

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE

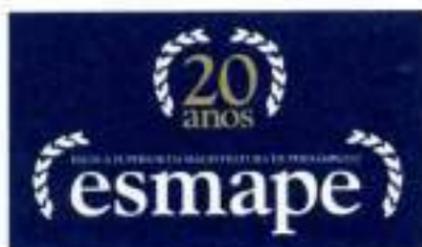


VOLUME 12 • Nº 25 • Janeiro a Junho 2007

TOMO II



Homenagem
100 anos de
FREVO



**ESCOLA SUPERIOR DA
MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**

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

Sítio: <http://www.esmape.com.br>

Fone: (81) 3224.0086

**BIBLIOTECA DA
ESMAPE**

ISSN 1415-112X



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO

REVISTA DA ESMAPE

Volume 12 - Número 25
janeiro/junho - 2007

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

Tomo II

Recife

Semestral

ESMAPE - BIBLIOTECA
Tomb.FA 20070235
Local P-01
Ch. 00001846 E

© Copyright by ESMape

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

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMape, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Solicita-se permissão / Exchange issued / ou demande échange

Revisão: autores e Profa. Msc. Eliene Staadinger

Editoração eletrônica: Joselma Firmino de Souza - DRT 3741/PE

Tiragem: 1500 exemplares

Correspondências para: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco,
Av. Imperador Pedro II, 221 - Santo Antônio - Recife - PE - CEP 50010-240
biblioteca@esmape.com.br

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

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

CDD 340.05

Impresso no Brasil • Printed in Brazil • 2006



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco,
conforme Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª sessão de 23/03/87.
Rua Imperador Pedro II, nº 221, Santo Antônio - Recife - PE. CEP: 50010-240
Site: <http://www.esmape.com.br>

DIRETORIA

Biênio 2006 - 2007

Diretor

Desembargador Jones Figueirêdo Alves

Vice-Diretor

Desembargador Eduardo Augusto Paurá Peres

Supervisor

Juiz Jorge Américo Pereira de Lira

*Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura e
das demais Carreiras Jurídicas*

Juiz Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

*Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação e Extensão
e de Estudos Internacionais*

Desembargador Fernando Cerqueira Noberto dos Santos

*Coordenador dos Cursos de Formação e
Aperfeiçoamento de Magistrados e Servidores*

Juiz Virgínio Marques Carneiro Leão

Coordenador de Eventos Científicos e Culturais
Desembargador Bartolomeu Bueno de Freitas Moraes

Coordenadora de Pesquisa, Divulgação Científica e Cultural e da Assessoria Jurídica Virtual
Juíza Cíntia Daniela Bezerra de Albuquerque

Coordenadores de Comunicação Social
Juiz Alexandre Guedes Alcoforado Assunção e
Juiz Saulo Fabianne de Melo Ferreira

Coordenador de Estudos Penais e Controle da Violência
Desembargador Marco Antonio Cabral Maggã

Coordenador de Direitos Fundamentais
Desembargador Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Subcoordenadora de Direitos Difusos do Consumidor e do Meio Ambiente
Juíza Anna Regina Lemos Robalinho de Barros

Subcoordenadora da Família, da Infância e Juventude e do Idoso
Juíza Sônia Stamford Magalhães Melo

Coordenadora de Prática Jurídica Criminal em Serviço e em Sala de Aula
Juíza Blanche Maymone Pontes Matos

Coordenador de Prática Jurídica Cível em Serviço e em Sala de Aula
Juiz Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

CONSELHO EDITORIAL

Presidente

Juiz JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

Membros

Juiz ANTENOR CARDOSO SOARES JÚNIOR

Juíza BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS

Juíza CÍNTIA DANIELA BEZERRA DE ALBUQUERQUE

Juiz HAROLDO CARNEIRO LEÃO SOBRINHO

Juiz LUIZ CARLOS VIEIRA DE FIGUEIREDO

Juiz SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA

Juiz TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

Coordenação Técnica, planejamento gráfico e editorial

Bel. JOSEANE RAMOS DUARTE SOARES

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

Corpo Docente

Cursos de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas

2007.1

1º PERÍODO

Direito Constitucional I

Prof. Dr. André Régis de Carvalho

Direito Administrativo I

Prof. Msc. Oscar Vilaça de Melo Filho

Direito Civil I

Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira
Procuradora do Trabalho Flávia Veiga Bauler

Direito Penal I

Profa. Esp. Fernanda Moura de Carvalho
Prof. Esp. José Durval de Lemos Lins Filho

Direito Processual Civil I

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira
Profa. Esp. Iasmína Rocha

Direito Processual Penal I

Prof. Esp. Carlos Vieira de Figueiredo
Prof. Msc. João Olímpio Valença de Mendonça

Direito Tributário I

Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos
Profa. Msc. Maria D'lara Siqueira de Melo

Direito Empresarial I

Prof. Thiago Faria Godoy Magalhães

Administração Judiciária

Prof. Esp. Eurico de Barros Correia Filho

Responsabilidade Civil

Profa. Dra. Fabiola Santos Albuquerque

2º PERÍODO

Direito Processual Penal II

Juiz Estadual Honório Gomes do Rego Filho

Juiz Estadual Carlos Alberto Berriel Pessanha

Direito Processual Civil II

Prof. Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Direito Civil II

Prof. subst. Roberto Paulino de Albuquerque Júnior

Direito Penal II

Promotora Joana Cavalcanti de Lima

Prof. Esp. Laiete Jatobá Neto

Direito Empresarial II

Advogado Alexandre José Gois

Direito Tributário II

Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho

Prof. João Hélio de Moraes Coutinho

Direito Administrativo II

Profa. Mariza Crasto Pugliesi

Direito Constitucional II

Profa. Sabrina Araújo Feitosa Fernandes Rocha

Técnica de Elaboração de Decisões Cíveis

Prof. Esp. José André Machado Barbosa Pinto

Didática do Ensino Superior

Profa. Msc. Ana Maria Maranhão

Prof. João Carlos Gonçalves Cavalcanti

3º PERÍODO

Direito da Criança e do Adolescente

Prof. Esp. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Direito Eleitoral

Prof. Esp. Mauro Alencar 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

Juiz Estadual Sandra de Arruda Beltrão

Teoria Geral do Direito

Prof. Emílio Paulo Pinheiro D' Almeida

Prof. Fabiano Pessoa de Melo

Técnica de Elaboração de Decisões Penais

Prof. Esp. Blanche Maymonne Pontes Matos

Direito Civil III

Prof. Esp. Alberto Flávio Barros Patriota

Prof. Leopoldo de Arruda Raposo

Medicina Legal

Prof. Esp. Clóvis César de Mendoza

Direito do Consumidor
Profª. Esp. Rosana Grimberg

Metodologia da Pesquisa
Profª. Msc. Karla Cecília Delgado

Cursos de Pós-Graduação

2007.1

Direito Processual Civil

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel
Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa
Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Prof. Msc. Silvio Romero Beltrão
Prof. José Expedito Lima
Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia
Prof. Misael Montenegro Filho
Prof. Esp. Edgar Moury Fernandes Neto
Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara
Prof. Dr. João Maurício Adeodato

Direito Civil e Processual Civil (Empresarial)

Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira
Profª. Msc. Larissa Leal
Profª. Dra. Fabiola Santos de Albuquerque
Prof. Dr. Geraldo Neves
Prof. Dr. Sady Torres Filho
Prof. Msc. Eduardo Serur

Prof. Msc. Silvio Romero Beltrão
Prof. Dr. Rodrigo Toscano
Prof. Luiz Mário de Góes Mourinho
Prof. Esp. Ivanildo Figueiredo
Prof. Msc. Leonardo Cunha
Prof. José Expedito Lima
Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia
Prof. Dr. Fredie Didier
Prof. Esp. Edgar Moury Fernandes Neto
Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa
Prof. Msc. Wellington Saraiva
Prof. Msc. Frederico Ricardo de Almeida Neves
Prof. Msc. Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Prof. Msc. Ronnie Preuss Duarte
Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara
Prof. Dr. João Maurício Adeodato

Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário)

Profª. Msc. Maria Betânia Silva
Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa
Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Prof. Msc. Oscar Vilaça
Prof. Dr. Walber de Moura Agra
Prof. Manoel Erhardt
Prof. Dr. Gustavo Just
Prof. Esp. Honório Gomes do Rego Filho
Prof. Esp. João Hélio de Farias M. Coutinho
Prof. Dr. Francisco Alves
Prof. Msc. Roberto Moreira
Prof. Dr. Hélio Ourém Campos

Prof. Msc. Jackson Borges de Araújo

Prof. Esp. Oswaldo Moraes

Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho

Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara

Prof. Dr. Marcílio Souza Júnior

Prof. Dr. João Mauricio Adeodato

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva

Direito Penal e Processual Penal

Prof. Dr. Ricardo de Brito

Prof.ª. Dra. Marília Montenegro

Prof. Msc. Teodomiro Noronha Cardozo

Prof. Prof. Msc. Paulo César Maia Porto

Prof. Dr. Antônio Scarance Fernandes

Prof. Msc. Flávio Fontes

Prof. Esp. Nildo Nery dos Santos

Prof. Msc. José Lopes

Prof. Esp. João Olympio de Mendonça

Prof. Esp. Honório Gomes do Rego Filho

Prof. Dr. Nilzardo Carneiro Leão

Prof. Dr. Marcílio Souza Júnior

Prof. Dr. João Mauricio Adeodato

Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara

Prof.ª. Dra. Virginia Colares Soares Figueirêdo Alves

Direito Privado (Civil e Empresarial)

Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira

Prof.ª. Msc. Larissa Leal

Prof.ª. Dra. Fabiola Santos de Albuquerque

Prof. Dr. Geraldo Neves

Prof. Dr. Sady Torres Filho

Prof. Msc. Ruy Trezena Patù Júnior

Prof. Msc. Silvio Romero Beltrão

Prof.ª. Msc. Maria Rita de Holanda S. Oliveira

Prof.ª. Msc. Danielle Spencer

Prof. Esp. Ivanildo Figueiredo

Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara

Prof. Dr. João Mauricio Adeodato

MBA - Administração Judiciária

Prof. Msc. Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Prof.ª. Msc. Zélia Mendonça

Prof. Msc. Silvio Romero Beltrão

Prof. Dr. Almir Menelau

Prof. Msc. Joaquim Bezerra

Prof. Msc. Issac Seabra

Prof. Msc. Bento Albuquerque

Prof. Msc. Luciano Carvalho Ventura

Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel

Prof.ª. Msc. Suzana Sampaio

Prof. Msc. Hermenegildo Pádua

Prof. Esp. Leônidas Albuquerque

Prof. Msc. Michel Zaidan

Prof.ª. Dra. Maria Marly Oliveira

Sumário

<i>Editorial</i>	537
------------------------	-----

Artigos de alunos

A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO DOS DESVIOS DE PERSONALIDADE, POR PARTE DA DEFESA, NO CONVENCIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI Ana Virginia Siqueira Ana Maria Meira Dilma Solange Espindola	541
A REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO DAS SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS À COFINS Anthero Romo de Oliveira Neto	561
APONTAMENTOS SOBRE A MANCOMUNHÃO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO Antônio Felipe de Amorim Cadete	603
RAZÃO FAMILIAR DA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas	639
AGRAVO DE INSTRUMENTO PENDENTE E SENTENÇA SUPERVENIENTE: HÁ PERDA DO OBJETO DO AGRAVO? Danahia Fabiana Silva de Andrade	675
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CONTROLE EXTERNO OU USURPAÇÃO JURISDICIONAL E LEGIFERANTE Emiliano Rodrigo Melo Gibron	693

INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Fabio Muniz Guerra Nery 711

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs) COMO
INSTRUMENTO PRÉPONDERANTE PARA A RETOMADA
DO CRESCIMENTO ECONÔMICO E SUAS
IMPLICAÇÕES EM FACE DOS NOVOS OBJETIVOS
ESTABELECIDOS PELO PROGRAMA DE ACELERAÇÃO
DO CRESCIMENTO (PAC)

Gilberto Soares Silva 737

A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE
GRATUIDADES AOS SERVIÇOS CARTORÁRIOS:
NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO EQUILÍBRIO ECO-
NÔMICO E FINANCEIRO DA ATIVIDADE EXERCIDA
MEDIANTE DELEGAÇÃO

Gustavo Stephan Pedrosa Figueiredo 763

O SISTEMA PENITENCIÁRIO FACE O INDULTO:
ANÁLISE DA TRAJETÓRIA DO APENADO

Josenildo Coelho Teodoro 795

DA VIABILIDADE DA AÇÃO MONITÓRIA EM FACE
DA FAZENDA PÚBLICA

Joselyne Santiago de F. Barbosa 831

LAVAGEM DE DINHEIRO E A REALIDADE ENGANADORA
DESSE CRIME QUE REPRESENTA GRAVE
AMEAÇA PARA A SOCIEDADE E A ECONOMIA

Leonia de Oliveira Torres 847

PERSONALIDADE JURÍDICA FORMAL DO NASCITURO
ANENCÉFALO

Luciana Barros Santana de Mattos 857

DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA
JULGAR AS CONTAS DO PREFEITO ORDENADOR DE
DESPESAS: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 71, INCISOS I
E II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, APLICADO
SIMETRICAMENTE NO ÂMBITO MUNICIPAL

Maria Carolina Barros Carvalho Fugagnoli 889

A EMENDA CONSTITUCIONAL N.45 E A
REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL
LEVANTADA: O USO DO MÉTODO DIFUSO COMO
INSTRUMENTO DE CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Maria Cecília Pezoto Correa Lima 915

A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA: UMA
ANÁLISE CRÍTICA EM FACE DOS PROBLEMAS DE
ORDEM LEGAL E CONSTITUCIONAL, COM BASE NA
JURISPRUDÊNCIA DO STF

Nelson Ebon da Conceição Júnior 933

A INTANGIBILIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO
DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO: UMA BREVE ANÁLISE À
LUZ DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS UTILIZADOS
PELOS MUTUÁRIOS EM AÇÕES REVISIONAIS E DA
JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Rodrigo Martiniano Ayres Lima 953

Editorial

Alegria, ritmo, música e dança.

Olha o frevo! Esta frase saía da boca do povo no carnaval de 1907 quando o Clube Carnavalesco Empalhadores do Feitosa saiu às ruas e contratou a orquestra da Banda da Polícia Militar para tocar o seu repertório, notícia na época veiculada pelo "Jornal Pequeno", em 9 de fevereiro do mesmo ano.

Segundo o pesquisador e historiador Leonardo Dantas, em artigo publicado no Diário de Pernambuco de 1996, todos os estudiosos concordam que o vocábulo frevo é derivado do verbo "ferver", que lembra movimentação, delírio e carnaval.

Este ano o frevo, já com passos coreografados como "tesoura", "saca-rolha", "corrupio", "parafuso" e tantos outros, completa 100 anos de existência.

*O Frevo, palavra exótica
Tudo que é bom diz, exprime.
É inigualável, sublime.
Termo raro, bom que dói...
Vale por um dicionário.
Traduz delírio, festança.
Tudo salta, tudo dança.
Tudo come, tudo rói.*

A Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape, dando continuidade ao compromisso de, também, divulgar as manifestações culturais do Estado, estampa em sua capa os alunos e assistas Érica Alves, Jorge Viegas e Davison Vicente, todos da Escola Municipal de Frevo Maestro Fernando Borges.

E, no afã das comemorações dos seus 20 anos de atividades educacionais, a Esmape oferece também oportunidades aos alunos, tanto dos cursos de pós-graduação como os de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas de publicar, desta vez em volume único (tomo II), os trabalhos apresentados em sala de aula, seminários ou conclusão de curso.

A Esmape tem consciência que alguns desses trabalhos poderão ser ainda aperfeiçoados. Mas, como parte do processo de ensino-aprendizagem, a Escola se sente na incumbência de incentivar os seus autores. Afinal, alunos hoje; escritores amanhã.

Desembargador Jones Figueirêdo Alves
Diretor

Juiz Jorge Américo Pereira de Lira
Presidente da Comissão Editorial



**Artigos
de alunos**

A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO DOS DESVIOS DE PERSONALIDADE, POR PARTE DA DEFESA, NO CONVENCIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI

Ana Virginia Siqueira

Psicóloga Clínica da Faculdade Frassinetti do Recife - FAFIRE. Mestre em Psicologia Social e da Personalidade pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Aluna do 7º período de Direito da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO

Ana Maria Meira

Aluna do 7º período de Direito da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO

Dilma Sofange Espindola

Aluna do 7º período de Direito da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO

"O pensar do advogado não é puro raciocínio, mesmo porque o direito não é lógica pura; o seu pensar é, ao mesmo tempo inteligência, intuição, personalidade, sensibilidade e ação. A lógica do direito não é uma lógica formal, senão uma lógica viva, feita de todas as substâncias de experiências humanas". (Eduardo Couture)

SUMÁRIO

1 INTRÓITO. 2 RELATO DO CASO. 3 TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTI-SOCIAL. 4 FATORES DETERMINANTES. 5 LEGÍTIMA DEFESA. 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7 REFERÊNCIAS.

1 INTRÓITO

Este trabalho foi desenvolvido e apresentado pelas alunas representantes da Defensoria Pública, da Turma do 6º período do Curso de Direito da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO, no Tribunal Simulado do Júri, no Fórum Joana Bezerra, em maio de 2006, como requisito parcial de aprovação da Disciplina de Direito Penal III, ministrada pelo Professor e Juiz M.M. Paulo Roberto Brandão. A equipe defendeu judicialmente um crime ocorrido, no ano de 1999, na Rua da Baixa Verde, no Bairro do Derby, uma rua central localizada por detrás do Hospital da Restauração, vencendo na votação dos jurados de quatro votos a três.

A análise se deu por ser pacífico o entendimento de que o Direito tem como princípio garantir a vida e a dignidade da pessoa humana, mas, para que esses objetivos sejam atingidos, procuramos mostrar neste presente artigo a relevância do conhecimento do perfil psicológico na efetivação do julgamento no Tribunal do Júri, baseado no relato de um caso fundamentado no transtorno de personalidade anti-social e na legítima defesa.

2 RELATO DO CASO

Na rua acima citada, morava há, aproximadamente, 6 anos, o senhor Jorge Lapiou (nome fictício), de 54 anos, sem família, natural de Carianga (nome fictício), o qual tomava de conta dos carros ali estacionados e se mantinha do dinheiro que recebia como flanelinha. Indivíduo pacato, tranqüilo, ben-

quisto pelos colegas, nunca havia sido preso, nem processado, enfim, sem nenhum antecedente criminal.

Um dia, aproximadamente, 3 meses antes do ocorrido, surge nesta mesma rua um indivíduo de nome Fergúcio (nome fictício), na faixa etária dos 30 a 35 anos que, de forma envolvente e sorrateira, insere-se não só no cotidiano do Sr. Jorge Lapiou, mas, de todos os outros flanelinhas. Compadecendo-se da necessidade de Fergúcio "ganhar a vida", prontamente, põe-se a ajudá-lo. Jorge Lapiou logo começou mobilizar os colegas para que cada um emprestasse R\$ 2,00 (dois reais), onde, ele próprio contribuiu, para que Fergúcio comprasse uma saca de pipocas e, assim, começasse a trabalhar. Com pouco tempo, depois de vender as pipocas e sem dar a menor satisfação sobre o paradeiro do apurado, Fergúcio relata que o pequeno trabalho informal "faliu" e Jorge Lapiou, sem questionar, prontamente e ingenuamente, o chama para com ele encostar veículos na rua da Baixa Verde que, na realidade, era o seu verdadeiro intuito. Logo, Fergúcio começa a revelar sua verdadeira personalidade tornando a vida de Jorge Lapiou um verdadeiro inferno. Começam as humilhações ao grupo de flanelinhas tendo como maior alvo Jorge Lapiou, onde estas mesmas humilhações eram acompanhadas de ameaças e reiteradas agressões físicas impedindo, até mesmo, deste trabalhador receber dinheiro de seus clientes como pagamento dos serviços prestados. E, assim, começou a ser o dia a dia desse senhor. No dia do crime, por exemplo, Jorge Lapiou estava dormindo quando, de forma inesperada, Fergúcio aproximou-se e jogou um balde de água no mesmo; mais uma vez, não houve reação, até porque Jorge Lapiou sabia que sempre se encontrava em desvantagem frente aquele elemento muito mais jovem e mais forte. Depois deste episódio do balde de água, quando voltava para o trabalho, Jorge Lapiou deparou-se, novamente, com Fergúcio, o qual partiu para agredi-lo, derrubando-o violentamente no chão, o que já era de praxe.

Neste momento, chegando ao ápice do stress, de um esgotamento emocional, revoltado, surrado e humilhado, este senhor desferiu um golpe no tórax de Fergúcio, pois não suportava mais ser agredido.

Mesmo ferido, Fergúcio sai andando para ser socorrido no Hospital da Restauração já que ficava a poucos metros dali. Ao subir a rampa deste mesmo hospital, o guarda de plantão percebeu a situação e o socorreu. Em seguida, este soldado encaminhou-se com um colega, ao local do ocorrido, deparando-se com Jorge Lapiou que em nenhum momento apresentou resistência para ser preso ou tentar fugir. Apenas esclareceu, desde o primeiro momento, que não teve a intenção de feri-lo, porém, não agüentava mais as agressões e desmoralizações.

Uma testemunha fundamental para este caso foi Reginaldo Benedito Gomes, também flanelinha que trabalhava na rua da Baixa Verde. Apesar de não ter presenciado o desfecho dos acontecimentos, vivenciou, o que Fergúcio fazia com eles reiterando sempre o comportamento de Jorge Lapiou, como sendo uma pessoa benquista por todos, pacata e tranqüila e que, ele próprio, também fora vítima daquele elemento.

Relatado o caso, passaremos a expor os aspectos psicológicos dos envolvidos na questão, dando ênfase a personalidade anti-social para defendermos que esses humildes trabalhadores, tendo Jorge Lapiou como alvo maior, foram vítimas de Fergúcio, um elemento com este desvio (perfil de personalidade).

3 TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTI-SOCIAL

Segundo os mais renomados autores (KAPLAN; SADOCK; GREBB, 1997, p.692), o Transtorno de Personalidade Anti-social é caracterizado por um desprezo pelas obri-

gações sociais e pela falta de consideração e empatia para com os outros. Há um desvio considerável entre o comportamento e as normas sociais estabelecidas, sendo incapazes de aprender com a punição ou incapazes de modificar suas atitudes. Para esses teóricos, "...trata-se de uma incapacidade de conformar-se às normas sociais que envolve muitos aspectos do desenvolvimento adolescente e adulto do paciente. São manipuladores e, freqüentemente, capazes de convencer outros indivíduos a participarem de esquemas que envolvam modos fáceis de obter dinheiro, o que, eventualmente, pode levar ao embaraço social ... não falam a verdade e não se pode confiar nelas para levarem avante qualquer projeto ou aderirem a qualquer padrão convencional de moralidade. Apresentam um exterior normal e até mesmo agradável e cativante. Suas histórias, entretanto, revelam muitas áreas de funcionamento vital desordenado; mentiras, furtos, brigas, abuso de drogas e atividades ilegais que, conforme relatos dos pacientes, começaram na infância ... indivíduos que demonstram uma ausência de ansiedade ou depressão, assim como, uma completa ausência de delírios e outros sinais de pensamento irracional. Freqüentemente, demonstram um senso de teste de realidade aumentado e impressionam os observadores por terem uma boa inteligência verbal". Afirma NARLOCH (2006), que "é a mesma doença de alguns assassinos em série e também, certos políticos, líderes religiosos e executivos. Isto quer dizer que não é necessário um psicopata ser um serial killer, contudo, todos sofrem de um mesmo problema: uma total ausência de compaixão, nenhuma culpa pelo que fazem ou medo de serem pegos, além da inteligência acima da média e habilidade para manipular quem está em volta".

Na realidade, a personalidade anti-social pode ser considerada como sinônimo de sociopatia, mas, isto não é unânime. A maioria prefere tratá-la como um transtorno mais ameno que a sociopatia, embora da mesma família. A CID-10

(2000), Classificação Internacional das Doenças, considera o Transtorno de Personalidade Anti-Social como sendo um Transtorno Amoroso da Personalidade ou Transtorno Associal da Personalidade ou, ainda, Transtorno da Personalidade Dissocial. Segundo o psicólogo canadense Robert Hare, citado por NARLOCH (2006), "a gente costuma chamar pessoas assim, de monstros, gênios malignos ou coisa que o valha, mas para a Organização Mundial da Saúde (OMS), eles têm uma doença, ou melhor, deficiência. O nome mais conhecido é psicopatia, mas também, se usam os termos sociopatia e transtorno de personalidade anti-social".

"A característica essencial do Transtorno da Personalidade Anti-Social é um padrão invasivo de desrespeito e violação dos direitos dos outros, que inicia na infância ou começo da adolescência e continua na idade adulta" (BALLONE, 2002). Para este autor, é um transtorno de conduta que envolve um padrão de comportamento repetitivo e persistente no qual ocorre a violação dos direitos básicos das pessoas ou de normas ou regras sociais importantes. São indivíduos que não se adequam às normas de comportamento dentro de parâmetros legais e isto tende a persistir pela vida adulta. BALLONE (2002), descreve que indivíduos assim podem realizar repetidos atos que constituem motivo de detenção, tais como destruir propriedade alheia, agredir pessoas e animais, importunar os outros, defraudação ou furto, roubar ou dedicar-se à contra-venção. "As pessoas com este transtorno desrespeitam os desejos, direitos ou sentimentos alheios. São indivíduos que enganam, manipulam os outros com o intuito de obter vantagens pessoais ou prazer. São mentirosos contumazes, usam nomes falsos, ludibriam ou fingem. As decisões são tomadas ao bel-prazer, de modo impulsivo, sem levar em conta possíveis conseqüências para si ou para os outros". Continua este mesmo autor expondo que, indivíduos com Transtorno de Personalidade Anti-Social tendem a ser irritáveis ou agressivos e podem

reiteradamente entrar em lutas corporais ou cometer atos de agressão física. Demonstram pouco remorso pelas conseqüências de seus atos. Mostram-se indiferentes ou oferecem uma racionalização superficial por terem ferido, maltratado ou roubado alguém. Podem culpar suas vítimas por serem tolas, impotentes ou por terem o destino que merecem.

Pessoas com esse transtorno "exibem egocentrismo patológico, emoções superficiais, falta de autopercepção, baixa tolerância para frustração, irresponsabilidade, ausência de remorso, ansiedade e sentimento de culpa, são cínicos, manipuladores, incapazes de manter uma relação ou de amar. São incapazes de aprender com a punição ou de modificar suas atitudes; quando descobrem que não são tolerados pela sociedade, fingem mascarando sua verdadeira personalidade, mas nunca a suprimindo" (SABBATINI, 1998). Ainda descreve este autor, que pessoas com este perfil, geralmente, exibem um charme superficial para as outras pessoas e tem uma inteligência normal ou acima da média. Afirma que não mostram sintomas de outras doenças mentais, tais como neuroses, alucinações, delírios, irritações ou psicoses. "Eles podem ter um comportamento tranqüilo no relacionamento social normal e têm uma considerável presença social e boa fluência verbal. Em alguns casos, eles são os líderes sociais de seus grupos. Muitas poucas pessoas, mesmo após um contato duradouro com os psicopatas, são capazes de imaginar o seu lado negro; a maioria dos sociopatas é capaz de esconder com sucesso durante sua vida inteira, levando a uma dupla existência. Vítimas fatais de sociopatas violentos percebem seu verdadeiro lado apenas alguns momentos antes de sua morte".

Depois de fundamentarmos todo o perfil delinquencial de comportamento, podemos vislumbrar os fatores determinantes capazes de enquadrar, justificadamente, as atitudes de comportamento dos sujeitos principais desse caso defendido no Tribunal Simulado do Júri.

4 FATORES DETERMINANTES

Assim, diante das características expostas, podemos constatar que Fergúcio é um verdadeiro predador social, um elemento de um padrão delinquencial de comportamento. De uma certa forma, todo o caso apresentado está norteado por agressões. E o que viria a ser agressão? Para FROMM (2001, pág. 254), existe a agressão benigna e a maligna. A benigna, também chamada de agressão biologicamente adaptativa "é uma reação às ameaças a interesses vitais; é filogeneticamente programada e é comum aos animais e ao homem. É reativa e defensiva; visa à remoção da ameaça, destruindo ou afastando sua origem". A agressão maligna também chamada de "agressão biologicamente não-adaptativa, maligna, não constitui defesa contra ameaça; não é filogeneticamente programada e é comum apenas no homem. A agressão maligna, embora não seja um instinto, é um potencial humano enraizado nas próprias condições da existência humana." Na realidade o objetivo da agressão defensiva não é o prazer da destruição, mas a preservação da vida. Uma vez que o objetivo seja atingido, a agressão e seus equivalentes emocionais desaparecem.

De uma maneira geral, a agressão maligna e comportamental é aquela que é nata: que faz parte dos fatores internos do indivíduo, intrinsecamente associada a natureza humana, a qual se encaixa perfeitamente ao perfil de Fergúcio; diferentemente, da agressão benigna e situacional, também chamada de agressão aprendida, que aparece conforme os motivos determinantes. Baseado neste tipo de agressão instintiva que surge frente a um ambiente em desequilíbrio e que foi a agressão emergencial utilizada pelo Sr. Jorge Lapiou em sua legítima defesa, é que passaremos a analisar, no próximo tópico, esse instituto jurídico.

5 LEGÍTIMA DEFESA

De onde surgiu a legítima defesa? Ela origina-se do instinto de conservação do homem, no direito instintivo que este tem de se defender de agressão injusta a direito seu ou de outrem. E por advir do instinto humano, é naturalmente anterior a toda e qualquer codificação legal, sendo por este motivo, inderrogável por essas mesmas codificações. Tanto é assim que a legítima defesa é reconhecida por todos os povos, todos os sistemas morais e filosóficos.

Pode parecer intrigante, mas, existem religiões que reconhecem a validade da legítima defesa. São Tomás de Aquino afirmava: "não é apenas porque o homem teve que se defender de uma agressão injusta que a legítima defesa é causa justificada, senão porque, além do mero instinto de conservação ele agiu, também, para defender o seu próprio corpo de terceira pessoa" (SUMMA THEOLOGIAE, II-II, q. 64 a. 7).

Em seu artigo 25, o Código Penal Brasileiro preceitua: "entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem" (MIRABETE, 2002). Acertadamente, o referido código acrescenta o termo "injusta", quando trata de agressão que torna a legítima defesa à reação. Isto porque descabe reação quando agressão for lícita, isto é, conforme o direito. "Injusta é a agressão não autorizada pelo Direito" (MIRABETE, p.183, 2003).

Para esclarecer o que seria essa moderação, pode-se valer de um exemplo procedente da física. Colocava Newton (HELOU, 2001), que uma força não pode exercer uma ação sem no mesmo instante fazer nascer uma reação igual e diretamente oposta. Da mesma forma, deve ocorrer com a legítima defesa. A reação necessita neutralizar o injusto ataque que a autorizou, buscando novamente o equilíbrio, como na mencionada lei da física. Naturalmente, não com a mesma preci-

são, uma vez que um ataque sempre desperta várias sensações humanas como atenção, medo, raiva, instinto de conservação, entre outros. Em situação de perigo, via de regra, o homem não conserva controle emocional o bastante para calcular exatamente os efeitos de sua ação. Sendo a reação um ato reflexo e instinto, a idéia do que a defesa vai opor ao ataque é algo um tanto nebuloso e imprevisível. Entendido que a proporcionalidade entre o ataque e a defesa não pode ser avaliada com "rigor matemático", principalmente no que tange aos meios e objetos usados na defesa.

Há unanimidade na doutrina em admitir que seria utopia desejar que as armas de defesa sejam as mesmas do ataque. Então, para equilibrar a situação e repelir agressor de estrutura privilegiada (mais forte e mais alto) é necessário, que o meio seja por vezes, mais contundente que o usado pelo agressor (TOLEDO, p. 201, 2002). Quando o ataque é cometido de surpresa, o agredido não tem tempo para pensar em procurar meios que se igualem ao oponente. De sorte que reage com os meios que possa dispor no momento, sem que isso implique em abandono do equilíbrio da situação.

Estamos diante de um caso concreto, onde o Sr. Jorge Lapiou, primeiramente foi agredido de forma inesperada sofrendo injusto ataque e caindo violentamente no chão. Seu agressor era fisicamente mais forte, mais alto e mais jovem e no momento do acontecido, o que tinha a mão para reagir e defender-se era uma faca de serra própria para cortar pão. A reação inesperada não permite uma escrupulosa escolha dos meios de resistência. Isto significa que, às vezes, para se levar a cabo a defesa, é preciso até mesmo ferir o agressor, sem que com isso, fique descaracterizada a legítima defesa. Quando a letra do Código Penal Brasileiro falar em necessário há que se entender também disponível (MIRABETE, 2002).

Repelir força com força, desde que se faça moderadamente, é uma atitude lícita, reconhecida pelo Estado, ao in-

divíduo que tem um direito violado. Mas o entendimento da expressão moderadamente não pode ser tão severo que obrigue, exatamente quem já sofreu injusto ataque, como foi o caso do Sr. Jorge Lapiou, a abdicar da integridade física ou até mesmo da sua vida. A lei disciplina que deve haver proporcionalidade entre ataque e defesa (JESUS, p. 372, 1997). Mas esta proporcionalidade refere-se ao caráter da ofensa e não do direito lesado. Sendo assim, a defesa deve levar em consideração o fim último do agressor e não o resultado obtido. Se a consequência for o evento morte do agressor, nenhum direito de queixa lhe assiste, já que ele agrediu primeiro, expondo-se deliberadamente aos efeitos de um possível revide. Sabe-se que toda defesa pressupõe um perigo, que é uma situação de fato que traz em si a probabilidade de um evento lesivo, isto é, a possibilidade de um acontecimento danoso, sempre avaliado em sentido concreto, real, efetivo e não abstrato. Significa "quem ameaça se expõe a um risco superveniente".

Certamente, não se poderia tratar o presente caso com grande rigor, cabe na situação em particular a constatação do estado psicológico do agredido, do seu caráter, seu costume, enfim de todas as circunstâncias que envolvem o fato.

Grande parte dos doutrinadores entende que deve ser feita uma análise minuciosa sobre os elementos caracterizadores da excludente. Então, se a arma utilizada pelo Sr. Jorge Lapiou era o único meio para sua defesa, pois o agressor tinha um porte físico bem superior ao seu, sendo o único objeto ao seu alcance, deve se admitir a legítima defesa no concernente ao requisito repulsa com os meios necessários. Entende TOLEDO (1982) "São meios necessários os meios que reputados eficazes e suficientes para repelir a agressão. Assim, quando a diferença de porte dos contendores revela que a força física do agredido era ineficaz para afastar a ameaça do espancamento, o emprego da arma poderá ser meio necessário, se outro recurso menos lesivo e também eficaz não dispuser o ofendido".

Se o agressor dispõe de superioridade de forças, significa que o agredido não tem qualquer chance de vitória, pois sua posição é de absoluta inferioridade. Nesse caso não se pode privar o cidadão dos seus direitos como "o direito à legítima defesa" que, por vezes pode ser caracterizado pelo emprego de arma.

"A lei não obriga ninguém a ser covarde, de modo que o sujeito pode optar entre o comodismo da fuga ou a permanecer e defender-se de acordo com as exigências legais" (CAPEZ, 2005, p.271). O caminho da fuga é sempre o mais fácil, no entanto, como poderia o Sr. Jorge Lapiáu fazer essa opção? Rejeitado e abandonado pela família morava na rua, mais precisamente, no local onde ocorreu o fato; aquele era o seu habitat. Tendo sido excluído do seio da família, vivia marginalizado nas ruas tentando sobreviver numa sociedade injusta. Aquela local representava para ele, além da moradia, a perspectiva e a certeza de conseguir alimento para o dia seguinte, ou seja, obter o básico necessário para continuar vivendo. Abandonar o local seria ficar sem teto e sem comida, mais uma vez, e abraçar um estado de miséria total. Nesse contexto, o Sr. Jorge Lapiáu preferiu defender-se demonstrando coragem e utilizou o meio necessário que dispunha no momento, conforme está regulamentado em nosso ordenamento jurídico (MIRABETE, 2003, p. 185). O réu foi instigado à prática do ato e somente após ter sido agredido violentamente é que reagiu para defender-se da agressão injusta que sofreu; portanto, ele apenas defendeu a sua própria vida (JESUS, p. 386, 2005). Essa defesa é obrigação do Estado que nem sempre está presente para defender um bem juridicamente tutelado.

Diante da atual conjuntura social vivenciada em nosso país, onde a todo momento acontece diversas atrocidades e pela impossibilidade de realizar a proteção e fiscalização de todos os integrantes da sociedade (BITENCOURT, 2004, p. 318), o Estado foi obrigado a regulamentar a autotutela permitida pelo ordenamento jurídico pátrio e reconhecer a exi-

gência que leva o indivíduo a reagir imediatamente quando ilicitamente agredido (JESUS, p. 391, 1997). A natureza humana não deve ser constrangida a adotar um princípio de leveza ou mera resignação, que nenhuma moral humana cristã pode apoiar.

Havendo o réu usado o único recurso ao seu alcance, não é por si só a natureza do instrumento de defesa, ou as conseqüências da reação que desvirtuam a excludente de criminalidade prevista do artigo 25 do vigente Código Penal Brasileiro (TJSP-RT434/328).

Os meios necessários que fala o artigo 25 do Código Penal Brasileiro são aqueles que o agente dispõe no momento em que revida uma agressão injusta a direito seu, podendo ser até mesmo desproporcional, desde que o único a sua disposição no momento da reação (MIRABETE, 2002).

Não se pode pretender que haja o agente da legítima defesa com matemática proporcionalidade. Defesa própria é um ato instintivo e reflexo. Ante a temibilidade do agressor e o opinado da agressão, não pode o agredido ter reflexo preciso para dispor sua defesa em conseqüência com o ataque (TJSP 698/333).

Não se combate crimes com a condenação de inocentes. O Sr. Jorge Lapiáu é mais uma vítima da completa ineficiência estatal na manutenção da ordem pública. O ato cometido em legítima defesa é voluntário, não pode o autor ser castigado porque se fundamenta na conservação da própria existência e no instinto de sobrevivência.

É muito difícil a conciliação entre as Normas Legais e os fatos da Vida Real. Estes últimos são sempre muito mais dinâmicos e o drama da existência humana parece deleitar-se em criar situações onde as normas legais dificilmente se enquadram.

Diante do exposto, passaremos às considerações finais tendo a plena convicção de que o Direito, como ciência hu-

mana, padece na complexidade dos homens. Daí, a relevância do conhecimento dos fatores comportamentais internos do indivíduo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Jorge Lapiáu não teve a intenção de matar Fergúcio. Quem quer matar não desfere um golpe e permite que o indivíduo se levante atrás de socorro. Quem quer matar desfere golpes sucessivos até ter a certeza de que do chão aquele indivíduo não mais se levantará. O que Jorge Lapiáu, na realidade, desejou foi acabar de uma vez por todas com aquele pesadelo que vinha passando há 3 meses.

Façamos uma leitura psicanalítica do ato de Jorge Lapiáu: pobre, sozinho, flanelinha, sem família, longe de sua cidade natal. A Rua da Baixa Verde representava mais do que um simples local de trabalho, mas, o seu habitat, o seu mundo; não nos esqueçamos que o dormitório do Sr. Jorge Lapiáu era a porta do necrotério do HR (Hospital da Restauração). Abandonar o local significava para ele abandonar uma vida estabilizada há 6 anos. Fergúcio, elemento de personalidade anti-social, levou Jorge Lapiáu às últimas conseqüências. Desferindo um golpe, quis dar um basta naquela situação de pesadelo agindo em legítima defesa, mas, sem a intenção de matar. É importante distinguirmos o comportamento defensivo e emergencial do comportamento que magoa, que fere ou destrói.

Além de a agressividade perversa fazer parte da natureza do indivíduo, ela é desencadeada nos momentos de frustração por não saber lidar com a mesma; dado mais do que comprovado nas atitudes de Fergúcio. Segundo MYERS (2000, p.210), "a frustração sempre leva a alguma forma de agressão. A frustração é qualquer coisa que impede que alcancemos um objetivo. Ela aumenta quando a motivação para alcançar um objetivo é muito forte e quando esperamos a gratificação, o

bloqueio é completo". MEGARGEE (1978) em longos e antigos estudos reitera que "a ocorrência de comportamento agressivo sempre pressupõe a existência de frustração e, inversamente, que a existência de frustração sempre leva a alguma forma de agressão". Segundo este mesmo autor, a agressão sempre se manifesta em movimentos explícitos, mas pode existir como conteúdo de uma fantasia, de um sonho ou mesmo como plano bem arquitetado de vingança. Pode ser dirigida para o objeto percebido como causador da frustração ou pode ser deslocado para uma fonte inteiramente inocente.

Depois de refletirmos sobre opiniões de profissionais renomados como Hilda Morana, João Augusto Figueiró, Sérgio Paulo Rigonatti, Antônio de Pádua Serafim, Ricardo Oliveira-Souza, todos os psiquiatras paulistas e citados por NARLOCH (2006), ficamos, como futuros operadores do Direito, ainda mais preocupados com o Transtorno de Personalidade Anti-Social. Segundo Antônio de Pádua Serafim, por exemplo, se pessoas cometidas deste transtorno cometem crimes, então, "devem ir para a cadeia como os outros criminosos; contudo, depois de presos causam mais dores de cabeça que a média de criminosos. No meio presidiário, transformam-se em verdadeiros líderes e, se preciso, agem no comando de rebeliões sem nunca aparecerem como mentores". Baseado nisso, é que a psiquiatra forense Hilda Morana foi até Brasília, em 2004, tentar convencer deputados a criar prisões especiais para pessoas com Transtorno de Personalidade Anti-Social. Conseguiu fazer a idéia virar projeto de lei, mas este não foi aprovado. Segundo a médica, nas prisões brasileiras, não há procedimento de diagnóstico de psicopatia para os presos que pedem redução da pena. "Países que aplicam o diagnóstico têm a reincidência dos crimes diminuída em dois terços, já que mantêm mais psicopatas longe das ruas. Também não há testes de psicopatia na hora de julgar se um preso pode partir para um regime semi-aberto". Diz o psiquiatra

João Augusto Figueiró que, "mesmo dentro da psiquiatria existe pouca gente interessada no assunto, já que os psicopatas não se reconhecem como tais e dificilmente vão mudar de comportamento durante a vida. Também não existem tratamentos comprovados e nem remédios que façam efeitos; quando levados a consultórios, os psicopatas acabam ficando piores. Adquirem o vocabulário dos especialistas e se munem de desculpas para justificar seu comportamento quando for necessário". É o que fazer diante desses impasses? A sensação que nos dá é de estarmos num "beco sem saídas". A sociedade está impregnada destes indivíduos frios e calculistas, envolventes e gentis, verdadeiros *gentlemans*, mas que guardam internamente uma agressividade exacerbada podendo externalizá-la conforme o grau de frustração e controle. São pessoas que marcam por onde passam, pois, além de serem carismáticos são possuidores de uma fluência verbal e inteligência acima da média; contudo, não medem esforços para conseguirem o que almejam passando por cima de tudo e de todos sem guardar o menor resquício de remorso ou respeito ao próximo. Diante do menor obstáculo são capazes de dar cabo à vida do outro sem constrangimentos ou culpa, chegando até a debochar da inocência da vítima. A gravidade toma proporção quando somos informados de que as pessoas mais indicadas para cuidar desse tipo de personalidade não demonstram tanto interesse, dadas as dificuldades na condução dos pacientes e inexistência de medicamentos. Restaão dois caminhos: um é narrado por NARLOCH (2006) em sua relevante reportagem sobre psicopatas que descreve as palavras de uma mãe: "Diante da falta de perspectiva de cura, quem convive com pessoas deste perfil opta por vigiá-los o máximo possível" até porque tratam todas as pessoas como coisas simplesmente porque não assimilam emoções. Para os que não têm esta vigilância de um parente tão próximo e esclarecido, resta a população ficar à mercê dessa realidade dentro das relações interpessoais e este seria, infelizmente, o segundo caminho.

Ora, toda relação acontece, no mínimo, da interferência intersubjetiva de duas condutas. É certo que todo relacionamento se faz em função do Direito e, no surgimento do ilícito, este aparece de forma mais ostensiva, já que a ilicitude é o portal do mundo jurídico. Como futuros operadores do Direito, esta é a realidade que nos espera, em nosso labor diário, inclusive, nos fatos que nem mesmo a medicina mostra solução.

