria condicionada à existência de cláusula contratual societária específica que contivesse comando positivo nesse sentido, o que inoconterria em face do disposto no regramento insculpido no Contrato Social ao estabelecer que *"a administração da sociedade caberá a ambos os sócios, os quais poderão agir, em conjunto ou isoladamente, com poderes de representação e administração da sociedade, podendo inclusive nomear mandatários"*, e em continuidade, em seu parágrafo primeiro, complementa que: *"é expressamente vedado aos sócios o uso do nome da sociedade em negócios ou documentos de qualquer natureza estranhos ou alheios aos fins sociais, bem assim os atos de favor de interesses particulares dos sócios, não afetando*

responsabilidade alguma à sociedade os atos em infringência a este parágrafo”.

Em supedâneo a essa linha de raciocínio, dizente com a alegada ilicitude da cessão formalizada unilateralmente pela sócia Elizabeth Borba Vilanova, a parte autora traz à colação referências doutrinárias todas no sentido de que não assistiria ao sócio dispor, isoladamente, do ponto comercial, renunciando conseqüentemente ao direito subjetivo de uso do imóvel para os fins especificados, quando da firmatura do contrato locativo, contando para a prática dessa cessão visualizada como deletéria pelo sócio prejudicado, segundo comentário explicitado na peça inaugural, “(...) com a convivência da administração da requerida (Administradora Centros Comerciais Recife S/C Ltda.) que embora conhecendo amplamente os termos do contrato social de sua locatária, enxergou na transação apenas o lucro fácil de um novo contrato com terceiros, taxas de transferência, ou a simples conveniência de uma retomada arbitrária e legal” (sic transcrito das fls. 06).

Em razão do exposto, pugna o demandante pela sua reintegração na posse do imóvel *sub judice*, além da condenação da requerida dos ônus sucumbenciais reivindicados na atrial, incluindo verbas indenizatórias.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 09 usque 21, jazendo às fls. 26 despacho do então Juiz auxiliar nesta Vara, Dr. Clóris Ribeiro, determinando a realização de audiência de justificação prévia, nos moldes da regra contida no art. 928 do CPC, o que veio a ser implementado conforme termo de fls. 31, tendo aquele magistrado, ao final da audiência realizada em 27/04/1993, proferido decisório vazado nos seguintes termos: *“Julgo procedente a justificação e determino que se expeça mandado de reintegração à autora (Kalce Ltda.) com a retirada dos tapetes colocados, até ulterior deliberação no curso da ação, e uma vez efetivada a liminar, promova a autora a citação da requerida para contestar a ação subsequente”* (transcrito de fls.

32v), materializando-se assim a reintegração perseguida pela acionante, ordenada aos 28 dias de abril de 1993, consoante se infere do mandado e documentos carreados às fls. 43/45 dos autos – vol I.

A reintegração em tela, no entanto, deixou de ser implementada por força da liminar concedida pelo então Des. Francisco de Sá Sampaio, no bojo do Mandado de Segurança tombado sob o nº 15664-7, impetrado pela sociedade denominada **TOQUE DE PELE BOUTIQUE LTDA.**, ao fundamento de que, na condição de terceiro prejudicado não citado na ação central possessória, ostentava a referida empresa legitimidade para proteger-se através do *mandamus*, contra os efeitos e conseqüências da liminar reintegratória monocrática concedida pelo Dr. Clóris Guimarães Ribeiro.

Manifestando-se nos autos por petitório de resistência instruído com documentos (fls.56/81), a Administradora Centros Comerciais Recife S/C Ltda. esboça tese no sentido de que o contrato locatício preteritamente entabulado fora extinto em data de 18/02/1993 com a cessão retromencionada em favor da empresa Toque de Pele Boutique Ltda., com a aquiescência da locadora, razão pela qual descaberia, a seu sentir, a tutela possessória, mormente porque não se lhe poderia atribuir qualquer ato esbulhativo vulnerador da posse da empresa ora autora, cujos efeitos danosos, caso existissem, seriam ademais imputáveis à sócia/cedente, questão essa a ser resolvida entre os parceiros. Aduz, por fim, que, havendo-se por escorreita a cessão com o conseqüente transpasse da *possessio*, afigurar-se-ia impositivo, assim, o reconhecimento da desnecessidade de sua presença na lide ou, alternativamente, o desacolhimento da pretensão autoral.

Réplica de fls. 150/151, onde se acham reprisados, em linhas gerais, os fundamentos e pleitos vestibulares.

Convocada a integrar a relação processual, por força do despacho de fls. 152, na qualidade de litisconsorte necessária,

ofertou a **TOQUE DE PELE BOUTIQUE LTDA.** peça contestativa com documentação (fls. 160/185) em que clama pela validade do instrumento de cessão firmado pela quotista/meeira, logo que, sendo terceiro de boa-fé, os atos dos sócios, mesmo que em violação ao contrato social ou à lei, obrigariam a sociedade, esgrimindo, em arremate, a inexistência de prejuízo à parte autora com a transferência dos direitos locatícios.

Combatendo a petição de bloqueio da litisconsorte, fez a Kalce Ltda. repousar a réplica de fls. 187/188.

Em seqüência, restou o feito sentenciado pelo ínclito magistrado substituto (fls. 193/201), à época em exercício nesta Vara, que entendeu de fulminar a demanda sem incursão meritória, ao agasalhar o entendimento de que *"as requeridas (eram) partes ilegítimas ad causam para esta relação processual, porque estranhas à relação de direito material, sendo Juízo incontornável a extinção do processo sem julgamento do mérito com fundamento no art. 267 inc. VI do CPC (...)"* (transcrito de fls. 201 vol I).

Irresignada, a demandante Kalce Ltda ofertou o recurso de apelação de fls. 203/209 ao Egrégio Tribunal de Justiça de Pernambuco, contra-arrazoada pelas requeridas às fls. 221/226 e 251/261, culminando-se com o provimento do recurso e anulação do *decisum* guerreado, volvendo os autos a esta unidade judiciária para que a demanda retomasse seu curso normal, com a realização da instrução probatória (fls. 283/318 - vol. II).

A apelante ofertou petitório requerendo a expedição de mandado de reintegração (fls. 320), escorada na crença segundo a qual, uma vez anulada a sentença extintiva, restaurar-se-ia automaticamente a ordem liminar da lavra de Dr. Clóris Guimarães, alusiva ao reingresso deferido por ocasião de audiência de justificação (fls. 32v *in fine*). Este pleito restou acolhido pelo Juiz titular da 8ª Vara Cível da Capital, Dr. Sebastião Romildo do Vale Oliveira, que atuou no processo

em face da arguição de suspeição do então titular desta 7ª Vara, Dr. Beraldo de Arruda Veras, consoante se verifica às fls. 85 da primeira carta de sentença extraída e apensa aos autos principais, desaguando-se na concessão da reintegração da Kalce Ltda., conforme decisão proferida às fls. 86/87 daquela carta, concretizada em data de 18/12/1995, pelo que se destaca do mandado acostado às fls. 112 dos multicitados autos.

Todavia, em decorrência da Reclamação nº 373-PE intentada pela demandada TOQUE DE PELE LTDA. perante o Superior Tribunal de Justiça (fls. 115 da primeira carta), o então Min. William Patterson entendeu de conceder liminar obstativa da consolidação reintegratória, ordenando a suspensão do ato impugnado com espeque no art. 14 inc. II da Lei 8.038/1990 que estabelece: *"Ao despachar a reclamação, o relator: I - omissis; II - ordenará, se necessário, a suspensão do processo ou do ato impugnado"*.

Ainda de registrar-se, por indispensável, que a suplicada Toque de Pele Ltda., inconformada com o Acórdão do Colendo Tribunal de Justiça de Pernambuco, que por maioria de votos não conheceu do *writ* assestado contra o despacho concessivo da liminar reintegratória, ingressou com MS perante o Superior Tribunal de Justiça - recebido fungivelmente com a roupagem de Recurso Ordinário Constitucional 5454-3/PE (95/0009567-0) - logrando na condição de terceiro prejudicado, por decisão da 5ª Turma daquela Corte Superior em data de 04/09/1995, compelir o TJPE a conhecer do *mandamus* primitivo de nº 15664-7, obtendo em 20/05/1996 a segurança perseguida (fls. 519/547).

Sucedeu-se a interposição de Embargos Infringentes nº 26238-4 pela Toque de Pele contra a decisão que reconheceu a legitimidade da Kalce Ltda. para residir e pleitear em Juízo a anulação da cessão rotulada de defeituosa e ineficaz, conseqüenciando ainda o ofertamento de Recurso Especial nº 192/99 que teve seu curso obstaculizado em 30/09/1999

(fls. 653/656), *decisum* esse atacado pela via de Agravo de Instrumento nº 59251-8-STJ, consoante certidão de fls. 686 do vol. IV dos Embargos Infringentes, remansando e hibernando o Recurso Especial em comento na forma do regramento insculpido no art. 542 §3º do CPC, conforme *ratio* agasalhada pelo Min. Ari Pargendler, *verbis*: "Aguarde-se a remessa do Recurso Especial relativo à decisão final da causa nos termos do art. 542 §3º do CPC. Comuniquem-se por ofício ao Tribunal a quo".

São estes, em linhas gerais, os aspectos do processo que merecem destaque relatorial, cumprindo então a este Juízo reexprimir a prestação jurisdicional monocrática, primitivamente fulminada pela 4ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em face do acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa, volvendo o feito à Instância Primeira para o implemento dos atos complementares conducentes a um novo sentenciamento.