7 REFERÊNCIAS

- BALLONE, G.J. Violência e Psiquiatria. **PsiquWeb, Internet**. Disponível em: <http://www.psiweb.meb.br/forense/violen.html>. Acesso: 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 8 ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003, 10.826/2003 e 10.886/2004. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
- FROMM, Erich. **Anatomia da destrutividade humana**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2001.
- HELOU, Ricardo et al. **Tópicos de Física I**. 18.ed. São Paulo, Saraiva, 2001.
- JESUS, Damásio E. **Direito Penal: parte geral**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.1
- _____. **Direito Penal: parte geral**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1

KAPLAN, Harold I; SADOCK, Benjamin J.; GREBB, Jack A. **Compêndio de Psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica**. 7.ed. Porto Alegre: Artmed, 1997.

MEGARGEE, Edwin I; HOKANSON, Hack E. **A dinâmica da agressão: análise de indivíduos, grupos e nações**. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo : EPU, Universidade de São Paulo (EDUSP), 1978.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.1

_____. **Código Penal Interpretado**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MYERS, David G. **Psicologia Social**. 6.ed. São Paulo: LTC, 2000.

NARLOCH, Leandro. Seu amigo psicopata. **Superinteressante**, São Paulo, v.228, p. 42-51, jul., 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. CENTRO COLABORADOR DA OMS PARA A CLASSIFICAÇÃO DAS DOENÇAS EM PORTUGUÊS. **Classificação Internacional das Doenças (CID 10)**. 10. rev. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.

SABBATINI, Renato M.E. O cérebro do psicopata. **Revista Cérebro e Mente. Revista de Divulgação Científica em Neurociência**, Campinas, n.7, set/nov, 1998. Disponível em: <http://www.cerebromente.org.br>.

SUMMA THEOLOGIAE, II-II, q. 64, a. 7. URL < <http://www.newadvent.org/summa/306407.htm> >

SÚMULA Nº 434/328 TJSP

SÚMULA Nº 698/333 TJSP

TOLEDO, Francisco de Assis. **Teorias do Delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Princípios Básicos do Direito Penal**. 5 ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

A REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO DAS SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS À COFINS

Anthero Romo de Oliveira Neto

Aluno do Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Assessor Técnico do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco - TJPE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 ASPECTOS GERAIS DA COFINS. 2 A ISENÇÃO CONTIDA NO ART. 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR 70/91. 3 A REVOGAÇÃO DO ART. 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR 70/91 PELO ART. 56 DA LEI 9.430/96. 4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O artigo em questão visa analisar a validade da revogação, pelo art. 56 da Lei 9.430/96, da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais à Cofins, conferida pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91.

Apesar de ser uma questão tratada desde 1996, meu interesse pela matéria surgiu pelo fato de ao me deparar com a

questão, ter ficado espantado tanto com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, como com a verdadeira bagunça jurisprudencial existente no país, acerca da questão.

Ademais, essa não é uma questão pacífica, nem na doutrina, nem na jurisprudência nacionais, além de necessitar, para seu correto deslinde, de uma junção de conhecimentos dos ramos do Direito com os quais mais me identifico, o Direito Tributário e o Direito Constitucional.

Apenas a título ilustrativo, em pesquisa no sítio do Conselho da Justiça Federal, pôde ser verificado que os cinco Tribunais Regionais Federais têm posicionamentos divergentes sobre o assunto, havendo os que sejam unânimes sobre a revogação¹, unânimes pela não revogação² e divergentes, dependendo do órgão julgador³, sendo muitas das decisões proferidas por maioria⁴.

Essa bagunça jurisprudencial ocorreu pelo fato de o Superior Tribunal de Justiça sumular entendimento pela não revogação da isenção, pronunciado-se de forma diferente do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento de questões correlatas⁵ e da ADC nº 1, específica em relação à Cofins.

¹ AG 200301000356094/DF, AMS 200338000676328/MG e AC 200333000332843/BA do TRF/1*.

² AR 200504010195723/RS, AMS 200572050024650/SC e AMS 200471080032173/RS do TRF/4*.

³ AMS 48448/RJ, AMS 56045/RJ, AMS 55119/RJ e AG 117737/ES do TRF/2*, AMS 265207, AMS 261132/SP e AC 972214/SP do TRF/3*, AG 52724/CE, AMS 87671/PB e AC 57886/01/RN do TRF/5*.

⁴ AMS 261132/SP, AC 972214/SP, AMS 48448/RJ e AG 200301000356094/DF.

⁵ RE 150755/PE e AR 1264/RJ.

1 ASPECTOS GERAIS DA COFINS

O Supremo Tribunal Federal (MOREIRA ALVES, 2003, p. 16), além de parte da doutrina, como Kiyoshi Harada (2003, p. 313), Ives Gandra da Silva Martins (1998, p. 75), Hugo de Brito Machado (2005, p. 78) e Nicolau Konkel Junior (2005, p. 127), são firmes em dizer que no Brasil existem cinco espécies de tributos, quais sejam os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais.⁶

A espécie contribuições especiais, por sua vez, subdivide-se em contribuições sociais gerais, sociais para a seguridade social, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

As contribuições especiais têm seu maior traço característico no fato de serem vinculadas às respectivas finalidades, dependendo esse fim da sub-espécie de contribuição especial que se esteja tratando. No caso das contribuições para a seguridade social, os recursos advindos da sua arrecadação têm, rigorosamente, de ser destinado à Seguridade Social, face ao *caput* do art. 195 da CF/88.

A contribuição social para financiamento da Seguridade Social, Cofins, foi instituída pela Lei Complementar nº 70,

⁶ Por outro lado, Roque Antonio Carratta (2003, p. 461), Paulo de Barros Carvalho (2003, p. 27-45), Luiz Emigdio F. da Rosa Junior (2003, p. 209) e Sacha Calmon Navarro Coêlho (1997, p. 9-11), dentre outros, têm posição firmada de no Brasil só existem três espécies de tributos, quais sejam o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria, constantes do art. 145 da Constituição, tendo os outros tributos, como empréstimos compulsórios e contribuições especiais, sempre a natureza jurídica de imposto, quando o tributo for não vinculado a uma ação estatal, ou de taxa, quando vinculado a uma ação estatal.

em 1991 e tem a natureza jurídica de contribuição social para a seguridade social. A União instituiu a Cofins, em vista da competência dada pelo art 195, I, "b" da CF/88, o qual diz que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das contribuições sociais que especifica em seus incisos e parágrafos, dentre elas a do empregador, da empresa ou da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidente sobre a receita ou o faturamento.

A Cofins, assim como as outras contribuições para a seguridade social, tem regime jurídico-constitucional próprio, dado pelo art. 195 da Constituição. Em tratando da parte desse regime que interessa ao presente artigo, é de extrema importância destacar que a Constituição não faz qualquer exigência de lei complementar para a instituição das contribuições especificadas nos incisos do art. 195. Como não há essa exigência, a instituição de tais contribuições é matéria de lei ordinária, a qual tem competência residual em relação à complementar. O próprio Supremo Tribunal Federal⁷ já assentou esse entendimento em diferentes ocasiões.

Ressalte-se que o fato de a instituição da Cofins ter sido efetuada por lei complementar não traz nenhum problema, posto que ocorreu o fenômeno da adaptação, com a conseqüente queda de status da lei complementar, permanecendo ela vigente com status de ordinária.

Para que uma lei seja realmente complementar ela precisa o ser tanto sob o aspecto material, quanto sob o formal. No tocante ao aspecto material, só é lei complementar aquela

⁷ RE 150755/PE e RE 419629/DF.

que trata de assunto o qual a Constituição Federal diz dever ser tratado por lei complementar. Em relação ao formal, é necessário o voto da maioria absoluta do Congresso Nacional, face ao art. 69 da CF/88. Já a lei ordinária tem competência residual, ou seja, qualquer assunto que deva ser disciplinado por lei e a Constituição não faça a exigência de lei complementar, cabe a lei ordinária.

Caso a lei complementar trate de matéria reservada a lei ordinária, não há que se falar em inconstitucionalidade, posto que em razão do princípio da razoabilidade, e como bem ensina Sacha Calmon Navarro Coelho (1997, p. 116-119), não existe nulidade sem prejuízo.

Tal se dá pelo fato de a única diferença entre elas ser a necessidade de aprovação por maioria absoluta. Ora, como se sabe que a lei complementar, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade formal, contém todos requisitos necessários para a feitura de uma lei ordinária, não há que se falar em nulidade, pois se sabe, de plano, que nenhum requisito foi desatendido. Ocorre, assim, o fenômeno da adaptação, com a conseqüente queda de status da lei complementar, permanecendo ela válida, mas complementar apenas formalmente, posto que materialmente ordinária. Nesse caso, óbice não há para sua revogação por lei ordinária.⁸

Destaque-se que não há a necessidade nem de a lei complementar definir o fato gerador, base de cálculo e contribuintes da Cofins, posto que o art. 146, III, "a", da CF/88 faz essa exigência apenas para os impostos, e as contribuições

⁸ Nesse ponto, há posição divergente encabeçada por Hugo de Brito Machado, o qual não vê limites competenciais para a lei complementar, entendendo assim que qualquer lei complementar só pode ser revogada por outra lei complementar.

especiais, são espécie tributária diferente. Quando o art. 146, III, dispôs caber a lei complementar a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, ele obviamente excluiu as demais espécies tributárias, numa interpretação a contrario sensu.

Lei complementar é exigível apenas para a instituição de novas contribuições para a seguridade social não previstas nos incisos do art. 195 da CF/88, a teor do § 4º do mesmo artigo.

Outro benefício que as contribuições para a seguridade social receberam da Constituição, desta vez por meio do art. 195, § 6º, foi o da anterioridade nonagesimal. Por ela, na instituição ou majoração de tais contribuições, a União precisa esperar apenas noventa dias a partir da feitura desses atos para poder cobrar o tributo, ou a diferença a mais, diferentemente do que ocorre com a generalidade dos tributos, os quais, salvo exceção contida na própria Constituição, demandam a espera do exercício financeiro seguinte como requisito cumulativo ao dos noventa dias, a teor do art. 150, III, "a" e "c".

2 A ISENÇÃO CONTIDA NO ART. 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR 70/91

Quando a Lei Complementar 70/91 instituiu a Cofins, ela trouxe em seu art. 6º, II, a isenção das sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987 à contribuição. Como se vê, o artigo que trouxe a isenção faz uma remissão, tornando assim necessária a consulta de outro diploma legislativo para saber-se com precisão quem é que está isento do tributo. O art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397,

por sua vez trata das sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País.

Em sendo assim, estavam isentas do pagamento da Cofins todas as sociedades civis que preenchessem os requisitos contidos no aludido decreto-lei, ou seja, fossem sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País.

Vale destacar que se engana Marcondes Witt (apud KONKEL JUNIOR, 2005, p. 404) quando diz que as sociedades de advogados não estão dentre as sociedades civis de prestação de serviços profissionais beneficiadas pela isenção em tela, posto que não atentem ao requisito de ser registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Ele justifica que a falta desse atendimento dá-se em vista de, segundo o art. 15 da Lei 8.906/94, as sociedades de advogados terem seu registro feito na OAB e não no Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Como a teor do art. 111, II, do CTN, a instituição de isenção é de necessária interpretação literal, diz ele ser impossível utilizar-se da analogia para estender às sociedades de advogados a isenção em tela.

O Superior Tribunal de Justiça⁹, contudo, agiu bem ao estender às sociedades de advogados a isenção em tela, posto que o art. 111, II, do CTN não pode, de forma alguma, prevalecer sobre o art. 150, II, da CF/88 que veda o tratamento

⁹ RESP 638810/SC e AGRESP 637279/SP.

desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Discriminar determinada sociedade civil de prestação de serviços profissionais pelo simples fato de efetuar seu registro em local diferente é dar tratamento desigual a contribuintes em situação equivalente.

Segundo classificação proposta pela doutrina (MACHADO, 2005, p. 236-237), estamos diante de uma isenção subjetiva, específica, condicional, ampla e com prazo indeterminado.

Da mesma forma que acontece com a generalidade dos tributos, o instrumento legislativo competente para conceder a referida isenção é a lei ordinária. Isso se dá pelo fato de a Cofins, como já aludido acima, ser competência da lei ordinária, não tendo relevância ter sido veiculada por lei complementar, já que como a lei complementar não escolhe os assuntos que tratará, e sim quem o faz é a Constituição, ocorre o fenômeno da adaptação, com a conseqüente queda de status da lei complementar. Sendo assim, a Lei Complementar nº 70/91 permaneceu válida, formalmente complementar e materialmente ordinária.

Ressalte-se que mesmo os que adotam a divisão tripartite dos tributos, reduzindo as contribuições especiais sempre a imposto ou taxa, não podem pretender exigir lei complementar para o trato do assunto, posto que numa interpretação que compatibilize o art. 146, III, "a" e o 151, III, não se pode ver na União competência para isentar nem quando esteja definindo os contribuintes dos impostos. Ante o exposto, continuaria havendo queda de status com relação à isenção.

Aprofundando-se nesse raciocínio, quando a União, valendo-se da competência dada pelo art. 146, III, "a", por lei

complementar, define os fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos impostos de competência dos estados e municípios, também deve respeito ao art. 151, III, ou seja, não é porque ela pode definir os contribuintes e fatos geradores que também poderá isentá-los.

Essa vedação, contudo, não atinge o legislador complementar quando ele elenca de modo exaustivo os contribuintes e fatos geradores do imposto, deixando de citar alguns que seriam possíveis contribuintes, ou possíveis fatos geradores, segundo a Constituição. Nesse caso, o legislador apenas não esgotou o campo competencial dado pela Constituição, o que é bem diferente de isentar, o qual se dá quando ele exclui parcela dos contribuintes, ou dos fatos geradores, via um dispositivo isentante que caso não existisse, os contribuintes e fatos geradores isentos seriam tributados.

Essa interpretação prestigia inclusive o princípio federativo, posto que pelo maior trabalho e riscos advindos da enumeração exaustiva dos contribuintes e fatos geradores, face à possibilidade da não menção involuntária de determinados contribuintes ou fatos geradores na respectiva lei complementar, dificultará, mesmo que um pouco, a inviabilização do exercício da competência tributária dada pela Constituição às pessoas políticas tributantes.

Pode-se defender a inoportunidade da queda de status apenas em duas situações, partindo-se de pressupostos com os quais não concordo. A primeira situação é caso adote-se a classificação tripartite dos tributos e também se desconsidere o art. 151, III, entendendo que a competência dada pelo art. 146, III, "a", à União para definir os contribuintes dos impostos compreende a de isentar, posto que ao isentar ele está definindo quem não é contribuinte. A segunda é caso adote-

se a posição defendida por Hugo de Brito Machado (2005, p. 92-93; 2006) de que a lei complementar não tem limite competencial, podendo eleger as matérias que bem quiser para dar a segurança jurídica inerente à lei complementar.

Por fim, resalto ser inconstitucional a referida isenção, em vista de ela afrontar o art. 150, II, o qual veda às pessoas políticas tributantes instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, sendo proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida.

Ora, não há nada que justifique uma isenção como essa ser concedidas às sociedades civis de prestação de serviços profissionais de uma forma geral. Qual a necessidade de uma sociedade prestadora de serviços cardiológicos ou de um escritório de advocacia empresarial gozarem dessa isenção, enquanto uma loja de roupas em uma galeria é normalmente tributada?

Não havendo motivo razoável, qual seja nesse caso uma diferença de situação entre os contribuintes que chegue ao ponto de aconselhar a isenção, como em havendo nítido desnível financeiro entre os contribuintes, ou então caso esteja-se prestigiando um valor constitucionalmente consagrado, é inconstitucional a isenção, por afronta direta ao art. 150, II, da CF/88.

3 A REVOGAÇÃO DO ART. 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR 70/91 PELO ART. 56 DA LEI 9.430/96

Mesmo em a inconstitucionalidade acima apontada nunca ter sido declarada, pelo menos não no Supremo Tribunal Federal, a União teve o bom senso de ver a falta de razoabilidade

da isenção em tela e revogou-a por meio do art. 56 da Lei 9.430/96, o qual diz que as sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

A lei revogadora da isenção inclusive respeitou a anterioridade nonagesimal, pois tendo produzido efeitos financeiros a partir de 1º de janeiro de 1997, em seu parágrafo único dispôs que para efeito da incidência da contribuição, seriam consideradas apenas as receitas auferidas a partir do mês de abril de 1997.

Mesmo em sendo a Lei 9.430/96 uma lei ordinária, nenhum óbice houve para que ela revogasse o art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Tal porque, como já exposto, essa isenção era matéria de lei ordinária, tendo ocorrido a queda de status da lei complementar. Havido isso, ela poderia ser revogada ou modificada por qualquer lei ordinária, posto que como já visto, a verdadeira lei complementar não pode o ser apenas sob o aspecto formal, mas sim sob o formal e o material conjugadamente.

Podem pretender o não acontecimento da revogação apenas os que, como visto acima, entendem ser a isenção em tela materialmente complementar, pelo fato da competência do art. 146, III, "a" compreender a de isentar, quando for definir os contribuintes da Cofins, que seria um "imposto", ou os que entendem não haver limites competenciais para a lei complementar, criando-se uma hierarquia entre ela e qualquer lei ordinária, mesmo tratando de assunto da competência residual, ou seja, da ordinária.

4 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE O TEMA

Passo agora ao assunto que serviu de motivo inicial para a feitura do presente artigo, qual seja a total bagunça jurisprudencial existente sobre o tema, em face de uma interpretação imprudente, e ao meu ver errônea, feita pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a revogação, ou não, da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada, registradas no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e constituídas exclusivamente por pessoas físicas domiciliadas no País.

Primeiramente, é bom esclarecer que o Supremo Tribunal Federal, julgando a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1, sobre a Lei Complementar nº 70 de 1991, em 1º de dezembro de 1993, conheceu em parte da ação e nessa parte julgou-a procedente, declarando com efeito vinculante a constitucionalidade dos arts. 1º, 2º, e 10, bem como da expressão "A contribuição social sobre o faturamento de que trata esta lei complementar não extingue as atuais fontes de custeio da Seguridade Social", contida no art. 9º, e da expressão "Esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir do primeiro dia do mês seguinte aos noventa dias posteriores, àquela publicação..." constante do art. 13.

Para o conhecimento apenas em parte da referida ação, posto que se pedia a declaração de constitucionalidade de toda a Lei Complementar 70/91, utilizou-se como justificativa o não atendimento de todo o pedido ao requisito da controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Ressalte-se que o relator da ADC nº 1, Ministro Moreira Alves, em meio à fundamentação de seu voto, para rechaçar

alegações de inconstitucionalidade da lei, afirmou que a Lei Complementar 70/91, apesar de formalmente complementar, era materialmente ordinária, posto que como a Cofins estava prevista no art. 195, I, "b", e não havia o requisito de lei complementar, o qual só ocorreria se ela fosse uma nova contribuição para a seguridade social, em respeito ao art. 195, § 4º, poderia ter sido instituída por lei ordinária.

Pouco depois do julgamento dessa ADC, em 25 de março de 1994, a Coordenação-Geral do Sistema de Tributação expediu o Parecer Normativo nº 3 dizendo que a sociedade civil que abdicasse do regime de tributação previsto no artigo 1º, do Decreto-Lei nº 2.397/87 e optasse pelo lucro real ou presumido, sujeitar-se-ia à contribuição sobre o faturamento de que trata a Lei Complementar nº 70/91. (KONKEL JUNIOR, 2005, p. 399)

Essa dedução da Coordenação-Geral do Sistema de Tributação foi absurda, posto que o art. 6º da Lei Complementar 70/91 isentou expressamente as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, sem fazer qualquer menção à necessidade de adoção do sistema de imposto de renda do Decreto-Lei nº 2.397. A remissão destinava-se apenas a qualificar as sociedades civis, impondo os requisitos constantes do art. 1º do referido decreto-lei.

Após essa interpretação equivocada feita pela Fazenda Nacional, o Superior Tribunal de Justiça¹⁰ acertadamente decidiu que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais gozavam de isenção à Cofins, sendo irrelevante o regime tributário adotado. No início, as decisões versavam apenas sobre essa problemática, contudo, após, um novo elemento

¹⁰ RESP 156839/SP.

surgiu, qual seja a revogação da isenção pelo art. 56 da Lei 9.430/96.

Enfrentando a nova problemática, o STJ¹¹ considerou que o art. 56 da Lei 9.430/96 nunca poderia ter revogado o art. 6º, II, por ferimento ao princípio da hierarquia entre as leis, contudo dizia isso de forma muito sucinta, sem explicar muito o fundamento desse entendimento. Essa explanação era importante, pois não existe apenas uma teoria sobre a existência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária.

Apenas a título ilustrativo, face a não possibilidade de aprofundamento nesse tema específico, o que acarretaria um grande aumento do tamanho do presente artigo, existem cinco correntes principais. A primeira, defendida por Hugo de Brito Machado (2005, p. 92-93; 2006), por não ver limites competenciais para a lei complementar, defende que a lei complementar sempre é hierarquicamente superior à ordinária.

As demais concordam no fato de existir um campo de atuação próprio para a lei complementar, mas divergem em outros aspectos. A segunda corrente, sem maiores fundamentações, afirma uma existência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária pelo simples fato da ordem na disposição das espécies normativas, constante no art. 59 da Constituição. (Cassone, 2003, p. 250). A terceira, defendida por Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 94, 96-97; 2001, p. 367), separa as leis complementares em exaurientes e continuáveis, defendendo a total inexistência de hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, por cada uma ter seu campo de atuação próprio.

¹¹ RESP 221710/RJ; AGRESP 297461/PR; AGRESP 422741/MG; RESP 260960/RS; RESP 226062/SC.

A quarta, encabeçada por José Souto Maior Borges (1975, p. 79-90) e acolhida por Paulo de Barros Carvalho (2003, p. 202-204), a meu ver, é, sem dúvida nenhuma, a que melhor trata do tema. Ela diz ser impossível uma visão unitária sobre o tema, dividindo as leis complementares em leis complementares que fundamentam a validade de outros atos normativos e leis complementares que não fundamentam a validade de outros atos normativos. Em relação a estas, não há hierarquia, por ausência de lei ordinária a ser posta em relação de subordinação, já no tocante àquelas existe sim hierarquia, devendo a lei ordinária respeitar a lei complementar.

Passando à quinta corrente, defendida por Alexandre de Moraes (2003, p. 549-550), há nela a defesa da existência de hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, em face de poder haver, em relação a determinado assunto, choque entre a competência taxativa da lei complementar e a residual da lei ordinária, não podendo nesse caso uma lei ordinária tratar de assunto que ordinariamente estava reservado a ela, via competência residual, em face ter sido tratado por lei complementar.

Tratando da análise apenas do aspecto formal da problemática, entendo indispensável trazer a observação feita por Paulo de Barros Carvalho (2003, p. 208-209) sobre a existência de hierarquia formal entre a lei complementar prevista no art. 59, parágrafo único, e toda e qualquer lei ordinária, hoje a Lei Complementar nº 95/98. Como ela trata da elaboração, redação e alteração das leis, será fundamento de validade de toda e qualquer lei ordinária, a qual deverá respeitar seus mandamentos de ordem formal, sob pena de ilegalidade e inconstitucionalidade reflexa.

Em pesquisa, nos sítios do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal, encontrei apenas um

julgado¹² da Primeira Turma, relatado pelo Ministro Luiz Fux, afirmando ter sido revogada a referida isenção, contudo essa decisão, um lapso de lucidez entre os Ministros do STJ nessa questão, não prevaleceu por muito tempo, posto que a Primeira Seção, órgão máximo em se tratando de Direito Tributário no STJ, composto pela reunião dos ministros que compõe a Primeira e Segunda Turmas do STJ, segundo o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, modificou tal decisão por meio de embargos de divergência em recurso especial¹³.

Passado o tempo, com reiteradas decisões no mesmo sentido sobre o assunto em questão, o Superior Tribunal de Justiça, em 14/05/2003, à unanimidade, sumulou tal entendimento por meio da súmula 276, dispondo que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.

Alguns meses depois, no julgamento de um agravo regimental em recurso especial¹⁴, o Ministro Castro Meira afetou-o à Primeira Seção e propôs a modificação da redação da súmula 276 para que ela passasse a dispor que as sociedades civis de prestação de serviços profissionais, até o advento da Lei nº 9.430/96, são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado.

Como razões principais de sua proposta, o ministro sustentou que isenção não é matéria sob reserva de lei complementar e que o posicionamento da Corte, ao dizer que inexistia a revogação da isenção constante do art. 6º, II, da

Lei Complementar nº 70, contraria o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição, acerca do assunto, o qual diz inexistir hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, tendo cada uma seu campo de competência próprio, e podendo a lei complementar que adentra no campo de competência da lei ordinária ser alterada por uma lei dessa natureza. Por todo o exposto, concluiu que a isenção em tela foi revogada e fez a referida proposta de alteração sumular.

Após tal proposta, votou o Ministro Teori Albino Zavascki, que ratificou as palavras do Ministro Castro Meira, acompanhando integralmente o seu voto.

Seguindo o julgamento, o Ministro Francisco Peçanha Martins abriu divergência, dizendo primeiramente que as leis são hierarquizadas. Após, disse que entendia ter o Supremo Tribunal Federal admitido apenas, em matéria de lei ordinária revogar lei complementar, a alteração de alíquota, não se aplicando, assim, ao caso da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais, por dizer respeito aos contribuintes da Cofins e essa ser matéria sob reserva de lei complementar, a teor do art. 146, III, "a", da CF/88, quando diz caber a lei complementar definir os contribuintes dos impostos discriminados na Constituição.

Pelo dito no decorrer do seu voto, vê-se que quando ele fala em hierarquia entre as leis, não adere à corrente a qual diz poder a lei complementar tratar livremente do assunto da ordinária, e mesmo assim só ser revogada por outra complementar, mas à que diz haver hierarquia meramente pela ordem na disposição das espécies normativas no art. 59 da Constituição, posto que não dá maiores explicações sobre essa hierarquia e tenta encontrar um fundamento para que a isenção das

¹² AGRESP 429596/RS.

¹³ ERESP 429596/RS.

¹⁴ AGRESP 382736/SC.

sociedades civis de prestação de serviços profissionais seja, além de formalmente, materialmente complementar. Por todo o exposto até agora, desnecessário é demonstrar com maior profundidade o desacerto da fundamentação. O art. 146, III, "a" restringe a necessidade da definição de contribuintes apenas aos impostos discriminados na Constituição e a Cofins é uma contribuição para a seguridade social, subespécie de contribuição especial a qual é espécie de tributo distinta do imposto. Além disso, isenção é matéria de lei ordinária, salvo nas exceções trazidas na própria Constituição.

Após a divergência aberta, segundo pesquisa no sítio do Superior Tribunal de Justiça, apenas outros dois ministros acostaram votos ao processo, pelo que só comentarei a partir de agora os deles.

O Ministro Luiz Fux, ao votar, seguiu a divergência, dizendo que segundo a nova feição do Direito Tributário, deve haver uma confiança do contribuinte no Fisco. Em sendo assim, um benefício dado por uma lei complementar só deve ser retirado por outra de igual quorum. Por fim, ressaltou que a revogação da isenção equivale à criação de um novo tributo para aquele contribuinte, estando, assim, esse novo tributo com sua definição de contribuintes sob reserva de lei complementar.

Ele não erra ao dizer que deve haver uma confiança do contribuinte no Fisco, contudo é incompleto, pois a confiança na relação Fisco-contribuinte deve ser recíproca. Na verdade, a confiança, em termos utópicos, deve existir em todas as relações jurídicas, entre quaisquer sujeitos de direitos, quer no pólo ativo, quer no passivo, existentes.

A mera afirmação da confiança do contribuinte no Fisco não deve servir de ensejo para chancelar-se uma tese errônea

levantada pelo contribuinte, posto que assim estar-se-á atingindo a confiança do Fisco no contribuinte e trazendo elemento não salutar à relação Fisco-contribuinte. Na realidade, deve-se interpretar o direito sem utilizar-se esse argumento da confiança, pois só assim estar-se-á dando o direito a quem o tem e prestigiando-a. Se só ganhar o direito quem o tem, não haverá motivo para a outra parte sentir quebrada a confiança. No resto, como repetiu os argumentos do Ministro Peçanha Martins, desnecessário é repetir a crítica.

Votou também, seguindo a divergência, o Ministro Humberto Gomes de Barros. Seu voto conteve basicamente dois fundamentos. Um deles é o de que, segundo o RE nº 274.362/RS, do STF, o conflito entre lei ordinária e lei complementar trava-se no campo da infraconstitucionalidade, sendo assim de competência do STJ. O outro é o de que o Superior Tribunal de Justiça, como condutor dos tribunais pátrios e dos cidadãos, não deve vacilar após decidir, para não prejudicar quem já se planejou baseado na decisão anterior. Cita julgado¹⁵ o qual diz que a jurisprudência do STJ, por ser o uniformizador da interpretação da legislação infraconstitucional, não pode variar ao sabor das convicções pessoais dos ministros, para, assim, não prestar um desserviço às instituições.

Primeiramente, resalto que não me pronunciarei sobre o citado RE nº 274.362/RS do STF, por ter tanto o relatório, quanto o voto da Ministra Ellen Gracie, sido por demais sucintos, não dando a exata idéia da questão a qual está sendo julgada. Já quando diz que a jurisprudência não deve mudar para não prejudicar o cidadão e não prestar um desserviço às instituições, não vejo como o argumento pode prosperar. O receio de se causar algum prejuízo não deve servir de pretexto para se fazer

¹⁵ AERESP 228432/RS.

um erro de interpretação, verificado após, perdurar indefinidamente, posto que, ressalte-se, alguém a qual tinha um determinado direito continuará, por prazo indeterminado, a ser prejudicado. Ai sim, se estaria prestando um desserviço às instituições.

Após esse julgamento, ficou pacificado durante um certo tempo, no âmbito do STJ, a não revogação da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais à Cofins, passando inclusive a votar no mesmo sentido do decidido no AGRESP 382736/SC, os Ministros Castro Meira e Teori Albino Zavascki, ressaltando nas ementas seus posicionamentos pessoais em sentido contrário¹⁶. Disse apenas durante um certo tempo, porque em face de posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, que tratarei um pouco após, em reclamações por usurpação de competência e agravos de instrumento, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a vacilar, declarando-se, por vezes, incompetente para o julgamento da matéria¹⁷.

Essa situação causou uma verdadeira bagunça jurisprudencial por todo o Brasil, posto que como o Superior Tribunal de Justiça imprudentemente julgou de forma diferente do Supremo Tribunal Federal, ao se pronunciar sobre questões correlatas¹⁸ e especificamente em relação a Cofins na ADC nº 1, os Tribunais Regionais Federais¹⁹ vacilaram em qual orientação deveriam seguir. Se a do Supremo Tribunal Federal, ou a do Superior Tribunal de Justiça. Em alguns TRFs, as

¹⁶ RESP 638810/SC e RESP 709709/RS.

¹⁷ AGRESP 717840/CE; RESP 709948/PE.

¹⁸ RE 150755/PE e AR 1264/RJ.

¹⁹ TRF/1ª: AMS 200338000676328/MG; TRF/2ª: AMS 56045/RJ; TRF/3ª: AC 972214/SP; TRF/4ª: AMS 200471080032173/RS; TRF/5ª: AG 57886/01/RN.

próprias turmas divergiam²⁰, e muitos julgamentos davam-se por maioria²¹, ou seja, quando dentro do órgão julgador há magistrados que discordam da decisão.

Passando agora à análise dos posicionamentos dos Tribunais Regionais Federais sobre a questão, segundo pesquisa feita no sítio do Conselho da Justiça Federal, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, sempre que se deparava com a questão da revogação da isenção, afirmava que ela tinha incoerido²², contudo alguns desses julgamentos davam-se por maioria²³.

O Tribunal Regional Federal da 2ª região, por sua vez, divergia em suas Turmas, ora se posicionando pela revogação²⁴, ora pela não revogação²⁵ da isenção. Lá, também ocorriam decisões por maioria²⁶.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região era outro que, a depender da Turma julgadora, dizia ter ocorrido²⁷, ou incoerido²⁸ a isenção. Nele, os julgamentos por maioria também estavam presentes²⁹.

²⁰ TRF/2ª: AMS 56045/RJ e AMS 55119/RJ; TRF/3ª: AMS 265207/SP e AMS 261132/SP; TRF/5ª: AG 52724/CE e AMS 87671/PB.

²¹ TRF/1ª: AG 200301000356094/DF; TRF/2ª: AMS 48448/RJ; TRF/3ª: AMS 261132/SP.

²² AMS 200338000676328/MG; AG 200301000356094/DF e AC 200333000332843/BA.

²³ AG 200301000356094/DF.

²⁴ AMS 55119/RJ; AMS 48448/RJ.

²⁵ AG 117737/ES; AMS 56045/RJ.

²⁶ AMS 48448/RJ.

²⁷ AMS 265207/SP; AC 972214/SP.

²⁸ AMS 261132/SP.

²⁹ AC 972214/SP e AMS 261132/SP.

Único entre os Tribunais Regionais Federais, segundo a pesquisa feita, a ter apenas um posicionamento sobre o tema em tela e a não conter decisões por maioria, ou seja, não contendo divergência de entendimento sobre o assunto, entre os membros dos órgãos julgadores, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tinha entendimento unânime³⁰ pela ocorrência da revogação da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais à Cofins.

Analisando agora o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ele era outro que também tinha posicionamentos divergentes, de acordo com órgão que decidisse, afirmando tanto a revogação³¹, quanto a não revogação da isenção³². Nele também, os julgamentos por maioria ocorriam³³.

Terminada a análise dos posicionamentos dos Tribunais Regionais Federais, vale ressaltar que apesar de o Ministro Peçanha Martins, em seu voto no processo em que se julgou a tentativa de revisão da súmula, ter falado em princípio da hierarquia entre as leis meramente em face da ordem da disposição das espécies normativas no art. 59 da Constituição, tendo entendido que a Lei Complementar nº 70 era também materialmente complementar, magistrados, como o Desembargador Federal Napoleão Nunes Maia Filho³⁴, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, decidiam também pela não revogação da isenção, mas baseando-se na corrente, já aludida, defendida por Hugo de Brito Machado, (2005, p. 92-93; 2006) a qual entende inexistir limites competenciais para a lei complementar.

³⁰ AR 200504010195723/RS, AMS 200572050024650/SC; AMS 200471080032173/RS.

³¹ AG 57886/01/RN; AMS 87671/PB e AG 53563/CE.

³² AG 52724/CE.

³³ AG 53563/CE.

Entendo que acertaram os que entenderam por revogada a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais, posto que a Constituição dá ao Supremo Tribunal Federal o papel de intérprete por excelência da Constituição, e não ao Superior Tribunal de Justiça. Como saber tanto se há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, quanto a espécie legislativa a qual a Constituição prevê para a instituição de determinado tributo, ou isenção tributária, dependem de uma interpretação direta da Constituição, o único competente para fazê-la é o Supremo Tribunal Federal.

Os tribunais superiores no Brasil tem sua competência delineada pela própria Constituição, e os magistrados de primeiro e segundo grau, apesar de estarem naturalmente subordinados a determinado tribunal superior, devem buscar o fundamento de sua decisão, de acordo com a matéria *sub judice*, na jurisprudência do tribunal competente, e não simplesmente na daquele aos quais estão naturalmente subordinados.

Exemplificando, apesar de ser uma situação bem mais fácil de ser visualizada, um juiz de direito, ao julgar lides trabalhistas, na hipótese do art. 112 da Constituição Federal, apesar de ser naturalmente subordinado ao Tribunal de Justiça do respectivo estado e ao Superior Tribunal de Justiça, deverá procurar o fundamento da sua decisão na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e não na do STJ.

Tal se dá porque a matéria que ele está julgando é uniformizada nacionalmente pelo Tribunal Superior do Trabalho, e não pelo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, o critério para saber qual jurisprudência seguir, deve ser única e exclusivamente a competência material do respectivo tribunal superior, segundo a Constituição.

Em sendo assim, também no caso do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a matéria é que vai determinar a jurisprudência de qual tribunal devem tomar por base os magistrados de primeiro e segundo grau, ao elaborarem suas decisões.

Como no caso da revogação da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais é necessária uma análise direta da Constituição, deve-se tomar por base a jurisprudência do tribunal que é o intérprete por excelência da Constituição, mesmo em o Superior Tribunal de Justiça julgando de forma diferente.

É certo que a revogação de leis opera-se no campo da infraconstitucionalidade e o Superior Tribunal de Justiça tem a função de uniformizador da jurisprudência infraconstitucional nacional, contudo como no caso da revogação em tela necessita-se de uma análise direta da Constituição para saber sobre sua ocorrência, a jurisprudência que deve prevalecer é a do Supremo Tribunal Federal, e não a do Superior Tribunal de Justiça, mesmo sendo a deste mais específica e a daquele mais genérica.

O próprio Código de Processo Civil dispõe, em seu art 543 § 2º, que em sendo o recurso extraordinário prejudicial ao recurso especial, o relator do processo no Superior Tribunal de Justiça deve remetê-lo para julgamento no Supremo Tribunal Federal, justamente para evitar que com julgamentos imprudentes, criem-se situações como a instaurada no país em relação à revogação da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais à Cofins.

Obviamente a situação também teria sido evitada se o Superior Tribunal de Justiça tivesse, no julgamento da matéria

em questão, utilizado a interpretação dada pelo intérprete por excelência da Constituição na parte da demanda que dependia de interpretação constitucional.

Como o Superior Tribunal de Justiça pode querer ter seu papel de uniformizador da jurisprudência infraconstitucional respeitado pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, se ele próprio não respeita o Supremo Tribunal Federal como intérprete por excelência da Constituição? Para que o Poder Judiciário do Brasil funcione mais coerentemente, os tribunais superiores devem aprender a respeitar a competência alheia.

Com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido exposto, houve reclamações no Supremo Tribunal Federal alegando afronta ao decidido na ADC nº 1, a qual tem efeito vinculante, e reclamações onde se alegava usurpação de competência do STF pelo STJ, tendo havido nesses processos apenas pronunciamentos monocráticos dos ministros do tribunal, ou estando as respectivas seções de julgamento suspensas, face ao pedido de vista. Considero irretocável o posicionamento do STF nessas reclamações, o qual passarei a expor.

Nas reclamações em que se alegava afronta ao decidido na ADC nº 1, o STF negou as liminares³⁵, ou negou seguimento³⁶ às reclamações, por considerar que na ADC nº 1 houve apenas a declaração da constitucionalidade de partes da Lei Complementar nº 70. Mesmo tendo sido dito no voto do relator da ADC nº 1

³⁵ AC 361856/PE. Essa foi a única decisão, que em vez de conseguida pela internet, o foi pessoalmente no Tribunal Federal Regional da Quinta Região.

³⁵ RCL 2475 MC/MG.

³⁶ RCL 2517-9/RJ.

que a lei complementar era materialmente ordinária, isso foi apenas uma das motivações da decisão, e não a decisão em si, ficando apenas a decisão, ou seja, a declaração da constitucionalidade, albergada pelo efeito vinculante, ensejador da reclamação.

Já nas reclamações onde se alegava a usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, o posicionamento foi diferente, sendo concedidas as liminares³⁷. Nesse caso o STF entendeu que como a análise da revogação da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais depende de uma análise direta da Constituição, o Superior Tribunal de Justiça, ao fazê-la, usurpou competência do Supremo Tribunal Federal.

Inclusive, em diversos casos de negativa de seguimento a recursos extraordinários referentes à revogação da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais por presidentes de tribunais, o Supremo Tribunal Federal mandou-os³⁸ subir.

Passado o tempo, finalmente o Supremo Tribunal Federal veio a julgar o mérito da revogação das sociedades civis de prestação de serviços profissionais à Cofins, tendo-o feito por sua Primeira Turma, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 419629-8/DF, em 23/05/2006.

Nele, julgou-se tanto o recurso do contribuinte contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que considerou como revogada a isenção, quanto o recurso da União contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que considerou como não revogada a isenção.

³⁷ RCL 2613/RS e RCL 2620 MC/RS.

³⁸ AI 515048/MG; AI 483228 AgR/RS e AI 502743 AgR/RS.

No julgamento do recurso da União, o relator, Ministro Sepúlveda Pertence, considerou que o cerne da questão era saber se a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais é matéria sob reserva de lei complementar, ou não. Como isso é matéria constitucional, e prejudicial ao recurso especial, ele considerou que o Superior Tribunal de Justiça usurpou a competência do Supremo Tribunal Federal ao julgar o recurso especial e não cumprir o disposto no art. 543 § 2º. Por isso, anulou o acórdão do STJ e determinou que outro seja proferido, adstrito a eventuais questões infraconstitucionais.

Já em julgando o recurso do contribuinte, ele julgou o mérito da revogação da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais à Cofins, negando provimento ao recurso. Na motivação, considerou que não há de se resolver a revogação, ou não, da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais pelo princípio da hierarquia entre as leis, mas sim pelo fato de essa ser ou não matéria sob reserva de lei complementar. Portanto, considerou que a isenção em questão não era matéria sob reserva de lei complementar, apesar veiculada por uma lei dessa natureza, tendo sido validamente revogada pelo art. 56 da Lei 9.430/96.

Após o julgamento desse processo pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, antes vacilante, finalmente pacificou sua jurisprudência no sentido de considerar-se incompetente³⁹ para o julgamento da revogação da isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais à Cofins.

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

³⁹ RESP 837448/SP e AGRESP 728291/SP.

Depois de passado algum tempo do referido julgamento efetuado pela Primeira Turma, a Segunda Turma do STF, em 15/08/2006, segundo o informativo nº 436 do STF (SANTOS, 2006b), iniciou o julgamento de dois recursos extraordinários sobre a matéria⁴⁹, tendo o relator do processo, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, votado na esteira do decidido pela Primeira Turma. Entretanto, face a pedido de vista do Ministro Eros Grau, o julgamento foi suspenso. Em 12/12/2006 a Segunda Turma, acolhendo proposta do Ministro Eros Grau, decidiu afetar o julgamento dos recursos ao plenário, face à complexidade e relevância da matéria. (NOTÍCIAS, 2006; SANTOS, 2006a)

No dia 14/03/2007, finalmente o plenário do STF iniciou o julgamento dos referidos recursos extraordinários (NOTÍCIAS, 2007). Iniciado o julgamento, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, o qual entendia que primeiro o STJ deveria decidir os recursos especiais interpostos, para depois remeter os autos ao STF, a totalidade dos demais ministros seguiu o ministro relator entendendo como correta a atitude da Ministra Eliana Calmon, que cumpriu o disposto no art.543, § 2º, do CPC, em face do recurso extraordinário ser prejudicial ao recurso especial.

Ultrapassada a questão de ordem, e passando ao mérito, o relator desproveu os recursos, como já havia feito na Segunda Turma, entendendo como materialmente ordinária a isenção em exame, e, assim, constitucional a sua revogação pela Lei 9.430/96, tendo sido seguido pelos ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

⁴⁹ RE 377457 e RE 381964

O único a proferir voto em sentido contrário foi o Ministro Eros Grau, que entendeu não haver um campo negativo de competência para a lei complementar, ou seja, limites competenciais, aderindo nitidamente à já citada corrente sobre a hierarquia encabeçada por Hugo de Brito Machado (2005, p. 92-93; 2006). Além disso, ele entendeu como inócrida a revogação, face à impossibilidade de a lei geral revogar a especial. A Ministra Ellen Gracie deixou a sessão durante seu desenrolar e o Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos.

Em já tendo 8, dos 11 Ministros do Supremo Tribunal Federal, se posicionado favoravelmente à revogação da isenção, resta aos demais tribunais do país, o alinhamento ao posicionamento do STF, para assim acabar com a aludida bagunça jurisprudencial ensejada pelo Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

No Brasil existem cinco espécies de tributos, sendo as contribuições sociais para a seguridade social, uma sub-espécie da espécie contribuições especiais. A Cofins é uma contribuição social para a seguridade social e foi instituída pela Lei Complementar nº 70/91, no exercício da competência dada pelo art 195, I, "b" da CF/88. Essa lei complementar trouxe em seu art. 6º, II, a isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais.