Intentou-se, assim, a conciliação do litígio, consoante termo de audiência de fls. 751/752, tentativa que resultou inexitosa, secundando-se a inauguração da fase instrutória a qual teve lugar e se realizou em exata consonância com tudo o que se contém e se acha assentado nos termos de fls. 824/829 e 847/848, ocorrendo a desistência da oitiva da testemunha Elizabeth Borges Vilanova por parte da Administradora Centros Comerciais S/C Ltda., consoante se infere da petição de fls. 853/857, inoocorrendo destarte a realização da audiência então aprezada para 15/05/2003 pelo que se deduz do despacho exarado às fls. 858 dos autos que considerou encerrada a instrução e facultou às partes prazo para exibição e ofertamento das respectivas alegações finais, o que veio a ocorrer às fls. 861/866 por parte da Kalce Ltda., fls. 871/888 pela Administradora Centros Comerciais Recife S/C Ltda.

Em seguimento, concluiu-se pela imprescindibilidade da integração à lide do atual ocupante do imóvel, ordenando-

se sua citação por despacho de 19/03/2004 (fls. 889) com a conseqüente expedição do mandado de estilo às fls. 894, renovando-se a ordem citatória às fls. 905/906, aportando o respectivo mandado às fls. 908 do vol V, oportunizando o comparecimento de **MARCELO AUGUSTO PEREIRA SARDENBERG** o qual ofertou sua contestação às fls. 910 usque 927, acompanhada de documentos, através da qual esboça preliminares de carência de ação e ausência de interesse de agir da parte autora, lastreado em pretensa inadequação procedimental, incursionando ainda no aspecto dizente à obrigação que deve ser suportada pelas sociedades decorrentes de atos negociais firmados ainda que por um de seus representantes.

Formula ainda, em sua peça defensiva, tese – por sinal já abordada anteriormente por outro dos réus – de inexistência da *affectio societatis* posto que, sob sua ótica, ausente tal pressuposto volitivo, faleceria a própria sociedade dada a ausência indispensável da pluralidade de sócios. Suscita também nuances atinentes ao exercício dos poderes de representação da empresa autora, referindo em arremate à necessidade – ao seu sentir – de oitiva da srª Elizabeth Vilanova.

Nova intervenção da Administradora Centros Comerciais Recife S/C Ltda. às fls. 952/955 e réplica da Kalce Ltda. às fls. 958/960, vindo-me então os autos conclusos para deslinde.

Desatando, pois, a questão, como me cumpre fazê-lo, cuido, *primo oculi*, que se afigura imperativa e prioritária a abordagem e equacionamento das arguições entranhadas no petitório de fls. 770 usque 779, atravessado pela ré Administradora Centros Comerciais Recife S/C Ltda. e também na peça de fls. 910/927 da autoria de Marcelo Sardenberg, pugnano pela extinção do feito central ao argumento de pretensa inexistência de interesse de agir da parte autora, esgrimindo tese segundo a qual não mais subsistiria o liame

da *affectio societatis* entre os dois sócios da firma Kalce Ltda, com conseqüente comprometimento do pressuposto da pluralidade associativa, porquanto, estando o capital da sociedade dividido em partes igualitárias entre os únicos dois sócios, marido e mulher, estão estes a litigar perante uma das Varas de Família desta Capital, pelo que (ótica da ré) a desarmonia e incompatibilidade pessoal entre seus sócios constituiria fundamento bastante e suficiente a neutralizar a realidade formal espelhada no Contrato Social.

De todo implausível se afeiçoa tal pretensão, conquanto, em verdade, esgrime a parte ré argumentos de ordem eminentemente subjetivos, formulando suposições sobre o relacionamento pessoal e íntimo dos sócios – mutável e mutante segundo suas conveniências – adentrando na privacidade dos componentes de uma sociedade comercial cujos atos constitutivos permanecem intangíveis e vigentes eis que devidamente arquivados perante a Junta Comercial de Pernambuco – JUCEPE, órgão competente para seu registro. Tal intenção não consegue escamotear que pretende a ré, com sua arguição, a extinção pela via oblíqua do feito, que já se arrasta por mais de um decênio, o qual enveredou por íngremes caminhos e que, por entendimento e ordenação expressa da Instância Superior, baixou a esta unidade judiciária com a recomendação de que fossem garimpadas todas as provas e nuances disponíveis e evidenciáveis pelos litigantes, em razão do que jazem rechaçados de imediato os desideratos incidentais perseguidos pela querelada no requerimento antes mencionado.

No que concerne especificamente ao requerimento relativo à oitiva da sr^a Elizabeth Vilanova, tenho que, de efeito, os fatos já estão plena e suficientemente esclarecidos para o livre convencimento e conformação gnosiológica deste julgador (art. 131 do Digesto Procedimental), acrescendo ainda que a colheita de suas declarações foi há muito descartada conforme petitório de fls. 853/857.

De igual forma, soa oportuno sedimentar-se que jaz cristalizado - a partir do acolhimento parcial (fls. 583/598) dos Embargos de Declaração ao Acórdão da 4^a Câmara Cível (fls. 396/397 do vol. II) manejados pela litigante Toque de Pele Ltda. - o entendimento do 1^o Grupo de Câmaras Cíveis, ao emprestar nova redação ao Acórdão de fls. 479 *et seq.* de setembro de 1998, estabelecendo vedação objetiva no sentido de que "(...) a legitimidade ativa da Kalce Ltda., já decidida nesta Egrégia Corte, não poderá mais ser apreciada na 1^a Instância" (transcrito fls. 592 vol III dos Embargos Infringentes nº 0026238-4).

Postos a lume e suplantados estes aspectos, tem-se que, a teor do quanto decidido no Acórdão repousante às fls. 399 datado de 16/08/1995 nos Embargos Aclaratórios intentados pela A. C. C. Recife S/C Ltda. e Toque de Pele Ltda. em face do Acórdão proferido primitivamente nos autos da Apelação Cível nº 0019718-6, restou acolhida a preliminar de nulidade do processo reintegratório, determinando-se o retorno dos autos ao Primeiro Grau de Jurisdição a fim de que se procedesse à instrução do feito e, conseqüentemente, novo julgamento da *questio*.

Em concomitância aos referidos Embargos, a Toque de Pele ingressou com Embargos Infringentes nº 0026238-4 (fls. 407), visando à modificação do Acórdão, escorada nos fundamentos contidos no voto dissonante da lavra do Exmo. Des. Napoleão Tavares, que repelia a Apelação da Kalce Ltda. por não lhe reconhecer legitimidade ativa *ad causam* para trilhar a via recursal.

Tais Embargos Infringentes quedaram rejeitados pelo Acórdão do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis em 02/09/1998 (fls. 478/480), lavrado nos seguintes termos:

Embargos Infringentes. Dispondo a sociedade de mais de um sócio, igualitários, ambos podem administrar, porém um só não pode alienar o ponto

comercial na medida em que implicaria na extinção da sociedade. Poderes genéricos conferidos ao sócio não se confundem com poderes especiais, máxime aqueles que podem atingir o próprio patrimônio. Preliminar de ilegitimidade de partes inexistente. Cerceamento de defesa manifesto. Decisão monocrática que se anula por inescandível e indisfarçável cerceamento de defesa. Remessa dos autos à Vara de origem para julgamento do mérito da questão apresentada a exame. Acórdão da 4ª Câmara Cível mantida à unanimidade.

De gizar-se aqui, por absolutamente conveniente, que em verdade o objetivo primacial dos Embargos em comento, interpostos pela Toque de Pele Ltda., era especificamente o de – amparada em voto divergente – impugnar a legitimidade *ad causam* da litigante Kalce Ltda. para recorrer da sentença monocrática extintiva do processo. Ao decidi-lo, no entanto, o egrégio Tribunal, pelo seu colendo Primeiro Grupo de Câmaras, optou por alargar o balizamento do campo decisório, incursionando ao âmbito conceitual dos atos que, ao sentir daquele Colegiado, eram factíveis de execução lícita ou vedados de serem praticados pelos comunheiros da sociedade comercial.

O veredicto suzo anunciado deu sanchas a um segundo Embargo Aclaratório também adornado com pretensão infringencial, questionando ainda, por outra vez, a decisão do Primeiro Grupo de Câmaras atinente à *legitimatio* da Kalce Ltda. sob suposta existência de coisa julgada (fls. 489) para promover a Ação de Reintegração na Posse, ora *sub iudice*, aspiração novamente desacolhida (fls. 584/598).

Em contraponto à diretriz agasalhada no Acórdão nos Embargos Infringentes acima referidos, impende então direcionar o foco perscrutativo para a vertente explicitada pelo

Segundo Grupo de Câmaras Cíveis do TJPE no julgamento do Mandado de Segurança nº 15664-7 (fls. 519 e seguintes), onde se acha chancelado entendimento diametralmente oposto àquele encampado pelo Primeiro Grupo de Câmaras, consoante se infere da conseguinte dicção:

Mandado de Segurança. Sociedade por quotas. Ato de sócio-gerente. Cessão de contrato de locação. Validade. Terceiro de boa-fé. O ato de sócio-gerente, com violação do contrato obriga a sociedade perante terceiro de boa-fé. A responsabilidade por excesso de mandato deve ser discutida entre o sócio e a sociedade, sem qualquer reflexo àqueles que contrataram supondo ter o sócio legitimidade para o ato. Viola direito líquido e certo o ato judicial que, atendendo demanda de sócio insatisfeito com o ato de gerência de outro, traz consequência para terceiro de boa-fé que sequer integrou a relação processual.