Em 1996, o art. 56 da Lei 9.430 revogou a isenção em tela. Mesmo em sendo a Lei 9.430/96 uma lei ordinária, nenhum óbice houve para que ela revogasse o art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Tal porque essa isenção era matéria

de lei ordinária, tendo ocorrido o fenômeno da adaptação, com a conseqüente queda de status da lei complementar. Havido isso, ela poderia ser revogada ou modificada por qualquer lei ordinária, posto que a verdadeira lei complementar não pode o ser apenas sob o aspecto formal, mas sim sob o formal e o material conjugadamente.

Ao se deparar com essa questão, o Superior Tribunal de Justiça considerou que a revogação da isenção em tela tinha incorrido, inclusive sumulando esse entendimento, julgando de forma diferente do STF, quando do julgamento da ADC nº 1 e de questões correlatas. Isso criou uma verdadeira bagunça jurisprudencial no país, posto que tanto havia os que entendessem como correto seguir a jurisprudência do uniformizador da legislação infra-constitucional, por ser mais específica o tema, quanto os que tivessem por entendimento correto seguir a jurisprudência do intérprete por excelência da Constituição, mesmo sendo menos específica.

Em 23/05/2006, a Primeira Turma do STF iniciou a pacificação da questão, decidindo, por unanimidade, no sentido de estar revogada a referida isenção. Já a Segunda Turma, ao se deparar com a questão, entendeu por bem afetar o julgamento do feito ao plenário. No julgamento pelo plenário dos processos vindos da Segunda Turma, 8 ministros já se manifestaram a favor da revogação e 1 contra ela, tendo sido suspenso o julgamento, face ao pedido de vista do Ministro Marco Aurélio.

Resta agora aos demais Tribunais pátrios se alinhar ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, para assim acabar com a aludida bagunça jurisprudencial ensejada pelo Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Lei Complementar: Teoria e Comentários**. 2. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

BORGES, José Souto Maior. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASSONE, Vittorio. **Lei complementar versus lei ordinária: hierarquia e recepção**. [s. l.] : [s. n.], s. d.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

KONKEL JÚNIOR, Nicolau. **Contribuições sociais: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Parecer. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de junho de 2006. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/45559,1>> Acesso em 07/09/2006.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Direito Tributário e Reforma do Sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Sistema Tributário na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

MOREIRA ALVES, José Carlos. Conferência Inaugural - XXVII Simpósio Nacional de Direito Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Direito Tributário e Reforma do Sistema**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOTÍCIAS. Brasília: STF, 2006. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=217809&tip=UN>> Acesso em : 03 mar.2007.

NOTÍCIAS. Brasília: STF, 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=225768&tip=UN>> Acesso em 15 mar. 2007.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro & direito tributário**. 17ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTOS, Anna Daniela de A. M. dos. **Informativo STF Nº 452**. Brasília: STF, 2006a. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info452.asp>> Acesso em: 02 mar. 2007.

SANTOS, Anna Daniela de A. M. dos. **Informativo STF Nº 436**. Brasília: STF, 2006b. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info436.asp>> Acesso em: 07 set.2006.

SANTOS E SILVA, Anna Daniela de A. M. dos. **Informativo STF Nº 428**. Brasília: STF, 2006. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/anteriores/info428.asp>> Acesso em: 07 set.2006.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 276**. As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado. 14/05/2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 126**. É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário. 09/03/1995. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

ADC 1/DF, Supremo Tribunal Federal, Pleno, unânime, Relator: Ministro Moreira Alves. 1/12/1993. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/juris.asp>>. Acesso em :07 set.2006.

AI 502743/RS, Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, Relator: Ministro Eros Grau. 24/11/2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AI 483228/RS, Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, Relator: Ministro Eros Grau. 22/11/2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AI 515048/MG, Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, Relator: Ministro Eros Grau. 13/09/2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set. 2006.

AR 1264/RJ, Supremo Tribunal Federal, Pleno, unânime, Relator: Ministro Néri da Silveira. 10/04/2002. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set. 2006.

RCL 2620 MC/RS, Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 01/06/2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

RCL 2613/RS, Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, Relator: Ministro Marco Aurélio. 25/05/2004. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em 07/09/2006. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

RCL 2517-9/RJ, Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, Relator: Ministro Joaquim Barbosa. 18/12/2003.

Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

RCL 2475 MC/MG, Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, Relator: Ministro Carlos Velloso. 19/11/2003. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AGRE 274362/RS, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, unânime, Relatora: Ministra Ellen Gracie, 08/10/2002. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set.2006

RE 419629/DF, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, unânime, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 23/05/2006. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

RE 150755/PE, Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, maioria, Relator: Ministro Carlos Velloso, Relator para acórdão: Ministro Sepúlveda Pertence. 18/11/1992. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

RE 138284-8/CE, Supremo Tribunal Federal, Pleno, unânime, Relator: Ministro Carlos Velloso 01/07/1992. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AERESP 228432/RS, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, unânime, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. 01/02/2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

AGRESP 728291/SP, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, unânime, Relator: Humberto Martins. 15/08/2006. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006

AGRESP 717840/CE, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, maioria, Relatora: Ministra Eliana Calmon. 19/05/2005. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

AGRESP 637279/SP, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, unânime, Relator para acórdão: Ministro José Delgado. 23/11/2004 Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

AGRESP 382736/SC, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, maioria, Relator: Ministro Castro Meira. Relator para acórdão: Ministro Francisco Peçanha Martins. 08/10/2003. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006..

AGRESP 429596/RS, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, unânime, Relator: Ministro Luiz Fux. 05/12/2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

AGRESP 422741/MG, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, unânime, Relator: Ministro José Delgado. 18/06/2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

AGRESP 297461/PR, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, unânime, Relator: Ministro Francisco Falcão. 03/04/2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

EDRESP 226062/SC, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, unânime, Relatora Ministra Eliana Calmon. 19/09/2000. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

ERESP 429596/RS, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, unânime, Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 26/05/2004. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

RESP 837448/SP, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, unânime, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 29/06/2006. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

RESP 638810/SC, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, unânime, Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. 08/03/2005. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

RESP 709709/RS, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, unânime, Relator: Ministro Castro Meira. 22/02/2005. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

RESP 709948/PE, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, unânime, Relator: Ministro Castro Meira. 22/02/2005. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

RESP 221710/RJ, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. 04/10/2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07/09/2006.

RESP 260960/RS, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. 13/02/2001. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

RESP 226062/SC, Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, unânime, Relatora Ministra Eliana Calmon. 04/04/2000. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

RESP 156839/SP, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Relator: Ministro José Delgado. 03/03/1998. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON>>. Acesso em: 07 set.2006.

AC 200333000332843/BA, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 7ª Turma, unânime, Relator: Desembargador Federal Antônio Ezequiel da Silva. 01/12/2004. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AI 200301000356094/DF, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 8ª Turma, maioria, Relator: Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa. Relator para acórdão. 10/12/2004. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AMS 200338000676328/MG, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 7ª, unânime, Turma, Relator: Desembargador Federal Desembargador Federal Catão Alves. 25/05/2005. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AMS 55119/RJ, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 3ª Turma, unânime, Relator: Desembargador Federal José Neiva.

24/05/2005. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AMS 56045/RJ, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 4ª Turma, unânime, Relator: Desembargador Federal Carreira Alvim. 08/03/2005. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AI 117737/ES, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 1ª Turma, unânime, Relator: Desembargador Federal Reis Friede. 14/12/2004. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AMS 48448/RJ, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 3ª Turma, maioria, Relatora: Desembargador Federal Tânia Heine. Relator para acórdão: Desembargador Federal Paulo Barata. 07/12/2004. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AC 972214/SP, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 3ª Turma, maioria, Relator: Desembargador Federal Carlos Muta. 02/02/2005. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AMS 265207/SP, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 6ª Turma, unânime, Relator: Desembargador Federal Mairan Maia. 30/03/2005. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AMS 261132/SP, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma, maioria, Relator: Desembargador Federal Fábio Prieto. Relatora para acórdão: Desembargador Federal Alda Basto. 13/10/2004. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AMS 200471080032173/RS, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 1ª Turma, unânime, Relator: Desembargador Federal Maria Helena Rau de Souza. 29/11/2005. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AMS 200572050024650/SC, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 1ª Turma, unânime, Relator: Desembargador Federal Artur César de Souza. 23/11/2005. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AR 200504010195723/RS, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 1ª Seção, unânime, Relator: Desembargador Federal Wellington M. de Almeida. 06/10/2005. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

EIAC 361856/PE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Pleno, maioria, Relator: Paulo Roberto de Oliveira Lima. 22/03/2006. No prelo 2006.

AC 361856/PE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2ª Turma, maioria, Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. 12/07/2005. No prelo 2006.

AI 57886/01/RN, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 1ª Turma, unânime, Relator: Desembargador Federal Francisco Wildo. 03/02/2005. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AI 53563/CE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 1ª Turma, maioria, Relator: Desembargador Federal Lázaro Guimarães. Relator para acórdão: Marcelo Navarro. 07/12/2004. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AI 52724/CE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 3ª Turma, unânime, Relator: Desembargador Federal Rivalvo Costa. 07/10/2004. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

AMS 87671/PB, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2ª Turma, unânime, Relator: Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. 23/11/2004. Disponível em <<http://daleth.cjf.gov.br/Jurisp/Juris.asp>>. Acesso em: 07 set.2006.

ESMAPE - BIBLIOTECA
Tomb. FA 20070235
Local P-01
Ch. 00001846 E

APONTAMENTOS SOBRE A MANCOMUNHÃO NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO

Antônio Felipe de Amorim Cadete
Advogado, Procurador do Município de
Jaboatão dos Guararapes, Pernambuco. Pós-
graduando em Direito pelo Instituto Brasile-
leiro de Estudos Tributários - IBET.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 CONCEITO. 2 ORIGEM HISTÓRICA DA MANCOMUNHÃO. 3 PLURALIDADE SUBJETIVA EM RELAÇÕES JURÍDICAS. 4 PATRIMÔNIO EM MÃO-COMUM. 5 QUOTAS, FRAÇÕES OU PARCELAS NA MANCOMUNHÃO. 6 ADMINISTRAÇÃO DO PATRIMÔNIO EM MÃO-COMUM. 7 POSSE EM MÃO-COMUM. 8. PROPRIEDADE EM MÃO-COMUM. 9. RELAÇÕES JURÍDICAS OBRIGACIONAIS EM MÃO-COMUM. 9.1 Créditos em mão-comum. 9.2 Débitos em mão-comum. 10. MANCOMUNHÃO EX LEGE. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O trabalho versa sobre um fenômeno corrente em nosso direito pátrio, mais especificamente na seara do direito privado, sendo por alguns juristas¹ denominado de mancomunhão ou

¹ Dentre outros, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. IV, p. 120; Marcos Berrantes de Mello. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte, p. 133; Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, p. 363; Lya Júnior. *Notas sobre a solidariedade passiva no novo Código Civil*, disponível em: <<http://jis2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3513>>.

mão-comum, intitulado-se de mancomuneiros os sujeitos de direito por isso afetados.

Quanto à nomenclatura, põe-se a ressalva de que inexistente qualquer referência legislativa à matéria, ficando, no direito positivo brasileiro, a cargo exclusivo da doutrina nominar e conceituar tais termos.

Etimologicamente a expressão em português foi largamente influenciada do espanhol *mano común*, tradução levada a cabo pelos glosadores castelhanos do alemão *gesamnte hand*.

O vazio legislativo, entretanto, "não impede que se localizem, na experiência diária, alguns exemplos de obrigação em mão comum, e, por conseguinte, sua regulação pelo direito faz-se necessária"¹.

Assim, a realidade jurídica pátria, seja no âmbito do direito civil, seja do direito comercial, por inúmeras vezes defronta-se com o fenômeno da mancomunhão e suas correlatas implicações jurídicas na posse, na propriedade e nas obrigações.

O presente estudo, portanto, versa acerca da mão-comum e de seus reflexos no direito positivo brasileiro, tanto no que tange às relações dos mancomuneiros entre si, quanto às desses com terceiros.

1 CONCEITO

A mancomunhão implica a união e a co-titularidade de todos os efeitos emanados de uma relação jurídica - direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções - ensejando

¹ Lyra Júnior. *Notas sobre a solidariedade passiva no novo Código Civil*, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3513>>

a conclusão de que se é mancomuneiro do todo, e não de parte do bem jurídico tutelado. Há no seu conceito a idéia de conjunção, unidade e simultaneidade, negando qualquer alusão a quotas ou parcelas.

Para pensar-se em mancomunhão é necessária a existência de uma pluralidade subjetiva em um dos pólos da relação jurídica, pois, semelhantemente às obrigações solidárias e indivisíveis, a relevância de seus efeitos e conseqüências apenas hão de ser perquiridas na existência de mais de um credor, devedor, possuidor ou proprietário.

Proceder-se-á a uma exposição da evolução histórica do instituto, traçando-se um paralelo do direito brasileiro com o direito comparado, para posteriormente analisar-se, criticamente, as disposições legislativas e arestos jurisprudenciais aplicáveis segundo o direito positivo, recorrendo-se sempre que necessário à exposições doutrinárias para melhor exposição e entendimento.

2 ORIGEM HISTÓRICA DA MANCOMUNHÃO

Sua origem remonta ao direito primitivo germânico, que tanto influenciou as codificações européias do século XIX e o Código Civil de 1916, tido por muitos como a última grande codificação moderna pela originalidade e abrangência adquirida sob o crivo de Beviláqua.

Deste modo, o "*gesamnte hand* - cuja tradução literal do tedesco seria *mão unida*"² - implica, considerando a abstração própria da linguagem, uma alusão ao mesmo destino ou final comum dos que figuravam em um matrimônio ou assumiam a qualidade consortes num empreendimento comercial.

² Rubens Requião. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, p. 348.

Perante os demais membros da sociedade, simbolizava a mancomunhão um gesto em que os consortes davam-se as mãos, não mais sendo vistos isoladamente, mas como uma comunidade ou união para a consecução de um fim comum.

O regime bonitário entre cônjuges e sócios ficou conhecido pelos glosadores dos séculos XVIII e XIX como *communio iuris germanici* em oposição à *communio iuris romani*⁴, equivalente ao atual instituto do condomínio *pro parte* regulado no Código Civil, modalidade até então conhecida para regular a pluralidade de indivíduos no mundo jurídico.

Ao contrário do condomínio *pro parte*, na mancomunhão há mais que uma concorrência de dois ou mais indivíduos sobre o mesmo direito. Ocorre conjunção, refletindo-se numa afetação entre os patrimônios, na qual a titularidade e a gestão dos patrimônios passavam à todos, sendo o agir a partir daí coletivo. Ninguém faz jus à parte do que foi mancomunado, mas juntos são titulares do todo.

Comentando o desenvolvimento histórico do regime de bens no direito germânico, assevera Pontes de Miranda⁵:

Que na época franca a administração dos bens da mulher pelo marido devia ter tido feição apenas tutelar, pois o marido sucedia ao pai da mulher na defesa dessa, cabendo-lhe o direito de administração com fundamento no dever de garantia. Aos poucos a mulher passou a ter uma parte até que, antes do direito moderno, se firmou o adágio de que os casados deviam dividir entre si fortuna e miséria.

⁴ Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. IV, p. 120.

⁵ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. VIII, p. 211.

Calçando-se no Brasil, até antes do advento da codificação civil pátria em 1916, a mancomunhão já era observada no direito pré-codificado com o casamento por carta de ametade segundo o costume do Rei⁶.

Hodiernamente, a mancomunhão faz-se presente em inúmeras relações jurídicas do direito brasileiro, com fontes advindas desde a codificação civil de 1916, mantidas na maioria, e acrescentadas pela codificação de 2002.

3 PLURALIDADE SUBJETIVA EM RELAÇÕES JURÍDICAS

Relação é o modo de ser de um objeto diante de outro⁷. "É o ter-se de considerar a a frente a b: aRb"⁸. Já relação jurídica, espécie do gênero relação, é a relação inter-humana, isto é de um homem ou mais homens frente a outro ou outros homens, que uma norma jurídica, pelo fenômeno da incidência, torna relação jurídica. Para tanto é necessário que a relação fática inter-humana, seja o elemento ou contenha elementos do suporte fático da norma jurídica.

O conceito da mancomunhão implica que a relação jurídica apresente uma pluralidade de indivíduos, os quais são tratados ou vistos como um algo unitário, cabendo a titularidade do direito - quando situados no pólo ativo - ou do dever - quando no pólo passivo - a todos de modo conjunto e não isolado.

A mancomunhão de modo nenhum contradiz a natureza das normas jurídicas, negando o direito subjetivo, pois o

⁶ Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 12.

⁷ Em igual definição, Marcos Bernardes de Melo. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte, p. 168.

⁸ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. I, p. 117.

ordenamento jurídico não consta somente de preceitos a favor de indivíduos isolados e dirigidos unicamente aos mesmos. Desse modo, a norma, e por consequência o direito subjetivo, pode dirigir-se a favor de certos sujeitos unidos em uma determinada pluralidade, de maneira que apenas surta efeito a favor ou contra todos.

No entanto, em entendimento diverso a ressalva posta por Sohm⁹ quando afirma que "a pertinência do mesmo direito indiviso a vários sujeitos é uma contradição em si", negando a validade de uma norma instituidora de mancomunhão.

Outrossim, em discordância do aludido autor, o conceito ora exposto não nega em nada o gênero relação jurídica, ao revés, constitui espécie dessa, vez que possui os atributos¹⁰ da: a) intersubjetividade, b) essencialidade do objeto e c) correspondência entres direitos e deveres.

a) Como na mancomunhão haverá sempre direitos e deveres tocantes aos mancomunheiros em face de outrem, não se põe em questão a intersubjetividade, mas o posicionamento conjunto e concomitante de duas ou mais pessoas no mesmo pólo da relação jurídica, fenômeno de ocorrência possível e não contraditório ao conceito de relação jurídica.

Como asseveram Torquato Castro¹¹, Lourival Vilanova¹² e Marcos Bernardes de Mello¹³ as relações jurídicas podem ser qualificadas de pessoais - quando os dois pólos da

⁹ Sohm. *Der Gegenstand*, p. 62.

¹⁰ Elencação de atributos essenciais proposta por Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte, p. 172 e ss.

¹¹ *Teoria da situação jurídica em direito privado nacional*, p. 97 e 98.

¹² *Causalidade e relação no direito*, p. 165.

¹³ *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte, p. 172.

relação jurídica são identificados - e de reais - quando apenas um pólo é identificado e a coletividade como um todo, sujeito universal ou *alter* ocupa o pólo remanescente. Pois bem, difundem os aludidos autores que essa identificação ou determinação comporta tanto o posicionamento para um sujeito uno ou para vários sujeitos identificados sob a *pluralidade* ou *unitariedade* do direito que, embora comporte variações quanto à titularidade e à disposição, difere do sujeito universal, não desconfigurando a relação jurídica.

b) Quanto ao objeto, na mancomunhão estará sempre presente um bem tutelado, uma vez que esse é o objeto que constitui a matéria de relação jurídica, sendo portanto "o bem da vida sobre que recaem direitos e deveres que sejam conteúdo de relação jurídica"¹⁴.

In *casu*, as relações jurídicas que apresentam o fenômeno da mancomunhão podem apresentar uma variedade de objetos. A depender desse, poder-se-á classificar a ocorrência da mancomunhão em diferentes institutos, *v.g.*:

(i) obrigações - créditos e débitos - em mão comum, quando presente por objeto da relação jurídica uma promessa de prestação de dar, fazer ou não-fazer;

(ii) posse em mão-comum, sendo o bem tutelado o poder fático com *corpus* e *animus* sobre um bem corpóreo;

(iii) propriedade em mão-comum, quando o objeto da relação seja uma coisa, *res corporales*, ou um bem imaterial, *res incorporales*.

¹⁴ Marcos Bernardes de Mello, *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*, 1ª parte, p. 177.

c) O conteúdo eficaz das relações jurídicas pode compor-se de direitos, pretensões, ações, exceções a que correspondem, correlatamente, deveres, obrigações, situações de acionado e situações de excetuado. Necessariamente a relação jurídica apresenta, ao menos, direitos e deveres correlatos, sendo a presença das demais categorias acidental ou não essencial. Desse modo é impossível ser devedor de ninguém da mesma forma que inexistente devedor sem credor.

Direitos e deveres existem em toda e qualquer relação jurídica, mesmo naquelas que mancomunheiros fazem-se presentes, figurando na titularidade de um dos pólos dessa, seja ativamente, seja passivamente.

A fortiori, caracterizado que a mancomunhão se apresenta como relação jurídica de duas ou mais pessoas com outrem, a respeito de um bem jurídico, com direitos, deveres e demais categorias eficazes, a ciência jurídica pode estudá-la no plano do dever ser, possuindo como objeto as normas a ela relacionadas.

Posto isto, analisar-se-á in concreto institutos dos quais que resultam relações jurídicas mancomunadas. Entretanto, por entender-se prejudicial ao perfeito entendimento da matéria, versar-se-á acerca do patrimônio, das quotas e da administração na mancomunhão.

4 PATRIMÔNIO EM MÃO-COMUM

Correlato ao conceito relação jurídica é o de patrimônio, por este ser "o complexo das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente"¹⁵. Sob a noção de patrimônio estendem-se tanto os direitos quanto os deveres, compondo-se de todos os valores positivos e negativos de uma

¹⁵ Clóvis Beviláqua. Teoria geral, p. 210.

pessoa. Patrimônio, assim, é a soma de todos os direitos e deveres patrimoniais que tocam a um sujeito de direito.

Entretanto, existem aqueles que, ao contrário do aqui exposto, apenas vêem o patrimônio como lado positivo, vez que apenas o integrariam direitos e bens, ou nas palavras de De Page¹⁶, "apenas o conjunto dos bens penhoráveis de uma pessoa, sejam eles corpóreos, sejam incorpóreos, bastando que sejam bens sobre que possa incidir a ação dos credores". Ainda, em termos de direito comparado, o Código Civil Alemão procede do mesmo na seção sobre patrimônio.

Como decorrência da personalidade, o patrimônio é uno e indivisível, sendo um atributo de cada sujeito de direito. No entanto, há situações em que parcela do patrimônio, representada por alguns bens ou relações jurídicas, mostra-se distinta e afetada¹⁷ sob determinadas características.

Nesses casos, a despeito da afetação, não existe em verdade uma pluralidade ou divisão do patrimônio em sua essência, havendo "tão somente a distinção de bens de procedência diversa no mesmo patrimônio"¹⁸, constituindo-se "a distinção entre patrimônio geral e especial ou de afetação em mero eufemismo argumentativo"¹⁹.

Em sentido contrário, destaca-se a posição minoritária assumida por Ferrara²⁰ quando se refere "a núcleos patrimoniais autônomos, capazes de relações jurídicas próprias consti-

¹⁶ *Traité Élémentaire*, v. V, p. 550.

¹⁷ Reconhecendo o fenômeno do patrimônio de afetação, Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. I, p. 249; De page. *Traité Élémentaire*, v. V, § 579 e 580; Enneccerus, Kipp e Wolf. *Tratado de derecho civil*, t. I, v. 1º, § 125; Paul Oertmann. *Introducción*, § 24; Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. I, § 51 e 80 e t. XXII, § 2.759.

¹⁸ Clóvis Beviláqua. Teoria geral, p. 210 e ss.

¹⁹ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. I, p. 249.

²⁰ *Trattato*, p. 875.

tuindo-se verdadeiro patrimônio separado, com dualidade de patrimônios no mesmo indivíduo”.

As causas que geram tal afetação ou especialização são as mais diversas, destacando-se pela doutrina as provenientes de:

(i) fins e valores objetivamente considerados, ao cargo dos quais se destinam certos direitos e bens como consecução de um objetivo comum;

(ii) necessidade de se administrarem de modo especial;

(iii) responsabilidade, exclusiva ou preferencial, de tal parcela de patrimônio por certos compromissos assumidos.

Tais situações de afetação ocorrem a) dentro de parcela de um mesmo patrimônio, e.g., dote, substituição fideicomissária, falência, firma empresária individual; ou b) dentro de parcelas de dois ou mais patrimônios de vários sujeitos.

Quando desse patrimônio especial, composto pela reunião de relações jurídicas forem titulares duas ou mais pessoas de modo conjunto (b), denomina-se patrimônio em mão-comum. Citem-se os patrimônios, e.g., da sociedade ou associação sem personalidade jurídica, de bens comuns no regime de comunhão parcial, de bens comuns no regime de comunhão universal e de bens havidos na constância de união estável, a do patrimônio do cônjuge sobrevivente e dos separados e divorciados enquanto não feita a partilha²¹.

²¹ Colocamos que a herança antes de realizada a partilha integra a presente exemplificação, pois era, sob a égide do Código Civil de 1916, um patrimônio especial em mão-comum. No entanto, no Código Civil de 2002, consoante exporemos em momento próprio, a despeito de continuar sendo patrimônio especial, a herança antes de realizada a partilha constitui patrimônio especial indivisível, sem o regime da mancomunhão.

Como conclusão, patrimônio em mão-comum é o resultado da reunião das relações jurídicas mancomunadas de uma pessoa. *A fortiori*, todas as relações jurídicas de posse, propriedade, crédito e débito derivadas de tais patrimônios em mão comum serão, sempre, de mão-comum.

5 QUOTAS, FRAÇÕES OU PARCELAS NA MANCOMUNHÃO

Quota é fração ou divisão que toca à alguém sobre um todo. Na relação em mão-comum como os mancomunheiros são titulares do todo, conjunta e concomitantemente, qualquer idéia de partição mostra-se incompatível com a natureza do instituto.

Não existem quotas. Na mancomunhão, os participantes não têm quotas sobre o direito ou sobre o dever, os quais recaem na totalidade sobre aqueles.

A formação da mancomunhão já encobre as quotas quando anteriormente existentes e impede o surgimento de quotas enquanto perdurar a mão-comum.

Como bem afirmou Pontes de Miranda²²: “na mancomunhão não se levam em conta as quotas, não há quotas; mas para quem e para além da mancomunhão, elas aparecem e não deixam de ser, embora sem serem vistas, durante a mancomunhão”. Deste modo, apenas há de se falar em quotas antes ou após a mão-comum, sendo exterior, e portanto estranho, ao instituto.

Antes da mancomunhão podem existir quotas. Essas por quanto vigorar a mão-comum tornam-se opacas ou

²² *Tratado de Direito Privado*. t. XXII, p. 363

encobertas, não sendo levadas em consideração. Como casos de encobrimento de quotas cite-se, *v.g.*:

(i) a formação do contrato de sociedade comercial²³, uma vez que concluído, assinado e não registrado, em seus efeitos vigora a mancomunhão entre os sócios;

(ii) co-proprietários com quotas sobre determinado bem que, posteriormente, contraem matrimônio, passando a vigorar a mão-comum e sendo as quotas irrelevantes até o momento da partilha, expressando o direito de meação.

O aparecimento ou ressurgimento das quotas apenas pode dar-se quando extinta ou finda a mancomunhão, via de regra, por processo judicial ou extrajudicial instaurado para a divisão.

Da extinção e divisão do patrimônio em mão-comum podem resultar: a) quotas ou b) quinhões em separados. Para (a) haver quotas na divisão os ex-mancomuneiros ainda permanecem titulares do mesmo bem ou direito, mas em regime de condomínio *pro diviso* ou, tratando-se de relação obrigacional, de indivisibilidade ou solidariedade, tocando parcela da titularidade e disponibilidade do patrimônio ou da obrigação a cada um, individualmente, sem o regime da mancomunhão. No caso de (b) quinhões em separado, determinado bem ou direito toca em sua inteireza a cada ex-mancomuneiro, como único possuidor, proprietário, credor ou devedor.

Como casos de surgimento ou reaparição de quotas ou quinhões cite-se, *v.g.*:

²³ Código Civil. Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionam: IV - a quota de cada sócio no capital social, e o modo de realizá-la;

(i) a partilha por sentença dissolvida a sociedade conjugal²⁴;

(ii) a liquidação de sociedade não personificada²⁵.

Cabe a observação de que ao se fundar a mancomunhão não há em verdade transferência de posse, propriedade ou direitos e deveres obrigacionais entre os mancomuneiros, mas tão somente a divisão ou partilha de algo já integrante do patrimônio de cada mancomuneiro, como anteriormente exposto, que encontrava-se em regime de co-titularidade. As consequências de tal observação são as mais diversas.

Para fins tributários, como a incorre a transferência da propriedade imobiliária, mas tão somente a divisão de bens imóveis, não se reputa verificado o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI, cuja regra-matriz encontra-se no art. 156, II da Constituição Federal²⁶. Observe-se que praxis dos tribunais pátrios reconhecendo a extinção da mancomunhão, adota igual entendimento. Observe-se o seguinte aresto:

²⁴ Código Civil. Art. 1.575. A sentença de separação judicial importa a separação de corpos e a partilha de bens.

Parágrafo único. A partilha de bens poderá ser feita mediante proposta dos cônjuges e homologada pelo juiz ou por este decidida.

Código Civil. Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

²⁵ Código Civil. Art. 1.102. Dissolvida a sociedade e nomeado o liquidante na forma do disposto neste Livro, procede-se à sua liquidação, de conformidade com os preceitos deste Capítulo, ressalvado o disposto no ato constitutivo ou no instrumento da dissolução.

Código Civil. Art. 1.103. Constituem deveres do liquidante: IV - ultimar os negócios da sociedade, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os sócios ou acionistas.

Código Civil. Art. 1.110. Encerrada a liquidação, o credor não satisfeito só terá direito a exigir dos sócios, individualmente, o pagamento do seu crédito, até o limite da soma por eles recebida em partilha, e a propor contra o liquidante ação de perdas e danos.

²⁶ Constituição Federal. Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de

mancomunhão de outro, na proporção do importe daquele no capital social. A peculiaridade deve-se não à relação de mão-comum, vez que não se divide o capital social em si, mas ao princípio de participação do sócio nos lucros e nas perdas da sociedade, incidente na sociedade em comum³¹ por subsidiariedade com a sociedade simples. Deste modo, v.g.:

(i) havendo lucro, ter-se-ia no pólo ativo como credor o sócio e no pólo passivo como devedor, a sociedade;

(ii) havendo prejuízos, ter-se-ia no pólo ativo a sociedade e no pólo passivo, o sócio.

Ademais, isolando a causa do surgimento de tal relação na própria sociedade e não na mancomunhão, frise-se que a sociedade comporta como condição de sua existência, essencialmente, a repartição entre os associados dos ganhos e perdas obtidos em comum³². Não fosse assim, estar-se-ia diante da denominada *societate leonina*, já fulminada de nulidade em nosso direito pretérito pelo Código Comercial do Império³³.

³¹ Código Civil, Art. 986. Enquanto não inscritos os atos constitutivos, rege-se a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples. Art. 997. A sociedade constitui-se mediante contrato escrito, particular ou público, que, além de cláusulas estipuladas pelas partes, mencionará: VII - a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas; Art. 1.007. Salvo estipulação em contrário, o sócio participa dos lucros e das perdas, na proporção das respectivas quotas, mas aquele, cuja contribuição consiste em serviços, somente participa dos lucros na proporção da média do valor das quotas. Art. 1.008. É nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

³² Rubens Requião. *Curso de Direito Comercial*, v. 1º, 366.

³³ Código Comercial Art. 287. É da essência das companhias e sociedades comerciais que o objeto e fim a que se propõem seja lícito, e que cada um dos sócios contribua para o seu capital com alguma quota, ou esta consista em dinheiro ou em efeitos e qualquer sorte de bens, ou em trabalho ou indústria. Art. 288. É nula a sociedade ou companhia em que se estipular que a

6 ADMINISTRAÇÃO DO PATRIMÔNIO EM MÃO-COMUM

Depreende-se da própria conceituação da mancomunhão que a titularidade e o poder de disposição do crédito em mão-comum cabe aos titulares de modo conjunto. A simples administração do patrimônio pode dar-se por qualquer dos titulares isoladamente³⁴, desde que não acarrete gravames inusuais, disposição e alteração na titularidade de direitos³⁵, hipótese em que há uma "limitação no direito de administração"³⁶.

Em tais hipóteses, em havendo: a) impossibilidade, b) injusta recusa ou c) recusa em prejuízo dos demais, a anuência do mancomunheiro pode ser suprida judicialmente³⁷, pois como assevera Pontes de Miranda³⁸, "durante a mancomunhão, o uso [ou não-uso] por um dos comuneiros não pode prejudicar os demais".

totalidade dos lucros pertença a um só dos associados, ou em que algum seja excluído, e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as somas ou efeitos entrados por um ou mais sócios para o fundo social.

³⁴ Código Civil, Art. 1.663. A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges. Art. 1.013. A administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios.

³⁵ Código Civil, Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos; III - prestar fiança ou aval; IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação. Art. 1.663. § 2º. A anuência de ambos os cônjuges é necessária para os atos, a título gratuito, que impliquem cessão do uso ou gozo dos bens comuns.

³⁶ Enneccerus, Kipp e Wolf. *Tratado de derecho civil*, t. II, v. 1º, p. 436, nota 2.

³⁷ Código Civil, Art. 1.648. Cabe ao juiz, nos casos do artigo antecedente, suprir a outorga, quando um dos cônjuges a denegue sem motivo justo, ou lhe seja impossível concedê-la.

³⁸ *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, p. 369.

Se, aparentemente, há disposição por apenas um dos detentores do patrimônio em mão-comum, vislumbram-se as seguintes situações:

(i) esse um está autorizado por lei a dispor em nome dos outros, constituindo-se a figura do administrador legal;

(ii) esse um está autorizado negocialmente pelos demais, atuando por si e como representante ou mandatário dos demais ou na figura do administrador contratual;

(iii) esse um está só e disposição, em verdade, não houve, sendo ineficaz o ato de disposição, posto que parcial, obrigando-se individual e pessoalmente o mancomunheiro pelo inadimplemento ou não configuração da disposição junto a terceiro.

É de observar-se que em (i) e (ii) ocorrem as hipóteses previstas no art. 115 do Código Civil³⁹, incidindo o art. 116⁴⁰, enquanto no (iii) incide o art. 662 do Código⁴¹.

Tais princípios de administração do patrimônio em comum encontram-se positivados na legislação em algumas passagens isoladas, como referido, o que de modo algum acarreta prejuízo na formulação das regras gerais expostas. Tais regras vigem, salvo a imposição legal ou contratual de administrador.

Havendo a figura do administrador, a esse caberá a administração do patrimônio em comum, dispondo por

³⁹ Código Civil, Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado.

⁴⁰ Código Civil, Art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.

⁴¹ Código Civil, Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.

todos. Coloque-se, que com o advento do Código Civil de 2002, a figura do administrador legal, anteriormente vislumbrada na comunhão conjugal, em regra, pelo marido⁴² e na herança antes da partilha pelo inventariante⁴³, passa a revertir-se como situação excepcional pelo fim do pátrio poder⁴⁴ e pela novel regulação do instituto da herança no Código Civil de 2002 como patrimônio especial indivisível.

Deste modo, *de lege lata*, a administração caberá aos mancomunheiros conjuntamente ou ao administrador contratual eleito pelos primeiros.

7 POSSE EM MÃO-COMUM

Constitui posse em mão-comum espécie de *possessio plurium in solidum*, isto é, o exercício de fato de algum dos poderes de domínio que duas ou mais pessoas têm sobre a mesma coisa⁴⁵.

⁴² Código Civil de 1916, Art. 274. A administração dos bens do casal compete ao marido, e as dívidas por este contraídas obrigam, não só os bens comuns, senão ainda, em falta destes, os particulares de um e outro cônjuge, na razão do proveito que cada qual houver lucrado. Art. 275. É aplicável a disposição do artigo antecedente às dívidas contraídas pela mulher, no caso em que os seus atos são autorizados pelo marido, se prestarem sê-lo, ou escusam autorização.

⁴³ Código Civil de 1916, Art. 1.579. Ao cônjuge sobrevivente, no casamento celebrado sob o regime da comunhão de bens, cabe continuar até a partilha na posse da herança com o cargo de cabeça do casal. § 1º Se porém o cônjuge sobrevivente for a mulher, será mister, para isso, que estivesse vivendo com o marido ao tempo de sua morte, salvo prova de que essa convivência se tornou impossível sem culpa dela. § 2º Na falta de cônjuge sobrevivente, a nomeação de inventariante recairá no co-herdeiro que se achar na posse corporal e na administração dos bens. Entre co-herdeiros a preferência se graduará pela idoneidade. § 3º Na falta de cônjuge ou de herdeiro, será inventariante o testamenteiro.

⁴⁴ Código Civil, Art. 1.663. § 3º Em caso de malversação dos bens, o juiz poderá atribuir a administração a apenas um dos cônjuges.

⁴⁵ Código Civil, Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Apesar de aludir-se à posse em mão-comum, o mais correto do ponto de vista científico seria a utilização do termo *composse*, haja vista que a *mancomunhão* por sua natureza, necessariamente, já pressupõem a presença de duas ou mais pessoas. No entanto, como a doutrina em geral indistintamente adota o termo *posse* para a *mancomunhão*, optou-se por utilizá-lo neste título e no decorrer do presente estudo.

A *composse* pode dar-se de dois modos, a saber:

(i) *Composse simples*. Cada possuidor tem o poder fático sobre a coisa independentemente do outro ou dos outros possuidores, que também exercem posse direta ou indireta;

(ii) *Composse em mão-comum*. Nenhum dos possuidores tem poder fático independente sobre a mesma coisa. Os titulares da posse são os *mancomunheiros* possuidores e não cada um individual ou isoladamente.

Com a argúcia que lhe é de costume, Pontes de Miranda⁴⁶ já asseverava a distinção quando colocava que "a *composse* pode ser simples ou de mão-comum".

Na posse de mão-comum, não existe posse separadamente, mas apenas conjuntamente. Todos os bens integrantes de patrimônio em mão-comum são possuídos também em mão-comum.

No que toca à cessão da posse, esta apenas pode ser exercitada por todos os *mancomunheiros*, incabível a cessão parcial, por consequência do próprio conceito da *mancomunhão*. No entanto quanto aos atos de defesa da posse através

⁴⁶ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. X, p. 111.

de interditos possessórios e proibitórios, podem exercê-los todos ou cada possuidor em mão-comum, indistintamente, por tratar-se de ato de mera administração e não de disposição, sendo a situação análoga para a *composse simples* e *composse em mão-comum*⁴⁷.

Todos os bens integrantes de patrimônio em mão-comum, serão possuídos pelos participantes do mesmo numa relação em mão-comum.

8 PROPRIEDADE EM MÃO-COMUM

Constitui propriedade em mão-comum espécie de *dominium plarium in solidum*, isto é, o assenhoreamento de uma coisa por duas ou mais pessoas⁴⁸. A pluralidade de proprietários sobre a mesma coisa implica condomínio.

A mesma crítica etimológica feita à posse em mão-comum, faz-se à *propriedade* em mão-comum, já que o mais correto do ponto de vista científico seria a utilização do termo *co-propriedade* ou *condomínio*, vez que a própria *mancomunhão* por sua natureza, necessariamente, já implica na presença de uma pluralidade de pessoas. No entanto, como a doutrina em geral indistintamente adota os termos *propriedade*, *co-propriedade* e *condomínio*, optou-se por utilizar o termo *propriedade* neste título e no decorrer do presente estudo.

⁴⁷ Código Civil. Art. 1.199. Se duas ou mais pessoas possuírem coisa indivisa, poderá cada uma exercer sobre ela atos possessórios, contanto que não excluam os dos outros compossuidores.

⁴⁸ Código Civil. Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

O condomínio pode dar-se de dois modos, a saber:

(i) condomínio *pro parte*. “Essa modalidade de condomínio ocorre quando a mesma coisa pertence a mais de uma pessoa, cabendo a cada uma delas igual direito idealmente sobre o todo e cada uma de suas partes”⁴⁹. Todos os co-proprietários possuem direito qualitativamente iguais sobre a totalidade da coisa limitados na proporção quantitativa em que concorrem com os outros co-proprietários. A cada condômino é assegurada uma quota ou fração ideal da coisa, e não uma parcela material dessa. Tal modalidade é denominada *condominium iuris romani*, estando expressamente prevista no Código Civil.

(ii) condomínio em mão-comum. Aqui “a coisa pertence à coletividade e não aos condôminos, que, desta sorte, têm apenas direitos de uso e gozo da coisa em razão da vinculação corporativa em que se encontram e não em consequência de serem sujeitos, individualmente, de direitos sobre a própria coisa”⁵⁰. Na propriedade coletiva em mão-comum inexistem quotas ou frações ideais de cada mancomunheiro sobre a coisa. Tal modalidade é denominada *condominium iuris germanici*, não estando expressamente prevista no Código Civil, aplicando-se, no que for compatível, as disposições do *condominium iuris romani*.

As distinções quanto aos direitos e deveres incidentes aos condôminos podem variar de acordo com a especificidade de cada modalidade:

a) uso, cada condômino ou consorte pode usar livremente e defender a coisa desde que não exclua os demais ou

⁴⁹ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. IV, p. 120.

⁵⁰ Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, v. IV, p. 120.

altere a destinação comum, conforme art. 1.314, 1ª parte e parágrafo único⁵¹, aplicável tanto ao condomínio *pro parte* como ao em mão-comum;

b) disposição, no b.1) condomínio *pro parte* cada co-proprietário tem a faculdade de alienar ou gravar a sua parte livremente, sem o consentimento dos demais, conforme art. 1.314, 2ª parte⁵², no entanto no b.2) condomínio em mão-comum tal disposição não incide, ficando o poder disposição a todos conjuntamente, inexistindo quotas;

c) despesas comuns, no c.1) condomínio *pro parte* as despesas obrigam cada condômino na proporção de sua respectiva parte⁵³, no c.2) condomínio em mão-comum as despesas obrigam a todos os proprietários indistintamente;

d) renúncia, no d.1) condomínio *pro parte*, existindo dívidas, o condômino pode renunciar do pagamento, aproveitando sua parte ideal para quem as solveu⁵⁴, d.2) no condomínio em mão-comum não é possível a renúncia parcial de cada condômino, bem como o adimplemento não acarreta a aquisição de fração ideal, por essa inexistir na mancomunhão.

⁵¹ Código Civil. Art. 1.314. Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicada de terceiro, defender a sua posse (...)

Parágrafo único. Nenhum dos condôminos pode alterar a destinação da coisa comum, nem dar posse, uso ou gozo dela a estranhos, sem o consentimento dos outros.

⁵² Código Civil. Art. 1.314. Cada condômino pode (...) alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.

⁵³ Código Civil. Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeito. Parágrafo único. Presumem-se iguais as partes ideais dos condôminos.

⁵⁴ Código Civil. Art. 1.316. Pode o condômino eximir-se do pagamento das despesas e dívidas, renunciando à parte ideal. § 1º Se os demais condôminos assumem as despesas e as dívidas, a renúncia lhes aproveita, adquirindo a parte ideal de quem renunciou, na proporção dos pagamentos que fizeram

Cabe a ressalva de que divisão do condomínio *pro parte*, geralmente, pode dar-se a todo o momento, apenas excetuando-se situações especiais tais como, e.g., cláusula de indivisibilidade decorrente de legados ou de doações etc. A divisão do condomínio em mão-comum apenas pode dar-se quando extinta a mancomunhão, haja vista o surgimento de quotas ou quinhões em separado ser incompatível com a mão-comum, conforme já explanado.

9 RELAÇÕES JURÍDICAS OBRIGACIONAIS EM MÃO-COMUM

Uma obrigação em mão-comum não apenas se afasta das normas que regem as obrigações divisíveis, indivisíveis e solidárias em certos aspectos singulares, mas também no que seu conceito é distinto do dessas⁵⁵. A existência de uma pluralidade subjetiva é necessária, mas a disposição dos partícipes quanto aos direitos e deveres sobre a prestação varia de acordo com a modalidade.

Assim, se em relações jurídicas obrigacionais existe pluralidade de sujeitos ativos ou de sujeitos passivos, pode dar-se: a) divisibilidade, b) indivisibilidade, c) solidariedade e d) mancomunhão. Veja-se, sucintamente, as características de cada uma, quanto ao poder de exigibilidade dos credores e da sujeição dos devedores aliado a titularidade e disposição no todo ou em parte da prestação.

(a) Cada um dos credores pode exigir só uma parte da prestação e cada um dos devedores só está obrigado a uma parte da mesma. A divisão, logicamente, apenas dá-se quando

⁵⁵ Neste sentido, Enneccerus, Kipp e Wolf. *Tratado de derecho civil*, t. II, v. 1º, p. 43.

divisível a prestação⁵⁶ e ausente a solidariedade e a mancomunhão. É o que se denomina de *relações obrigacionais divididas*. Tais créditos parciais e dívidas parciais são encarados como direito e obrigações independentes.

Relevante notar que mesmo incidindo a regra da divisibilidade constante no art. 257 do Código Civil, não se criam novas relações obrigacionais, permanecendo uma única relação jurídica plúrima⁵⁷, haja vista que o fato jurídico do qual se originam ainda mantém efeitos comuns entre os partícipes, e.g., a exceção de contrato não cumprido embora só um dos devedores tenha deixado de adimplir e o direito de resolução por inadimplemento contra todos, ainda se só um não adimpliu.

(b) e (c) Cada um dos credores só é titular de uma parte, mas pode exigir o todo, de maneira que um pode receber toda a prestação ou cada um dos devedores apenas deve parte da prestação, mas está obrigado a prestar o todo. Ocorre na solidariedade e indivisibilidade, com a ressalva nesta última de que existindo a substituição do objeto pelo equivalente pecuniário, divide-se a obrigação nos moldes de (a).

Ou seja, em virtude de pagamento de um devedor a apenas um credor se resolve a relação obrigacional em sua totalidade, liberando-se todos os devedores e satisfazendo-se todos os credores.

(d) O direito de crédito corresponde aos vários credores conjuntamente ou dirige-se a contra os vários devedores conjun-

⁵⁶ Código Civil. Art. 257. Havendo mais de um devedor ou mais de um credor em obrigação divisível, esta presume-se dividida em tantas obrigações, iguais e distintas, quantos os credores ou devedores.

⁵⁷ Neste sentido, Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, p. 165 e Enneccerus, Kipp e Wolf. *Tratado de derecho civil*, t. II, v. 1º, p. 433.

tamente. Somente todos os credores podem exigir ou somente a todos os devedores pode ser exigida a prestação. Trata-se de créditos em mão-comum e dívidas em mão-comum, respectivamente.

A *fortiori*, posta a gradação entre as espécies de pluralidade de credores e de devedores, vê-se que na mancomunhão um credor não pode exigir nem no todo nem em parte a prestação para si só, e tampouco se pode exigir de um só devedor, nem no todo nem em parte.

Analise-se as modalidades de mancomunhão nas obrigações, sob o prisma do pólo ativo e do pólo passivo.

9.1 Créditos em mão-comum

A essência do crédito em mão-comum consiste em que: a) um dos credores, de modo individual, não tem direito sobre uma quota ou parcela da prestação e este, sozinho, não pode dispor de seu crédito em mão-comum de modo parcial, b) *a contrario sensu*, um dos credores, de modo individual, não tem direito sobre a totalidade da prestação, c) *Tertius*, em havendo credores em mão-comum o crédito mesmo não corresponde senão a todos conjuntamente.

Em síntese, no crédito em mão-comum, não se pode dizer que o credor tem direito à quota da prestação, mas sim todos o têm conjuntamente. Os créditos em mão-comum pertencem aos mancomuneiros, conjuntamente. Em princípio, cada titular só o pode exercer pelo todo. A disposição dos créditos em mão-comum cabe, em princípio, a todos os mancomuneiros.

Particularidades decorrem da falta de direito de disposição do crédito pelo credor singular, mas tão só em conjunto,

afastando quanto aos efeitos as obrigações em mão-comum das obrigações indivisíveis e das solidárias. A despeito da pouca previsão expressa na legislação⁵⁸, pode-se apontar algumas particularidades e vedações incidentes, *v.g.*:

(i) *Compensação*. Nenhum dos mancomuneiros pode compensar parcialmente com um dos credores em mão-comum o que deve a esse⁵⁹. Tal assertiva se justifica, pois implicaria que um dos credores fizesse uso singular do crédito, valendo de uma parte ou quota do crédito em mão-comum, a qual não existe, para saldar uma dívida particular com o outro credor em mão-comum;

(ii) *Confusão*. Não ocorre confusão a extinção do crédito em mão comum quando o devedor particular de um dos credores ingressa na parte ativa da relação obrigacional em mão-comum substituindo outro credor em mão-comum.

Observe-se que a hipótese em comento, a despeito de prevista pela doutrina⁶⁰ como um dos efeitos da mancomunhão, *de lege lata*, mostra-se de difícil configuração em nosso direito positivo pátrio, haja vista que o exemplo comumente dado versa sobre o devedor pessoal de um dos credores em mão-comum que herda de outro credor em mão-comum e antes de realizada a partilha. Observe-se que a herança antes de realizada a partilha era, sob a égide do Código Civil de

⁵⁸ Código Civil de 1916. Art. 1.580. Parágrafo único. Qualquer dos co-herdeiros pode reclamar a universalidade da herança ao terceiro, que indevidamente a possuiu, não podendo este opor-lhe, em exceção, o caráter parcial do seu direito nos bens da sucessão.

⁵⁹ Em igual entendimento, Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, p. 368, Enneccerus, Kipp e Wolf. *Tratado de derecho civil*, t. II, v. 1º, p. 436, nota 1.

⁶⁰ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, p. 368, Enneccerus, Kipp e Wolf. *Tratado de derecho civil*, t. II, v. 1º, p. 436, nota 1.

1916, um patrimônio especial em mão-comum. No entanto, no Código Civil de 2002, consoante exporemos em momento próprio, a despeito de continuar sendo patrimônio especial, a herança antes de realizada a partilha constitui patrimônio especial indivisível, sem o regime da mancomunhão;

(iii) Cessão. Há a exclusão da possibilidade de cessão do crédito por um dos credores em mão-comum, seja para outro credor em mão-comum, seja para terceiro. O único caso ressalvado pela doutrina de mudança no pólo ativo que não na totalidade, deve-se à sucessão aberta já transferir, de logo, a titularidade ativa e passiva de todas as relações jurídica do *de cuius*, pelo *droit de saisine*⁶¹. No entanto, ressaltamos que se trata de transmissão *causa mortis*, fato jurídico *stricto sensu*, e não de cessão voluntária, negócio jurídico bilateral.

(iv) Penhor. Não pode ser objeto de penhor o direito que toca individualmente ao credor em mão comum, pelas mesmas razões que não pode ser isoladamente cedido (iii), não preenchendo assim os requisitos para a configuração do direito real de garantia, posto que não passível de cessão⁶².

Quanto à defesa do crédito, através de atos que constituam o devedor em mora ou interrompam a prescrição, "cada um dos credores pode fazer valer o crédito em comum desde que o seja para vantagem própria e, por sua vez, produza igual vantagem aos demais"⁶³.

⁶¹ Código Civil. Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

⁶² Código Civil. Art. 1.451. Podem ser objeto de penhor direitos, suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis.

⁶³ Julius Binder. *Die korrealobligationen im römischen und im heutigen recht*, p. 49. O autor invoca o exemplo do herdeiro de herança ainda não partilhada em relação aos co-herdeiros; entretanto, cre-se aplicável a regra a quaisquer credores em mão-comum.

Indo além, existe opinião afirmando que "os credores mancomunheiros têm pretensão à colaboração dos outros para o adimplemento da obrigação"⁶⁴, haja vista que o adimplemento deve ser feito em proveito de todos e a quitação também deve ser passada por todos.

9.2 Débitos em mão-comum

Dívidas em mão-comum são aquelas em que os mancomunheiros são titulares e que gravam patrimônio especial de titularidade desses. A satisfação da dívida dar-se-á sobre esse patrimônio especial. "A dívida em mão-comum é contra todos os devedores, conjuntamente, e não contra o devedor singular"⁶⁵.

Havendo devedores em mão-comum a obrigação se dirige contra todos os devedores conjuntamente e não contra o devedor de modo individual, pois esse não está obrigado pelo todo, mas todos estão conjuntamente. A violação da obrigação por um dos devedores em mão-comum é violação de toda a obrigação, de modo que se um dos devedores não adimple, as conseqüências do inadimplemento pairam sobre todos.

O credor de dívida em mão-comum possui o direito contra todos, conjuntamente e não isoladamente. Quando exigível a prestação esse deverá dirigir-se a:

(i) todos os devedores em mão-comum;

(ii) devedor em mão-comum que possa representar os demais por disposição de vontade desses;

⁶⁴ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, p. 369.

⁶⁵ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, p. 363.

(iii) administrador, por força de lei, com autonomia sobre o patrimônio especial.

Importante observar, como assevera Pontes de Miranda, "a interpelação e os outros atos que o credor pode praticar em relação ao devedor têm de ser contra todos os mancomunheiros"⁶⁶. E não poderia ser diferente.

Ademais, elenque-se também que a execução sobre o patrimônio especial apenas instaura-se de quando no título, judicial ou extrajudicial, constam todos os devedores em mão-comum também nos moldes (i), (ii) e (iii).

De lege ferenda, é o que se passa nas dívidas em mão-comum. *De lege lata*, por razões de política legislativa que asseguram uma maior garantia ao credor quanto à realização da prestação, traz-se a colocação de Enneccerus, Kipp e Wolf⁶⁷, quando afirmam que, com frequência, os devedores em mão-comum além de obrigados conjuntamente também o estão individualmente ou, na terminologia dos referidos autores, pessoalmente. Cite-se, *v.g.*, a extensão da responsabilidade por atos de gestão da comunhão conjugal também aos bens individuais de cada cônjuge⁶⁸ e a solidariedade entre o sócio e a sociedade em mão-comum por atos de gestão, sejam ou não praticados pelos sócios⁶⁹.

⁶⁶ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, p. 360.

⁶⁷ *Tratado de derecho civil*, t. II, v. 1^a, p. 440. "A obrigação exigida é pessoal, não se regendo pelas regras das obrigações em mão-comum, mas, a depender da regra aplicável ao caso, a obrigação será indivisível ou solidária".

⁶⁸ Código Civil. Art. 1.663. § 1^o. As dívidas contraídas no exercício da administração obrigam os bens comuns e particulares do cônjuge que os administra, e os do outro na razão do proveito que houver auferido.

⁶⁹ Código Civil. Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade. Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

Embora em tal caso se possa exigir individualmente de um só devedor, observe-se que a obrigação exigida não é a de mão-comum, mas a pessoal e solidária à obrigação em mão-comum, com ou sem benefício de ordem a depender do caso⁷⁰.

Entretanto, a despeito da relação de solidariedade entre o patrimônio individual face ao patrimônio comum, registre-se que as dívidas em mão-comum não são rechaçadas, em tese, do ordenamento jurídico, haja vista que a recíproca não é válida⁷¹, não sendo o patrimônio comum solidário ao patrimônio individual.

10 MANCOMUNHÃO *EX LEGE*

A despeito da mancomunhão mostrar-se corrente em certos patrimônios especiais, contaminando, assim, todas as relações jurídicas que dele fazem parte, "a mancomunhão pode irradiar-se de uma relação jurídica apenas"⁷².

Em tal caso, a fonte da mão-comum não será a vontade das partes como sucede em patrimônio especial, mas da própria lei e geralmente no âmbito das obrigações pela natureza da prestação, muito freqüente nos pactos adjetos da compra e venda.

⁷⁰ Código Civil. Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais.

⁷¹ Código Civil. Art. 1.666. As dívidas, contraídas por qualquer dos cônjuges na administração de seus bens particulares e em benefício destes, não obrigam os bens comuns.

⁷² Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, p. 367.

Como casos de mancomunhão *ex lege*, cite-se:

(i) Direito de retrovenda se duas ou mais pessoas são titulares⁷³. Se a cláusula ou pacto de retrovenda é a favor de duas ou mais pessoas e a respeito do mesmo bem anteriormente vendido (a) ou todos exercem o direito conjuntamente não incidindo o art. 508 do Código Civil, (b) ou nem todos exercem o direito, podendo-se intimar o ou os demais para nisso acordarem, (c) não havendo exercício por todos ou acordo, (c.1) um ou alguns entram com a importância total ou (c.2) se extingue o direito de retrovenda e a mão-comum. Em (a) e (b) nitidamente há mancomunhão e essa perdura para todos os compradores e em (c.1), havendo pluralidade de compradores a despeito da desistência de alguns, "persiste a mancomunhão quanto aos restantes"⁷⁴.

(ii) Direito de preempção se duas ou mais pessoas são titulares⁷⁵. Se do direito de preempção são titulares duas ou mais pessoas e a respeito do mesmo bem anteriormente vendido (a) ou todos exercem o direito à coisa no seu todo, (b) ou não havendo

exercício por todos, o ou os demais podem utilizar o direito quanto à coisa no seu todo, sob pena de (c) extinguir-se o direito de preempção e a mancomunhão. Em (a) nitidamente há mancomunhão e esta perdura para todos os compradores e em (b), havendo pluralidade de compradores a despeito da desistência de alguns, persiste a mancomunhão quanto aos restantes⁷⁶.

(iii) Dever de transferência do domínio de bem imóvel de propriedade de duas ou mais pessoas⁷⁷. Apresentar-se-ão perante o comprador na qualidade de mancomunheiros os vendedores co-proprietários de bem imóvel quanto à prestação de transferência do domínio coisa vendida, haja vista que a propriedade, diferentemente de bens móveis⁷⁸ nos quais a tradição pode realizar-se por um ou por todos, apenas é transferida mediante o registro de título translativo com anuência de todos os co-proprietários no Registro de Imóveis, sob pena de transferir-se apenas fração ideal, inadimplindo-se a compra e venda anteriormente avençada, haja vista a não transferência do domínio, mas mero compartilhamento⁷⁹.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do Direito Civil*. Campinas: RED Livros, 1999.

BINDER, Julius. *Die korrealobligationen im römischen und im heutigen recht*. Leipzig, 1899.

⁷³ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, p. 367.

⁷⁴ Código Civil, Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. § 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

⁷⁵ Código Civil, Art. 1.267. A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição.

⁷⁶ Lyra Júnior. *Notas sobre a solidariedade passiva no novo Código Civil*, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3513>>

⁷³ Código Civil, Art. 505. O vendedor de coisa imóvel pode reservar-se o direito de recobrá-la no prazo máximo de decadência de três anos, restituindo o preço recebido e reembolsando as despesas do comprador, inclusive as que, durante o período de resgate, se efetuaram com a sua autorização escrita, ou para a realização de benfeitorias necessárias. Art. 508. Se a duas ou mais pessoas couber o direito de retrato sobre o mesmo imóvel, e só uma o exercer, poderá o comprador intimar as outras para nele acordarem, prevalecendo o pacto em favor de quem haja efetuado o depósito, contanto que seja integral.

⁷⁴ Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, t. XXII, p. 367.

⁷⁵ Código Civil, Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto. Art. 517. Quando o direito de preempção for estipulado a favor de dois ou mais indivíduos em comum, só pode ser exercido em relação à coisa no seu todo. Se alguma das pessoas, a quem ele toque, pender ou não exercer o seu direito, poderão as demais utilizá-lo na forma sobredita.

CASTRO, Torquato. **Teoria da situação jurídica em direito privado nacional**: estrutura, causa e título legitimário do sujeito. São Paulo: Saraiva, 1985.

DE PAGE, Henri. **Traité Élémentaire de droit civil belge**. 2. ed. Bruxelles: Émile Bruylant, 1942. v.V

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLF, Martin. **Tratado de derecho civil**. 2. ed. Trad. Blas Pérez Gonzáles y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953. Tomo II, v.I

FERRARA, Francesco. **Trattato de diritto civile**, Roma, 1921.

LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Notas sobre a solidariedade passiva no novo Código Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3513>>. Acesso em: 10 mar 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, 1ª parte. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

OERTMANN, Paul. **Introducción al derecho civil**. Trad. Luiz Sancho Seral. A: Labor, 1933.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 19. ed. São Paulo: Forense, 2002. v. 1

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume I, 19 ed. São Paulo: Forense, 2002. volume IV, 17. ed. São Paulo: Forense, volume V, 13. ed. São Paulo: Forense, 2001. v.IV

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**, tomo I, 1. ed. Rio de Janeiro Borsoi, 1954, tomo VIII, 1. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, tomo XXVIII, 1. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 24. ed. atual. São Paulo Saraiva, 2000. v. 1

SOHM, Rudolph. **Der Gegenstand**. Leipzig, 1905.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

RAZÃO FAMILIAR DA SUCESSÃO NA UNIÃO ESTÁVEL

Beano Felipe da Silva Martin de Arribas
Bacharel em Direito. Técnico Judiciário do
Tribunal de Justiça do Estado de Per-
nambuco. Pós-graduando em Direito Civil
e Processual Civil pela Escola Superior da
Magistratura de Pernambuco - Esmape.

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. 2 STE, CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O STATUS DA UNIÃO LIVRE. 3 CONCUBINOS E VOCAÇÃO HEREDITÁRIA. 4 DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS NO NOVO CÓDIGO CIVIL. 4.1 Concorrência com descendentes comuns. 4.2 Concorrência com descendentes do de cujus. 4.3 Concorrência com descendência híbrida. 4.4 Concorrência com os demais parentes sucessíveis. 4.5 Companheiro como herdeiro único. 4.6 Disputa sucessória do companheiro com o cônjuge. 4.7 Companheiro como sucessor testamentário. 5 DIREITO DE HABITAÇÃO E NOVO CÓDIGO CIVIL. 6 COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO. 7 PROJETO DE LEI Nº 6.960/2002 E A SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS. 8 DISPOSIÇÕES FINAIS. 9 REFERÊNCIAS.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Antes da promulgação da Carta da República de 1988, o repúdio legislativo à textura familiar que não a dos cônjuges se traduzia na proteção exclusiva das relações formalmente celebradas sob o beneplácito estatal, em prejuízo de qualquer outro modo de convivência afetiva, mesmo que duradoura e séria, entre pessoas de sexo oposto.

A realidade social brasileira foi alterada com as conquistas do mundo ocidental, imbuída das conquistas femininas emancipatórias. O amancebamento contínuo, assim, foi condescendido e o fato, que antes se dava "à margem" do Direito, como concubinato atentatório à moralidade, ganhou vulto e reclamou das forças oficiais consideração normativa.

A trilha de trabalho ora palmilhada versa sobre as questões de direito de sucessão relativas ao casal heterossexual que convive sob o companheirismo, a partir da variação terminológica, da subsunção aos parâmetros caracterizadores, da carga semântica e primordialmente da regulação da vicissitude legislativa de que a figura vem sendo provida no Ordenamento Jurídico brasileiro.

Imperioso, outrossim, sistematizar o tema, enveredará este pelas matérias da herança e meação, do usufruto, da habitação, da sucessão por testamento, focalizando as variadas normatizações que lhe são destinadas, os reais limites dos textos normativos, a roupagem ostentada pelo companheiro dentro desta senda jurídica com especial enfoque na atual disciplina em cotejo com os princípios estampados na Lei Maior.

Ademais, calha o exame do *status* do concludado em face dos demais herdeiros, ressaltando ainda a sua participação na concorrência sucessória, sua eventual condição de herdeiro necessário a despeito da omissão legal (art. 1.845 do Código Civil de 2002) e a amplitude dos bens por ele herdáveis (art. 1.790 do mesmo diploma legal).

Postas estas linhas inaugurais, seguem as discussões:

2 STF, CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O STATUS DA UNIÃO LIVRE

A fim de regularizar a condição patrimonial dos companheiros, que mantinham entre si sérios laços afetivo-sociais,

em data de 03/04/1964, antes mesmo, portanto, da Lei nº 6.515/1977, o Pretório Excelso editou a Súmula 380, nos seguintes termos: "comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum". A exigência do "esforço comum" ceifava e alijava da meação a concubina que se restringia ao lar.

Posteriormente, a Corte Suprema, através do enunciado sumular nº 447, uniformizou o entendimento de que: "é válida a disposição testamentária em favor de filho adulterino do testador com sua concubina"

Vendo a relação de *concubinatus* ainda sem a distinção *supra* versada (concubinato vs. união estável), preferia a jurisprudência ora sedimentada deduzir das famílias "ilegítimas" uma base **obrigacional** em que, mesmo recompensando pelo "esforço comum" aquele convivente, mal disfarçava a resistência que impingia contra ver em tais casos verdadeira matéria de família. Em par com essa realidade, para os casos em que se notava apenas a prestação de **serviços domésticos**, numa concorrência indireta para o progresso familiar, entendiam as Cortes de conceder à concubina **indenização** bastante e suficiente. Veja-se que se tratava de indenização, pois, e não de meação, vez que esta requisitava esforço laborativo convergente na formação do patrimônio comum.

Por outro lado, não tendo envidado esforços para formação ou crescimento do patrimônio comum, nem havendo implementado aqueles serviços domésticos, nada lhe caberia após a rutura ou extinção do convívio, em sede dissolutória, reparatória ou ao menos sucessória (VENOSA, 2003, p. 111; GAMA, 2001, p. 420).

Com a edição da Constituição da República de 1988, mais uma guinada se consecutou, e o que dantes era tido por ilegal, içou-se ao topo da pirâmide normativa, mais especificamente no art. 226 §3º da Carta Magna.

Insere a prescrição no capítulo constitucional destinado ao trato da família, nenhuma dúvida mais poderia durar acerca da condição da união estável, e toda legislação haveria, como ainda há, de se subsumir a tal diretiva, compreendendo também a questão de fixação de competência de Juízo, então instituída para as Varas de Família a teor do art. 9º da Lei 9.278/1996. Contudo, nada obstante tenha o Constituinte ensaiado uma vereda para a equiparação entre casamento e companheirismo, não se pode deixar de enxergar que, nos moldes em que promulgado o texto, inexistente plena equivalência jurídica, conquanto preconizada lei que haverá de regular a transformação para as bodas formais.

Sobrepassando tais discussões, sobre a igualização ou não entre os institutos, certo é que a Lei Maior não avançou a ponto de atribuir aos companheiros quaisquer direitos sucessórios. Em verdade, a Constituição como foi escrita não detinha, *per se*, a densidade necessária sequer para equiparar casamento e união não formalizada, razão pela qual a condição de herdeiro do cônjuge jamais podia ser estendida aos conviventes, seja a título próprio seja por derivação analógico-interpretativa. Pacificou-se, então, o entendimento de que o desfazimento da relação fática por morte de um dos integrantes ou por rutura *inter vivos*, guarnecida embora pelo manto da Constituição, resolver-se-ia à maneira da Súmula 380 do STF, com a divisão do patrimônio comum integralizado, refletindo a partição meeira, salvante a indenização pelos serviços domésticos, quando houvesse.

Exsurge, daí, a distinção entre **meação** e **herança**. Não há confundir ambos os institutos, muito embora imbricados no *post mortem* (GAMA, 2001, p. 424). Como é sabido, meação diz com a parcela do patrimônio comum a ser dividida entre os cônjuges e, também, entre os companheiros, sempre que extinta a sociedade. Prevista no art. 3º da Lei 8.971 de 29/12/1994 e no art. 5º da Lei nº 9.278 de 10/05/1996, não se

exigia mais a partir de então a comprovação do “esforço comum”, calhando para tanto que resultasse genericamente de atividades em que haja colaborado o companheiro e, posteriormente, pela simples aquisição onerosa na constância da união livre. De outra forma, como interessa ao estudo presente, herança é o conjunto patrimonial devolvido àqueles qualificados como herdeiros, em lei ou testamento, por ocasião da morte natural. A morte aqui é a *causa transmissionis* do direito aos herdeiros, ao revés da meação onde o rateio pode ser procedido em vida ou após o óbito, bastando que se extinga a relação. Finalizada a união estável, atribuiu-se ao companheiro sobrevivente a meação que lhe tocava do patrimônio edificado durante o convívio, na esteira da jurisprudência sumulada desde 1964 (Enunciado nº 380, STF), tornando-se despicendo o evidenciamento probatório do esforço comum após a Lei de 1994.

3 CONCUBINOS E VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Reforçando o preconceito assestado contra os que não podem contrair núpcias, e tendo por norte o paradigma da proteção à família no *post mortem* de um de seus membros, a atual Lei Civil não convoca ou mesmo veda para a herança – na sucessão legítima e também, com ressalvas, na sucessão testamentária – o concubino de pessoa casada: antes, afasta-os, dizendo que não podem ser nomeados herdeiros nem legatários (art. 1.801, III, 1ª parte) (PEREIRA, 2004b, p. 151).

Nos termos do art. 1.802 do Código Civil de 2002, falta-lhes **legitimação para suceder**, razão pela qual tisa de nulas as disposições testamentárias em favor deles, mesmo que intermediadas por terceiro.

Se é certo que do chamamento instituído por Lei para sucessão não consta por absoluto o concubino de pessoa casada, no que toca, mais especificamente, à vocação testamentária

ria, diferentes soluções haverá. Em regra, não se lhe outorga legitimidade. A exceção se acha na hipótese em que a pessoa já estiver separada de fato pelo prazo quinquenal previsto no art. 1.801, III, 2ª parte, desde que a separação não seja imputada à consciência do testador. Assim, ultrapassado o lustro legal de separação fática do casamento anterior, válida será a deixa testamentária em favor do concubino posterior por parte daquele não culpado no desfazimento da sociedade conjugal.

O Código adverte que a ablação da vocação sucessória, porém, restringe-se ao amásio da pessoa casada não separada faticamente, porquanto repele a idéia de compadecer com o adultério em prejuízo da família constituída. Tratando-se de dispositivo constrangedor de direitos, há que se entender que, se o impedimento for de outra natureza, não haverá obstáculo a que o concubino, mesmo enquanto tal, seja vocacionado para a sucessão do testador viúvo, divorciado ou solteiro.

Posto isso, não se pode deixar passar em branco o entendimento previsto na Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 6.960/2002, que retira o aludido prazo de cinco anos de separação de fato, tomando por contraditória a regra comentada em face do art. 1.830 e do art. 1.723 § 1º, todos do Código Civil (ALVES et DELGADO, 2005, p. 923).

4 DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Inspirada nos anseios protetivos da entidade familiar, a dignidade hereditária pressupõe que remansem entre eles, quando da abertura da sucessão, os mesmos requisitos que conspiraram para a formação da união estável. Noutros termos, é mister a **atualidade** do companheirismo à maneira do que se exige dos consortes (Cf. VENOSA, 2003, p. 115). Em verdade, ex-cônjuge, assim também devendo ser considerado os separados na forma do art. 1.830 do CC/2002, não

titulariza mais a posição de herdeiro. E idêntico tratamento se aplica aos conviventes. Mas se no momento do óbito entre os sujeitos vingava a *affectio maritalis*, e os demais condicionamentos próprios para a união livre, mesmo que distanciados por obra do acaso ou interferência, haverá a devolução hereditária.

As disposições da nova codificação direcionam as sucessões abertas a partir de 11/01/2003. Seu texto remonta à Emenda 358, apresentada pelo então Senador Nelson Carneiro, com redação anterior à própria Constituição da República de 1988, o que explica – mas não justifica – algumas excrescências, inexactidões e retrocessos do art. 1.790 do Código.

A menor das imperfeições da previsão legal reside já em sua **topografia**. Estampando a Lei o chamamento do companheiro para sucessão, seria de se esperar que o companheiro, junto com os demais legitimados por lei, estivesse inserido no Título II, do Livro V do Código, que trata da sucessão legítima, uma vez que pareceu ser essa a intenção do legislador ao haver intitulado como partícipe do direito à herança do morto. Sendo iniludivelmente vocacionado para a herança, nada arrazoava o deslize do legislador ao localizar a sucessão do companheiro no Capítulo I, do Título I, do Livro V, que trata das disposições inaugurais da sucessão em geral (Cf. PEREIRA, 2004a, 154). Parece mesmo que o legislador se houve em rebuços e hesitações quanto à matéria (Cf. VENOSA, 2003, p. 119).

Anacronismo dos inigualáveis constitui a **base patrimonial** sobre que o novo Código assenta a herança do companheiro: o art. 1.790, *caput*, apregoa que a vocação dos conviventes junte-se "aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável". A reforma poderá trazer expressivos percalços, bastando para tanto considerar a hipótese em que os conviventes não lograram conformar patrimônio co-

mum, estando, portanto, espantosamente apartados das respectivas sucessões.

Muito embora pela nova codificação seja herdeiro concorrente, constante de todas as classes de sucessíveis legítimos, de se rememorar, no entanto, que a Lei nº 8.971/1994 não citava o acervo sobre que incidia a prerrogativa sucessória do convivente; fazendo-a, portanto, assim sobre o quinhão meeiro que tocava ao falecido como aos bens particulares deste. Estes e aquele compunham em sua inteireza a massa hereditária. Os bens hereditariamente transmissíveis correspondiam tanto aos que eram de propriedade exclusiva do defunto como aos frutos da meação.

Não se pode deixar de registrar o tratamento odioso atribuído aos conviventes respeitante ao fato de que **não se lhe é instituída qualquer reserva hereditária**, o que poderá visivelmente diluir-lhe a participação quando expressivo o número de concorrentes (Cf. VENOSA, 2003, p. 119). Assumindo posição manifestamente desigualitária, o texto legal (art. 1.832) defere ao cônjuge viúvo a garantia de que, em hipótese alguma, observadas as regras sucessórias pertinentes, sua quota será inferior à quarta parte do monte da herança. Calam-se, contudo, no que diz com o conluído, como se este não fosse digno do benefício. Ora, sendo dever do legislador abrigar a entidade familiar, com os suportes fáticos e normativos adequados, tal diversidade de tratamento é uma excrescência jurídica menos pela plausibilidade ou não da reserva em prol do casado sobrevivente do que pela abominável distinção oficial por quesito em que a heterogeneidade legislativa é de todo desarrazoada.

Por fim, calha um último manifesto quanto à posição assumida pelo conluído no chamamento à sucessão. A seguir a linha doutrinária esboçada neste estudo, é de se vislumbrar com menosprezo e apatia a lista de ordenação vocacional do art. 1.790. Desandando com base na vetusta ladainha ideológica da disparidade de relacionamento entre casamento e

união estável, o jovem estatuto ousou obliterar a linhagem de vocação prevista no art. 2º, inc. III da Lei nº 8.971/1994 por força da qual, na falta de descendentes e ascendentes, tinha o companheiro sobrevivente direito à totalidade da herança (Cf. PEREIRA, 2004a, p. 154).

Pelo novo Código, conforme melhor veremos adiante, após a primeira e a segunda classe de sucessão, concorrerá ainda o convivente com demais parentes sucessíveis (ascendentes e colaterais até o quarto grau), devolvendo-se-lhe in *casu* um terço da massa hereditária. Ignorou, por óbvio, a Lei os limites dos vínculos de solidariedade e amizade, que se esgarçam modernamente quanto mais distante o parentesco. Decerto, nada explica privilegiar liame parental tão longínquo em detrimento das uniões sentimentais mais fortes e mais próximas.

4.1 Concorrência com descendentes comuns

Existindo descendentes comuns ao sucedido e ao convivente sucessor, herdando por cabeça ou por direito de representação, não importa quantos eles sejam, ao companheiro será outorgada quota equivalente à destinada àqueles a título de propriedade e não mais de usufruto. A Lei não preconiza a hipótese de descendente pré-morto, induzindo o jurista desavisado a ignorar as regras de representação. É cediço, porém, que o quinhão hereditário será igual ao que cabe por direito próprio ao integrante da primeira classe de descendentes ou aos sucessores do pré-morto em conjunto. O inc. I do art. 1.790, persistindo qual jerico no vício da Lei nº 8.971/1994, fala em "filhos comuns"; entenda-se, porém, "descendentes" (Cf. PEREIRA, 2004a, p. 157).

O cálculo da partilha é simples, bastando dividir a massa pelo número dos integrantes da primeira classe. Havendo, desta forma, filhos comuns (*rectius*, descendentes comuns), o

conluído e cada um deles receberá fatia igual do monte partível, malgradamente cingido aos bens adquiridos na constância do convívio, e sendo vários aqueles, tal circunstância poderá dilapidar demasiadamente o patrimônio angariado em sucessão pelo convivente supérstite. Contar-se-ão quantos compõem a prole e, acrescidos da figura do comparte, configurar-se-á o fator divisivo da massa hereditária, repartida, assim, igualmente entre os integrantes da primeira classe sucessória.

Parece inconcusso que aqui se assegura o direito de crescer, inclusive ao companheiro, em decorrência da renúncia abdicativa expressa por qualquer dos demais sucessores (art. 1.810, CC/2002).

4.2 Concorrência com descendentes do *de cuius*

Polarizada a linhagem em torno exclusivamente do autor da herança, por não haver colaborado na progênie dos descendentes dele, entendeu-se de minorar a alíquota sucessória do companheiro na hipótese descrita no inciso II do art. 1.790. Bem por isso, ao convivente supérstite tocará a metade do que couber a cada uma dos descendentes havidos unicamente pelo morto, no equivalente por cabeça, ressalvado o caso de representação. Não vai aí mal algum no posicionamento do legislador ao estabelecer que, não precedendo, em sangue, aos filhos sucessores do *de cuius*, amealhe o sobrevivente quota menor que a recebida quando concorre com filhos comuns.

Para o cálculo matemático da divisão hereditária, atribui-se aos descendentes uma unidade de valor, multiplicada por tantas vezes quantos forem eles e acrescida de meia unidade. Dividido o monte anotado no *caput* pelo valor encontrado, ter-se-á a quota dos descendentes, sendo a metade dela o *quantum* que caberá ao conluído.

Também nesta proposição cabe incidir o direito de crescer.

4.3 Concorrência com descendência híbrida

Desde a sua promulgação, à unanimidade, interpela a doutrina a elisão do novel diploma civilista quanto à situação em que, da ordem dos descendentes, constam prole comum e prole unicamente do autor da herança. Nada mencionou a Lei a respeito da encontrada hipótese em que, antes de encetar uma união estável e na duração desta ter filhos, já os tinha o morto como fruto de relações com outrem (Cf. HIRONAKA, 2003b, p. 429). Partindo, assim, do fato social, depara-se o exegeta com insofismável realidade: até o momento não se achou em círculo doutrinário qualquer formulação satisfatória que, a par de atender aos ditames constitucionais e legais aplicáveis, dirima e coordene a mixórdia engendrada pelos incisos I e II do multicitado art. 1.790.

A grande problemática reside em que, ostentando duas alíquotas distintas para a concorrência com descendentes comuns e exclusivos, a deferência sucessória ao companheiro não poderá infringir a **regra da equiparação entre os filhos**, estampada no art. 1.834, mesmo que tenha sido intenção do legislador ofertar disciplinamento diverso para situações várias, conforme o fez nos incisos I e II. Com mais razão, afigura-se imperativo tomar por base inarredável o comando do art. 226, § 6º, da Carta Magna que veda veementemente qualquer designação discriminatória e ordena a atribuição de iguais direitos a todos os filhos. Heurema do concurso sucessório neste postulado é que os rebentos do morto, independentemente de havidos dentro das núpcias ou não, recebam idêntico plexo de prerrogativas.

Partindo, assim, desse pressuposto, vejamos as propostas de solução cuidadosamente arroladas pela Profª Giselda Hironaka (2003b, p. 430/433).

No escólio desta eminente jurista, em primeiro lugar poder-se-ia tentar solver o problema equiparando os filhos – comuns e exclusivos – qual fossem todos comuns, aplicando-se-lhes, indistintamente, a regra do inciso I. Comuns e exclusivos receberiam, juntamente com o convivente sobrevivente, a mesma parcela hereditária. Contudo, nesta solução, o companheiro sairia privilegiado; logo que receberia a mesma quota atribuída àqueles de quem, no caso de concorrência, granjearia apenas a metade.

Ao se considerar, como segunda proposta, o direcionamento da equiparação dos filhos todos como se exclusivos do finado, e fazendo incidir a capitulação do inciso II, privilegiar-se-iam os filhos comuns, em detrimento do conluído sobrevivente, no tanto em que este receberia, sem variante, a metade do que coubesse a qualquer um daqueles.

Como terceira sugestão de recurso, aventou a douta mestra a fusão dos incisos I e II, com a devolução ao supérstite de uma quota e meia do patrimônio partível. A cada filho corresponderia uma unidade e ao companheiro uma e meia. Pelo total das unidades seria distribuída a herança, entregando-se a cada um da prole o mesmo quinhão e ao companheiro um quinhão e meio, referente à quantia que herdaria em concorrência com os comuns (uma unidade) e em concorrência com os exclusivos (meia unidade). A saída, porém, não pode prosperar porquanto beneficiaria por demais o convivente, a quem se deferiria fatia maior que a antevista na melhor das hipóteses, aquela anotada no inciso I do referido art. 1.790.

Em derradeira quarta proposição, subdividir-se-ia proporcionalmente a herança em acordo com o número de descendentes integrantes de cada grupo – dos comuns e dos exclusivos. Explicando melhor: o monte partível (x) deve ser dividido em dois montes (x^1 e x^2) ofertados um para os

descendentes comuns e o outro para os descendentes exclusivos do antecessor, a depender do número de descendentes em cada bloco. Dentro dos submontes (x^1 e x^2) recairá a concorrência em separado do companheiro. Assim, sobre x^1 dos comuns o convivente herdará na medida da igualdade; enquanto, de x^2 captará a metade do que tocar aos exclusivos. Não é difícil, pois, perceber que, nesta hipótese, sendo diferentes as bases de cálculo e a influência concorrencial do companheiro, os filhos dos dois grupos herdarão quinhões dispare, o que, a teor do que já se expôs, não logra validade no sistema interno.

A dificuldade assoma o vigente ordenamento. A continuar como está, sérias querelas acorrerão às Cortes brasileiras, muito embora em doutrina prevaleça corrente que adota a posição de equiparar todos os filhos como descendentes comuns, atribuindo aos comuns, exclusivos e aos companheiros o mesmo quinhão, na maneira do inciso I (Cf. PEREIRA, 2004a, p. 159). Enquanto não editada a Lei com espeque residente no Projeto nº 6.960/2002, cujo conteúdo veremos em passagem *infra*, parece que, de efeito, a melhor solução é a que aprovisiona e nivela todos com os mesmos benefícios sucessórios, mormente porque, à maneira do que ocorre quando o cônjuge herda a quarta parte do monte partível se todos os descendentes com os quais concorre forem comuns (art. 1.832, CC), o privilégio assegurado aos descendentes do convivente morto de receberem o dobro da fatia reservada ao supérstite só deve ser resguardado quando não houver descendentes comuns, sob pena de malferimento da máxima constitucional da igualdade (Cf. DELGADO, 2005, p. 441).

4.4 Concorrência com os demais parentes sucessíveis

O novo Código Civil, como já advertido, disciplina a sucessão entre companheiros antes do espaço reservado à sucessão legítima. Não se há que negar, contudo, que, instituída por lei, a vocação do convivente se encaixaria com perfeição na ordem sucessória do art. 1.829. Afastada esta falha de somenos importância, importa frisar que os "demais parentes sucessíveis" a que se refere o inciso III do art. 1.790 não são outros senão aqueles do art. 1.829 que ainda não foram chamados a suceder, quais sejam: ascendentes e colaterais até o quarto grau. É de se lembrar que, ao regular a sucessão legítima, parte o legislador da pressuposição de que as disposições de última vontade, se existentes, já foram respeitadas. O monte que sobeja, conformante da legítima (art. 1.845), há de ser protegido a fim de ser entregue aos herdeiros necessários, entre eles o companheiro.

Atentando a que, na sucessão legítima, a presença dos ascendentes – em concorrência com o consorte – afasta a vocação concreta dos colaterais, antes que se perquiria a presença destes, a herança já se terá deferido *in integrum* ao cônjuge (art. 1.829, inc. III). Assim não opera, todavia, em favor do companheiro (Cf. HIRONAKA, 2004, p. 311).

Na sucessão *causa mortis* entre compartes, conforme já se reverberou, o chamado do supérstite, em não existindo descendente, dar-se-á em concurso com os ascendentes. Inexistindo também estes, concorrerá o companheiro do defunto com os colaterais até o quarto grau, inolvidando-se que os de grau mais próximo excluem os de mais remoto, salvante direito de representação dos sobrinhos (art. 1.840). Desta forma, concorre o convivente com os "parentes sucessíveis", tocando-lhe então um terço da massa hereditária (inciso III do art. 1.790).

Dúvida exsurge a respeito do monte partível. Fala a Lei em "herança" deixando a entrever que não se restringiria neste caso a base patrimonial da sucessão aos bens descritos no *caput* do artigo (onerosamente adquiridos na constância da união estável). Sem embargo dos que entendem que se deve aqui aplicar a regra geral, de que o inciso junte-se à letra do *caput*,¹ ousamos entender, na esteira de parcela mais denodada da doutrina, que herança aqui é utilizada no seu sentido técnico e engloba todos os bens inclusive os particulares adquiridos antes da constância da relação, deixados pelo falecido. A se entender diferentemente, poder-se-ia chegar ao cúmulo de privilegiar os colaterais, com os quais, muitas vezes, o sucedido não guardava qualquer laço de solidariedade, outorgando-se-lhes dois terços do monte hereditário afora os bens que não entrassem na sucessão do companheiro.

Como nas demais explanações, nada obsta a que, dentro desta classe, o companheiro acresça seu patrimônio hereditário com os bens rateados a partir da renúncia de qualquer um dos arrolados no inciso III.

4.5 Companheiro como herdeiro único

Jazendo solitário após a terceira linhagem de convocação, sem descendentes, ascendentes ou colaterais do defunto, o convivente terá direito à totalidade da herança. É como se acha desenhado o inciso IV do art. 1.790.

Na letra da Lei nº 8.971/1994, após se constatar a inexistência de descendente ou de ascendente legitimados para

¹ Assim, tomando por certa a circunscrição da sucessão aos bens onerosamente adquiridos na constância do relacionamento, entende Tânia da Silva Pereira, a atualizadora do Vol V das Instituições (2004b, p. 550). Em contraponto doutrinário, o atualizador do Vol VI das Instituições (2004a, pp. 156-157), Carlos Roberto Barbosa Moreira, abraça a mesma convicção aqui tecida.

suceder, o conluiado adquiriria a propriedade plena de todo o acervo hereditário. Anacrônica, a nova sistemática legal relega a titularização do inteiro complexo patrimonial em favor do companheiro somente quando também não restarem quaisquer colaterais até o quarto grau, revelando assim indisfarçável traço convencionalista.

Importa que, ocorrida a morte, transmitem-se *pleno jure* e em sua totalidade os bens deixados pelo *de cuius*, sem aparte de bens anteriores ou posteriores à união afetiva. Ainda com mais razão diz-se que a deixa legal nesta hipótese envolve a integralidade do patrimônio herdável, dentro da concepção técnica utilizada na regra legal, não se admitindo, nem por devaneio, que, existindo pessoa com quem o defunto tenha vivenciado um relacionamento duradouro e sério, sejam os bens declarados jacentes e vacantes, para o fito de entrega ao Poder Público. Lembre-se do art. 1.844 estatuinto a primazia do companheiro sobre o Erário, que apenas recolherá a herança na falta daquele.

Absurda, portanto, a exegese que limita a base material do inciso IV aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união segundo se acha no *caput* do art. 1.790.²

4.6 Disputa sucessória do companheiro com o cônjuge

Não é demais lembrar, a esta passagem, que o legislador não impôs qualquer requisito temporal para a caracterização da união estável: ao revés, deixou para a vicissitude das

² A boa técnica recomenda a limitação dos incisos aos termos iniciais do artigo. Na hipótese, porém, a regra deve ceder ante os argumentos expostos, com a ressalva feita pelo professor Caio Mário da Silva Pereira (2004a, p. 160), verbis: "Por totalidade da herança deve-se entender a porção não testada: o art. 1.790 (como as demais normas sobre sucessão legítima) faz abstração do exercício da liberdade de testar. Havendo testamento, o que nele não estiver compreendido tocará ao companheiro". Cf. Ainda GOMES, 2004, p. 68.

relações humanas a habilidade de conformar, em convívio e afeto, o seio familiar que a Constituição acode. A despeito, todavia, dessa omissão legal, à parte da doutrina parece de todo conveniente que, em sítio judiciário, perscrute-se o transcurso bial da separação fatídica para que se tome por perfectibilizada a união livre (Cf. BAPTISTA, 2005, pp. 308/309). Isso porque o art. 1.830, CC, exclui da sucessão o cônjuge anterior apenas quando separado judicialmente ou decorrido dois anos da separação de fato.