De efeito, adentrando ao *punctum saliens* da querela, resulta incontendível para este Juízo que o entendimento acima estampado guarda inteira conformidade e coerência em relação à hipótese ventilada nestes autos, porquanto não se há negar, por primeiro, que a sócia Elizabeth Borba Vilanova havia, preteritamente, em agosto de 1984, contratado a locação da loja 019 do Shopping Center Recife em nome da firma Kalce Ltda. e, por segundo, que detinha, sem réstia de dúvida, poderes para firmar a cessão da locação, o que veio a ocorrer em fevereiro de 1993.

Tal prerrogativa emerge intangível a questionamentos, não apenas pela interpretação nas disposições do Contrato Social da Kalce Ltda., que confere a ambos os sócios, isolada-

mente, poderes de gerenciamento, representação e administração da sociedade, mas também reflete das próprias declarações prestadas pelo sócio Carlos Fernando Vilanova em audiência instrutória (fls. 825) quando afirma que:

(...) Ele declarante mantinha contatos esporádicos com a administração do shopping tão somente quando se fazia necessária sua presença para lidar com assuntos pertinentes a reformas da loja, de ambientação e arquitetura, remanescendo para a sua esposa os demais contatos.

Doutra banda, não vislumbrou este Juízo indícios ou contornos culposos que pudessem ser imputados às rés, nas tratativas entre elas e a sr^a Elizabeth B. Vilanova por ocasião da cessão do contrato locativo, assistindo à cessionária indviduosamente a condição de terceiro de boa-fé para o fim de reconhecer-lhes como lídimos os direitos possessórios decorrentes da cessão da relação *ex locato* vigorante com a Kalce Ltda. até fevereiro de 1993.

Calha, então, assentar que não exhibe a roupagem da razoabilidade a afirmação repetida ao longo da tramitação deste processo no sentido de que a transação celebrada pela sócia Elizabeth Borba "(...) implicaria na desconstituição da própria sociedade com a apropriação, sem qualquer título, do produto da venda mediante fraude flagrante em conduta patente de apropriação indébita" (transcrito fls. 06 da inicial).

Ora, ao que consta, a sociedade não se acha fenecida, eis que não fora objeto de distrato ou dissolução formal, malgrado os alegados desentendimentos e desencontros entre seus dois sócios, como se acha reconhecido pela própria ré Administradora C. C. Recife no item 7 de seu petitório de fls. 873. Se eventual extinção da *affectio societatis* ter-se-ia verificado, como pretensamente aduz a ré, tal estado de aridez

convivencial entre os sócios pré-existia à guerreada cessão locatícia, e não exclusivamente dela promanou, acrescentando salientar-se que não se pode confundir a personalidade jurídica da sociedade com o patrimônio, corpóreo ou incorpóreo, que ela ostenta, sendo inegável que, sem embargo da cessão implementada, poderia a sociedade estabelecer-se em qualquer outro endereço à sua livre conveniência.

Não se visualiza, portanto, nestes autos, eis que não provada, a suposta alegada "*apropriação do produto da venda do ponto comercial*" (*sic*), razão pela qual tenho por bem de rejeitar semelhante argumento à falta da devida evidenciação comprobatória.

Não logrou, de semelhante modo, a demandante carrear ao caderno processual, durante todo o seu atribulado curso, e notadamente na implementação da fase instrutória, indícios – ainda que tênues – das argüidas condutas maliciosas das rés, não se havendo desincumbido a contento do ônus que lhe atribui o art. 333 inc. I do Estatuto Instrumental Civil, não se afeiçoando razoável, assim, diante da anemicidade probatória, admitir-se/acolher-se o alegado conluio entre a sócia-cedente e as empresas demandadas.

Bem por isso, cumprindo o *munus* que me foi cometido, e após analisar e sopesar minudentemente os fatos e argumentos expendidos pelos litigantes, julgo improcedentes e desacolho os requerimentos que integram a presente demanda possessória com seus consectários indenizatórios, atinentes às perdas e danos pretendidos pela autora conquanto não provados, extinguindo assim o feito com lastro no art. 269 inc. I do *codex* procedimental, e imputando à promovente o ônus sucumbencial equivalente às custas processuais já adiantadas e verba honorária de 10% sobre o valor atribuído à causa devidamente atualizado.

Publique-se e intimem-se.

Recife, 28 de fevereiro de 2005.