Vislumbra-se, então, a seguinte situação: um homem, separado de fato há menos de dois anos, envereda em relacionamento sério com outrem, vindo a morrer antes mesmo do percurso daquele interim bial. Ai haveria uma antinomia aparente, eis que, em tese, acorreriam à sucessão tanto a esposa como a comparte. *Qui inde!*

A tal questão podem ser ofertadas duas soluções. A uma, exige-se que a união estável respeite dois anos da separação de fato, prazo este, ademais, que é também exigido em Lei Maior para o divórcio direto, evitando-se assim a intercorrência entre a sucessão de convivente e consorte dentro daquele diferimento previsto no art. 1.830. Note-se que tal solução se coaduna com a ampliação da base patrimonial da sucessão do companheiro, já que, não mais adstrita aos bens onerosamente adquiridos na constância da união, após o transcurso dos dois anos, nenhum óbice haverá ao recolhimento da herança integral pelo comparte sobrevivente, sem perigo de se violar eventuais pretensões do ex-consorte.

A segunda proposta é a de se privilegiar o art. 1.790, IV, CC, porquanto, não sendo parente sucessível, o ex-cônjuge não poderá haver para si, por força sucessória, parcela do patrimônio construído entre os conluiados. Assim, o convivente herdará, com a exclusão do esposo. Todavia, para que esta sugestão não se concretize ao arrepio da Lei, adentrando a sucessão do comparte sobre bens anteriores à união não

matrimonializada, a sucessão dele deverá restringir-se ao que consta da cabeça do artigo: ou seja, aos bens onerosamente adquiridos na durante a união. Sustentando esta solução, tem-se que:

Em suma, deve a participação do companheiro ficar restrita aos bens adquiridos durante a união estável (patrimônio comum), enquanto o direito sucessório do cônjuge só alcançará os bens anteriores, adquiridos antes da data reconhecida judicialmente como de início da união estável. Essa nos parece ser a única forma de compatibilizar as disposições dos arts. 1.790, 1.829 e 1.830 do novo Código (DELGADO, 2005, p. 442).

Com a vênia dos que esposam este último entendimento, mais acertado, todavia, ressoa o primeiro. É as razões que iluminam a exigência de dois anos vão desde a preservação dos eflúvios do casamento anterior, resguardados *passim*, até mesmo a preservação dos interesses dos companheiros, a fim de harmonizar o que aqui se defendeu quanto à abertura patrimonial da sucessão destes, ainda que a equitotência jurídica entre união estável e casamento não seja plena no Ordenamento Positivo brasileiro. Melhor, assim, que se exija separação de fato por dois anos, conjugando-se, com vigor, o art. 1.723, §§1º e 2º, com o art. 1.830, para correta aplicação do art. 1.790, todos do recente Código.

4.7 Companheiro como sucessor testamentário

Resguardados os direitos dos herdeiros necessários (em cujo quadro, consoante avante explicitaremos, inclui-se o próprio companheiro), nada há, por lei ou consciência, que venha de impedir ou obstruir a qualificação do convivente como herdeiro instituído ou legatário, na via testamentária.

Para além desta realidade, escreve o CC/2002, art. 1.801, III, a impossibilidade de se testar a concubino, com exceção de separação sem culpa há mais de cinco anos. A temática foi tratada sob outro enfoque em passagem anterior.

Nesta oportunidade, volve-se ao **conviventes**, que preenchem os requisitos do art. 1.723 do CC/2002, com os destaques do seu §1º, não se havendo mais de falar em concubinos. Não se pode negar que a previsão de prazo aqui está a contradizer o comando do art. 1.830 do mesmo Código quando este dispõe que o cônjuge sobrevivente não herdará se, ao tempo da morte, estava separado do *de cuius* há pelo menos dois anos, salvo se a convivência fora impossibilitada pela conduta do morto. Para além disso, de se assentar que o Diploma Civilista admite mesmo que o casado contraia união estável pelo só separação fatídica do cônjuge, independentemente de prazo (o que sofre corretas mitigações para alguns, conforme expusemos anteriormente).

Parece, aqui, que a distinção entre as relações estáveis é de premente importância a fim de que não se perpetue injusta privação contra o companheiro. Portanto, se a relação for duradoura, pública, contínua, mantida, destarte, entre os que podem manter união estável, a testada em favor do companheiro não pode ser impedida com ou sem o advento dos cinco anos legais, já que a união estável, por suposto, vivifica-se muito aquém disso e não há empecilho a que se caracterize quando a separação de fato durar menos que cinco anos. Poderá, pois, sempre, respeitada a parcela da legítima, ser beneficiário no testamento do defunto, sem prejuízo daquilo no que, a esse respeito, possa interferir o art. 1.830 que exclui da sucessão o cônjuge absenteista.

A pacificar essa exegese, diz o Enunciado nº 269 do Conselho da Justiça Federal (dez/2004) que "a vedação do art. 1.801, inciso III, do CC, não se aplica à união estável,

independentemente do período de separação de fato (art. 1.723 §1º)* (Cf. ALVES et DELGADO, 2005, p. 923).

De outro turno, para ratificar o entendimento estampado no art. 1.727 do CC/2002, para que o concubino vanglorie-se no testamento há de se achar na perpetuação de relações não eventuais por pelo menos cinco anos, consoante já defendido antes, sendo de se lhe outorgar, outrossim, o benefício testamentário nas hipóteses em que o impedimento não for de ordem matrimonial (isto é, o defunto não era casado), situação na qual não vige a vedação do art. 1.801, III. Neste caso, se o falecido que não integra um contrato nupcial anterior testa em favor do concubino, ainda que impedidos de casar, não é de se exigir que a validade da testada esteja na dependência da intercorrência do lustro da lei: basta, pois, a validade do instrumento.

5 DIREITO DE HABITAÇÃO E NOVO CÓDIGO CIVIL

Como visto, mesmo de forma canhestra, o parágrafo único do art. 7º da Lei nº 9.278/1996 institui, em prol do convivente supérstite, direito real de habitação sobre o imóvel destinado à família, enquanto vivesse e não constituísse nova união ou casamento.

Ao catalisar em seu art. 1.790 o escopo de regulação da sucessão dos companheiros, aglutinando, bem ou mal, as disposições que a política legislativa reservou à união estável, o Código Civil de 2002 poderia ter sublimado mais modernamente as campanhas hereditárias da entidade familiar não matrimonializada. Ratificando este posicionamento, basta dizer que, na sucessão *mortis causa* ao derredor do companheirismo, olvidou o noviço diploma civilista conferir ao sobrevivente o mesmo direito real de habitação que o art. 1.611, §

2º, do CC/1916 e o vigente art. 1.831 do CC/2002 atribuem ao cônjuge, sem prejuízo da sua participação na herança.

Muito diverge a doutrina acerca da sobrevivência do instituto da habitação em favor do conluído.

Realçando a diferença entre **lacuna normativa** e **silêncio eloqüente**, conclui o perecuciente Zeno Veloso (2003, pp. 413/416) pelo feneçimento, à égide da Lei nº 10.406/2002, da prerrogativa habitacional. Decerto, conforme ilustra o autor, da disciplina legal não se deduz omissão passível de integração judiciária, porquanto a lacuna, bastante a instigar o comando do art. 126 do CPC, só se verifica quando não se pode concluir nem a proibição nem a permissão da conduta dentro da sistemática legal. O que haveria no regimento do art. 1.790 seria uma **cala intencional** que não comportaria deliberação contrária.

Temos por nós, contudo, que não pode prosperar, mesmo sob a vigência do novo Código Civil, o entendimento ali e por outros de igual notoriedade esposado.³

Em verdade, não se pode negar que o art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil tem por revogada a norma anterior quando a posterior regule **inteiramente** a matéria que aquela tratava. Algumas considerações, porém, insta notar. Dentre tais, calha ter em mente que as normas gerais, por tratarem as questões, em regra, com menos densidade, não implicam, *de per se*, derrogação da lei especial, anterior ou posterior. Além disso, certo é que não se enxerga ao longo do texto codificado qualquer dispositivo que, implícita ou explicitamente, seja incompatível com concessão do direito de habitação também ao convivente, argumentos esses que conduzem à conclusão da permanência do direito habitacional.

A se manter forte na trilha da equiparação de efeitos sucessórios entre relações afetivas, conseguinte à habilidade

³No mesmo caminho, encaminhase: MONTEIRO, 2003, p. 101.

para formação da entidade familiar de ambas, é de se ter por não revogada a hipótese do art. 7º parágrafo único da Lei nº 9.278/1996 (Cf. NÓBREGA, 2004, pp. 280/281). A faculdade habitacional do comparte sobrevivente, se já não convence com a regra hermenêutica de conflito entre leis geral e especial ou com a ausência de regra dispare expressa, não poderá ser profligada ante o permissivo constitucional que autoriza, quando menos, interpretação analógica do art. 1.831 do nCC. Sendo desta forma, importa que, seja em aplicação direta da Lei nº 9.278/1996, seja em analogia ao comando do art. 1.831, remanesce o direito de habitação. Ancorando esta posição, diz-se:

Não estabelece o Código Civil atual o direito real de habitação previsto pela Lei n. 9.278/96, devendo-se, por isso, e em analogia com a situação garantida ao cônjuge e autorizada pela Constituição Federal, ter o dispositivo do art. 7º, parágrafo único, desta lei como não revogado (HIRONAKA, 2003a, p. 56).

Fomentando esta tese, contrária à do "silêncio da lei" e demonstrando que a omissão foi um lapso do legislador, gize-se que já se encontra no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.960/2002 da lavra do Dep. Ricardo Fiúza que, em parágrafo de acréscimo ao novo texto emprestado ao art. 1.790 prevendo o direito de habitação, reexprime o que ainda vigora, não deixando mais qualquer entredúvida quanto a sua plena e atual vigência.

6 COMPANHEIRO COMO HERDEIRO NECESSÁRIO

O equacionamento constitucional que trata a união estável como verdadeira entidade familiar, sem ignorar a gravidade e a austeridade das bodas solenes, apesar de não ter

equiparado, para todos os fins, as relações livres e o casamento, deu ao jurista mais prudente condições de emprestar-lhes igual sorte de tratamento sucessório.

Base de toda disciplina sucessória é a **perpetuação** da propriedade familiar, que vem na esteira da solidariedade que reveste o círculo da família. Antes de ser econômico, como se sabe, o fundamento da sucessão era religioso na Cidade Antiga, e só com o decorrer histórico passou-se a perceber que riqueza social seria um corolário da riqueza individual, e a conservação hereditária, efluindo do próprio título dominial, interessava tanto ao indivíduo como à sociedade (Cf. PEREIRA, 2004a, p. 5). Na época hodierna, então,

A propriedade (...) é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família (PEREIRA, 2004a, p. 6).

O art. 5º, inciso XXX, da Constituição da República avaliza o direito de herança. Como tal, deve ser esta deferida aos que, por testamento ou por Lei, são premiados com a vocação sucessória, à base da essência do direito hereditário: **solidariedade** entre os componentes e achegados, e **perpetuidade** da propriedade familiar.

Ora, perseguida como sustentáculo na sucessão de patrimônio, a união estável é fato jurídico hábil a engendrar efeitos que sobrepassam a antes restrita meação concubinária, para garantir o sério convivente, em vista do empenho afetivo e patrimonial comum, e a justificar, destarte, a dignidade legatária. Dentro da ótica da igualdade, e sendo certo que no casamento e na união a manifesta convivência social, como refle-

xo conjugal e eflúvio fenomênico mútuos, não importa qualquer distinção fática, pode-se até dizer desarrazoados os estribos deontológicos constrangedores da plena e equânime sucessão.

Ao se perguntar o porquê de o companheiro não figurar ao lado do cônjuge entre as listas de vantagens sucessórias da Lei, vê-se que as razões e ditames para tal heterogeneidade não sobrevivem à mais tibia devassa doutrinária. Assim o era ao tempo da obra legal de Clóvis Beviláqua, quando o convivente não era considerado herdeiro necessário porque não se incluía no respectivo rol o consorte. Onde reside, então, a justificativa da hermenêutica que não vislumbra, agora, a equidade no *status major*?

No decorrer da década de 90, a doutrina valia-se da cláusula de maior favorecimento para elevar as prerrogativas do casado até o nível do que, em lei, se elaborava para o companheiro. Por que, então, agora, não se valer da mesma sorte de idéia para equiparar, no que tange à sucessão, essas duas variedades de entidades familiares? Inexiste explicativa razoável.

Sendo incontroverso que a alma da Carta Magna recusa veementemente a concessão de privilégios ao companheiro em prejuízo do casado ou em maior quantidade dos que os direitos deste, não é menos indubitado, destarte, que nada obriga – em sítio constitucional – a se os tratar diferentemente nos aspectos sucessórios, máxime quando se postula que a *ratio essendi* da sucessão *mortis causa* não está nas formalidades e extravagâncias do matrimônio e sim no convívio e na solidariedade familiar, presentes igualmente e com a mesma possível intensidade, assim no casamento como na união estável.

A lista legal dos herdeiros necessários, em boa verdade, é taxativa porquanto constrange a liberdade de testar. Contudo não se encerra no art. 1.845: antes, espraia-se ao longo do corpo codificado e vai achar no art. 1.790 outra hipótese

inarredável: a dos conviventes. A principal conseqüência desta tese é que não é dado ao sujeito dispor da totalidade do patrimônio hereditário, ignorando a vocação para a legítima do convivente como herdeiro necessário – art. 1.846 (Cf. PEREIRA, 2004a, p. 164). Entendendo-se, diversamente, o companheiro como herdeiro facultativo, podendo assim ser preterido na sucessão, bastaria para tanto dispor dos bens todos sem o contemplar ou ressalvar. Com este infeliz artifício, excluir-se-ia a pessoa com quem se manteve relação séria, pública e duradoura (Cf. MONTEIRO, 2003, p. 99; GOMES, 2004, pp. 67/68; VENOSA, 2003, p. 121).

O art. 1.850 preconiza que os colaterais, como sucessores não necessários, podem ser excluídos da sucessão, à uma testada do falecido. Note-se que nestas linhas legais não se inclui o companheiro, por várias motivações, dentre elas a concentração do regimento pertinente no art. 1.790 e a classificação daqui haurível acerca de sua condição como herdeiro.

Pelos comandos do art. 1.790 e incisos, percebe-se claramente que o comparte ostenta lugar na primeira, segunda e terceira classes de vocação sucessória, qual ocorre, sob feitos um tanto diferenciados, com o cônjuge no art. 1.829. No caso do companheiro, podemos visualizar três situações distintas, considerando que, ressalvada a fatia meeira, pode o monte partível compor-se tão somente de **bens comuns**, isto é, havidos onerosamente na constância da união estável, **bens comuns em conjunto com bens particulares** do morto, ou apenas **bens exclusivos** deste.

Nas hipóteses dos incisos I e II do art. 1.790, a concorrência do convivente se perfaz sobre os bens comuns, resultando em que, havendo descendente, e concursando com estes o conluiado, por serem aqueles iniludivelmente herdeiros necessários contra quem não opera disposição irruptora da legítima, ao se atribuir à descendência o quinhão hereditário, estar-se-á, conseqüentemente, garantindo a força sucessória de

seu concorrente, o companheiro. Noutros termos, o companheiro **necessariamente** participará da legítima, eis que, sobre os bens comuns não testados, disputarão os descendentes e o comparte, sem que se possa desarranjar tal massa, pela via testamentária. Mesmo que na composição da herança entrem bens particulares, a liberdade testamentária limitar-se-á à metade deles e dos comuns, sendo certo que na fração restante dos comuns ainda advirá a sucessão do companheiro (Cf. PEREIRA, 2004a, pp. 165/166).

No inciso III, a base patrimonial sucessória se estende e vai colacionar para a massa todos os bens deixados pelo *de cuius* que compõem a herança. Aqui, com mais razão, o convivente reveste-se da roupagem de herdeiro necessário, pois, ao receber juntamente com os parentes sucessíveis (ascendentes) a herança, fá-lo por um terço que recai sobre a legítima. Mesmo que testada a parte disponível, havendo ascendentes para os quais a própria Lei Civil garante explicitamente a sucessão, nada poderá afastar a participação do convivente, cujo direito quedará imune às investidas testamentárias. Semelhante solução se aplica mesmo quando concorrendo com colaterais, para quem não se preserva a legítima, mas a fundamentação aqui é outra.

Em efeito, por derradeiro, mesmo dentro da vocação a que o Código Civil não reserva, nem indiretamente, a porção indisponível, abraçamos convicção de que ainda assim remanesce o companheiro como herdeiro necessário. Por bem dizer, seja quando concorre com colaterais, seja quando tem para si a inteireza dos bens (por não haver mais outros parentes sucessíveis), é de se retomar aquelas alegações que introduziram este ponto. A inspiração interpretativa deve se lastrear na perspectiva constitucional, que confere às entidades familiares, por o serem em afeto e convívio, semelhantes direitos, afigurando-se absurdamente espúrio o conceder ao testador a prerrogativa de excluir seu companheiro.

Trilhando neste mesmo entendimento, ouça-se:

Afirmo que o companheiro é herdeiro necessário porquanto, a uma, além da imperatividade da expressão "participará da sucessão do outro", em qualquer das mencionadas hipóteses ele recolhe quinhão hereditário, (no mínimo quanto aos aqüestos, a par da inconstitucionalidade do art. 1.790, caput e seus incisos) e, não havendo parentes sucessíveis, ele recolhe a herança excluindo o poder público, nos termos do art. 1.844 do CC/02. A duas, não há erepção para ele, porque o art. 1.850 do CC/02 diz taxativamente: 'art. 1.850: Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar'. Sendo esta regra supressora de direito patrimonial, de tipo fechada, deve ser interpretada de modo estrito. Portanto, o legislador de 2002 somente admite a exclusão do direito hereditário, por vontade do falecido, para os colaterais. Assim, não é possível incluir, por analogia, o companheiro neste dispositivo. E isto significa que o mesmo, desde que existam aqüestos, também é herdeiro necessário, embora literalmente mitigado em seu quinhão (CARVALHO, 2003, p. 58).

Vale-se, portanto, da hermenêutica que mais favorece a proteção da família, não por simples espírito de liberalidade ou condescendência, mas pela consciência social da importância de se abrigar os enlaces de **solidariedade**. Como herdeiro necessário, pois, sujeita-se o companheiro à sanção de exclusão por indignidade e por deserdação, nos termos do art. 1.814, quando aplicável, e art. 1.961, ambos do novel Estatuto Civil.

7 PROJETO DE LEI Nº 6.960/2002 E A SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS

Em data de 12/06/2002, logo após a promulgação do novo Código Civil, o então Dep. Ricardo Fiúza apresentou em plenário da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.960/2002 que, em seu bojo, tem a pretensão de alterar quase duzentos artigos da Lei nº 10.406/2002, acrescentando tantos outros dispositivos ao texto legal. Ao tempo da feitura deste trabalho, o esboço retornara das Comissões de Defesa do Consumidor; Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio e Constituição e Justiça e de Cidadania, com despacho da Mesa da Câmara indeferindo o pedido do Dep. Eduardo Paes, da Comissão de Seguridade Social e Família, para apensamento deste aos Projetos de Lei nºs 1779/2003, 1839/2003 e 3005/2004⁴. A reforma a ser introduzida engloba desde nuances doutrinárias da Parte Geral até a reformulação integral das prescrições de alguns institutos, aqui e acolá, como a sucessão dos conviventes.

Em libelo de justificação, acompanhando as recomendações do insigne Zeno Veloso encampadas a partir do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam), a proposta trazida para o Congresso atinente à matéria testifica que "o art. 1.790 do Código Civil, tal como posto, significa um retrocesso na sucessão entre companheiros, se comparado

⁴ Os mencionados projetos visam atribuir aos companheiros o estado civil de conviventes, para todos os efeitos legais, inclusive de registro civil, alterar o regime patrimonial da união estável para separação de bens (seguindo recomendação de parcela conservadora da doutrina), e autorizar a conversão da união estável em casamento com o mero pedido formalizado perante o Cartório de Registro Civil, respectivamente. Informações colhidas em: http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?sigla=PL&Numero=6960&Ano=2002. Acessado em 02 nov. 2005.

com a legislação até então em vigor - Leis nos. 8.971/94 e 9.278/96."

Visando, então, retificar a problemática instaurada com o novo Código Civil, o esboço legal traz o seguinte texto:

Art. 1.790. O companheiro participará da sucessão do outro na forma seguinte:

I - em concorrência com descendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes, salvo se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641);

II - em concorrência com ascendentes, terá direito a uma quota equivalente à metade do que couber a cada um destes;

III - em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

Parágrafo único. Ao companheiro sobrevivente, enquanto não constituir nova união ou casamento, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Logo na cabeça do artigo vê-se profunda alteração no campo patrimonial atingido pela "participação" do companheiro. Inexiste limitação, como dantes referenciado, aos bens onerosamente adquiridos durante a união estável. Tentando simplificar a concorrência do convivente com os descendentes, estes todos, independentemente da progênie unipolar ou comum, receberão o mesmo tratamento perante o conluído,

logo que a este caberá unicamente a metade do que couber àqueles, por cabeça, ou em conjunto aos sucessores por representação do pré-morto. A redação ainda peca por não vislumbrar o caso de pré-morte de um dos descendentes.

Para além disso, não concorrará o comparte nas seguintes hipóteses: tendo comunhão patrimonial durante a relação e o antecessor não deixar bens particulares, quando ainda for jus à condição de meeiro; ou na situação de eventual casamento, a sofrer a limitação do art. 1.641 (separação obrigatória), caso em que, além de não angariar a meação, não gozará do status de sucessor.

Aproximando-se da disciplina do art. 1.829, a segunda classe de sucessão na união estável, proposta pelo esboço, será integrada pelos ascendentes em concorrência com o companheiro, à proporção da metade do que couber a cada um deles. Espantosamente, passou-se ao largo do fracionamento contemplado no art. 1.836 § 2º, quando o quinhão de cada ascendente poderá ser distinto.

Não havendo descendente ou ascendente, e conspirando no sentido já assertivado na Lei nº 8.971, o conluído não concorrerá mais com os parentes longínquos, eis que tomará para si a totalidade da herança, na forma analógica do art. 1.838.

O parágrafo único do art. 1.790, nos termos apresentados, toma enfim para a legislação codificada o direito de habitação em prol do companheiro, com as ressalvas já admoestadas para os cônjuges ("sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança" e "desde que seja o único daquela natureza a inventariar"), espancando qualquer dúvida quanto à sua subsistência em nosso ordenamento.

8 DISPOSIÇÕES FINAIS

Sabido é por todos que o surgimento ou recrudescimento de um instituto juridicamente relevante conclama a que a disciplina legislativa a ele destinada venha de encontro com os anseios e expectativas sociais.

Quando a união estável adentrou ao orbé jurídico brasileiro como entidade familiar, no seio da Carta Política de 1988, nada mais conseqüente que imaginar que seu novo status a adornaria de prestígio normativo ao menos equiparado às nupcias matrimoniais no que tange aos aspectos propriamente dizentes com a solidariedade e a dignidade familiar: esperava-se que a proteção que o Estado lhe reservaria devia de proclamar igualdade de tratamento nos fatores alimentares e sucessórios.

Capitaneando a limitada visão sobre o companheirismo que lhe era contemporânea, em momento anterior à vigente ordem constitucional, certo é que os tribunais deliberavam atribuir unicamente a meação ao convivente sobrevivente, relegando-se à mera indenização aquela concubina que apenas com seus esforços domésticos contribuía para a economia do casal.

O Código Civil de 2002, porém, frustrando as expectativas criadas com as prerrogativas já outorgadas na vigência das duas leis anteriores, mitigou severamente assim a base patrimonial sobre que assenta a sucessão do companheiro, como também sua posição na concorrência sucessória e seus epítetos na classificação da vocação hereditária. O codificador deixou clara a desprezível intenção de privilegiar o casamento num assunto em que a oficialidade do matrimônio não deve prosperar contra a dignidade e a solidariedade da família, do que é símbolo a concorrência com descendentes e ascendentes, hipóteses nas quais nenhuma quota se reservou aos conluídos, vulnerando tal proposição contra a dignidade da

entidade familiar. Estas disposições legislativas pugnam por urgente alteração.

Com essas palavras, veio na rasteira o questionamento: constituindo as faculdades sucessórias decorrência da **preservação e perpetuação** do patrimônio familiar, formado pela entidade com o beneplácito dos órgãos estatais, e incluindo-se dentro desse conceito, por expreso mandamento constitucional, a união livre entre homem e mulher que guarnecem relacionamento sério, ostensivo, como se casados fossem, de onde, pois, extrai legitimidade a desequiparação entre cônjuges e companheiros no quesito sucessório? Não poderia ser outra a conclusão senão a da impertinência e do contra-senso das disposições sucessórias dos compartes quando se sabe que o escalonamento da posição hereditária do companheiro ao patamar dos consortes encontra arrazoado, sem parecer chantagismo, naquela mesma cláusula de maior favorecimento que outrora elevava o *status* do cônjuge.

Ao instituir como herdeiro necessário o cônjuge supérstite, o novo diploma civil olvidou de, naquele rol, incluir o convivente. Fê-lo, como dito, com base no projeto de lei anterior à própria Lei Maior da República de 1988. Todavia, a continuar a situação, maior injustiça fazem os que aplicam o teor frio da vigente lei do que aqueles que lhe emprestam hermenêutica sistemática com o guia e as fincas logísticas hauridas da Constituição.

Partindo desse pressuposto, o presente trabalho vasculhou dentro da teoria jurídica a *ratio essendi* da concessão hereditária e encontrou na **dignidade** da família e na **solidariedade** de seus membros a idéia-força que deve nortear a elaboração legiferante e a judicância nas Varas de Sucessão. De efeito, conformando um núcleo afetivo-social, com as exigências da lei no que tange à seriedade, continuidade e publicidade, a união estável não apresenta qualquer disparidade ontológica frente ao casamento. Se neste o Estado-Juiz interveio, lançar

do sua mão oficial, naquela a *Lex Mater* repousou seus dedos e lhe garantiu, ao menos nas relações alimentares e sucessórias, como aqui interessa, que nenhum fator pudesse engendrar tônica de desigualdade senão as admitidas no corpo constitucional.

O tratamento diferenciado para a sucessão entre cônjuge e convivente não sobrevive, nem poderia sobreviver, a uma séria inquisição doutrinária.

É por isso que urge alteração legislativa mais profunda do que a prometida pelo Projeto de Lei nº 6.960/2002 que não houve por bem de alistar no art. 1.845 o companheiro como herdeiro necessário. Parece mesmo que não foi este o intento do Relator do mencionado Projeto, o Dep. Ricardo Fiuza que, nas suas justificativas, expôs, a propósito da modificação do art. 1.700, que "o companheiro, na união estável, não é havido como herdeiro necessário".³ Sorte das organizações familiares que a tradição jurídica brasileira admite interpretação apartada daquela que os integrantes dos órgãos legislativos atribuem ao comando legal. Ao menos, é certo, na futura dicção restou expungida a odiosa restrição patrimonial já que no esboço se prevê unicamente que "o companheiro participará da sucessão do outro" na forma que descreve em seguida, acrescentando também a prerrogativa habitacional.

No limiar dessas novas e velhas discussões, socorre aos presentes o empenho de muitos magistrados que, após longo trajeto de carreira vivenciada em Varas de Família e de Sucessões, despem-se de preconceitos e, louvando-se na supremacia da Constituição, virão de desgarrar-se das amarras ilegítimas que ignoram a importância familiar da união estável, tão alastrada na cultura brasileira.

Ao cabo desta obra, importa, com vigor, manifestar o acalento que a doutrina propugna na produção normativa.

³ Cf. <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/50233.htm>. Acesso: 02 nov. 2005.

Projetos de Lei, espera-se, serão apresentados para redefinições e novas soluções acerca do tema da sucessão entre companheiros. Do que se sobreleva, a propósito, a graça da ousada interpretação das leis vigentes servirá como poderosa indefectiva contra os ranços que os agentes do Poder lançam contra a união livre, para que se vejam contempladas, pela sua destreza e superioridade, a dignidade e a solidariedade da entidade familiar, equiparando-se, no que cabe, sem medo ou trauma, casamento e companheirismo.

9 REFERÊNCIAS

1. ALVES, Jones Figueiredo; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil anotado – inovações comentadas: artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2005.
2. BAPTISTA, Silvio Neves. **União estável de pessoa casada**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Novo Código Civil – Questões controvertidas no direito de família e das sucessões**. Grandes Temas de Direito Privado. Vol III. São Paulo: Método, 2005, pp. 300/314.
3. CARVALHO, Luiz Paulo Vieira. O novo Código Civil – Sucessões. Lei 10.46 de 10 de Janeiro de 2002. A nova ordem de vocação hereditária. **Revista de Direito**, Rio de Janeiro, n. 57, out/dez., p. 40/61.2003.
4. DELGADO, Mário Luiz. Controvérsias na sucessão do cônjuge e do convivente. Uma proposta de harmonização do sistema Luiz.. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Novo Código Civil – Questões controvertidas no direito de família e das sucessões**. Grandes Temas de Direito Privado. Vol III. São Paulo: Método, 2005, v. III, p. 239-260.

5. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. **O Companheirismo – Uma espécie de família**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
6. GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. rev. atual e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
7. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil. Parte Especial – Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2003a, v. 20
8. _____. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Novo Código Civil – Questões controvertidas**. Grandes Temas de Direito Privado. São Paulo: Método, 2003b, v. 1
9. _____. Concorrência do companheiro e do cônjuge na sucessão dos descendentes. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida na regra estampada na nova Legislação Civil Pátria, o Código Civil de 2002. **Revista da Esmape**, Recife, v. 9, n. 20, tomo I, p.257-294. jul/dez 2004.
10. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**. 35. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
11. NÓBREGA, Dayana Navarro. Os direitos sucessórios dos companheiros no Código Civil de 2002: Uma abordagem diante das leis do concubinato e da Constituição Federal. **Revista da Esmape**, Recife, v. 9, n. 20, tomo I, p.257-294, jul/dez 2004.

12. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004a. v.VI

13. _____. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004b. v.5

14. VELOSO, Zeno. **Direito Real de Habitação na União Estável**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Novo Código Civil – Questões controvertidas. Grandes Temas de Direito Privado**. São Paulo: Método, 2003. v.1

15. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.7

AGRAVO DE INSTRUMENTO PENDENTE E SENTENÇA SUPERVENIENTE: HÁ PERDA DO OBJETO DO AGRAVO?

Danúbia Fabiana Silva de Andrade

Advogada. Ex-aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1 DO RECURSO DE AGRAVO À LUZ DA LEI Nº. 11.187/2005. 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PERDA SUPERVENIENTE E A MANUTENÇÃO DO OBJETO DO AGRAVO 3 CONCLUSÃO 4 REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em virtude da possibilidade de concessão de antecipações de tutela, bem como dos provimentos de natureza cautelar, pronunciamentos que, via de regra, são deferidos à parte através de decisões interlocutórias¹, ganha relevo a temática a cerca do recurso que ataca tais decisões.

¹ Ressalte-se a possibilidade de concessão de tutela antecipada em sede de sentença. Entendemos que tal decisão não poderá ser cuidada para efeitos de recorribilidade posto que vigora no processo civil pátrio o princípio da singularidade dos recursos (salvo a hipótese do art. 541 do CPC). Todas as questões decididas na sentença, ainda que preliminares, concessão de tutela

12. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil – Direito das Sucessões**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004a. v.VI

13. _____. **Instituições de Direito Civil – Direito de Família**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004b. v.5

14. VELOSO, Zeno. **Direito Real de Habitação na União Estável**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord.). **Novo Código Civil – Questões controvertidas. Grandes Temas de Direito Privado**. São Paulo: Método, 2003. v.1

15. VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v.7

AGRAVO DE INSTRUMENTO PENDENTE E SENTENÇA SUPERVENIENTE: HÁ PERDA DO OBJETO DO AGRAVO?

Daniella Fabiana Silva de Andrade

Advogada. Ex-aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 DO RECURSO DE AGRAVO À LUZ DA LEI Nº. 11.187/2005. 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PERDA SUPERVENIENTE E A MANUTENÇÃO DO OBJETO DO AGRAVO. 3 CONCLUSÃO. 4 REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em virtude da possibilidade de concessão de antecipações de tutela, bem como dos provimentos de natureza cautelar, pronunciamentos que, via de regra, são deferidos à parte através de decisões interlocutórias¹, ganha relevo a temática a cerca do recurso que ataca tais decisões.

¹ Ressalte-se a possibilidade de concessão de tutela antecipada em sede de sentença. Entendemos que tal decisão não poderá ser cinchada para efeitos de recorribilidade posto que vigora no processo civil pátrio o princípio da singularidade dos recursos (salvo a hipótese do art. 541 do CPC). Todas as questões decididas na sentença, ainda que preliminares, concessão de tutela

Dentre as várias questões que poderiam ser levantadas a cerca do agravo, parece-nos importante a abordagem do fenômeno da superveniência de sentença enquanto pendente de julgamento no tribunal o agravo de instrumento. E sobre este ponto, caber-nos-ia ainda indagar se há necessariamente perda superveniente do objeto do agravo, especialmente quando a sentença não é atacada pela apelação.

O tema se mostra interessante mormente em função da divergência existente nas doutrina e jurisprudência, especificamente na segunda turma do STJ, no que tange à solução a ser atribuída a tais questões. Sobre este instigante e controvertido tema procuraremos tecer alguns comentários.

1 DO RECURSO DE AGRAVO À LUZ DA LEI Nº. 11.187/2005

O agravo, nos termos do art. 522, do CPC, é o recurso interponível contra decisões interlocutórias consubstanciadas nos pronunciamentos judiciais em que o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. Desta feita, não se prestam à extinção do processo com ou sem resolução meritória.

O recurso de agravo pode ser interposto sob as seguintes modalidades: agravo retido, agravo de instrumento ou simplesmente agravo. O agravo é tido por retido posto que fica mantido nos autos do processo, apenas devendo ser processado e julgado pelo juízo *ad quem* – tribunal, caso não haja retratação imediata do juízo *a quo* e desde que o sujeito parti-

antecipada ou extinção do processo, serão impugnadas pelo recurso de apelação e não agravo. De modo que, neste caso, vedar-se a interposição simultânea destes dois recursos. Todavia, há possibilidade de cisão no julgamento dos efeitos em que a apelação é recebida, com relação à antecipação de tutela poderá a apelação ser recebida no efeito meramente devolutivo, e quanto às demais matérias em duplo efeito.

dário agravante o reitere para o tribunal, quando do eventual julgamento da apelação dele conheça (CPC, art. 503). O agravo de instrumento, outrossim denominado de agravo por formação, é interposto diretamente no tribunal, com um instrumento, isto é, instruído com cópias de peças integrantes do processo em curso na primeira instância, com a finalidade de permitir aos desembargadores conhecer da controvérsia submetida ao seu crivo².

Nesse aspecto é importante ressaltar que a Lei nº 11.187/2005 revogou a opção que tinha o agravante de escolha entre a interposição do agravo na modalidade retida e instrumentária. Com o advento da referida lei, a regra passa a ser a seguinte: o agravo será interposto na modalidade retida, excepcionalmente será admitida a modalidade por formação quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos efeitos em que esta é recebida (CPC, art.522). Isto por uma razão evidente, nestas circunstâncias, falta ao agravo retido o requisito de admissibilidade do interesse, posto não ser este o meio de impugnação útil, vez que, como suso mencionado, o agravo retido não leva a controvérsia imediatamente ao conhecimento do tribunal, haja vista que o alusivo recurso é dotado do efeito diferido.

A lei nº 11.187/05, implementada sob o argumento de dar uma maior celeridade processual, princípio constitucionalizado através da Emenda Constitucional nº 45, traz a cláusula geral – lesão grave e de difícil reparação – autorizadora da interposição do agravo instrumentário. Por conter este conceito indeterminado, a aludida lei já está sendo objeto de

² DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. JusPODIVM, Salvador, 2006. p 105.

questionamentos no que concerne à provável inconstitucionalidade de seus dispositivos, posto que suscita a aplicação subjetiva e monocrática pelo relator da cláusula geral³.

Convém referenciar que a previsão pela lei de atribuição de efeitos meramente devolutivos aos recursos como regra geral, admitindo-se que no caso concreto o juiz conceda efeitos suspensivos diante de situação fática autorizadora, reflete tendência mundial, mormente verificada nos países europeus, vez que visa à concessão de uma tutela jurisdicional ágil e eficiente, porquanto ser de notoriedade a máxima de que justiça tardia é injustiça⁴.

Parece-nos que a referida lei representa uma tentativa de diminuição da interposição do recurso de agravo, no intuito de que perca sua finalidade no curso do processo, objeto do presente artigo.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PERDA SUPERVENIENTE E A MANUTENÇÃO DO OBJETO DO AGRAVO

O art. 512 do CPC estatui que "o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso". Assim, apenas haverá o efeito substitutivo do recurso quando este for conhecido e julgado no mérito.

Quando presentes os requisitos de admissibilidade do recurso (juízo de admissibilidade positivo), resta autorizada a

³ NUNES, Dierle José Coelho. Primeiros Comentários à lei nº 11.187/2005 e à aplicação da cláusula geral do novo art. 522 do CPC. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 7, n. 39, p. 91, dez./jan., 2006.

⁴ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Novo Regime do agravo de instrumento (Lei Federal nº 11.187, de 19.10.2005). *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 7, n. 39, p. 99, dez./jan., 2006.

análise do mérito recursal. Neste caso haverá o efeito substitutivo do recurso nas hipóteses de acolhimento ou não do *error in iudicando*, e também na hipótese de não acolhimento do *error in procedendo*. Nestes dois casos haverá o que se chama de julgamento substitutivo: a substituição da decisão recorrida se dá pelo julgamento do recurso, posto que não se admite a subsistência de duas decisões com o mesmo objeto⁵. Outra conclusão há que se chegar quando diante de julgamento rescidente, porquanto neste se acolhe alegação de *error in procedendo*, invalidando-se a decisão recorrida para que haja novo julgamento em juízo de primeiro grau.⁶

O efeito substitutivo se aplica a todos os recursos, entretanto a substitutividade tem incidência nos limites das peculiaridades de cada recurso *de per se*⁷.

Quanto ao julgamento ulterior do agravo de instrumento no tribunal após prolatada sentença, há vasta jurisprudência no sentido de que a decisão do tribunal, seja a que acolhe, seja a que rejeita, substitui a decisão interlocutória, e nesse caso, não poderia a sentença superveniente ser incompatível com a decisão prolatada pelo juízo *ad quem*. Aqueles que adotam tal critério, defendem que o agravo não perde o objeto, posto que a sentença não tem força para revogar a decisão do tribunal, e os efeitos da primeira ficariam condicionados ao desprovemento do agravo. Este é o chamado critério da hierarquia.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5, p. 268.

⁶ Ressalte-se que há hipóteses em que o tribunal acolhe alegação de erro de procedimento e prescinde-se a devolução dos autos ao juízo a quo nos casos em que a sanção da invalidade puder dar-se no próprio tribunal. Neste ponto, mister fazer referência à aplicação da regra de aproveitamento dos atos processuais, preceituada pelos arts. 248 e 515, §4º, ambos do CPC.

⁷ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 489.

Por outro lado, também há posicionamentos no sentido de que a sentença é proferida num juízo de cognição exauriente, e por esta razão englobaria a decisão interlocutória impugnada, uma vez que esta é proferida em sede de juízo de cognição sumária, de modo que, o agravo perderia o objeto e não poderia ser julgado. Este, por sua vez, é o chamado critério da cognição.

A respeito desta divergência de posicionamento pode-se citar o julgamento do Recurso Especial nº. 742.512/DF, no qual em ação cautelar, o juízo *a quo* indeferiu liminar pleiteada pelo autor, liminar esta concedida monocraticamente pelo relator em sede de agravo de instrumento. Ocorre que sobreveio sentença contrária ao agravante. Neste julgamento, restava saber se ainda subsistia a liminar concedida ou se o agravo perdera o objeto.

O Ministro Castro Meira, relator do recurso excepcional em apreço, defendeu que a superveniência da sentença não conduz necessariamente à perda de objeto do agravo de instrumento. O Ministro exemplifica que esse fenômeno ocorrerá quando a liminar for deferida pelo tribunal em razão de determinado documento, e posteriormente, na instrução probatória processual, restar comprovada a falsidade do documento que respaldava a concessão da tutela de urgência. A mesma situação ocorrerá quando surgirem no processo novos elementos que reduzam o valor probante da prova autorizadora da liminar. Neste caso, a sentença deve prevalecer à decisão do agravo, o qual perderia o objeto. É acrescenta que *in casu* deverá incidir o critério da cognição e não o da hierarquia. Todavia, se não houver modificação no quadro fático e probatório, nem surgirem novos elementos que afastem a decisão do tribunal, haverá incidência do critério da hierarquia e não da cognição, de modo que não perderá objeto o agravo⁸.

⁸ Voto do Min. Castro Meira, nos autos do REsp 742.512/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.10.2005, DJ 21.11.2005, Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=742512&&b=ACOR&p=true&t=10&i=1>>. Acesso em: 13 ago. 2006.

Neste Recurso Especial, proferiu voto divergente a Ministra Eliana Calmon, entendendo haver a perda do objeto do agravo de instrumento. O Ministro Luiz Fux, vogal, seguiu o relator, entendendo que à hipótese não se aplicavam os critérios da hierarquia ou cognição, mas o princípio do duplo grau de jurisdição. Para o ministro tal princípio pressupõe que os tribunais têm competência para derogar as decisões de primeiro grau, entretanto a recíproca não procede. É que, por vezes, o provimento do agravo tem um efeito retroperante e revoga a própria sentença, e, nesses casos, não haverá esvaziamento do objeto do agravo instrumentário.

A mesma turma do STJ posicionou-se no sentido diametralmente oposto diante do seguinte caso: numa ação ordinária requereu o autor concessão de antecipação dos efeitos da tutela, concedida pelo juízo singular e confirmada pelo respectivo tribunal estadual em sede de agravo de instrumento. O réu interpôs Recurso Especial e o STJ revogou a tutela de urgência concedida pelas instâncias inferiores. Sobreveio sentença no processo e esta é favorável ao autor confirmando a antecipação de tutela. Neste caso o réu, Estado-membro da federação, interpôs reclamação perante o STJ, por entender que o juízo singular havia descumprido decisão proferida pelo STJ. À unanimidade entendeu-se que a superveniência da sentença de mérito esvaziou o conteúdo do julgamento do recurso⁹.

Pensamos que o enfrentamento da matéria não reside na questão de qual o critério deva prevalecer, ou ainda qual a decisão deverá predominar, mas no fato de que o julgamento do agravo de instrumento, depois de proferida a sentença, depende do conteúdo da decisão agravada, devendo ser anali-

⁹ Rel. 1.444/MA, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23.11.2005, DJ 19.12.2005, Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1444&&b=ACOR&p=true&t=10&i=1>>. Acesso em: 13 ago. 2006.

sado casuisticamente. De modo que a sorte do agravo de instrumento pendente dependerá sempre do caso em concreto¹⁰.

Teresa Wambier menciona que há pontos no processo que necessariamente deverão ser apreciados antes da análise da "coisa principal", ou seja, do mérito, objeto do processo. Tais questões, por apresentarem nítida conexão lógica com o mérito, impedem a apreciação deste antes de examinadas e resolvidas aquelas questões¹¹. Nestes casos é evidente a utilidade do julgamento do agravo de instrumento, ainda que posterior à sentença.

Assim sucede no julgamento de agravo que verse sobre a produção de determinada prova indeferida pelo juízo singular. Caso o tribunal entenda, ao julgar o agravo instrumentário, pela produção da mesma, prevalecerá a decisão do agravo e nova sentença deverá ser proferida. O mesmo se diga nos casos de indeferimento de pedido de denunciação à lide, quando a sentença for contrária ao litisdenunciante, posto persistir o interesse de agir no julgamento do agravo.

Nesses casos não é necessário interpor o recurso de apelação com o fito de não se operar a preclusão, a qual não irá ocorrer porquanto a impugnação fora feita em momento oportuno, restando preenchido o pressuposto da tempestividade. Convém mencionar que não se presume a ocorrência de renúncia tácita ao julgamento do agravo. A renúncia tácita é espécie da preclusão lógica, a qual ocasiona o não conhecimento do recurso porque fato extintivo do direito de recorrer (pressuposto negativo de admissibilidade do recurso). Ademais, ela só se verifica quando diante da prática de atos incompatíveis com a vontade de recorrer, e na dúvida, deve-se con-

¹⁰ DIDIER JR, Fredie, *Op. Cit.*, p. 125.