SENTENÇA CRIMINAL.
Arquivamento de inquérito policial.
Posse de arma de fogo.
Atipicidade temporária

Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim
Juiz de Direito

Inquérito policial n.º 188/2004

DECISÃO

EMENTA: ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. POSSE DE ARMA DE FOGO. ATIPICIDADE TEMPORÁRIA. AUTORIZAÇÃO ESTATAL PARA PERMANÊNCIA DA ARMA DE FOGO EM RESIDÊNCIA. GARANTIA INDIVIDUAL NÃO PODE SER INVOCADA EM DESFAVOR DO CIDADÃO. REQUERIMENTO DE ARQUIVAMENTO DEFERIDO.

• **Relatório**

A ilustre representante do Ministério Público desta comarca requereu o arquivamento dos autos do inquérito

policial n.º 188/2004, aberto com o objetivo de investigar possível delito de posse de arma de fogo, tipificado no art. 12, da Lei n.º 10.826/03, alegando, em resumo, que a conduta é atípica em razão da edição da Medida Provisória n. 229, de 17 de dezembro de 2004, f.

Requeru, ainda, diligências para esclarecimento da origem ilícita de bens referidos no inquérito.

Assim vieram os autos conclusos.

• Fundamentação

Nenhum reparo merecem as razões ministeriais quanto ao arquivamento do inquérito policial no que pertine ao crime inculcado no art. 12 da Lei n.º 10.826/03.

De fato, a conduta descrita não pode ser punida criminalmente, ao menos momentaneamente.

O ilustre jurista Luiz Flávio Gomes, em artigo capturado no site www.ielf.com.br, bem demonstra a situação peculiar por que passa quem possui arma de fogo em sua residência, veja-se:

“Todos os possuidores de armas ilegais, desde que estejam com a arma em sua residência ou na empresa, foram “anistiados” (leia-se: terão prazo, a partir do regulamento da lei, que ainda não saiu, para registrar tais armas ou entregá-las para a Polícia Federal). No presente momento, portanto, não há que se falar em flagrante, inquérito policial, indiciamento, denúncia, processo ou condenação penal. Tudo isso constitui patente ilegalidade, que deve ser evitada por todas as autoridades do país (Policiais, Ministério Público e Juízes). (...)”

A nova lei faz uma clara distinção entre posse e porte ilegal de arma de fogo nos arts. 12, 14 e 16. A posse de arma de fogo (assim como seus verbos correlatos: manter sob sua guarda, guardar etc.) sempre refletiu a idéia de posse de arma no interior da residência ou domicílio, ou dependência destes, ou, ainda, no interior de uma empresa. Isso está mais do que patente no art. 12 do novo Estatuto do Desarmamento (sobretudo quando comparado com o art. 14).

Fora da residência ou domicílio ou, ainda, fora da empresa (observando que a lei protege apenas o titular ou responsável legal por ela), não há que se falar em posse, sim, em porte (ou seus verbos correlatos: deter, transportar, ter consigo etc.).

Realçada a clara distinção entre posse e porte, fica fácil compreender a vertente desarmamentista da recente legislação, que prevê três diferentes espécies de “anistias” que só beneficiam os possuidores e proprietários de armas de fogo (em residência ou em empresa):

(a) no art. 30 aparece a primeira modalidade de “anistia” em relação às armas de fogo não registradas, mas adquiridas licitamente: devem seus proprietários solicitar o registro, em cento e oitenta dias (a contar da data do regulamento da lei, que ainda não saiu), livrando-se da responsabilidade criminal;

(b) no art. 31 acha-se a segunda espécie de “anistia” aos possuidores e (ao mesmo tempo) proprietários de armas de fogo não registradas, mas adquiridas licitamente: caso não queiram registrar a arma, podem entregá-la para a Polícia Federal, a qualquer tempo, mediante recibo e indenização;

(c) no art. 32 foi contemplada a terceira forma de “anistia” aos possuidores e (ao mesmo tempo) proprietários de armas de fogo não registradas (e adquiridas licitamente ou não): podem entregar a arma (de uso permitido ou restrito, porque a lei não distingue) para a Polícia Federal, no prazo de cento e oitenta dias, a contar do regulamento da

Lei 10.826/03, mediante recibo e, presumida a boa-fé, poderão ser indenizados.

Entre castigar penalmente quem se encontra com arma ilegal em residência ou em empresa, de um lado, e, de outro, estimular o seu possuidor e proprietário a registrá-la ou entregá-la para a Polícia Federal, para efeito de sua destruição (art. 32, parágrafo único, da citada lei), a preferência muito clara recaiu sobre a última conduta. Conclusão: enquanto não expirados os prazos das "anistias" mencionadas não há que se falar em crime, porque o que está autorizado e fomentado por uma norma legal não pode estar proibido por outra."

Bem demonstrado está que o Estado autorizou o possuidor de arma de fogo a mantê-la em sua residência até o último dia do prazo definido no artigo, sendo tal prazo dilatado mediante medidas provisórias sucessivas. Tanto é assim, que o cidadão pode até o último dia do prazo entregar a arma de fogo e ser indenizado por isso. Vejam-se os artigos citados acima:

"Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos.