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O destino do agravo depois de proferida sentença. In: GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). *Temas controversos de Direito Processual Civil: 30 anos do CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.448-9.

cluir pela sua não incidência. Defendemos que no caso não incide a renúncia em função do efeito devolutivo dos recursos, posto que o provimento do agravo de instrumento torna insubsistentes todos os atos processuais incompatíveis com o resultado do julgamento do agravo, e nesse diapasão também se inclui a sentença proferida durante o processamento do agravo instrumentário.

Frize-se o permissivo legal da convivência entre agravo de instrumento e apelação interpostos no bojo do mesmo processo. Impõe-se no caso em apreço, a precedência de julgamento do agravo, posto que o provimento deste poderá resultar na perda de objeto da apelação (CPC, art. 559).

Malgrado essas hipóteses de manutenção do agravo, há casos em que a superveniência da sentença de mérito resulta no esvaziamento do conteúdo do recurso. É o que ocorre no caso de interposição de agravo contra decisão que indeferiu pedido de produção de prova e o juiz extinguir o feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, do CPC. Isto ocorre porque a produção da prova não é pressuposto para a prolação da sentença, de modo que haverá perda do objeto do agravo. O mesmo se diga quando o juiz deferir produção de prova e a parte que a entender meramente protelatória agravar por formação. Ainda que o juízo *a quo* a leve em consideração ao sentenciar, o julgamento do agravo não deve prevalecer, em observância ao princípio da livre convicção motivada do juiz. Todavia, se a decisão agravada deferiu a produção de prova ilícita, evidentemente que a decisão do tribunal há que predominar.

Em suma, a solução destes problemas depende "exclusivamente de se saber se a matéria sobre a qual versa a decisão do recurso é pressuposto lógico da possibilidade de decisão do mérito". Cumpre-nos consignar o entendimento de Teresa Wambier no sentido de que não deve ser julgado o agravo impugnador de decisões concessivas ou não de medidas urgentes, posto

que perde o interesse - utilidade. Para a autora, não há como transplantar a decisão do tribunal para momento que ficou superado pela sentença, até porque o tribunal julga o recurso com base num universo de dados constantes no processo até o momento em que foi concedida ou denegada a liminar pelo juízo singular, fase esta já ultrapassada pela sentença. Todavia, poderá a parte pleitear novamente a providência ao tribunal, quando da interposição da apelação, e este agora, em outro contexto, poderá decidir¹².

Parece-nos que, apesar da autora não deixar claro no artigo consultado, sua posição se pauta no fato de que o tribunal, após conclusão pelo juízo de admissibilidade positivo, muitas vezes se debruça sobre o julgamento de determinados recursos, e, ao final, percebe-se que à parte não sobeja interesse recursal. E nesse caso, haveria um desperdício de movimentação da máquina.

Convém asseverar que nesse particular não concordamos com a mencionada autora. Acreditamos que não se pode impor à parte um ônus a mais, já que para a interposição da apelação, além da contratação de advogados, haja vista que à parte carece o pressuposto processual de desenvolvimento válido do processo da capacidade postulatória, também será necessário o preparo da mesma, sob pena do recurso ser considerado deserto. Além disso, acreditamos que, assim como no caso do REsp nº. 742.512/DF, pode remanescer à parte utilidade no julgamento do agravo, mormente quando a situação fática e probatória não se alterar.

Nesse diapasão, impera-se falar do interesse recursal. Trata-se de requisito intrínseco de admissibilidade dos recursos. É cediço que o recurso nada mais é do que a renovação do direito subjetivo de ação perante uma nova instância. Assim como na ação exige-se à parte demonstrar o interesse de

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Op. Cit. p. 450-L.

agir, sob pena de carência de ação por faltar uma condição da ação, também no recurso deverá a parte demonstrar o binômio necessidade - utilidade do seu pleito.¹³ Por necessidade entende-se que deve o recorrente demonstrar que aquele recurso é único meio para obter, naquele processo, o que pretende. Se ele puder obter o resultado sem a interposição do recurso, não restará presente o requisito do interesse recursal. Além disso, deve o recorrente também demonstrar o requisito da utilidade, este que é verificado diante da existência de sucumbência.

A sucumbência ocorre quando o dispositivo da decisão judicial diverge do que requerido pela parte no processo (sucumbência formal) ou quando a decisão acarretar à parte gravame (sucumbência material), ou, ainda, quando a parte não obteve tudo aquilo que pretendia no processo¹⁴. A utilidade traduz-se na possibilidade da parte alcançar algum proveito do ponto de vista prático com a interposição do recurso, e para isto não basta a simples afirmação de que sofreu prejuízo, sendo necessário que a situação desvantajosa realmente exista e seja demonstrada.

Resta agora analisar a questão do agravo de instrumento pendente de julgamento e a superveniência de sentença, quando contra esta não foi interposto o recurso de apelação. O núcleo deste ponto restringe-se ao fato de se operar ou não coisa julgada da sentença. Mister ressaltar que não houve renúncia ao agravo. Seria este considerado prejudicado?

Muito embora existir forte tendência na jurisprudência, no sentido de que a postura da parte agravante de não

¹³ Não se falou no trinômio necessidade, utilidade e adequação, como deferido a doutrina moderna, posto que o interesse - adequação é demonstrado pela simples previsão legal do mecanismo como modalidade recursal própria à impugnação da espécie de decisão recorrida.

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 316.

que perde o interesse – utilidade. Para a autora, não há como transplantar a decisão do tribunal para momento que ficou superado pela sentença, até porque o tribunal julga o recurso com base num universo de dados constantes no processo até o momento em que foi concedida ou denegada a liminar pelo juízo singular, fase esta já ultrapassada pela sentença. Todavia, poderá a parte pleitear novamente a providência ao tribunal, quando da interposição da apelação, e este agora, em outro contexto, poderá decidir¹³.

Parece-nos que, apesar da autora não deixar claro no artigo consultado, sua posição se pauta no fato de que o tribunal, após conclusão pelo juízo de admissibilidade positivo, muitas vezes se debruça sobre o julgamento de determinados recursos, e, ao final, percebe-se que à parte não sobeja interesse recursal. E nesse caso, haveria um desperdício de movimentação da máquina.

Convém asseverar que nesse particular não concordamos com a mencionada autora. Acreditamos que não se pode impor à parte um ônus a mais, já que para a interposição da apelação, além da contratação de advogados, haja vista que à parte carece o pressuposto processual de desenvolvimento válido do processo da capacidade postulatória, também será necessário o preparo da mesma, sob pena do recurso ser considerado deserto. Além disso, acreditamos que, assim como no caso do REsp nº. 742.512/DF, pode remanescer a parte utilidade no julgamento do agravo, mormente quando a situação fática e probatória não se alterar.

Nesse diapasão, impera-se falar do interesse recursal. Trata-se de requisito intrínseco de admissibilidade dos recursos. É cediço que o recurso nada mais é do que a renovação do direito subjetivo de ação perante uma nova instância. Assim como na ação exige-se à parte demonstrar o interesse de

agir, sob pena de carência de ação por faltar uma condição da ação, também no recurso deverá a parte demonstrar o binômio necessidade – utilidade do seu pleito.¹⁴ Por necessidade entenda-se que deve o recorrente demonstrar que aquele recurso é único meio para obter, naquele processo, o que pretende. Se ele puder obter o resultado sem a interposição do recurso, não restará presente o requisito do interesse recursal. Além disso, deve o recorrente também demonstrar o requisito da utilidade, este que é verificado diante da existência de sucumbência.

A sucumbência ocorre quando o dispositivo da decisão judicial diverge do que requerido pela parte no processo (sucumbência formal) ou quando a decisão acarretar à parte gravame (sucumbência material), ou, ainda, quando a parte não obteve tudo aquilo que pretendia no processo¹⁵. A utilidade traduz-se na possibilidade da parte alcançar algum proveito do ponto de vista prático com a interposição do recurso, e para isto não basta a simples afirmação de que sofreu prejuízo, sendo necessário que a situação desvantajosa realmente exista e seja demonstrada.

Resta agora analisar a questão do agravo de instrumento pendente de julgamento e a superveniência de sentença, quando contra esta não foi interposto o recurso de apelação. O núcleo deste ponto restringe-se ao fato de se operar ou não coisa julgada da sentença. Mister ressaltar que não houve renúncia ao agravo. Seria este considerado prejudicado?

Muito embora existir forte tendência na jurisprudência, no sentido de que a postura da parte agravante de não

¹³ Não se falou no trinômio necessidade, utilidade e adequação, como defende a doutrina moderna, posto que o interesse – adequação é demonstrado pela simples previsão legal do mecanismo como modalidade recursal própria à impugnação da espécie de decisão recorrida.

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 316.

¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Op. Cit. p. 450-1.

apelar é incompatível com a vontade de ver o agravo julgado, e, desse modo, transitada em julgado a sentença, o agravo é considerado prejudicado, não concordamos com esta solução. O efeito devolutivo do agravo faz com que a sentença tenha sua eficácia condicionada ao não provimento do agravo, sendo assim não é aquela causa obstativa ao julgamento do agravo instrumentário manifestado no curso da tramitação processual. Pensamos que uma vez impugnada a decisão, e em havendo conexão lógica desta com a sentença, haveria direito adquirido¹⁵ da parte de ver sua impugnação julgada, posto que a interposição tempestiva do agravo de instrumento proporciona à parte direito subjetivo processual ao respectivo julgamento. Não acreditamos que a não interposição da apelação importe renúncia tácita ao agravo, porquanto o art. 503, do CPC, apenas a impõe quando da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer.

Teresa Wambier discorda desse posicionamento, defendendo que já se operou a coisa julgada. Para a mencionada autora, os recursos têm a função de manter os processos vivos, de modo que a existência de recurso pendente é indicativa da não cristalização da situação, ao que se chama efeito obstativo de todo e qualquer recurso. A citada autora defende que o agravo interposto em face da decisão interlocutória não tem o condão de obstar que se opere a coisa julgada sobre outra decisão, mas apenas àquela. Para ela, escoado *in albis* o prazo para a interposição da apelação, estaria albergada a decisão pelo manto da coisa julgada. E ainda acrescenta que em ocorrendo a cristalização da situação dos sujeitos partidários do processo - trânsito em julgado, pouco importa o fato de a matéria consistir em pressuposto lógico da sentença¹⁶.

¹⁵ O direito adquirido tem sede constitucional (CF, art. 5º, XXXVII) e, na Magna Carta, está inserido dentre as cláusulas pétreas, razão pela qual não se admite sua supressão nem mesmo através de emenda (CF, art. 60, § 4º). É aplicado irrestritamente aos direitos materiais e processuais.

¹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Op. Cit. p. 455.

Para melhor compreensão do nosso posicionamento, impende-se tecer breves considerações a cerca da preclusão e da coisa julgada.

Preclusão, de acordo com a teoria dos prazos, é a inadmissibilidade da prática de ato que não foi praticado no prazo devido¹⁷. É a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual, que decorre do fato de o processo ser uma "sucessão de atos que devem ser ordenados por fases lógicas, a fim de que se obtenha a prestação jurisdicional, com precisão e rapidez"¹⁸. Sem a ordenação temporal desses atos, o processo se transformaria em rixa infundável entre as partes. Por esta razão, a preclusão justifica-se no Estado Democrático de Direito em função dos princípios da certeza e segurança jurídica, no qual a justiça pura e absoluta cede lugar à justiça possível.

A coisa julgada, por sua vez, não se confunde com a preclusão, ao menos a coisa julgada material. Coisa julgada material é a "qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, nem à remessa necessária"¹⁹. Só ocorrerá quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão (coisa julgada formal), mas nunca o contrário.

Entendemos ser desnecessário que o agravante reitere o agravo ou apele da sentença, posto que seu inconformismo está estampado na interposição do agravo de instrumento. Nesse particular seguimos a lição de Nelson Nery Júnior, o qual preleciona que a sentença, nesse caso, é dada sob a condição de ser desprovido o recurso. Por esta razão a sentença não

¹⁷ SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1, p. 301.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 478.

¹⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 500-1.

faz coisa julgada material, mas apenas coisa julgada formal (preclusão), em virtude da não interposição da apelação. É mais, deverá o agravo ser julgado pelo seu efeito devolutivo. Não há que se falar em renúncia, posto que esta ocorre antes da interposição do recurso, e o agravo já o fora. Tampouco há que se falar em aquiescência, vez que esta deve ser inferida de fatos inequívocos e inconciliáveis com a impugnação da decisão. Além do mais, a aquiescência ou desistência importa em extinção de direito, devendo ser interpretada restritivamente. De modo que está vedada a aplicação desta penalidade ao agravante. Por isso, a eficácia da sentença fica condicionada ao desprovimento do agravo. E caso este seja provido, todos os atos subsequentes à sua interposição incompatíveis com o julgamento do referido recurso, se tornam insubsistentes²⁰.

Defendemos que o sucumbente já demonstrou-se irrisignado com a decisão no momento oportuno. Desta feita não haveria, *a priori*, que se falar em preclusão. Ressalte-se que a demora no julgamento do recurso pode não ser atribuída às partes, mas ao excessivo formalismo, burocracia e vultosa quantidade de processos que tramitam em segunda instância.

CONCLUSÃO

Conforme procuramos demonstrar nas alegações acima, entendemos que a carência superveniente de interesse recursal do agravante deve ser analisada sob o prisma da utilidade do julgamento do agravo. Isto é, se a posição do agravante puder ser de qualquer modo, melhorada com o julgamento do recurso epigrafado, não se pode entender por prejudicado o recurso. De outra feita, se o provimento ou improvimento do agravo não tiver o fito de influenciar a situação processual

²⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.913.

da parte sucumbente no agravo, e houver a prolação da sentença, acreditamos que há sim superveniência de carência do interesse recursal, em função da perda do objeto do recurso.

No que concerne à questão do julgamento pendente do agravo nas hipóteses em que há sentença nos autos e contra esta não se interpôs o recurso de apelação, entendemos que a sorte do agravo deverá ser apreciada casuisticamente, posto que se a questão objeto de exame do agravo por formação puder influenciar diretamente a decisão final, ainda que irrecorrida ou cuja apelação não foi conhecida pelo tribunal, terá sua eficácia condicionada ao improvimento do agravo. Exemplo típico ocorre quando o agravo versar sobre questões preliminares e prejudiciais.

Como dito alhures, o agravo é recurso dotado do efeito devolutivo, através do qual se devolve ao juízo *ad quem* a matéria impugnada pelas partes, de modo que o tribunal só apreciará o que estiver contido nas razões do recurso, nos limites do pedido da nova decisão. Desta feita, o agravo obsta a ocorrência da preclusão ou coisa julgada formal, posto que tal questão fora oportunamente impugnada.

Nesse diapasão, não se pode impor à parte agravante o ônus de ter que necessariamente reiterar seu pleito através da interposição de novo recurso. Tal imposição consubstanciar-se-ia na aplicação de uma penalidade à parte, já que retiraria da mesma o direito ao julgamento de mérito do recurso por ela interposto anteriormente no prazo legal. Isto ocorre porque enquanto não forem resolvidos os pressupostos lógicos da sentença (questões prévias e prejudiciais), a decisão fica impedida de produzir seus efeitos. Por esta razão, entendemos que outra não pode ser a conclusão.

REFERÊNCIAS

1. ABREU, Maria Adelaide Monteiro de. Da Mutabilidade da Sentença por força de ulterior decisão em Agravo de Instrumento. **Informativo IMP – Instituto dos Magistrados de Pernambuco**, ago./set. 2002. Disponível em: <http://www.imp.org.br/webnews/noticia.php?id_noticia=367&>. Acesso em: 10 ago. 2006.
2. BORGES, Marcos Afonso. Agravo. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 53, n. 335, p. 21-40, set., 2005.
3. CARNEIRO, Atos Gusmão. Do recurso de agravo ante a lei nº 11.187/2005. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 54, n. 339, p. 11-22, jan., 2006.
4. DIDIER JR, Fredie; Leonardo José Carneiro da. Direito Processual Civil: Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. **JusPODIVM**, Salvador, 2006.
5. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Novo Regime do agravo de instrumento (Lei Federal nº. 11.187, de 19.10.2005). **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 7, n. 39, p. 99-109, dez./jan., 2006.
6. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 5
7. NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado: e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
8. NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

9. NUNES, Dierle José Coelho. Primeiros Comentários à Lei nº 11.187/2005 e à aplicação da cláusula geral do novo art. 522 do CPC. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 7, n. 39, p.89-98, dez./jan., 2006.
10. SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1
11. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v.1
12. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O destino do agravo depois de proferida sentença. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Temas controversos de Direito Processual Civil: 30 anos do CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CONTROLE EXTERNO OU USURPAÇÃO JURISDICIONAL E LEGIFERANTE

Emiliano Rodrigo Melo Gibson

Bacharel em Direito, aluno da Escola da Magistratura de Pernambuco. Exerceu a advocacia com ênfase na defesa de gestores públicos no escritório denominado Humberto Gibson & Advogados Associados. Assessor judiciário.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 O CONSELHO NACIONAL DA MAGISTRATURA. 3 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A PROTEÇÃO DA COISA JULGADA NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO REALIZADO PELOS TRIBUNAIS. 4 DA CONSTITUCIONALIDADE DA INSERÇÃO DO CNJ NO ÂMBITO DA ESTRUTURA ESTATAL. 5 A JURISDIÇÃO, O PODER LEGIFERANTE E O CONSELHO NACIONAL DA MAGISTRATURA. 6 CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, foi introduzido no âmbito da organização estatal pátria o Conselho Nacional de Justiça. O CNJ veio no bojo da cha-

mada "Reforma do Judiciário" como o grande baluarte do controle externo do Poder Judiciário Brasileiro.

No momento histórico em que o recém-criado Órgão inicia suas atividades, afigura-se oportuna a análise detalhada de suas atribuições com vistas a ampliar o debate sobre seu *modus operandi* objetivando-se oferecer contribuição para o aperfeiçoamento do controle administrativo, financeiro e funcional do Poder Judiciário.

Na primeira parte do presente estudo serão analisadas as atribuições e a composição do Conselho Nacional da Magistratura onde serão abordadas as questões relativas à constitucionalidade de sua criação e de sua atuação. Posteriormente, serão discutidas situações concretas onde a atuação do CNJ gerou ampla polêmica em face de uma suposta extrapolação de competência normativa e jurisdicional.

Partindo da premissa da indelegabilidade da jurisdição, sem nenhuma intenção de esgotar o assunto, o objeto de estudo selecionado será analisado para que, ao final, se possa concluir sobre qual a forma de atuação do CNJ mais compatível com o sistema constitucional brasileiro.

No tocante ao poder regulamentar do Conselho Nacional de Justiça, nas linhas que se seguem serão abordadas as questões inerentes à natureza jurídica de suas resoluções para que se possa concluir qual o real alcance normativo de tais atos.

2 O CONSELHO NACIONAL DA MAGISTRATURA

Não se pode negar que a inserção do Conselho Nacional da Magistratura veio a lume em meio a um forte sentimento de insatisfação de expressiva parcela da população brasilei-

ra em face do Poder Judiciário. Em pesquisa realizada pelo IBOPE no início dos anos noventa, a esmagadora maioria dos entrevistados, mais precisamente 87%, responderam que o problema do Brasil não estava nas leis, mas na lentidão da justiça; 86% declararam que existem pessoas que, mesmo transgredindo a lei não serão punidas pelo Judiciário, 80% disseram que o tratamento dispensado pelo Judiciário aos ricos é diferente daquele dispensado aos pobres. No fim daquela década, 89% dos empresários entrevistados responderam que consideravam o Judiciário ruim ou péssimo.

Diante de forte pressão popular que exigia providências no sentido de que fossem tomadas medidas que coibissem a má condução das atividades desenvolvidas pelo Poder Judiciário, o Congresso Nacional, utilizando-se do poder de reformar a Norma Maior da República, inseriu no âmbito da estrutura do Poder Judiciário o Conselho Nacional da Magistratura, dando a tal órgão atribuições de mais alta relevância. O surgimento do novo órgão despertou debates acerca de suposta inconstitucionalidade de sua criação em função de uma indevida alteração na estrutura de poder estatal (cláusula pétreia).

Sua criação é recente, data de 31 de dezembro de 2004. É sua instalação ocorreu em 14 de junho de 2005. Presidido atualmente pela Ministra Ellen Gracie, indicada pelo Supremo Tribunal Federal, possui 15 conselheiros, aprovados pelo Senado e então nomeados pelo Presidente da República.

O CNJ está situado no Anexo II do STF, e suas principais competências estão estabelecidas no artigo 103-B da Constituição, e regulamentadas em seu próprio regimento interno. São elas:

- zelar pela observância do art. 37 da Constituição Federal e apreciar, ex officio ou mediante provocação, a legalidade

dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que sejam adotadas providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

- zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;
- receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada a ampla defesa;
- representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade;
- rever, *ex officio* ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano;
- elaborar semestralmente relatórios estatísticos sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário;
- elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.

Dos quinze conselheiros do CNJ, nove serão juízes de diversas instâncias do Judiciário, e seis de origem externa sendo:

- 2 do Ministério Público;
- 2 Advogados;
- 2 cidadãos indicados pelo Congresso Nacional.

Antes da criação do CNJ o Judiciário nacional se manifestava através de noventa e cinco Tribunais¹. Tal diversidade de Cortes de Justiça inviabilizava uma política de atuação uniforme e vigente em todo território nacional. Com o advento do CNJ, a tendência lógica é a de que será perfeitamente viável a uniformização da política judiciária nacional.

Vale ressaltar que a "composição híbrida" do CNJ tem o intuito de evitar decisões eivadas de parcialidade. É que de outra maneira, caso fosse composto exclusivamente por magistrados, a possibilidade daquele vir a tornar-se um órgão corporativista seria muito concreta.

Sem sombra de dúvidas, o Conselho Nacional da Magistratura, em face das relevantes atribuições que lhe foram outorgadas pela Carta Federal, é um órgão de relevante destaque no Judiciário Nacional. Respeitados os limites constitucionalmente fixados para o exercício de suas relevantes atividades, poderá contribuir sobremaneira para consolidação de um Poder Judiciário mais ético e justo que, efetivamente, represente o desejo do povo brasileiro.

¹ 5 Tribunais Superiores, 5 Federais, 24 do Trabalho, 27 Eleitorais e 34 Estaduais.

3 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A PROTEÇÃO DA COISA JULGADA NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO REALIZADO PELOS TRIBUNAIS.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXVI estabelece que no Estado brasileiro², não poderá haver ofensa à coisa julgada. Tal princípio norteador do sistema jurídico nacional é de suma importância para a estabilidade das relações jurídicas. O desejo de estabilidade nas relações humanas, no entendimento do douto Prof. Oscar Vilaça³, é algo inerente à natureza humana. Segundo o Ilustre Professor, o ser humano sempre demonstrou o desejo de estabilizar as relações com seus semelhantes e com os bens que lhe são correlatos. É por tal motivo que, desde os primórdios da organização social da humanidade, o homem tratou de estabelecer vínculos jurídicos capazes de evitar conflitos de interesse entre os entes sociais (casamento, institutos que declaram a propriedade, etc...). Neste diapasão, visando atender a uma das necessidades mais essenciais do homem, é que o constituinte de 1988 inseriu o respeito à coisa julgada no bojo das proteções constitucionais da pessoa humana como um princípio basilar da organização do Estado brasileiro.

Entende-se por coisa julgada a decisão proferida por órgão estatal competente, transitada em julgado, que garante ao litigante o reconhecimento de um determinado direito. A consequência jurídica da coisa julgada é a preclusão do direito de impugnação do *decisum* legitimamente proferido. Na esfera do processo administrativo, seria salutar que tal instituto surtis-

² Art. 5º, inc. XXXVI – *A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*.

³ Entendimento esboçado durante aula ministrada na Escola Superior da Magistratura de Pernambuco no dia 23/02/2007.

se seus efeitos, isto é, no momento em que uma decisão administrativa não pudesse ser questionada por um recurso administrativo legalmente previsto, ela seria incorporada ao patrimônio do cidadão e somente poderia ser novamente questionada judicialmente. Tal garantia visaria garantir a almejada estabilidade jurídica. Entretanto, há de se reconhecer que tal possibilidade encontra óbice no poder de alto-tutela dos atos Administrativo em pró do bem comum.

A análise das atribuições do CNJ evidencia a falta de credibilidade do legislador para com as atividades correicionais desempenhadas pelos Tribunais brasileiros antes do surgimento do novo órgão. Tal falta de confiança afigura-se claríssima quando verifica-se que o CNJ tem o poder de rever, *ex officio* ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano.

Tal poder de rever as decisões administrativas proferidas no passado, observado o limite temporal de um ano, encontra amparo no jurídico poder de auto tutela dos atos administrativo e, por via de consequência, não representa ofensa à coisa julgada. Entretanto, é inegável e lamentável que tal possibilidade resulte em relevante instabilidade jurídica no campo do processo administrativo realizado nos Tribunais pátrios.

4 DA CONSTITUCIONALIDADE DA INSERÇÃO DO CNJ NO ÂMBITO DA ESTRUTURA ESTATAL

Ab initio, afigura-se como imprescindível uma reflexão acerca do caráter ético-jurídico das chamadas cláusulas pétreas da Constituição da República de 1988. Com se sabe, o Poder Constituinte não transfere todo seu poder normativo para aquele que tem o poder de reformar a Constituição. Enten-

de-se que, no bojo das normas constitucionais existe aquilo que Alexys Garcia de Souza Vargas chamou de "núcleo duro da Constituição"⁴, que são as cláusulas pétreas.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 24 de julho de 1793, em seu artigo 28 estipula que "Um povo tem sempre o direito de reformar sua constituição. Uma geração não pode sujeitar suas leis às gerações futuras". Com fundamento neste preceito é que renomados pensadores do Direito defendem a *inexistência* de normas constitucionais imutáveis. Paulo Bonavides⁵, comentando Rousseau afirma:

Não havia, por conseguinte, para (...) Rousseau, tomando ao pé da letra, a superioridade do poder constituinte sobre o poder legislativo ordinário, distinção entre vontade constituinte sobre legislativa; ambas seriam dois momentos indiferenciados na exteriorização da vontade única e soberana: a 'vontade geral' do povo.

É sempre salutar que se tente explicar uma opinião através de exemplos assim sendo. Oscar Vilhena⁶ utilizou, para expor seu entendimento sobre o tema das cláusulas imutáveis da Constituição, o caso da escravidão frente à Constituição Norte Americana. Segundo o referido estudioso, tal Norma Maior assegurava a escravidão em três dispositivos esparsos o que levou a Suprema Corte a declarar inconstitucional nor-

⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, TAVARES, André Ramos (Coord.). *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 108.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 134.

⁶ VILHENA, Oscar. *A Constituição e sua Reserva Jurídica (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)*. São Paulo, Malheiros, 1999. p. 69/84.

ma contida na Constituição do Estado de Illinois e de uma Lei aprovada pelo Congresso que proibiam a horrenda prática. Durante as negociações para evitar a Guerra Civil, aprovou-se uma emenda constitucional que vedava a possibilidade de interferência do Legislativo Federal, ainda que sob a forma de emenda constitucional, nos assuntos atinentes à escravidão no âmbito dos Estados que compunham a Federação Americana. Tal reforma constitucional impossibilitou juridicamente os avanços da igualdade e da liberdade dos seres humanos escravizados.

No entanto, contrariando expressamente o texto constitucional, foi proposta a Emenda XIII que abolia a escravidão nos EUA. Segundo o referido autor, foram necessárias manobras militares e ameaças institucionais para que a Emenda que aboliu a escravidão fosse aprovada.

O exemplo citado por Oscar Vilhena, sem sombra de dúvidas, deixa evidente o perigo que representa a imposição de regras constitucionais inalteráveis. No caso citado a título de exemplo, a "impossibilidade" de alteração de regra inserta na Constituição Americana gerou riscos para as instituições estatais e até ao próprio Estado Democrático de Direito.

Com se sabe, a Constituição da República Federativa Brasileira veda a possibilidade de existência de pena de morte. Sem pretender adentrar na intrincada questão ético-moral que envolve o tema, verifica-se que substancial parcela da população brasileira, talvez a maior parte, mostra-se favorável à instituição do castigo mortal como punição para alguns tipos penais. Sendo juridicamente impossível a alteração do texto constitucional que trata do tema, vez que a regra proibitiva da pena de morte é uma cláusula pétreia, levando-se em conta a eventual possibilidade de tal castigo ser realmente desejo da

maioria do povo brasileiro, tem-se um caso de norma constitucional injusta e ilegítima, contrária ao desejo da maioria do povo.

Neste diapasão, a vedação constitucional a mudança de regras contidas na Constituição é contrária aos princípios mais rudimentares de justiça. Também não se pode procurar amparo lógico-jurídico para as cláusulas pétreas no fato de a inalterabilidade ser necessária à estabilidade das regras constitucionais vigentes vez que, somente se pode admitir como estável e justo aquele ordenamento jurídico que é plenamente aceito pela maioria do povo. A imposição arbitrária de uma lei às gerações futuras afigura-se como ato de tirania e, por via de conseqüência, contrário ao próprio Estado Democrático de Direito. Não se pode admitir que a constitucionalidade contrarie o próprio fundamento da Constituição - a democracia, poi isto, certamente, levará ao seu fim¹.

As regras inseridas na Carta Federal de 1988 representam um compêndio de valores ético-jurídicos vigentes num momento histórico bastante peculiar da história brasileira, que foi o da redemocratização. Após quase vinte anos de vigência da Constituição de 1988, a experiência democrática resultou no amadurecimento não somente das instituições nacionais, mas também do próprio povo. Em função disso, afigura-se como natural o desejo de alterações constitucionais das mais diversas ordens, inclusive no âmbito da estrutura de poder do próprio Estado.

Desta forma, acolhendo-se os argumentos que defendem a inexistência de regras constitucionais eternas, a criação

¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, TAVARES, André Ramos (Coord.), *Op.Cit.*, p. 111.

de um novo poder no âmbito da estrutura estatal mostra-se legítima se representar efetivamente o desejo da maioria do povo.

Entretanto, a inserção do Conselho Nacional de Justiça, da maneira como foi feita, posicionando-o dentro da estrutura do Poder Judiciário, descarta a possibilidade de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Em que pese os argumentos segundo os quais a interferência externa no Judiciário se consubstancia no fato de que parcela minoritária do CNJ é composta por pessoas estranhas ao Poder Judiciário, a sua criação afigura-se como verdadeiro aperfeiçoamento do sistema de freios e contrapesos que é inerente ao modelo democrático escolhido pelo povo brasileiro:

Sobre a composição heterogênea do CNJ, o STF afirmou que: *"a existência, no Conselho, de membros alheios ao corpo da magistratura, além de viabilizar a emadicação do corporativismo, estende uma ponte entre o judiciário e a sociedade, permitindo a oxigenação da estrutura burocrática do Poder e respostas a críticas severas"*. A Suprema Corte ainda afirma que *"a composição híbrida do CNJ não compromete a independência interna e externa do Judiciário, porquanto não julga causa alguma, nem dispõe de atribuição, de espécie alguma, cujo exercício interfira no desempenho da função típica do Judiciário, a jurisdição"*.

Tal aperfeiçoamento foi legítimo porque a sociedade brasileira, estarrecida com escândalos envolvendo membros do Judiciário e instigada pela imprensa nacional, clamava por

⁸ STF - Pleno - Adin nº 3.367/DF - Rel. Min. César Peluso, decisão: 13-4-2005. Informativo STF nº 383.

⁹ STF - Pleno - Adin nº 3.367/DF - Rel. Min. César Peluso, decisão: 13-4-2005. Informativo STF nº 383.

um modelo de fiscalização dos atos do Judiciário eficiente e que afastasse ou minimizasse o corporativismo.

Atento às necessidades de mudança no âmbito da relação de poder dentro do Estado brasileiro, o Professor Alexandre de Moraes, com a clareza e objetividade que lhe é peculiar, faz os seguintes comentários¹⁰:

(...) é inegável a necessidade de modernização na prestação jurisdicional, a introdução da informática e tecnologia de ponta no desenvolvimento dos atos processuais, a agilização das decisões – pois justiça que tarda é justiça falha, pois gera impunidade e descrença no sistema jurídico – diferentemente do adágio popular (a justiça tarda mas não falha). Este é o ponto central da discussão de um novo e moderno modelo de Estado Brasileiro, no qual se situa como primordial a necessidade de alteração na estrutura e funcionamento do Poder Judiciário. Repensar o modo de atuação de todas as nossas instituições republicanas, modernizando-as, organizando-as e reaparelhando-as para o novo século e, principalmente, aperfeiçoando seus métodos de freios e contrapesos. (grifos nossos).

Isto posto, sendo o Conselho Nacional de Justiça órgão integrante do Poder Judiciário, como dito, fica afastada a possibilidade de se admitir que tal órgão realize verdadeiro controle externo do Judiciário. Ademais, com salienta o Professor Alexandre de Moraes, sempre haverá possibilidade de impugnação das decisões tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja competência para o processo e julgamento de eventuais ações propostas será sempre do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, I, "x", da Constituição Federal¹¹. Também não se pode afir-

¹⁰ Moraes, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 475.

¹¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 482.

mar que a criação do Órgão em comento não é legítima, vez que, como dito, o povo brasileiro clama por uma justiça verdadeiramente eficiente.

5 A JURISDIÇÃO, O PODER LEGIFERANTE E O CONSELHO NACIONAL DA MAGISTRATURA

Uma das características mais marcantes da espécie humana é o desejo pelo poder. Visando controlar esta desenfreada ambição humana, muitos institutos jurídicos foram criados sem lograr o resultado almejado. O próprio Conselho Nacional de Justiça veio a lume para servir de freio à atividade desempenhada por Magistrados e Serventuários do Judiciário, que, algumas vezes, extrapolam os limites de suas atribuições vindo a agredir o direito dos jurisdicionados. Entretanto, pouco tempo após sua criação, verifica-se que o referido Órgão, contrariando a própria razão de sua existência, vem extrapolando os poderes que lhe foram outorgados através da Emenda nº 45/04.

Dentre as atribuições do Conselho Nacional de Justiça anteriormente transcritas no Item II do presente estudo, obviamente não existe nenhuma que lhe confira poderes para editar normas que incidam diretamente na vida dos jurisdicionados. Os atos regulamentares que são editados pelo CNJ devem ter o objetivo de zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura.

O que não se pode conceber é que, através de atos regulamentares, o novo Órgão interfira diretamente na maneira como os magistrados pátrios aplicam a legislação vigente aos litígios que lhes são oferecidos. Atribuir ao CNJ tal capacidade seria uma gravíssima afronta ao Princípio da Separação dos Poderes.

Neste pequeno estudo, não nos parece oportuno adentrar profundamente na distribuição da atividade legiferante no âmbito do Estado brasileiro. O objetivo primordial é apontar qual o limite fixado pela Carta Federal para o CNJ no que pertine à capacidade de editar regulamentos.

A lamentável interferência do CNJ no desempenho das atividades jurisdicionais desempenhadas pelos Tribunais pátrios já vem sendo repugnada por vários magistrados. O Exmo. Desembargador Gustavo Augusto Rodrigues de Lima, integrante da 4ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, ao proferir decisão terminativa nos autos da exceção de suspeição nº 133738-2, demonstrou sua opinião acerca do procedimento do Conselho. Segundo o Desembargador:

Faz-se necessário ressaltar, apenas, a lamentável interferência do Conselho Nacional de Justiça nesta ocorrência de caráter eminentemente jurisdicional, com a pretensão de ser instância substitutiva do STF e do STJ. Como se sabe, a atuação do CNJ deveria se restringir à esfera administrativa (conforme dispõe o artigo 103 B, da CF/88), sem qualquer intromissão na função exclusiva do Poder Judiciário, que é a jurisdicional. Inclusive, cabe a tal Órgão zelar pela autonomia do Judiciário. No caso em tela, entretanto, sua atuação foi exacerbada, vez que interferiu em questões que seriam da competência dos Tribunais Pátrios, prejudicando, assim, a autonomia e independência do Poder Judiciário, fato que se apresenta abusivo e inadmissível.

Ademais, o "campo de trabalho" que foi fixado constitucionalmente para o Conselho Nacional de Justiça é demasiadamente amplo e de altíssima relevância para o Poder Judiciário nacional. Na medida em que o CNJ se arvora a extrapolar

os limites constitucionais que lhe foram impostos, sua capacidade operacional tende a se dissipar. Ora, composto por apenas quinze conselheiros, não seria exagero afirmar que dilatar o rol das atribuições do CNJ é um desejo megalomaniaco.

A Resolução nº 29 do CNJ ilustra perfeitamente o assunto em comento. Através da aludida Resolução, o Conselho procura regulamentar a execução da pena, matéria de cunho eminentemente jurisdicional. Em seu art. 1º, a citada resolução estabelece:

Art. Os Tribunais do país que detenham competência para executar deverão estabelecer, no prazo de noventa dias, a contar da vigência da presente resolução, prazos e critérios para a emissão anual e da entrega ao apenado de atestado de pena a cumprir, nos termos dos artigos 41, inciso XIV, e 66, inciso X, da Lei 7.210/1984, com as modificações introduzidas pela Lei 10.713/2003, comunicando ao Conselho o teor da regulamentação. (grifos nossos)

O texto normativo acima transcrito deixa evidente o caráter penal da matéria regulamentada (execução penal). O art. 41 da Lei das Execuções Penais (Lei 7.210/84) enumera o rol de direitos dos apenados. Dentre tais direitos, está o "de receber de atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente" (inciso XVI). Naturalmente, eventual transgressão ao direito acima transcrito deve dar ensejo a provocação do Poder Judiciário. O Conselho Nacional de Justiça, na qualidade de Órgão desprovido de poder jurisdicional, não pode editar regras que visem estabelecer a maneira com que o magistrado aplica a Lei ao caso concreto.

O procedimento regulamentador consubstanciado na Resolução nº 29 afigura-se claramente equivocado vez que, ao

tratar de matéria de cunho evidentemente jurisdicional, extrapola os limites constitucionalmente fixados pela Constituição Federal.

6 CONCLUSÃO

As palavras humildemente escritas anteriormente tiveram o intuito de apresentar ao leitor breves notas acerca do tema.

Entre as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, destaca-se o poder de rever as decisões administrativas proferidas no passado, observado o limite temporal de um ano. Tal atribuição, diante dos princípios que norteiam o Direito Administrativo brasileiro, encontra amparo jurídico no poder de auto tutela dos atos administrativos e, por via de consequência, não representa nenhuma ofensa à legislação nacional. Entretanto, é inegável e lamentável que tal possibilidade resulte em relevante instabilidade jurídica no campo do processo administrativo realizado nos Tribunais pátrios.

Respeitado os limites de sua competência, o Conselho Nacional da Justiça pode contribuir sobremaneira para a reconstrução de um Judiciário mais eficiente e escoimado de imoralidades. O novo Órgão veio a lume com forte apoio popular que lhe conferiu legitimidade para atuar administrativamente, *interna corporis*, com o intuito de melhor servir aos jurisdicionados. É esta mesma legitimação popular conferida ao CNJ que enfraquece o argumento de que sua inserção no âmbito do Estado representou afronta à Constituição em face de suposta alteração de cláusula pétreia.

Em que pese os argumentos de que sua criação afrontou a separação dos poderes do Estado, entendemos que o

CNJ, enquanto Órgão interno do Poder Judiciário, não exerce atividade jurisdicional, vez que somente pode laborar sem interferir no desempenho da atividade fim dos Tribunais pátrios.

Os limites constitucionais que regulam a atuação do Conselho devem ser criteriosamente respeitados. O CNJ é um Órgão administrativo e somente deve exercer seu poder regulamentador dentro de tal perspectiva (administrativa). Regulamentar as questões inerentes à atividade fim do magistrado é atitude que demonstra verdadeira usurpação jurisdicional e deve ser repudiada veementemente.

REFERÊNCIAS

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Lições de Direito Constitucional: em homenagem ao Jurista Celso Bastos**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 108.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

VILHENA, Oscar. **A Constituição e sua Reserva Jurídica (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed.. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 19.ed. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Fábio Muniz Guerra Nery

Advogado e Consultor Jurídico em Recife - PE. Concluinte do Curso Preparatório à Carreira da Magistratura da Esmape. Pós-Graduando Lato Sensu com Especialização em Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário), ministrado pela Faculdade Maurício de Nassau em convênio com a Esmape. Analista de Licitações, Contratos e Convênios do Sebrae-PE.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 CASOS CONCRETOS SOB EXAME. 3 DO DEBATE JURÍDICO À LUZ DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. 4 A PERCEPÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA DINÂMICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A análise dos casos jurídicos a seguir expostos levará a discussão sobre os efeitos do princípio da legalidade sobre cláusulas e dispositivos dos contratos firmados com o poder público.

A partir do cotejo da controvérsia instalada por empresas permissionárias ou concessionárias de serviços públicos,

busca-se a delimitação da atuação do poder público com arrimo nos princípios e regras estabelecidos pelo legislador, analisando a coexistência da supremacia do interesse público com os direitos e garantias asseguradas pela Constituição da República de 1988, como forma de construção de um equilíbrio harmônico nas relações jurídicas entre a Administração Pública e os particulares.

Os contratos administrativos são rígidos e vinculados às regras contidas no instrumento convocatório, que, por sua vez, devem respeito ao ordenamento jurídico, especificamente como previsto no art. 1º. da Lei Federal n.º 8.666/93, art. 14 da Lei Federal n.º 8.987/95 e pelos artigos 37 e 175 da Carta Magna.

Durante a execução do objeto do contrato, tanto o particular quanto a Administração Pública não podem se valer de interesses estranhos para desequilibrar a relação econômico-financeira, sob pena de ficarem obrigados a restabelecê-la, na forma da legislação específica, e dos princípios constitucionais.

Ainda que lastreado em suposto cumprimento de norma geral ou específica, a interferência externa na simbiose contratual deve ser vista como uma alteração das condições pactuadas, ensejadora de intervenção judicial no intuito de recobrar a equidade.

Com posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de Tribunais Estaduais, o enfrentamento do tema mereceu decisões uniformes, com base na legalidade e na igualdade de tratamento, ainda que a postura da Administração Pública se deva a obediência de lei.

Ademais disso, o debate gravitou ainda sobre o respeito aos contratos firmados entre o poder público e o particular, frente aos efeitos do cumprimento de norma legal e a manutenção do equilíbrio e comutatividade contratual.

2 CASOS CONCRETOS SOB EXAME

A principal lide sob análise situa-se no âmbito da discussão judicial sobre a suspensão da Lei Municipal n.º 1.218/2003, alterada pela Lei Municipal n.º 1.439/2004, ambas do Município de Petrolina - PE, que instituiu a gratuidade para o sistema de transporte público municipal, obrigando todas as concessionárias e permissionárias desses serviços a concessão de passagens gratuitas a todos os passageiros maiores de 60 (sessenta) anos.

Antes mesmo da edição dessas leis, o benefício já abrangia os maiores de 65 (sessenta e cinco) anos em cumprimento ao quanto estampado na Constituição Federal, em seu art. 230, § 2.º, estritamente ao transporte coletivo urbano.¹

No entanto, com o advento do Estatuto do Idoso, sancionado pela Lei n.º 10.741/03, restou estabelecida a extensão dos benefícios já consolidados por força da Carta Magna, agora a partir dos sessenta anos, dilatando-se, pois, a gratuidade, desde que regulamentada por lei local, conforme disposto no art. 39 da lei, que dispõe:

Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

§ 1º Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade.

¹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 2.º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

busca-se a delimitação da atuação do poder público com arrimo nos princípios e regras estabelecidos pelo legislador, analisando a coexistência da supremacia do interesse público com os direitos e garantias asseguradas pela Constituição da República de 1988, como forma de construção de um equilíbrio harmônico nas relações jurídicas entre a Administração Pública e os particulares.

Os contratos administrativos são rígidos e vinculados às regras contidas no instrumento convocatório, que, por sua vez, devem respeito ao ordenamento jurídico, especificamente como previsto no art. 1º da Lei Federal n.º 8.666/93, art. 14 da Lei Federal n.º 8.987/95 e pelos artigos 37 e 175 da Carta Magna.

Durante a execução do objeto do contrato, tanto o particular quanto a Administração Pública não podem se valer de interesses estranhos para desequilibrar a relação econômico-financeira, sob pena de ficarem obrigados a restabelecê-la, na forma da legislação específica, e dos princípios constitucionais.

Ainda que lastreado em suposto cumprimento de norma geral ou específica, a interferência externa na simbiose contratual deve ser vista como uma alteração das condições pactuadas, ensejadora de intervenção judicial no intuito de recobrar a equidade.