Art. 31. Os possuidores e proprietários de armas de fogo adquiridas regularmente poderão, a qualquer tempo, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e indenização, nos termos do regulamento desta Lei.

Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei."

Ao presente caso se aplica o art. 30 ou o art. 32, eis que a arma de fogo não teria sido adquirida ou registrada regularmente.

Os prazos referidos deveriam ser contados após a publicação da Lei n.º 10.826/03. Ocorre que a Medida Provisória n.º 229/04 determina como termo final o dia 23 de junho de 2005.

Portanto, a autorização estatal para possuir arma de fogo, em residência ou local de trabalho, está plenamente em vigor, não se podendo aplicar nenhum artigo da Lei n.º 9.437/97, eis que esta foi revogada expressamente pelo art. 36 da Lei n.º 10.826/03.

Somente após o decurso daqueles prazos, é que se poderá cogitar de crime de posse de arma de fogo.

Nem se argumente, em sentido um pouco diferente do até aqui exposto, como o faz Damásio E. de Jesus, de que medida provisória não poderia tratar de matéria penal, conforme art. 62, parágrafo 1º, inciso I, alínea "b", da C.R.

O argumento do ilustre jurista, com a devida vênia, é totalmente despido de fundamento. Veja-se por quê.

A proibição constitucional no sentido de que a medida provisória não pode tratar de matéria penal foi instituída com o intuito de manter intacta a garantia individual do princípio da legalidade para conformação de normas penais incriminadoras.

Conforme se verifica do art. 5º, inciso XXXIX, da C.R., não pode haver crime sem lei anterior que o defina. O termo "lei" é aqui utilizado de forma restrita, ou seja, norma produzida pelo Poder Legislativo de acordo com o respectivo procedimento previsto. Não fosse assim, qualquer norma produzida poderia definir crimes, tais como decretos, medidas pro-

visórias, portarias, etc., já que todas se enquadram no conceito largo de lei.

O princípio da reserva legal foi instituído como garantia individual dos cidadãos e, portanto, visa garanti-los de que o Poder Executivo (ou mesmo o Judiciário) não poderá instituir normas penais incriminadoras em caráter originário, ou seja, não poderá definir crimes de forma autônoma. Esse o intuito da vedação. Veja-se trecho do parecer do ex-Procurador-Geral da República Aristides Junqueira Alvarenga, retirado da obra de Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil Interpretada*, primeira edição, página 1.131-1.132, quando ainda não havia, expressamente, a referida vedação constitucional:

"É certo que a Constituição Federal não limitou expressamente o conteúdo material das medidas provisórias, que sem dúvida, é providência legislativa cautelar, inspirada na Constituição italiana. Mas, em face da secular garantia individual de que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), não é possível permitir que o Chefe do Poder Executivo se substitua ao Poder Legislativo, ainda que cautelarmente, em tema de definição de crime e de cominação de pena, uma vez que o termo lei, posto na norma garantidora individual, acima aludida, há de ser interpretado restritivamente, em seu sentido exclusivamente formal: norma criada pelo Poder Legislativo. Saliente-se que tal interpretação restritiva é imperiosa, por se tratar de direito concernente à liberdade de locomoção de qualquer um do povo, que só pode ser legitimamente cerceado pela vontade dos representantes eleitos especificamente para o exercício normal do poder de legislar. Entender que o Chefe do Poder Executivo, no uso de sua atribuição de expedir medida provisória com força de lei, cuja excepcionalidade é caracterizada pela relevância e urgência da matéria, possa assim agir em matéria penal é permitir a possibilidade de dano irreparável ao direito maior da liberdade individual de locomoção, pondo em risco o próprio

regime democrático, cuja defesa é incumbência constitucionalmente imposta ao Ministério Público (art. 127, caput, da CF)). Com efeito, a eficácia imediata de medida provisória definidora de crimes e impositora de penas privativas de liberdade e pecuniárias, como as ora contempladas, fará com que alguém possa ser constrangido a se submeter a processo penal e a uma eventual condenação, antes que a medida provisória se converta em lei pelo Congresso Nacional".

Percebe-se, claramente, que a instituição da vedação de medida provisória em matéria penal veio com o intuito de evitar a criação de tipos penais e a imposição de penas aos cidadãos sem a lei pertinente.

Pergunta-se: em qual lugar, em qual parte, veio a Medida Provisória nº. 229/04 a definir crimes ou impor penas? Respondo: em lugar nenhum. Veio ela, apenas, definir novo marco final de contagem de prazos já constantes na Lei nº.10.826/03.