Com posicionamentos do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de Tribunais Estaduais, o enfrentamento do tema mereceu decisões uniformes, com base na legalidade e na igualdade de tratamento, ainda que a postura da Administração Pública se deva a obediência de lei.

Ademais disso, o debate gravitou ainda sobre o respeito aos contratos firmados entre o poder público e o particular, frente aos efeitos do cumprimento de norma legal e a manutenção do equilíbrio e comutatividade contratual.

2 CASOS CONCRETOS SOB EXAME

A principal lide sob análise situa-se no âmbito da discussão judicial sobre a suspensão da Lei Municipal n.º 1.218/2003, alterada pela Lei Municipal n.º 1.439/2004, ambas do Município de Petrolina - PE, que instituiu a gratuidade para o sistema de transporte público municipal, obrigando todas as concessionárias e permissionárias desses serviços a concessão de passagens gratuitas a todos os passageiros maiores de 60 (sessenta) anos.

Antes mesmo da edição dessas leis, o benefício já abrangia os maiores de 65 (sessenta e cinco) anos em cumprimento ao quanto estampado na Constituição Federal, em seu art. 230, § 2.º, estritamente ao transporte coletivo urbano.¹

No entanto, com o advento do Estatuto do Idoso, sancionado pela Lei n.º 10.741/03, restou estabelecida a extensão dos benefícios já consolidados por força da Carta Magna, agora a partir dos sessenta anos, dilatando-se, pois, a gratuidade, desde que regulamentada por lei local, conforme disposto no art. 39 da lei, que dispõe:

Art. 39. Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.

§ 1º Para ter acesso à gratuidade, basta que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade.

¹ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 2.º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

§ 2º Nos veículos de transporte coletivo de que trata este artigo, serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para os idosos, devidamente identificados com a placa de reservado preferencialmente para idosos.

§ 3º No caso das pessoas compreendidas na faixa etária entre 60 (sessenta) e 65 (sessenta e cinco) anos, ficará a critério da legislação local dispor sobre as condições para exercício da gratuidade nos meios de transporte previstos no caput deste artigo.

Em consonância com a lei federal e para dar efetividade e legitimidade a execução do Estatuto do Idoso, os municípios brasileiros editaram suas respectivas leis de aplicação local.

No caso *sub examine*, a Lei Municipal nº. 1.218/2003, posteriormente alterada pela Lei Municipal 1.439/2004, que do ponto de vista ético e social é exemplar, mas, na medida em que proveu uma despesa aos particulares contratantes, sem estabelecer a compensação financeira, passou a ferir o ordenamento conforme exposto adiante.

No caso em apreço, a irrisignação da concessionária do serviço público de transporte municipal se deve à execução do mandamento legal por parte do Município que, ao impor às concessionárias a gratuidade, deixou de cumprir a Lei de Concessões e o próprio contrato administrativo, ao não restabelecer a revisão tarifária para preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Fundamenta a parte irrisignada, sobretudo, no respeito ao princípio da legalidade, ao pugnar pelo cumprimento do contrato administrativo e pelo restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, tal como previsto na legislação aplicada, além da indicação de fonte de custeio respectiva para financiar benefício tarifário concedido aos idosos, e do respeito a necessidade de lei em sentido formal e material para dispor sobre a matéria.

O art. 35 da Lei n.º 9.074/1995, que estabelece normas sobre concessões e permissões da prestação de serviços públicos, determina a expectativa de direito à parte interessada em ver restabelecido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo quando forem estipulados novos benefícios tarifários a cargo do concessionário ou permissonário.²

Desta forma, as empresas concessionárias do Município em questão, reunidas em sua categoria e sob forma de Federação, ajuizaram ações anulatórias dos atos normativos que, a despeito de estritamente cumprirem lei federal, deixaram de obedecer à legislação específica para compensar o ônus que impuseram sobre as empresas.

Alegam as empresas concessionárias que a situação ficou insustentável com o passar do tempo, produzindo um somatório de prejuízos em face do desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos firmados com aquele Município.

A questão chegou à 8a. Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Pernambuco, especializada em Direito Público que, em decisão unânime³, acatou o pedido da Federação representativa da classe das empresas de transporte público, cuja ementa dispôs:

Ementa: processual civil – constitucional e tributário – agravo regimental – transporte municipal – gratuidade a todos os passageiros maiores de 60 (sessenta) anos de acordo com lei municipal. Ação ordinária de ressarcimento pelos prejuízos causados pela concessão da gratuidade imposta por leis municipais com pedido de antecipação de tutela jurisdicional para exata indicação de sua respectiva

² Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissonário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

³ Proferida no Agravo Regimental nº 127971-0/01, julgado em sessão no dia 18 de maio de 2006.

fonte de custeio – possibilidade de deferimento. Recurso provido – decisão unânime.

Concessão de liminar de efeito suspensivo ativo ao recurso – Pedido liminar não com intuito de suspensão de Lei municipal, mas só até que se indique a fonte de custeio – Possibilidade. Decisão unânime. Agravo regimental provido.

Na espécie, foi deferida liminar para obrigar a municipalidade a suspender a gratuidade aos idosos maiores de sessenta anos, até que seja indicada a respectiva fonte de custeio do benefício tarifário criado por lei municipal. A decisão baseia-se na restituição necessária do equilíbrio da equação financeira do contrato, que se alterou com a criação de um ônus para a empresa contratada, sem a devida compensação.

O caso obteve julgamento de mérito favorável na 1ª instância, ainda pendente de confirmação em face do reexame necessário, consoante sentença proferida em 8 de janeiro de 2007.⁴

⁴ Conforme parte dispositiva da sentença que dispõe: "(...) Posto isso, considerando tudo o mais que dos autos consta e os princípios atinentes à espécie, RECONHEÇO incidência tanto a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Municipal nº 1.439/04, subsistindo a Lei Municipal nº 1.218/03 e o art. 2º da Lei Municipal nº 1.439/04, pois em conformidade com a Constituição Federal e a Lei nº 10.741/03 e, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO de ressarcimento de supostos prejuízos causados às empresas permissionárias/concessionárias de transporte público coletivo urbano, prejudicado os pedidos alternativos. Em consequência, EXTINGO O PROCESSO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, com base no art. 269, I do Código de Processo Civil. Custas processuais e honorárias advocatícias pro rata, em razão da sucumbência recíproca, art. 21 do Código de Processo Civil. Sentença sujeita ao reexame necessário, art. 475 do Código de Processo Civil. Ressalvo a manutenção do decisum da Oitava Câmara Cível, referente ao Agravo Regimental nº 0127971-0/01 – Petrolina, cuja cópia da ementa se encontra às fls. 193/194 dos autos. Cientifique-se o Ministério Público. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Petrolina-PE, 08 de janeiro de 2007. Josilton Antônio Silva Reis, Juiz de Direito."

Mais adiante serão analisados os argumentos jurídicos utilizados à luz dos princípios constitucionais e da legislação aplicável aos contratos administrativos e suas consequências, além da casuística já consolidada sobre o tema.

3 DO DEBATE JURÍDICO À LUZ DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À CONCESSÃO E PERMISSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A irresignação das empresas litigantes concentra-se no impedimento legal imposto pelo legislador à Administração Pública, no sentido de não criar gastos ao permissionário ou concessionário sem que ao mesmo tempo seja indicada a respectiva fonte de recursos, sob pena de impor-lhe o desequilíbrio contratual reflexivo sobre o lucro da exploração no empreendimento.

A discussão sobre o fundamento da medida passa ao largo da lide, inexistindo ataque ao benefício concedido aos idosos, resumindo-se o debate sobre a obrigação ou não do restabelecimento do equilíbrio e da comutatividade contratual.

As empresas fundamentam a contenda no art. 9.º da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, onde há expressa previsão legal sobre o direito a equidade das normas contratuais, prevendo sua restauração em caso de violação por quaisquer das partes.⁵

Ressalva-se ainda que para a concessão do benefício exige-se que venha revestida de lei, conforme ressaltado pelo Superior Tribunal de Justiça, em decisum adiante analisado, e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁶, em acórdão

⁵ § 2º do art. 9º da Lei nº 8.987/95. Em havendo alteração unilateral do contrato que afete seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo concomitantemente à alteração.

⁶ Disponível em <http://www.tj.rj.gov.br>

proferido no mandado de segurança n.º 2000.004.00076, relatado pelo Desembargador Binato de Castro, em 28.9.2000, DJ. 6.10.00, julgado à unanimidade, cuja ementa dispôs:

Mandado de segurança. Gratuidade em transportes coletivo estendida por decreto municipal. Falta de lei. Falta de fonte de custeio. Quebra do equilíbrio econômico-financeiro. Ofensa a princípios da constituição federal, estadual e lei orgânica local. Precedente do órgão especial deste colendo tribunal. Concessão da segurança.

Não há como se conceder a concessão da gratuidade de transportes a determinada classe de indivíduos sem que haja lei específica neste sentido, e não mero decreto, indicando, inclusive e precisamente, a respectiva fonte de custeio na qual se lastreia a isenção. De outro turno, a redução de receita, fruto da gratuidade induzida, importa em quebra do equilíbrio econômico financeiro do contrato havido entre o poder concedente e as empresas prestadoras de serviços públicos, equilíbrio este assegurado, da mesma forma, pela lei orgânica local. Segurança concedida. (TJRJ: Des. Binato de Castro. MS n. 2000.004.00076).

O levante jurídico no Rio de Janeiro deu-se justamente em face da ilegalidade formal da medida adotada pelo Município de Nova Iguaçu, que, mediante simples decreto do chefe do Poder Executivo, instituiu a gratuidade a cargo das empresas prestadoras de serviços públicos, além do que, deixou igualmente de indicar a fonte de custeio respectiva.

O ato praticado pelo poder público municipal foi ainda mais combatido pelo fato de a própria Lei Orgânica prever a exigência de lei formal e a expressa indicação de fonte de custeio para suportar o benefício tarifário.¹

Apreciando análoga tese, o Tribunal de Justiça de Mi-

¹ Assim dispõe a Lei Orgânica do Município de Nova Iguaçu:

Art. 286. Depende de lei a concessão de gratuidade para uso do serviço público, prestado direta ou indiretamente, nela devendo figurar a correspondente fonte de custeio.

nas Gerais já decidiu que a gratuidade sem ônus para o Poder Concedente e às expensas da concessionária é ato eivado de nulidade por afronta inegável de norma constitucional, consoante decisão proferida pelo Desembargador relator, Audebert Delage²:

Administrativo - contrato público de concessão - serviço de transporte coletivo municipal - instituição posterior e unilateral de gratuidade a usuários do serviço, proibindo-se à concessionária o repasse do encargo decorrente - norma de eficácia concreta, violando direito adquirido da impetrante independentemente de prova do prejuízo - confirmada sentença que concedeu a segurança."

O art. 9º da aludida Lei Municipal, ao estabelecer que a concessionária do serviço de transporte coletivo urbano não poderá repassar para os demais usuários as despesas provenientes com o transporte gratuito aos estudantes, por ela instituído, fere o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato firmado entre ela e o Município.

Como já foi salientado, a Administração Pública poderá alterar unilateralmente os contratos por ela firmados, no entanto, tais alterações devem restringir-se às cláusulas regulamentares ou de serviço, devendo ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro, não sendo permitido o agravamento dos encargos e obrigações da concessionária, sem o necessário reajuste da remuneração estipulada.

Em outro caso, levado ao Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Edson Vidigal discorre de forma contundente no

² Apelação Cível nº 000.269.406-5/00. Comarca De São João Del-Rei. Apelante(s): 1º) Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca de São João Del Rei; 2º) Presidente da Câmara Municipal De São João Del Rei. Apelado(s): Meier Transp. Coletivo Ltda. Relator: Exmo. Sr. Des. Audebert Delage, em 28.05.2003. Decisão noticiada no artigo doutrinário Ação contra gratuidade em transporte coletivo sem indicação de fonte de custeio. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 870, 20 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=651>. Acesso em: 10 set. 2006.

pedido de Suspensão de Segurança nº. 1.404 - DF (2004/0119581-4), requerida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, contra decisão proferida nos autos do matado de segurança nº 200401000372685, impetrado pela Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros - ABRATI, perante o Tribunal Regional Federal da 1ª. Região.

Em sua decisão, tirada contra liminar proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, o Ministro ressaltou a relevância social da medida imposta pelo Estatuto do Idoso, afastando sua incidência indistintamente aos contratos administrativos em vigor, firmados sob a égide da legislação vigente a época, além da vinculação ao instrumento convocatório, o que são pressupostos essenciais para a definição da tarifa pública cobrada pelas empresas prestadoras do serviço público.

Na espécie daqueles autos⁹, discutiu-se também o respeito ao pacto contratual, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, consoante trecho da decisão assim vazada:

(...)Claro que amparar o idoso, inclusive garantindo-lhe gratuidade nos transportes coletivos urbanos, é dever do Estado. Mas também da família e da sociedade. Do Estado, pessoa jurídica, que autoriza, concede ou permite, mediante um contrato, a linha de transporte.

Assim, o contrato de autorização, concessão ou permissão de uma linha de ônibus, por exemplo, há que prever - e isso está previsto desde a promulgação da Carta de 1988 - as formas de ressarcimento pelo Estado das despesas da empresa para o cumprimento dessa ordem constitucional. Nossas relações econômicas se regem pelas regras do sistema capitalista, da economia de mercado, não sendo lícito ao Estado, em nome de uma obrigação que é sua, confiscar vagas em ônibus

⁹ Disponível em <http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200401195814&pv=101000000000&tp=51>.

ou qualquer outro meio de transporte, sem a correspondente contrapartida indenizatória.

Se isso não tem previsão contratual, não está em vigor, não foi pactuado entre a empresa e o estado; ainda que essa ordem decorra de uma lei, não está a empresa autorizada, concessionária ou permissionária, obrigada a transportar de graça. Um País com tantos problemas como os da sonegação fiscal, da corrupção com o dinheiro público, o das evasões inconfessáveis de bilhões de dólares para os escaninhos ilícitos dos paraisos fiscais; um País precisado de tantos investimentos externos indispensáveis ao enfrentamento do desemprego e precisado de desenvolvimento econômico, não pode cochilar especialmente nesse tema de respeito aos contratos. O que se trata aqui com essa lei generosa, misericordiosa, bem intencionada, em favor dos velhinhos humilhados porque não podem andar de ônibus, tem a ver com o respeito ou desrespeito aos contratos. Diz a Carta Magna:

'Art. 5º, XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.'

Ato jurídico perfeito aí é o contrato celebrado e em vigor entre as empresas de transportes e o poder público. Significa dizer que nem a lei pode alterar o que foi, antes, previamente contratado. O que se há de fazer, sim, será um aditivo ao contrato, uma maneira legal de se estabelecer, mediante nova negociação, a forma de ressarcimento às empresas das despesas decorrentes do transporte gratuito assegurado pela Lei.

Imaginar o contrário, afirmar a possibilidade de que toda Lei pode vir em cima da iniciativa privada impondo uma ordem desse tipo, sem a correspondente contra-prestação pecuniária, é desafiar o contrato, é ofender diretamente o mandamento maior da Constituição.

Também chegou a instância especial superior o Recurso Especial n.º 824.518 - RJ, movido pela concessionária de serviço público de transporte, Viação Dedo de Deus Ltda., que litiga com o Município de Teresópolis.

No caso, o Recurso Especial foi provido para determinar a remessa dos autos ao Tribunal a quo, por entenderem os

Ministros que a Lei Complementar Municipal nº 09/99, que dispõe sobre assuntos relevantes ao deslinde da controvérsia, não teria sido apreciada à saciedade, omitindo-se em vários pronunciamentos requeridos pela empresa prestadora do serviço público.

No entanto, delimitou-se a acalorada discussão, instaurada pela concessionária do serviço público em sede de mandado de segurança, que questionava a necessária indicação da fonte de custeio para financiar o benefício tarifário estendido aos idosos.

Assim ficou vazada a ementa, da lavra do Ministro Francisco Falcão¹⁰:

Recurso Especial nº 824.518 - RJ (2006/0041921-4)

Relator: Ministro Francisco Falcão

Recorrente: Viação Dedo De Deus Ltda

Recorrido: Município De Teresópolis

Processual civil e administrativo. Mandado de segurança. Apelação. Transporte público. Gratuidade aos idosos. Fonte de custeio. Necessidade. Omissão em relação à disposição de lei complementar municipal. Embargos declaratórios. Violação ao artigo 535 do CPC caracterizada. Prejudicadas as demais questões.

I – O acórdão recorrido, proferido em autos de apelação em mandado de segurança no qual se discutia a necessidade de fonte de custeio para a gratuidade de transporte coletivo para os idosos, deixou de abordar, embora ventilado em sede de embargos declaratórios também, o tema relacionado à previsão disposta na Lei Complementar Municipal nº 09/99, relevante ao deslinde da controvérsia.

II – Caracterizada, assim, a afronta ao artigo 535 do Código de Processo Civil, prejudicadas as demais questões abordadas no presente apelo, deve o feito retornar ao Tribunal de origem para análise da referida questão.

¹⁰ Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600419214&cd_publicacao=08/06/2006

III – Recurso provido.

Em idêntico caso perante o Superior Tribunal de Justiça, desta feita no pedido de Suspensão de Liminar e de Sentença nº 79 - SP, requerido pelo Município de Barueri, também restou mantida decisão liminar proferida em desfavor do poder público, que afastou os efeitos da lei municipal nº 1.240/01, consoante trecho do decisum da lavra do então presidente daquela Corte, o Ministro Edson Vidigal:

Neste caso, não verifico risco de lesão a qualquer dos valores tutelados na Lei nº 4.348/64, art. 4º, a autorizar a medida extrema. Debate-se em torno da aplicabilidade da Lei nº 1.240/01, questionando-se a legalidade da instituição do Sistema de Passe Livre no transporte urbano, sem indicação da fonte de custeio e de seus critérios, cuja alargada abrangência ultrapassa, e muito, a ordem constitucional.

Com efeito, a posição jurisprudencial sobre o tema é assentada na estrita observância dos ditames contratuais, que, ainda que não prevejam o restabelecimento da equação financeira da avença, possuem respaldo em normas constitucionais e infraconstitucionais, capazes de criar um mecanismo limitador da discricionariedade da Administração Pública.

Essa discricionariedade do Poder Público, por sua vez, encontra óbice no princípio da legalidade, sendo certo que "para a prática de determinados atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e ao modo de agir" (CRETELLA JÚNIOR, 2001, p. 357). Desta feita, a lei circunscreve como e quando a Administração deve agir.

Conclui-se que não é absoluta a atividade da função administrativa, que no caso concreto, limita-se aos comandos legais aplicáveis às relações regidas pelo Direito Público (MATTOS, 2002, p. 88).

4 A PERCEPÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA DINÂMICA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

No Direito Público, disciplina-se a disposição expressa e obrigatória de certas cláusulas contratuais que são imprescindíveis em qualquer contrato administrativo. São as chamadas *cláusulas essenciais* ou *necessárias*, que o legislador andou bem em listar, ao menos exemplificativamente, um rol de treze cláusulas necessárias, constante nos incisos do art. 55 da Lei n.º 8.666/93.

Obrigatórias ainda em todo contrato administrativo a presença das *cláusulas implícitas*, que são aquelas existentes mesmo que não escritas no instrumento contratual, pois são consideradas como irrenunciáveis pela Administração no trato da coisa pública mediante contratação com particulares (MEIRELLES, 1996, p. 181).

Desta feita, consubstanciada em regramento legal e em postulados de Direito Público, permite-se a intervenção estatal no domínio econômico como legítima prerrogativa do poder público, desde que responda pela necessária equidade e reciprocidade contratual (SILVA, 2001, p. 506).

Enquanto que no Direito Privado o contrato é *lex inter partes*, devendo obediência ao princípio do *pacta sunt servanda*, em Direito Público predomina em benefício do Poder Público a regra do *ius variandi* onde modificações contratuais sempre podem ser feitas em nome do bem comum e do interesse público.

No ramo privado os contratos devem ser cumpridos invariavelmente pelas partes, salvo as exceções legais e doutrinárias pioneiramente introduzidas pela francesa Lei Failliot¹¹

¹¹ Após a Primeira Guerra Mundial, a doutrina e a jurisprudência agitaram-se em reação a esse absolutismo contratual, gerando em face das dificuldades enfrentadas pelos europeus para cumprir os contratos de trato sucessivo numa época pós-guerra. Considerada com marco legislativo da teoria da

e hodiernamente tuteladas pela Teoria da Imprevisão. No Direito Público a alegação da supremacia do interesse público – motivada e fundamentadamente – é capaz de fomentar uma alteração nas condições e no cumprimento das regras já estabelecidas entre a Administração Pública e o particular.

Em contraponto, também é firme a corrente científica que alberga os direitos dos concessionários conectados ao respeito ao contrato de concessão e à manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro, além do cumprimento estrito do quanto estabelecido, afastando a obrigatoriedade de se submeter a qualquer atividade estranha ao objeto da concessão, sob pena de desvio e surgimento de direitos por parte do contratado, como, por exemplo, repudiar a conduta (JUSTEN FILHO, 1998, p. 518).

Partindo-se da análise do principal caso aqui trazido, travado no Município de Petrolina, bem assim como aqueles embates jurídicos instalados nas cidades de Petrópolis, Barueri, e nos Tribunais Estaduais do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, firmou-se entendimento no Superior Tribunal de Justiça sobre a necessidade do poder público pautar-se pelos princípios da legalidade e da vinculação ao edital, encravados nos arts. 1º da Lei Federal 8.666/93, 14 da Lei Federal 8.987/95 e 175 da Constituição da República, além do confronto com o princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito, cristalizado no art. 5º, XXVI da Constituição Federal, não

imprevisão, a Lei Failliot, de 21 de maio de 1918, brota na França pugnano pela revisão dos contratos trazendo de volta o equilíbrio e a equivalência contratual entre as partes. A Lei Failliot introduziu a teoria da imprevisão numa época em que imperava a sua antítese, o *pacta sunt servanda*, uma regra intocável, absoluta e necessária para manter coerenças as relações jurídicas. Traduziu-se a lei francesa na aceitação e reconhecimento da influência de fatos novos, externos e imprevisíveis capazes de afetar a regular dinâmica do contrato, alterando ou impedindo a sua execução, o que ensejaria a consequente revisão dos seus termos, restabelecendo o equilíbrio entre a prestação assumida, a forma de execução, enfim, o seu objeto.

comportando interpretações elásticas, nem atos discricionários, ainda que sob o palio de estar cumprindo uma lei.

Invocável também nos casos em apreço, a disposição prevista no art. 9.º da Lei Federal 8.987/95 e no art. 65, § 6º, da Lei de Licitações, que estabelecem a forma do restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato em casos como esses estudados, ou seja, por meio do competente aditivo contratual.¹²

Denomina-se também de "recomposição de preços", a motivação pela qual a Administração e o particular promovem, por aditamento, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Esse direito, a despeito de inúmeras lide provocadas por sua invocação, não advém necessariamente de cláusula ou disposição contratual, nem o seu exercício depende de expressa previsão pelas partes ou pelo instrumento convocatório. Sua gênese desponta da norma constitucional antes mesmo da Lei de Licitações e Contratos (L. 8.666/93), quicá da atual Constituição da República.

Inferese do art. 160, II da Constituição da República de 1967, que a norma constitucional já assegurava o direito ao equilíbrio econômico e financeiro do contrato capaz de permitir a *justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços*.¹³

¹² Dispõe o § 6º do art. 65 da Lei 8.666/93: Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

¹³ Art. 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato;

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

A redação constitucional anterior, nesse ponto, era mais clara e incisiva, expressamente prevendo a percepção de lucro, de tal modo que a doutrina (Justen Filho, 1998, p. 522) considerou inconstitucional o art. 2.º, I, do Decreto Federal n.º 94.684, de 24 de julho de 1987, que condicionava o direito a reajuste de preços à prévia previsão nos respectivos instrumentos convocatórios da licitação, ao dispor:

Art. 2º Somente é admissível cláusula de reajuste de preços nos contratos quando:

I - previamente estabelecidos os respectivos critérios nos instrumentos convocatórios da licitação ou nos atos formais de sua dispensa;

No atual regramento constitucional, o art. 175, parágrafo único, III, assegura o tratamento por lei sobre a política tarifária.¹⁴

Logo, o direito buscado pelas empresas prestadoras de serviço público tem raiz constitucional.

Desta feita, não se reveste de privilégio gracioso concedido pela Administração Pública, mas de justa compensação para os que com ela contratam, em face de alteração unilateral do instrumento, capaz de atingir a remuneração, e, conseqüentemente, os lucros do empreendimento (MEIRELLES, 1996, p. 167).

¹⁴ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único: A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - obrigação de manter serviço adequado.

Também denominada de *equação financeira* ou *equação econômica*, é uma correlação entre os encargos assumidos pelo contratado *versus* a remuneração aferida pela exploração do serviço público, pois não se pode ignorar a real intenção da empresa concessionária ou permissionária: o lucro.

O lucro há de ser garantido ao particular tanto no início do ajuste quanto durante toda a execução do contrato, em toda sua plenitude, sob pena de se comprometer a qualidade do serviço prestado à população, primeira vítima atingida pelo achatamento da margem de lucro na exploração do serviço. Outra danosa consequência para o Estado é a diminuição ou sonegação de tributos pelas empresas que suportam defasagem tarifária, o que compromete o próprio orçamento do Poder Público, refletindo em prejuízos, mais uma vez, sobre a população em geral, desta feita, não só as usufrutuárias do serviço público.

A compensação financeira está presente também em outras searas, respeitando o lucro das empresas privadas, ainda que diante da necessária intervenção estatal a bem do interesse público, como se colhe no Direito Eleitoral, cuja propaganda eleitoral gratuita, transmitida obrigatoriamente pelas empresas concessionárias de serviços públicos de telecomunicações, possui contraprestação garantida por lei em favor das empresas.

Lógico inferir que não seria pacífica tampouco constitucional tamanha intervenção do Poder Público no horário nobre da televisão brasileira sem a devida compensação financeira.

A esse respeito, foi editada a Lei n.º 8.173/93, posteriormente regulamentada pelo Decreto n.º 1.976/96, cujo artigo 1.º dispõe a forma de remuneração das concessionárias pelo uso do tempo e espaço destinados a propaganda eleitoral, de modo que fica salvo o tempo que seria explorado financeiramente pela emissora para publicidade comercial naquele horário, considerado nobre.

Os valores vêm definidos na legislação eleitoral e são efetivados pelo abatimento do lucro líquido do resultado da multiplicação do preço do espaço comercializável por oito décimos (0,8), alterando o resultado do exercício financeiro da empresa e, conseqüentemente, a base de cálculo para fins de incidência de tributos.

5 CONCLUSÃO

Quanto ao princípio da legalidade, pelo menos, a moderna concepção da doutrina brasileira não difere da clássica, considerando-o como o pilar da teoria do Estado Moderno.

O princípio em comento é pressuposto para a própria garantia de que existirá um direito a ser tutelado, legitimando os cidadãos a confrontar a atividade administrativa e a lei, subsumindo aquela a esta (CARVALHO FILHO, 2004, p. 14).

O Poder Público, mesmo investido de prerrogativas e supremacia de seus atos, não deve se afastar dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante, sob pena de ilegitimidade e conseqüente inconstitucionalidade.

No Brasil, sedimentou-se na legislação de direito público o princípio da segurança jurídica, com arrimo na boa-fé e na necessária estabilidade das situações, como, por exemplo, no artigo 2.º da lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.¹⁵

E há de se estabelecer parâmetros, pois não basta segurança pela simples aplicação da lei. Mister que se interprete a lei mais com os interesses sociais do que com os políticos. Como muito bem alerta Hélio Ourem Campos, "foi neste sen-

¹⁵ Lei n.º 9.784/99. Art. 2.º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

tido que o art. 37, da atual Constituição da República Federativa do Brasil, anexou ao princípio da legalidade, princípios como o da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.¹⁶

É complementa o autor, "não basta atender à legalidade; desvirtuando-a através de interpretações de conveniência e oportunidade. É preciso conformá-la à moralidade e à finalidade administrativa."

Portanto, e em nome da legalidade, o administrador público e o juiz devem se abster de praticar atos distanciados da justiça e segurança jurídica, sempre respeitando os limites que lhes foram impostos pelo ordenamento.

Nos casos analisados neste ensaio, vislumbrou-se a escorrega aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, a despeito do entendimento contrário estar lastreado no interesse público de se evitar o aumento das tarifas públicas.

Há que se conscientizar o Poder Público que as empresas concessionárias e permissionárias de serviço público, notadamente aquelas cujas atividades são desempenhadas concentradamente em determinados municípios ou localidades, necessitam da razoável lucratividade para manter a excelência do serviço prestado, cujos encargos são todos amparados pela tarifa paga pelo usuário.

Não é por demais ressaltar a carga tributária e dos encargos, já suportados no país como um dos maiores entraves ao empreendedor brasileiro, além da redução da margem de lucro nas atividades comerciais, não se podendo permitir que a Administração Pública repasse ainda mais ao particular outros ônus decorrentes de obrigações que não são, ao menos originária e exclusivamente, da responsabilidade da empresa prestadora do serviço.

Outrossim, devem ser mantidas as condições efetivas da proposta firmada entre as partes contratantes, conforme

¹⁶ CAMPOS, Hélio Silvio Ouren. Segurança Jurídica: valores e expressões objetivas. *Revista da ESMAPÉ*, Recife, a.1, n. 1 (1996-) v. 9, n. 20. p. 370-380, jul./dez. 2004.

previsto constitucionalmente¹⁷, sob pena de ofensa à garantia constitucional do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição da República de 1988).

Por fim, o direito ao equilíbrio econômico-financeiro reverte-se em prol do próprio Poder Público, vez que estimula os particulares a formularem propostas realmente vantajosas para a Administração, cientes de que eventual acréscimo futuro que venha a onerar a sua remuneração será objeto de compensação pelo ente contratante, na justa medida do ônus.

Pensar diferente seria estimular a especulação dos particulares que, ao formular suas propostas, já acoplariam aos preços dos serviços a iminência dos acontecimentos futuros e imprevistos capazes de alterar a equação econômica do negócio, sendo obrigados a assim fazer para assegurar o lucro.

6 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Princípio da Legalidade. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo: NDJ, a. XIII, v. 01, jan. 1997.

BORN, Rogério Carlos. O direito à compensação fiscal pela propaganda política gratuita. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3469>. Acesso em: 08 set. 2006.

¹⁷ Consoante inciso XXI do Art. 37 da Constituição da República, que reza: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

BORGES NETTO, André Luiz. **Inconstitucionalidade de lei estadual que concede gratuidade a policiais no transporte coletivo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=269>. Acesso em: 09 set. 2006

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 824.518 / RJ**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Francisco Falcão. DJ de 8.6.2006. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600419214&dt_publicacao=08/06/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Liminar e de Sentença n.º 79 - SP**. Órgão Julgador: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Vidigal. DJ de 29.8.2005. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200500105449&dt_publicacao=. Acesso em: 29 ago. 2005

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Segurança n.º 1404 - DF**. Órgão Julgador: Presidente do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Edson Vidigal. DJ de 6.12.2004. Disponível em: https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200401195814&dt_publicacao=. Acesso em 06 dez. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 197.917-8 / SP**. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Ministro Relator: Maurício Corrêa. DJ de 7.5.2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/>

jurisprudencia/IT/frame.asp?classe=RE&processo=197917&origem=IT&cod_classe=437 >.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Ação Ordinária 233.2005.003385-8**. Órgão Julgador: Vara Privativa dos Feitos da Fazenda Pública. Juiz Josilton Antônio Silva Reis. DJ de 16.01.2007. Disponível em http://www.tjpe.gov.br/processos/ole_busca_processos_numero_texto.asp?num=2332005003385800&data=2007/01/09%2009:11.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. **Agravo Regimental 127971-0/01**. Órgão Julgador: 8ª. Câmara Cível. Relator: Fernando Martins. DJ de 26.8.2006. Disponível em: http://www.tjpe.gov.br/processos/ole_busca_processos_numero_texto.asp?num=127971001&data=2006/08/24%2008:54 >.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Mandado de Segurança 2000.004.00076**. Órgão Julgador: 3ª. Câmara Cível. Relator: Desembargador Binato de Castro. DJ de 6.10.2000. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br> >.

CALCINI, Fábio Pallarett. **O princípio da razoabilidade: Um limite à discricionariedade administrativa**. Campinas: Millennium, 2003.

CAMPOS, Helio Silvio Ourem. Segurança Jurídica: valores e expressões objetivas. **Revista da ESMAPE**, Recife, a. 1, n. 1 (1996-) v. 9, n. 20. jul./dez. 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DANTAS, Ivo. **O Valor da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 1998.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Contrato Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira De. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. 2. ed. São Paulo: RT, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Quinze anos de Constituição - análise crítica da jurisdição constitucional e das possibilidades hermenêuticas de concretização dos direitos fundamentais-sociais. **Revista da AJURIS - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre**, v. 30, n. 92, 2003.

VARASSIN, Luciana. **Princípio da legalidade na administração pública**. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2275>>. Acesso em: 29 mai. 2006.

AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs) COMO INSTRUMENTO PREPONDERANTE PARA A RETOMADA DO CRESCIMENTO ECONÔMICO E SUAS IMPLICAÇÕES EM FACE DOS NOVOS OBJETIVOS ESTABELECIDOS PELO PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO (PAC)

Gilberto Soares Silva

Advogado, Analista da Assembleia Legislativa do Estado de Pernambuco; Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE; Pós graduando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape; membro da Academia de Artes, Letras e Ciências de Olinda (AALCO) e da União Brasileira dos Escritores (UBE).

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 CRISE DE INVESTIMENTOS: O INÍCIO DE TUDO. 3 CONTINUIDADE DOS PROGRAMAS: A GRANDE QUESTÃO. 4 AS PPPS NO DIREITO BRASILEIRO. 4.1 Conceito. 4.2 Natureza jurídica. 4.3 Objetivos. 4.4 Disciplina e competência legislativa. 4.5 Requisitos preliminares para contratação. 4.6 Edital. 4.7 Licitação. 4.8 Pré-qualificação ou pré-classificação. 4.9 Julgamento. 5 PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO (PAC) – DISPO-

SICÕES GERAIS. 5.1 Conceito e objetivos. 5.2 Principais medidas e consequências. 5.3 Recuperação dos projetos existentes. 5.4 Da comitê gestor. 6 CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra mundial, vivemos um período áureo da economia, no qual o Estado foi um elemento decisivo nesse desenvolvimento.

Com o passar do tempo, o Estado brasileiro foi crescendo, porém de forma desordenada. Tal fato, aliado, também, ao processo de globalização, gerou uma crise que vem se arrastando até os dias de hoje.

Não é um problema apenas do Brasil, mas mundial, em que cada país tem enfrentado a sua maneira.

No caso brasileiro, foram adotadas, ao longo dos anos, diversas medidas destinadas a solucionar o problema, dentre as quais podem ser citadas a edição da Lei de Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a instituição do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). São medidas que se destinam a auxiliar o Estado na retomada do seu crescimento econômico.

Pretendemos, com esse trabalho, dar um visão geral acerca das PPPs e do PAC, estabelecendo os pontos antagônicos e demonstrando, de forma concisa, as reais possibilidades para que o Estado brasileiro possa emergir da grave crise em que se encontra.

2 CRISE DE INVESTIMENTOS: O INÍCIO DE TUDO

O Estado brasileiro vem, no decorrer dos últimos anos, imergindo em uma crise financeira sem precedentes, motivo pelo qual têm sido um desafio quase insuperável honrar com suas obrigações e cumprir suas metas de crescimento.

Como conseguir recursos para investimentos se a máquina pública tem consumido quase toda a receita arrecadada? Este nos parece ser o maior desafio.

Essa realidade não é só nossa, haja vista que, em todo o mundo, sobremaneira nos países em desenvolvimento, a escassez de recursos tem sido uma constante.

Diante dessas evidências, faz-se necessária a adoção de medidas urgentes, que venham propiciar ao Estado condições efetivas de investimento.

Com esse propósito, o governo federal, no final de 2003, encaminhou à Câmara de Deputados o Projeto de Lei nº 2.546/03, que trata de um tema largamente debatido em quase todo o mundo e que desponta como a grande "mola propulsora" para a retomada do crescimento econômico – as chamadas Parcerias Público-Privadas (PPPs).

Esse instituto somente foi disciplinado, no âmbito federal, em 30 de dezembro de 2004, depois de mais de um ano de maturação, com a edição da Lei nº 11.079.

Como uma espécie de concessão especial, dotada de regras e características próprias, esse instituto tem a finalidade de executar projetos que o Estado, sozinho, não teria condições de realizar e que, em razão do alto risco envolvido ou do baixo retorno econômico, não seriam, ou dificilmente viriam a ser, implementados, isoladamente, pelo setor privado.

Para a consecução de seus objetivos, as PPPs enfrentaram e enfrentarão, além das dificuldades naturais de sua implementação, as velhas mazelas do Estado brasileiro, que tanto maculam e fragilizam as mudanças pretendidas, tornando-as, quando não precárias e inadequadas, totalmente insatisfatórias. Dentre essas mazelas, podemos destacar a descontinuidade das políticas públicas e as ingerências políticas.

Destarte, via-se, nitidamente, que não bastavam apenas recursos para investimentos. Era preciso que o modelo de Estado fosse repensado, de maneira que ele não se limitasse,

apenas, a prestar um serviço, mas a fazê-lo de forma eficiente e com qualidade, voltado a quem, de fato, deveria: o cliente-cidadão.

Nesse contexto, insere-se a última reforma do Estado brasileiro, por meio da qual exsurge um novo Estado, não indiferente ou superior à sociedade. Um Estado orientado para a institucionalização de mecanismos aptos a permitir uma participação maior dos cidadãos nas políticas públicas.

O Estado passa, então, a mitigar seu papel de executor ou prestador direto de serviços, assumindo a figura de regulador, fomentador e mobilizador dos agentes econômicos e sociais. Assim, deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico-social, pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento.

Todas as vezes em que um particular tenha condições de exercer uma determinada atividade por iniciativa e com recursos próprios, o Estado deverá, em vez de executar o serviço, incentivar, coordenar e estimular essa atividade, para que o particular venha a lograr êxito em seu empreendimento. Porém, quando o Estado verificar que o particular é deficitário na realização de determinada atividade, deverá subsidiar essa iniciativa. Tal conduta estatal é o que denominamos de parceria entre o ente público e o privado.

Diante de um instituto ainda tão novo - as PPPs - o governo federal, em janeiro desse ano (2007), lançou, ainda, o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), destinado, como o próprio nome sugere, a aceleração do crescimento econômico de nosso Estado, por meio de investimentos em obras estruturais, aumento do emprego e melhoria das condições de vida da população brasileira.

Medidas dessa natureza são comuns nos governos que se sucedem, o que gera um desperdício dos poucos recursos aplicados e uma conseqüente desconfiança por parte do investidor privado.

3 CONTINUIDADE DOS PROGRAMAS: A GRANDE QUESTÃO

É importante dizer que não é a quantidade de medidas que fará com que o Estado recupere sua capacidade de investimento.

Em que pese as parcerias público-privadas terem sido implantadas por alguns estados-membros antes mesmo do advento da lei que as disciplinou no âmbito federal (Lei nº 11.079/04), trata-se de uma matéria ainda recente, que precisa ser mais bem estudada, mais bem trabalhada, o que demanda um lapso de tempo razoável para que possa mostrar seus reais resultados.

Como, então, lançar um novo programa de crescimento sem que ao menos se possa ter tido tempo suficiente para colher os frutos da implementação das PPPs?

O PAC nada mais é do que uma PPP em sentido mais amplo, uma vez que, além do incentivo aos investimentos privados, propõe-se a aumentar o investimento público.

A nosso ver isso é um retrocesso.

Como aumentar o investimento público de um Estado que passou de gerador de desenvolvimento para principal responsável pela redução das taxas de crescimento, elevação das taxas de desemprego e de inflação?

A realidade em que vivemos é a de que a administração pública brasileira não possui recursos para investimentos em infra-estrutura (transporte, saúde, saneamento, hidroelétricas, rodovias etc.). É o Estado no curso de uma crise sem precedentes.

Faz-se necessária a implementação de medidas que possam, efetivamente, alavancar o crescimento econômico do Estado, mediante a implantação de políticas estruturadoras que venham a atender com eficiência o cliente-cidadão.

E como estabelecer essas políticas estruturadoras se o Estado não dispõe de recursos?

Qual o sentido de se lançar um programa de crescimento fundado no aumento do investimento público de um Estado sem recursos?

Se houver, efetivamente, uma concretização dos projetos existentes, teremos dado um grande passo rumo ao tão sonhado crescimento, porquanto tal concretização proporcionará uma maior garantia ao investidor privado, que saberá que a conclusão de uma obra não estará atrelada ao "sabor" de cada governante.

4 AS PPPS NO DIREITO BRASILEIRO

Como já visto anteriormente, o instituto da parceria público-privada surgiu, na esfera federal, com a edição da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, apesar de já ter sido, antes disso, normatizado em alguns estados da Federação como, v.g., em Minas Gerais (Lei nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003), Santa Catarina (Lei nº 12.930, de 4 de fevereiro de 2004), São Paulo (Lei nº 11.688, de 19 de maio de 2004), Goiás (Lei nº 14.910, de 11 de agosto de 2004).

Essas leis estaduais continuarão a ser aplicadas naquilo que não contrariarem as normas gerais desse instituto, uma vez que se trata de matéria de competência privativa da União, estatuída no art. 22, XXVII, da Norma Ápice.

Logo, a aplicabilidade das leis estaduais sobre PPPs dependerá de sua compatibilização com a Lei Federal nº 11.079/04¹.

As PPPs, então incluídas em um contexto de evolução que teve início com as privatizações, prosseguiu com a outor-

¹ MILESKI, Hélio Saul. Parcerias público-privadas: fundamentos, aplicação e alcance da lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da Lei nº 11.079, de 30.12.2004. *Interesse Público*, Porto Alegre, n. 6, nº 29, p. 79, jan./fev. 2005.

ga de concessões tradicionais para desenvolvimento de projetos de infra-estrutura e atinge, nesse momento, o seu apogeu, mediante o esforço e o engajamento conjunto do Estado e do setor privado².

4.1 Conceito

O artigo 2º da Lei nº 11.079/04 define o instituto da parceria público-privada como um "contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa".

Um dos elementos característicos dessa modalidade contratual é a longa duração dos contratos, sendo permitida a amortização dos investimentos³.

A modalidade patrocinada, prevista no art. 2º, § 1º, da Lei de Parceria, consiste na concessão de serviços públicos ou de obras públicas em que o parceiro privado terá como remuneração, além da tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária advinda do parceiro público. Essa modalidade é uma forma de estimular o investimento privado em setores que não sejam economicamente atrativos.

Já a modalidade administrativa, estatuída no art. 2º, § 2º, do mesmo diploma legal, consiste num contrato de prestação de serviços em que a administração pública é, direta ou indiretamente, a usuária, ainda que esse serviço envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Observa-se, destarte, que o elemento distintivo entre as duas modalidades de PPPs consiste na forma de remuneração do parceiro privado.

¹ PINTO, José Emilio Nunes. A percepção de risco nas parcerias público-privadas e a Lei nº 11.079/2004 e seus mitigantes. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 9, n. 549, 7 jun. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6156>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

² SUNDNFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDNFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 31.

Enquanto, na parceria patrocinada, o parceiro privado terá como remuneração, além da tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária advinda do parceiro público; na parceria administrativa, não será cobrada nenhuma tarifa dos usuários, cabendo à concedente a contraprestação pecuniária ao parceiro privado.

Mister se faz ressaltar que, em ambos os casos, haverá a contraprestação pecuniária do parceiro-público ao parceiro-privado, independentemente de o parceiro privado ser remunerado, conjuntamente, com outras receitas não tributárias.

Convém observar que as leis estaduais conferiram um conceito mais amplo de parceria público-privada do que o adotado pelo diploma federal. A exemplo disso, podemos citar a lei mineira⁴ que assim dispõe, em seu art. 1º, parágrafo único:

As parcerias público-privadas de que trata esta Lei constituem contratos de colaboração entre o Estado e o particular por meio dos quais, nos termos estabelecidos em cada caso, o ente privado participa da implantação e do desenvolvimento de obra, serviço ou empreendimento público, bem como da exploração e da gestão das atividades deles decorrentes, cabendo-lhe contribuir com recursos financeiros, materiais e humanos e sendo remunerado segundo o seu desempenho na execução das atividades contratadas.