Não se pode, com a licença do ilustre pensador Evangelista de Jesus, invocar garantia individual em desfavor do cidadão! Ora, ao referir que a citada medida provisória estaria violando garantia individual do cidadão, pois trataria indevidamente de matéria penal, o ilustre penalista invoca garantia individual deste cidadão para defender que sua conduta poderia ser considerada criminosa, não fossem outros motivos que ele mesmo trata de arranjar. Não poderia haver maior contradição: uma garantia individual posta em favor do cidadão que, ao ser aplicada, implicaria criminalizar a conduta deste mesmo cidadão!

Não. Não se pode invocar garantias individuais em desfavor dos cidadãos, mas, apenas, para beneficiá-los, já que são garantias postas, em grande parte, para refrear a atividade estatal.

A bem da verdade, diga-se que o ilustre Damásio E. de Jesus não chegou a defender a tipicidade da conduta descrita no art. 12 da Lei 10.826/03, veja-se:

"Chega-se à conclusão de que, nas definições as quais requerem complemento, qual seja a regulamentação, como ela ainda não existe, são atípicos todos os fatos cometidos a partir da entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento (23 de dezembro de 2003). É o que ocorre, por exemplo, nas figuras que mencionam armas de fogo de uso restrito, permitido e proibido (arts. 12, 14 e 16). Como não sabemos quais sejam, isto é, não temos elementos para classificá-las como de uso permitido, proibido ou restrito, não podemos enquadrar os fatos nos modelos legais. Criou-se uma espécie de amnistia temporária, perdurando a impunidade até que seja regulamentado o Estatuto do Desarmamento e satisfeitos determinados prazos". JESUS, Damásio de. Estatuto do Desarmamento: medida provisória pode adiar o início de vigência de norma penal incriminadora? São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, maio 2004. Disponível em: < www.damasio.com.br/novo/html/frame_artigos.htm >. Com destaques de agora.

O ilustre jurista segue outro caminho: ressaltando, por óbvio, as condutas que não necessitam de regulamentação, afirma que as que necessitam não podem ser consideradas crimes pelo fato do decreto regulamentador não ter sido ainda editado, não se concretizando a tipicidade destas condutas por serem normas penais em branco sem o devido complemento.

Mas, e agora, que já houve a edição do decreto regulamentador (Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004), o ilustre jurista vai defender a tipicidade da conduta acima mencionada? Cremos que não. Por certo o ilustre Damásio conseguirá, com a inteligência que lhe é peculiar, remar na corrente majoritária do entendimento esposado por Luiz F. Gomes.

Todavia, restaria indagar o que fazer com a arma apreendida.

A posição que defende sua devolução ao possuidor não me parece a mais adequada. É simples: se não é típica a conduta de possuir arma de fogo irregular dentro de residência, há, sem dúvida alguma, conduta criminosa no porte de arma de fogo sem a devida autorização, conforme art. 14, da Lei n.º 10.826/03. Que o tipo definido no art. 14 referido é plenamente aplicável não resta a menor dúvida.

Como se poderia então autorizar a devolução da arma de fogo apreendida naquelas circunstâncias, se, no momento de sua entrega ao possuidor, este, sem autorização para portar arma, estaria ele imediatamente cometendo o delito descrito no art. 14 da Lei n.º 10.826/03?

Penso que o mais correto é que a arma de fogo apreendida permaneça no depósito judicial e o seu possuidor seja intimado para, querendo, durante a vigência dos prazos definidos pelo Estatuto, manifeste sua intenção de receber a indenização prevista na lei. A arma deverá ser encaminhada até a Delegacia de Polícia Civil Regional que tem convênio com a Polícia Federal. Não comparecendo o cidadão até o final do prazo, a arma de fogo deverá ser encaminhada ao órgão competente para posterior destruição, conforme art. 25, parágrafo único da Lei n.º 10.826/03.

• Conclusão

Ante o exposto, nos termos do art. 18 do CPP, determino o arquivamento parcial destes autos de inquérito policial, com as cautelas legais, por considerar ser atípica, momentaneamente, a conduta do indiciado.

Intime-se o indiciado para conhecimento do aqui decidido.

O Ministério Público requereu a devolução dos autos à Autoridade Policial a fim de que sejam efetuadas diligências esclarecedoras da possível proveniência ilícita de bens referidos do inquérito. Portanto, **devolvam-se** os autos à Delegacia de polícia de origem, a fim de que sejam realizadas as diligências necessárias no prazo de 30 (trinta) dias.

Cientifique-se o M.P. do aqui decidido.

Garanhuns, 19 de janeiro de 2005

ESMAPE - BIBLIOTECA

340.05

P-01

EMPRÉSTIMO



*Tocador de Flauta
Zemella Lora*



ESMAPE S.A. - AV. BOLÍVAR 100 - BOGOTÁ - COLOMBIA
Teléfono: (011) 5719-1860 / 5719-1295 / 5719-5817
Fax: (011) 5719-1860 / 5719-1295