Conceituar um instituto jurídico consiste em individualizá-lo, em caracterizá-lo. Assim, reputamos que a conceituação de PPP preconizada na Lei nº 11.079/04 é precária, imperfeita, uma vez que não contém todos os elementos necessários a essa caracterização, a essa individualização.

Destarte, entendemos que parceria público-privada (PPP) consiste em um contrato administrativo de concessão, na

⁴ Lei nº 14.868/03 - MG.

modalidade patrocinada ou administrativa, celebrado a longo prazo, mediante o qual o Estado delega a um sujeito privado, por meio de licitação, a prestação de um serviço público, para que o faça nos termos fixados em lei e tendo como remuneração as tarifas cobradas aos usuários e/ou a prestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

4.2 Natureza jurídica

Na parceria, para o parceiro privado, a prestação do serviço é um meio pelo qual se obtém o fim desejado, o lucro. Já para o parceiro público, o Estado, o lucro propiciado ao parceiro privado é um instrumento de busca do objetivo estatal: a boa prestação do serviço. Esse é o mesmo raciocínio defendido por Celso Antônio Bandeira de Mello⁵, no tocante às concessões, e que pode ser plenamente aplicável às parcerias.

Desse modo, podemos concluir que a PPP é um instituto que tem a natureza jurídica de contrato administrativo.

4.3 Objetivos

A PPP consiste na mais nova figura jurídica introduzida pela Reforma do Estado, com o fito de: a) suprir a necessidade de infra-estrutura básica nas áreas de saúde, transportes, telecomunicações, saneamento, educação, energia, habitação, dentre outras, com a ampliação de novos negócios; b) atrair investidores; c) captar recursos, viabilizando sua melhor aplicação.

Para conseguir tal intento, os contratos de PPP maleabilizam⁶ as tradicionais regras de contratação com o setor público.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 668-669.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. As PPPs sob fogo cruzado. *SaraivaJur*. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/doutrina/ArtigosDetalhe.cfm?doutrina=600>>. Acesso em: 12 jan. 2005.

Assim sendo, esse novel instituto, já materializado em alguns estados da Federação, surge, no âmbito federal, com grandes desafios, dentre os quais o de concretizar projetos até então inviáveis, ou seja, realizar projetos que o Estado, tendo em vista suas restrições orçamentárias e o esgotamento de sua capacidade de endividamento, por si só, não seria capaz de implementar, e projetos que a iniciativa privada, ou seja, o particular, não teria interesse de, sozinho, implementar, em razão do elevado grau de risco, sem as devidas garantias.

Atingidos seus objetivos, as PPPs contribuirão de forma decisiva para que o Estado resgate sua autonomia financeira, voltando a ser um fator de desenvolvimento econômico e social.

4.4 Disciplinamento e competência legislativa

Como já consignado, a PPP, no âmbito da administração pública federal, é disciplinada pela Lei nº 11.079/04, aplicando-se, adicional ou subsidiariamente, conforme o caso, as Leis nºs 8.987/95 (Lei de Concessões), 9.074/95 e outras correlatas, como estatui o art. 3º, *caput* e § 1º, daquele diploma jurídico.

Aplicar-se-á, também, às PPPs, a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), a Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), a Lei nº 4.595/64 e a Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem).

A competência legislativa, no caso das PPPs, é de natureza dúplex, tendo em vista a omissão do art. 175 da Lei Maior, no que concerne à previsão de lei federal para tratar amplamente a matéria.

Fazendo uma análise dos arts. 22, inciso XXVII; 24, § 3º; e 30, inciso II, da CF, conclui-se, assim, que compete à União o disciplinamento das normas gerais das parcerias, ficando cada unidade da Federação com a competência de editar normas suplementares disciplinadoras do instituto. Essa é

a duplicidade a que nos referimos. A competência dos Estados, neste caso, é concorrente.

Essas normas gerais, no dizer de Lúcia Valle Figueiredo⁷, “dirigem-se aos legisladores e intérpretes como normas de sobredireito.” Diz, ainda, a professora, que “estas normas condicionam, nas matérias em que a competência existe, a legislação ordinária da pessoa política, também competente para legislar”.

Oportuno lembrarmos, aqui, que as leis sobre parcerias editadas pelos estados antes mesmo da promulgação da Lei nº 11.079/04 continuarão a vigorar naquilo que não contrariarem as normas gerais estabelecidas nessa lei.

4.5 Requisitos preliminares para contratação

A PPP é uma forma de concessão de serviço público com características próprias, que a diferem do modelo tradicional de concessão, sobremaneira no tocante às garantias oferecidas pelo poder concedente e às formas de remuneração da concessionária.

Do mesmo modo que as concessões em geral, o instituto da PPP tem como requisito prévio para celebração de seu contrato a instauração de processo licitatório, que obedecerá ao previsto na Lei de Parcerias (Lei nº 11.079/04) e também ao preconizado na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93).

4.6 Edital

O edital é o instrumento convocatório da licitação.

No caso das PPPs, o edital deverá conter uma minuta do contrato e a indicação expressa de que a licitação subme-

⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 93.

ter-se-á ao preconizado na Lei nº 11.079/04, observando, também, naquilo que couber, as disposições aplicáveis da Lei nº 8.987/95.

Caberá ao parceiro público a elaboração do edital, que conterà, também, dentre outros requisitos:

- a) a descrição minuciosa do objeto da parceria, o seu prazo de duração e os objetivos a serem alcançados;
- b) as condições concretas necessárias à prestação adequada do serviço;
- c) o prazo para apresentação das propostas, julgamento e assinatura do contrato;
- d) as condições para que sejam prestadas todas as informações necessárias ao licitante;
- e) os requisitos necessários para participação e habilitação;
- f) os critérios que serão utilizados para reajuste e revisão da tarifa.

O edital irá definir a forma de apresentação das propostas econômicas, podendo ser admitidas propostas escritas em envelopes lacrados ou propostas escritas seguidas de lances em viva voz, os quais serão oferecidos sem limite de quantidade e sempre na ordem inversa da classificação das propostas escritas. Todavia, o instrumento convocatório poderá limitar a apresentação de lances em viva voz, somente admitindo o oferecimento de lances daqueles licitantes cuja proposta escrita seja até 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

Poderá o edital prever que o licitante garanta a sua proposta no equivalente a até 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

Quando o parceiro público oferecer garantias de sua contraprestação ao parceiro privado, estas deverão constar do edital, como preconiza o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 11.079/04.

Poderá prever também o edital a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, bem como a adoção de mecanismos privados de resolução de disputas, até mesmo a arbitragem para dirimir possíveis conflitos referentes ao contrato.

Poderá, ainda, estar prevista no instrumento convocatório a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou, ainda, de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório⁸.

É preciso, porém, uma atenção especial na aplicação dessa regra⁹, para que não haja desvirtuamentos. Não se pode admitir que, sob o pretexto de sanear falhas, complementar insuficiências ou mesmo realizar correções de caráter formal, um licitante, sabedor do conteúdo das propostas dos demais, venha alterar substancialmente¹⁰ a sua, afetando a igualdade do procedimento.

4.7 Licitação

A Lei Maior estabelece, em seu art. 175, que a prestação de serviço público é uma incumbência do Estado, que poderá prestá-lo diretamente ou sob regime de concessão, porém, sempre por meio de licitação.

A PPP, como uma espécie de concessão, não poderia afrontar esse disciplinamento constitucional. Assim, a cele-

⁸ BLANCHET, Luis Alberto. *Parcerias público-privadas*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 78-79.

⁹ Art. 12, inc. IV, da Lei de PPPs.

¹⁰ LOPES, Pedro Câmara Raposo. Anotações preliminares à Lei nº 11.079/2004. *Parceria público-privada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 555, 13 jan. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6169>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

bração de seus contratos será sempre precedida de licitação na modalidade concorrência tradicional, podendo, também, ser adotado o procedimento concorrência-pregão, criado a partir do modelo da Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02).

Esse tipo de modalidade de concorrência tradicional, nos termos do art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666/93, "é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objetivo".

Já no procedimento concorrência-pregão, admite-se a inversão de fases e o saneamento de falhas documentais de índole formal. Admite-se também que, após a etapa de abertura das propostas lacradas, o vencedor seja determinado por lances de viva voz (arts. 13; 12, IV; 12, III, e § 1º da Lei de PPPs).

Importante ressaltar que a concorrência-pregão a que nos referimos não constitui uma nova modalidade licitatória e sim um procedimento aplicável às PPPs. A concorrência-pregão consiste numa mesclagem dos procedimentos adotados nas modalidades concorrência e pregão.

A instauração do processo licitatório para contratação de PPP pressupõe a observância de alguns requisitos constantes do art. 10 da Lei nº 11.079/04. São eles:

- autorização fundamentada da autoridade competente que demonstre: a conveniência e a oportunidade da contratação por meio da modalidade PPP; a não-afetação das metas e dos resultados fiscais previstos na Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) pelas despesas criadas ou acrescidas, devendo seus efeitos financeiros seguintes ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e conformidade com os limites e condições estabelecidos

na LRF no tocante às obrigações contraidas pela administração pública, com relação ao objeto do contrato;

- estimativa do impacto orçamentário-financeiro durante o prazo do contrato de PPP;

• declaração do ordenador de despesa, na qual fique explicitado que as obrigações contraidas pela administração pública no curso do contrato são compatíveis com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e previstas na Lei de Orçamento Anual (LOA);

- estimativa do fluxo de recursos públicos, de maneira que seja verificada a possibilidade de cumprimento das obrigações contraidas pela administração pública;

- previsão do objeto do contrato no PPA;

• sujeição da minuta do edital e do contrato à consulta pública, pelo prazo mínimo de trinta dias e até sete dias antes da data prevista para a publicação do edital, em que conste, explicitamente, as razões da contratação, o seu objeto do contrato, o prazo de duração e o valor estimado;

- existência, dependendo da natureza do contrato, de licença ambiental ou de expedição de diretrizes para o licenciamento.

Convém lembrar, também, que as concessões patrocinadas dependerão de autorização legislativa específica, quando mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela administração.

4.8 Pré-qualificação ou pré-classificação

Antes de se proceder ao julgamento da licitação, poderá ser realizada uma pré-qualificação das propostas técnicas apresentadas, que poderão ser ofertadas por escrito, simplesmente, ou por escrito, seguidas de lances em viva voz.

O licitante que não alcançar a pontuação mínima exigida será prontamente desclassificado, deixando, dessa forma, de participar das etapas subseqüentes.

O exame prévio dessas propostas técnicas, tanto para efeito de qualificação como para efeito de julgamento, proceder-se-á por meio de ato motivado, fundado em exigências, parâmetros e indicadores de resultado relativos ao objeto, que deverão estar definidos de forma clara e objetiva no edital de convocação.

4.9 Julgamento

O julgamento da licitação na PPP obedecerá aos critérios da menor tarifa do serviço público a ser prestado e o da menor contraprestação da administração. Esses critérios poderão ser adotados isoladamente ou em conjunto com o da melhor técnica, conforme preceitua o art. 12, II, da Lei de PPPs, c/c o art. 15, I e V, da Lei de Concessões.

Nos critérios em que houver necessidade de análise de propostas ou questões técnicas, esta análise proceder-se-á, conforme já afirmamos linhas atrás, por meio de ato motivado, fundado em exigências, parâmetros e indicadores de resultado relativos ao objeto, definidos de forma clara e objetiva no edital de convocação.

Essa questão dos critérios de julgamento é um outro ponto que vem nos deixando bastante apreensivos, preocupação esta externada antes mesmo da aprovação da Lei de Parcerias.

A preocupação que ora externamos foi objeto de apreciação também pelo professor Toshio Mukai¹¹, em sua recente obra sobre PPP.

A possibilidade de haver um direcionamento nas licitações de contratos tão vultosos e celebrados a longo prazo é algo que merece, no mínimo, uma maior reflexão.

A combinação desses critérios, conforme determinado em lei, permite, a nosso ver, um dirigismo nas licitações, notadamente naquelas de serviços predominantemente intelectuais, em que, logicamente, haverá uma previsão de peso maior para nota relativa à técnica e de peso menor para a nota relativa ao preço.

O estabelecimento discricionário de pesos para os critérios de técnica e de preço dá margem a um julgamento subjetivo, numa grave afronta ao princípio basilar das licitações: o do julgamento objetivo (art. 3º da Lei 8.666/93), afrontando também o preconizado no art. 12, § 2º, da Lei de PPPs.

Para que isso não venha a ocorrer, faz-se necessário que, na ocasião da análise de questões ou propostas técnicas, os parâmetros e indicadores de resultado fixados no edital estabeleçam um peso menor para a questão da técnica, de maneira tal que o resultado final seja objetivo, ou seja, que o julgamento do preço (julgamento objetivo) prevaleça sobre o julgamento da técnica (julgamento subjetivo).

Na PPP poderá ocorrer a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, desde que essa alteração esteja prevista no edital.

Ocorrendo essa inversão, uma vez concluída a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, proceder-se-á à abertura do invólucro no qual constem os documentos de classificação do licitante mais bem colocado, para

¹¹ MUKAI, Toshio. *Parcerias público-privadas*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. p. 21 - 25.

que se possa verificar se ele atendeu às exigências previstas no instrumento convocatório.

Uma vez preenchidos os requisitos do edital, o licitante será declarado vencedor.

Na hipótese de inabilitação do licitante mais bem classificado por inobservância das exigências do edital, serão, sucessivamente, chamadas as propostas subseqüentes, até aquela que vier a atender tais exigências.

Satisfeitos os requisitos do edital, será proclamado o final do certame e procedida à adjudicação do objeto ao vencedor, nas mesmas condições técnicas e econômicas que ele ofertou.

5 PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO (PAC) - DISPOSIÇÕES GERAIS

O PAC é um programa de desenvolvimento que tem como objetivo a aceleração do crescimento econômico, o aumento do emprego e a melhoria das condições de vida da população brasileira.

A necessidade de crescimento é algo premente para o nosso País, todavia é preciso que esse crescimento se dê de forma não apenas acelerada, mas de maneira sustentável, em que haja um real aumento da taxa de investimento da economia brasileira. Tudo isso, associado a medidas que venham proporcionar a inclusão social e uma melhora na distribuição de renda.

5.1 Conceito e objetivos

O PAC consiste em um conjunto de medidas destinadas¹² a:

¹² Programa de Aceleração do Crescimento 2007-2010. Governo Federal. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/noticias/pac/070122_PAC.pdf> Acesso em: 19 mar 2007.

- incentivar o investimento privado;
- aumentar o investimento público em infraestrutura; e
- remover obstáculos (burocráticos, administrativos, normativos, jurídicos e legislativos) ao crescimento.

O PAC pretende aplicar, no quadriênio 2007/2010, conforme o programa apresentado¹³, um total de investimentos em infra-estrutura da ordem de R\$ 503,9 bilhões, divididos em R\$ 67,8 bilhões do orçamento do governo central e R\$ 436,1 bilhões provenientes de estatais federais e do setor privado, organizados da seguinte forma:

- logística (rodovias, ferrovias, portos, aeroportos e hidrovias);
- energia (geração e transmissão de energia elétrica, petróleo e gás natural e combustíveis renováveis);
- infra-estrutura social e urbana (saneamento, habitação, transporte urbano, luz para todos e recursos hídricos).

Vê-se, assim, que o PAC tem como objetivo¹⁴ estimular, prioritariamente, a eficiência produtiva dos principais setores da economia; impulsionar a modernização tecnológica; acelerar áreas já em expansão, ativando áreas deprimidas; aumentar a competitividade e integrar o Brasil com o Brasil, com seus

¹³ Ibid.

¹⁴ PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO 2007-2010. Governo Federal. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/noticias/pac/070123_PAC_impresi.pdf> Acesso em: 19 mar 2007.

vizinhos e com o mundo. Enfim, romper barreiras e superar limites.

5.2 Principais medidas e conseqüências

O setor privado é responsável pela maior parcela do investimento no Brasil, assim, para que haja um aumento desses investimentos é necessário que, além da realização de negócios adequados, tenhamos um ambiente regulatório forte.

O PAC adotará medidas destinadas a facilitar a implementação de investimentos em infra-estrutura e aperfeiçoamento desse marco regulatório, de maneira a criar um ambiente institucional/legal que favoreça a elevação do investimento privado.

No tocante ao processo licitatório o PAC impõe medidas que visam a sua adequação às novas tecnologias de informação, aumentando a transparência e a eficiência nas contratações governamentais. São elas¹⁵:

- possibilidade de inversão das fases licitatórias;
- utilização de meios eletrônicos em todas as modalidades de licitação;
- inclusão de fase saneadora;
- criação do cadastro nacional de registro de preços;
- diminuição dos prazos e fases recursais;
- uso de novas ferramentas tecnológicas para verificação da habilitação; e

¹⁵ Ibid.

- substituição da publicação em Diário Oficial por publicação em meio eletrônico, via internet.

Uma outra medida de grande impacto será a redução consistente da Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), de 9,75% ao ano para 6,50%, o que irá reduzir os custos de investimentos em infra-estrutura.

A expansão desses investimentos em infra-estrutura será preponderante para que haja uma aceleração do desenvolvimento sustentável, com a eliminação dos gargalos para o crescimento da economia; aumento da produtividade e superação dos desequilíbrios regionais e das desigualdades sociais.

Mister se faz ressaltar que, para haver uma superação desses gargalos, faz-se necessário, entre outros aspectos, que haja¹⁶ um planejamento estratégico de médio e longo prazos, com a existência de instrumentos financeiros adequados; o fortalecimento da competitividade; parcerias entre o setor público e o investidor privado e a articulação entre os entes federativos.

5.3 Recuperação dos projetos existentes

O PAC busca a obtenção de resultados em curto espaço de tempo. Para isso, não se limitou, apenas, à implementação de novos projetos.

A recuperação da infra-estrutura existente e a conclusão dos projetos em andamento consistem em um elemento caracterizador desse novo programa.

Convém ressaltar que de nada adiantaria termos a execução de projetos estruturadores, se cada um deles agisse *de per se stante*.

¹⁶ PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO 2007-2010. Romper Barreiras e superar limites. Investimento em infra-estrutura. Disponível a partir de: <<http://www.planejamento.gov.br>> Acesso em: 19 mar. 2007.

Faz-se necessário, outrossim, que haja uma sinergia entre esses projetos, de forma a proporcionar um crescimento conjunto de toda a infra-estrutura do País.

5.4 Do Comitê Gestor

O PAC prevê a criação do Comitê Gestor do Plano de Aceleração do Crescimento (CGPAC), que será composto por membros do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Fazenda e da Casa Civil, tendo como objetivo coordenar as ações necessárias à implantação do PAC, em conjunto com os ministérios setoriais responsáveis pelas medidas.

6 CONCLUSÃO

O Estado brasileiro vive uma crise de investimentos sem precedentes, em que a falta de recursos para realização de obras estruturadoras tem sido a grande questão.

Com o objetivo de tentar sair dessa crise, o governo federal, no final de 2004, editou, inicialmente, dentre outras medidas, a Lei de Parcerias Público-Privadas (PPPs), que desponta como a grande saída para que o Estado retome sua capacidade de realização de políticas públicas.

Num segundo momento, pouco mais de dois anos depois da edição dessa lei, o governo federal lançou o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), como mais uma forma de proporcionar ao Estado a retomada do tão almejado crescimento econômico, desta feita, mediante o aumento do investimento público.

Assim, temos, de um lado, as PPPs, em que a questão basilar é o incentivo ao aporte de recursos por parte do investidor privado, e, do outro, o PAC, no qual, paralelamente ao apoio dado ao investidor privado, deparamo-nos com o desejo de aumentar o investimento público.

São questões, no mínimo, incongruentes, para não dizer discrepantes, ante a realidade que vivemos, na qual o Estado não dispõe de nada, ou quase nada, para investir.

Em vez de o governo se preocupar em lançar mão de uma quantidade enorme de medidas, deveria procurar dar efetividade àquelas já existentes.

Para que o investidor privado possa aportar recursos em determinados projetos, faz-se necessário que haja um mínimo de credibilidade para que esses projetos não tenham solução de continuidade, independente de quem seja o governante e de sua coloração partidária.

O que temos evidenciado, na prática, é que quase a totalidade das medidas apresentadas por um governante são simplesmente "relegadas" por parte do seu sucessor, a pretexto de que não mais atenderiam ao interesse público.

As PPPs já provaram ser bastante eficientes em diversos países do mundo, a exemplo da Inglaterra, dos Estados Unidos, do Chile, dentre outros, devendo, tão-somente, ser aprimoradas dentro de nosso contexto político-econômico.

Quanto PAC, excetuando-se a questão de aumento do investimento público, que foge a nossa realidade, é uma espécie de PPP, que tem como fim precípua proporcionar ao Estado a retomada da sua capacidade de empreender obras estruturadoras.

Diante dessas duas realidades, o que se espera é um conduta séria de nossos representantes.

O que o Estado brasileiro realmente precisa, conforme reiteramos, é da implementação e da continuidade de projetos que realmente atendam ao fim social, e não de uma superposição de medidas tomadas ao sabor de cada novo governante e jogadas para sociedade como parte de mais um show pirotécnico e eleitoreiro.

7 REFERÊNCIAS

BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas**. Curitiba: Juruá, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. As PPPs sob fogo cruzado. **Saraivajur**. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/doutrina/ArtigosDetalhe.cfm?doutrina=600>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

LOPES, Pedro C. Raposo. PPP é nova modalidade de concessão de serviços públicos. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32275,1>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILESKI, Helio Saul. Parcerias público-privadas: fundamentos, aplicação e alcance da lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da Lei nº 11.079, de 30.12.2004. **Interesse Público**, Porto Alegre, a. 6, n. 29, p. 63-92, jan/fev de 2005.

MUKAI, Toshio. **Parcerias público-privadas**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

PINTO, José Emílio Nunes. A percepção de risco nas parcerias público-privadas e a Lei nº 11.079/2004 e seus mitigantes. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6156>>. Acesso em: 12 jun. 2005.

PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO 2007-2010. Governo Federal. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/noticias/pac/070122_PAC.pdf> Acesso em: 19 mar 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DE GRATUIDADES AOS SERVIÇOS CARTORÁRIOS: NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E FINANCEIRO DA ATIVIDADE EXERCIDA MEDIANTE DELEGAÇÃO

Gustavo Stephan Pedrosa Figueredo
Bacharel em Direito, Pós-Graduando lato sensu em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Estupe, Servidor Público Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS: 1.1 Origem histórica dos Cartórios. 1.2 Modelo Brasileiro. 1.3 Natureza Jurídica da Delegação. 2 INCONSTITUCIONALIDADE DA GRATUIDADE DOS SERVIÇOS CARTORÁRIOS DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS SEM PREVISÃO DE RESSARCIMENTO: 2.1 Gratuidades dos atos do Registro Civil de Pessoas Naturais. 2.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria. 2.3 Elementos de inconstitucionalidade da gratuidade. 3 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, preferiu-se a abordar um tema que converda por uma seara pouco debatida nos bancos acadêmicos

do curso de direito: a discussão acerca da constitucionalidade de imposições legais de gratuidades, sem previsões de retribuição, dos atos praticados pelos serviços cartorários extrajudiciais, assunto de inegável relevância social.

Neste mister, grandes obstáculos emergiram, tais como a escassez de doutrina que dispusesse sobre a matéria. Por outro lado, essa dificuldade canalizou ainda mais empenho para a opção temática, tendo em vista que, como se trata de uma questão da qual a comunidade acadêmica em geral dispõe de pouca informação, estudá-la significa poder dar uma maior contribuição científica.

Desta feita, na feitura deste texto, fez-se uso de pesquisas bibliográficas, coletânea de jurisprudência por meio de recursos eletrônicos e legislação. Contudo, tornaram-se indispensáveis numerosas pesquisas de campo, que se efetivaram junto ao FERC-PE - Fundo Especial do Registro Civil. A mencionada pesquisa *in loco* mostrou-se de importância ímpar para aquisição de dados que se destacam no conteúdo deste estudo, conforme se observará no decorrer da apresentação.

O texto foi sistematizado em 3 (três) capítulos. O primeiro teca comentários gerais sobre o Registro Civil de Pessoas Naturais. Nele se expôs sobre as origens históricas dos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais, o modelo brasileiro e a natureza jurídica das delegações.

O segundo capítulo principia as análises propriamente ditas da problemática proposta, elencando-se os exemplos atuais de gratuidades suportadas pelas delegações privatizadas de registro civil. Por fim, discorreu-se sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente à matéria.

O climax dos questionamentos, porém, foram sintetizados no subcapítulo 3.3, que primou por produzir várias elucubrações no que tange à prestação de serviços públicos *latu sensu* no âmbito de serventias de caráter privado, bem como apreciou a *questio iuris* da constitucionalidade face às determinações de gratuidades, à luz do direito adquirido e do princípio constitucional da capacidade contributiva. Deu-se enfoque à interpretação da limitação disposta no art. 5º, inciso LXXVI, da Constituição Federal de 1988, que define quem de direito deve ser beneficiário de isenção de emolumentos no Registro Público de Pessoas Naturais, cotejando-o com o art. 236, também da Carta Magna, que define o modelo pátrio de delegações das atividades notariais e registrais.

1 REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS

1.1 Origem Histórica dos Cartórios

Uma das principais preocupações do homem, desde os primórdios da história da humanidade, é a publicidade de determinados fatos, atos e negócios jurídicos.

Observando a evolução dos registros públicos, a exemplo do registro de imóveis, verifica-se que são encontradas já em tempos remotos. Com efeito, consoante percebemos nas lições de Wilson de Sousa Campos Batalha, já no direito evoluído da Babilônia, desde o Código de Hammurabi, a propriedade já era objeto de proteção dos homens e dos deuses, conforme se constata de documentos encontrados nas ruínas do templo de Susa e depositados no Museu do Louvre. (BATALHA, 1999, p. 1). O mencionado autor assegura ainda que:

Inscrições em pedra encerravam, ao alto, figuras de divindades ou nunes tutelares e embaixo, atos reais de doação de terras, especificando-lhes os limites. A expressão

'koudourrou' designava não apenas o limite das propriedades, como também denominava a pedra em que o ato fora gravado e, por extensão, o próprio ato mercê do qual se indicavam os lindes da propriedade imóvel 'para toda a eternidade'

Constata-se, contudo, que, comparado com as diversas outras especialidades de registros públicos existentes na atualidade - O Tabelionato de Notas, Registro de Contratos Marítimos, Protesto de Títulos, Registro de Imóveis, Registro de Títulos e Documentos, Registro de Pessoas Jurídicas - o Registro Civil de Pessoas Naturais é prática recente na história das civilizações. Isso está bem apontado nos ensinamentos de Miguel Maria Serpa Lopes, segundo o qual no Direito Romano não há relatos da filiação histórica da importante instituição que é o Registro Civil das Pessoas Naturais. Apenas no Direito Justiniano surgem os primeiros vestígios, todavia se resumindo a uma situação precária e deficiente de constituição de prova do matrimônio. Os primeiros usos religiosos e civis que originaram o registro civil, foram introduzidos, tão-somente, na Idade Média e nos primeiros séculos da Idade Moderna. (LOPES, 1995, p. 23)

O Registro Civil de Pessoas Naturais no Brasil é uma atividade cujo desenvolvimento se deve às práticas registrares da Igreja Católica.

Desde a Idade Média, a Igreja sempre se preocupou em documentar os nascimentos, óbitos e casamentos, inscrevendo-os nos livros paroquiais.

No período imperial, eram estreitas as relações da Igreja com o Estado, o que impunha caráter de oficialidade e fé pública aos registros eclesiásticos e aos atos dos ministros da mencionada ordem religiosa. Um exemplo disso é o fato de, até o início do século passado, as pessoas poderem provar a idade mediante apresentação de documento proveniente da Igreja: o batistério.

Com o desenvolvimento do Estado laico, surgiram as primeiras produções normativas versando sobre Registro Civil. Assim, em 1851, tratou-se de mandar executar o regulamento do registro dos nascimentos e óbitos. Em 11 de setembro 1861, surge o decreto legislativo nº 1.144 que determinou serem extensivos os efeitos civis dos casamentos celebrados na forma das leis do império aos acatólicos e decidiu-se que fosse regulado o registro e provas desses casamentos, nascimentos e óbitos. Estatuiram-se, ainda, as condições necessárias para que os pastores das outras religiões pudessem praticar atos passíveis de aceitação pelo Registro Civil. (BATALHA, 1999, p. 24)

Para que tivesse execução o art. 2º desse decreto, foi expedido, em 17 de abril de 1863, o decreto nº 3.069, disciplinando a forma do registro. Também, em 10 de fevereiro de 1864, um aviso de nº 38, provindo de consulta da seção do Império, do Conselho do Estado, diferenciou os casos em que poderiam ser tomadas em registros as certidões ou atos religiosos celebrados por representantes e pastores de outras religiões diversas da oficial. Publicaram-se, então, nos jornais de maior circulação, os nomes dos ditos representantes e pastores que tinham os seus títulos registrados na forma do art. 52 do mencionado diploma de 1863.

Em 21 de outubro de 1865, um outro aviso, o de número 491, também oriundo de consulta ao Conselho de Estado, decidiu que os casamentos celebrados só civilmente não produziram efeitos legais. Já em 25 do mesmo mês e ano, adveio o aviso de número 495. Esse regulou quais os casos em que os casamentos mistos, para obterem legitimidade, podiam ser exclusivamente celebrados com a intervenção do ministro católico ou de outro sacerdote por ele autorizado, na presença de duas ou três testemunhas, após ter recebido a dispensa do impedimento e de assinar à parte o compromisso de educar os filhos conforme os preceitos da religião católica.

Em 1887 foi autorizada a organização dos serviços. Contudo, apenas em 1888 foi expedido o novo regulamento para o registro civil dos nascimentos, casamentos e óbitos. Esse regulamento entrou em vigor em 1 de janeiro de 1889.

Hodiernamente, o sistema registral brasileiro tem a Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973 como diploma normativo basilar, cujos arts. 29 a 113 tratam especificamente do Registro Civil de Pessoas Naturais, disciplinando as exigências da lavratura de cada ato, abordando, portanto, os aspectos procedimentais da atividade juntamente com a Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1994, que disciplina principalmente a organização e o funcionamento das serventias notariais e registrais.

1.2 Modelo Brasileiro

O sistema de Registro Civil de Pessoas Naturais brasileiro é um Serviço Público, cuja execução é delegada aos particulares.

É nessas Serventias que se praticam todos os atos tendentes a levar a termo, por meio de registro ou averbação, os principais fatos ocorridos com as pessoas naturais, dando origem aos meios probatórios de seu estado e condições civis.

O Registro Público tem como finalidade garantir autenticidade, segurança e eficácia aos atos por ele certificados. Isso decorre da confirmação de autoridade, que atribui cunho público à documentação produzida. Assim, por conta da autenticidade, o registro e as certidões expedidas têm presunção de veracidade.

Como já mencionado, outro objetivo dos Registros Públicos é a segurança que se evidencia nas remissões e informações que são feitas. Como exemplo dessa prática, no Registro

Civil de Pessoas Naturais, têm-se as comunicações feitas pelo Cartório onde tramitou o processo de Casamento Civil, para os Cartórios onde consta o Registro de Nascimento, pois, neste último, deve ser averbada, na margem do termo do respectivo Registro de Nascimento, a alteração do estado civil daquela pessoa, ou seja, passará a constar a inscrição de que se casou, a localidade, o cartório, a data e o nome de cônjuge. Dessa forma, quando se averba no registro de nascimento a ocorrência do casamento de uma pessoa em qualquer cartório do país, não poderá mais constar outra averbação de casamento sem que se tenha efetivado o respectivo divórcio. Como se vê, o sistema atual é eficiente por prevenir uma série de crimes, tais como o de bigamia, evitando que se atente contra a instituição da família, bem como contra o próprio Estado.

Ainda tratando da finalidade dos Registros Públicos, ensina, com propriedade, Walter Ceneviva sobre a eficácia deles:

Eficácia é aptidão de produzir efeitos jurídicos, calculada na segurança dos assentos, na autenticidade dos negócios e declarações para eles transpostos. O registro, propiciando publicidade em relação a todos os terceiros, no sentido mais amplo, produz o efeito de afirmar a boa-fé dos que praticam atos jurídicos baseados na presunção de certeza daqueles assentamentos. Além dos fins expressos no art. 1º os registros cumprem a essencial função de assegurar, enquanto serviços de organização técnica e administrativa dos direitos a que se referem, a publicidade dos atos jurídicos. (CENEVIVA, 2001, p. 5)

Os Registros Públicos, de uma forma geral, visam obter os seguintes efeitos jurídicos: a) constitutivos, que dão origem ao direito. Tem-se como exemplo deste tipo de efeito, no Registro Civil de Pessoas Naturais, a emancipação; b) compro-

batórios, pois o registro representa meio de prova, buscando inculcar veracidade ao ato do qual se certifica. No Registro Civil este efeito é demonstrado pela certidão de óbito; c) publicitários: com este efeito, os atos inseridos em Registro Público ficam à disposição do conhecimento de todos, sendo possível a solicitação de certidão por qualquer pessoa.

O Estado brasileiro tem seu modelo esculpido na Constituição Federal de 1988, art. 236, dispondo que será em caráter privado, mediante delegação do Poder Público, a execução da atividade notarial e de registro, mediante fiscalização do Poder Judiciário. É mister não olvidar que, não obstante ser uma atividade executada em caráter privado, não deixa de ser considerada uma prestação de serviço de natureza pública *latu sensu*.

Como se trata de uma atividade delegada pela Administração Pública, sujeita-se ao que preceitua o art. 37, § 6º, da Carta Magna de 1988, que impõe a responsabilidade objetiva, de modo que os titulares das Serventias Notariais e Registrais respondem pelos danos que eles ou seus prepostos causarem a terceiros, sendo assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Contrastando-se com o modelo brasileiro, destacam-se os exemplos italiano e francês, haja vista não serem os serviços executados em caráter privado, ou seja, são exercidos por órgãos do Poder Executivo das respectivas cidades. Traçando-se um paralelo com o modelo de organização político-administrativo pátrio, dir-se-ia que as atividades registrais de pessoas naturais naqueles países são executadas pelas Prefeituras Municipais.

Não obstante essas referências de países que prestam os serviços diretamente pelo poder público, é uma tendência mundial da atualidade minimizar a atuação do Estado aos serviços de caráter eminentemente público, a exemplo do

apaziguamento dos conflitos sociais por meio das decisões jurisdicionais, assim como dos atos de polícia.

Nesse sentido, pode-se afirmar que uma das referências mais avançadas do mundo, em termos de Serviço de Registro Civil, é a do Chile.¹ O exemplo chileno assemelha-se muito ao modelo brasileiro, pois é, também, delegada aos particulares a incumbência pela execução da atividade. Todavia, cotejando os modelos, identificam-se distinções que residem, basicamente, na abrangência maior de tipos de serviços que são oferecidos pelas chamadas *Servicio de Registro Civil e Identificación* chilenas. Afora os atos que são igualmente solicitados nas serventias brasileiras, no modelo chileno, acrescenta-se: a expedição de cédulas de identidade, passaportes, documentos de viagem, registro de veículos automotores, habilitação para conduzir veículos automotores, antecedentes criminais, registros profissionais, registro de infrações cometidas no que tange ao consumo de substâncias entorpecentes ou psicotrópicas, registro de violência intrafamiliar, identificação datiloscópica das pessoas eleitas para cargos eletivos, etc.

1.3 Natureza Jurídica da Delegação

Como mencionado alhures, os Serviços de Registro Civil de Pessoas Naturais são um Serviço Público exercido em caráter privado.

Esses Serviços são concedidos ao particular por meio de delegação, mediante concurso público ou, em casos excepcionais, a exemplo do desinteresse ou inexistência de candidatos, impossibilitando a realização do concurso, por ato da

¹ Informações disponíveis em: <<http://www.registrocivil.cl/registro/index/index2.html>> Acesso em: 23 mar 2007.

autoridade competente, conforme previsto no art. 44 da Lei nº 8.935/95.

Conferindo as lições de Direito Administrativo de Hely Lopes Meirelles, encontramos que o Poder Público pode realizar centralizadamente seus próprios serviços, quando o faz por meio da Administração direta; ou, ao contrário, presta-lo de forma descentralizada, através da Administração indireta - autarquias, fundações e empresas públicas e sociedades de economia mista; ou, ainda, mediante entes paraestatais que não compõem a Administração direta ou indireta; ou, enfim, por meio de empresas privadas e particulares individualmente, neste último caso, quando ocorrem as hipóteses de concessão, permissão e autorização preconizadas na Carta Magna no art. 21, XII e 175. (MEIRELLES, 2003, p. 365-366)

Diante da citada classificação, pode-se sustentar que o Serviço de Registro Civil de Pessoas Naturais é um serviço público delegado pela Administração Pública ao particular, através de concessão. No entanto, deve ser afastada deste tipo de delegação de serviço público a precariedade, mencionada no conceito da Lei nº 8.987/95 que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação previsto no art. 175 da Constituição Federal, pois os serviços de que trata a Lei 8.935/95 são concedidos em caráter permanente, desde que não ocorram as hipóteses previstas em lei como condicionante da perda da delegação.

Nessa perspectiva, como indubitoso pressuposto de amadurecimento do conteúdo, impende-se verificar que a atividade notarial e registral, mesmo que exercida no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui-se de função revestida de estatalidade, em decorrência da natureza essencialmente estatal dessa atividade, de modo que está sujeita ao estrito regime de direito público. Com efeito, depreende-

se da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que aquele Pretório adota tal regramento para decidir matérias pertinentes à atividade notarial e registral, como se percebe no inteiro teor do julgamento proferido na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1378, manejada pelo Procurador Geral da República em face do Governador do Estado do Espírito Santos e Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santos, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello (DJ 30.05.1997, p. 23175).

Conceituando a concessão enquanto modalidade de delegação de serviço público ao particular, leciona Hely que:

Serviços concedidos são todos aqueles que o particular executa em seu nome, por sua conta e risco, remunerados por tarifa, na forma regulamentar mediante delegação contratual ou legal do Poder Público concedente. Serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão. (MEIRELLES, 2003, p. 366)

Determina o art. 35 da Lei nº 8.935/94, que a perda da delegação ocorrerá apenas nos casos em que houver sentença judicial transitada em julgado ou decisão proveniente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, desde que tenha sido assegurado o direito à ampla defesa.

Por conseguinte, a prática registral, por ser considerada uma atividade de natureza pública, deve atender aos princípios alusivos à execução deste peculiar serviço. Frise-se que se encontra contemplado este desiderato no dispositivo do art. 4º, da Lei 8.935/94, ao estabelecer que os serviços notariais e de registro serão prestados de forma eficiente e adequada, em dias e horários fixados pelo Juízo competente, atendidas as

peculiaridades locais, e em localidade que facilite o acesso ao público e ofereça segurança ao arquivo da serventia.

2 INCONSTITUCIONALIDADE DA GRATUIDADE DOS SERVIÇOS CARTORÁRIOS DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS SEM PREVISÃO DE RESSARCIMENTO

2.1 Gratuitades dos atos do Registro Civil de Pessoas Naturais

Na atualidade, um número elevado de atos cartorários são gratuitos, representando um custo para os agentes registradores, sem contrapartida financeira. Dentre eles, destacam-se: a elaboração e envio de relatórios para diversos entes da Administração Pública, como relatório trimestral para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, informando a quantidade de nascidos vivos, nascidos mortos (óbito fetal ou natimorto), óbitos e casamentos; além de relatório para o Ministério da Defesa, contendo os óbitos de pessoas do sexo masculino entre 17 (dezessete) e 45 (quarenta e cinco) anos, haja vista a necessidade de controle de contingente passível de mobilização para serviço das Forças Armadas. Além disso, remete-se um relatório mensal à Justiça Eleitoral, mencionando as pessoas falecidas acima de 15 (quinze) anos, incluindo-se, em anexo, as certidões de óbito. Isso tem por finalidade evitar expedição de títulos eleitorais obtidos de forma fraudulenta.

Além desses serviços, também pode ser considerada prática de ato gratuito a preparação mensal de um relatório para o INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social). Nesse documento, consta uma relação de todas as pessoas falecidas, com todos os dados possíveis, como o número do benefício previdenciário, quando se trata de pessoa que perceba aposentadoria ou pensão custeada pela Previdência Social. Demons-

tra ser esse sistema um eficiente controle de cancelamento de pagamentos dos benefícios, representando significativa economia para os cofres da União.

Como se não bastassem os atos gratuitos praticados, fornecem-se, também, certidões requisitadas pelos membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Autoridades Policiais, dentre outros.

Ademais, é fornecida pelas Serventias, em completa isenção de emolumentos, uma grande quantidade de atos oriundos da justiça gratuita, tais como: reconhecimento de paternidade, retificação de óbitos, retificação de registros, adoção, registro de emancipação, interdição, ausência, tutelas, curatelas, dentre outros diversos registros e averbações.

Nesse caso, o que agrava a situação é a confusão interpretativa que normalmente se faz das palavras "custas" e "emolumentos", tendo em vista que, em manifesta atecnia, utilizam-se inadequadamente essas expressões jurídicas. Nos atos isentos de custas se insiste, forçosamente, em isentá-los também dos emolumentos, o que demonstra equívocos, como se pode aduzir do trecho da jurisprudência do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, que ora se transcreve:

(...) O benefício da gratuidade abrange só os atos do processo (art. 9º da Lei nº 1.060/50), e, assim, não se aplica aos emolumentos devidos aos registradores, que se situam fora do processo. Além disso, a partir do advento do Art. 236 da CF/88, não se encontra recepcionadas normas da legislação local que qualificam os registradores de serventários da justiça, não se lhes aplicando, portanto, o disposto no Art. 3º, II, da Lei nº 1.060/50. A assistência jurídica integral (Art. 5º, LXXIV, da CF/88), prestada pelos órgãos do Executivo aos comprovadamente necessita-

peculiaridades locais, e em localidade que facilite o acesso ao público e ofereça segurança ao arquivo da serventia.

2 INCONSTITUCIONALIDADE DA GRATUIDADE DOS SERVIÇOS CARTORÁRIOS DO REGISTRO CIVIL DE PESSOAS NATURAIS SEM PREVISÃO DE RESSARCIMENTO

2.1 Gratuitades dos atos do Registro Civil de Pessoas Naturais

Na atualidade, um número elevado de atos cartorários são gratuitos, representando um custo para os agentes registradores, sem contrapartida financeira. Dentre eles, destacam-se: a elaboração e envio de relatórios para diversos entes da Administração Pública, como relatório trimestral para o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, informando a quantidade de nascidos vivos, nascidos mortos (óbito fetal ou natimorto), óbitos e casamentos; além de relatório para o Ministério da Defesa, contendo os óbitos de pessoas do sexo masculino entre 17 (dezessete) e 45 (quarenta e cinco) anos, haja vista a necessidade de controle de contingente passível de mobilização para serviço das Forças Armadas. Além disso, remete-se um relatório mensal à Justiça Eleitoral, mencionando as pessoas falecidas acima de 15 (quinze) anos, incluindo-se, em anexo, as certidões de óbito. Isso tem por finalidade evitar expedição de títulos eleitorais obtidos de forma fraudulenta.

Afora esses serviços, também pode ser considerada prática de ato gratuito a preparação mensal de um relatório para o INSS (Instituto Nacional da Seguridade Social). Nesse documento, consta uma relação de todas as pessoas falecidas, com todos os dados possíveis, como o número do benefício previdenciário, quando se trata de pessoa que perceba aposentadoria ou pensão custeada pela Previdência Social. Demonstra-

tra ser esse sistema um eficiente controle de cancelamento de pagamentos dos benefícios, representando significativa economia para os cofres da União.

Como se não bastassem os atos gratuitos praticados, fornecem-se, também, certidões requisitadas pelos membros do Poder Judiciário, Ministério Público, Autoridades Policiais, dentre outros.

Ademais, é fornecida pelas Serventias, em completa isenção de emolumentos, uma grande quantidade de atos oriundos da justiça gratuita, tais como: reconhecimento de paternidade, retificação de óbitos, retificação de registros, adoção, registro de emancipação, interdição, ausência, tutelas, curatelas, dentre outros diversos registros e averbações.

Nesse caso, o que agrava a situação é a confusão interpretativa que normalmente se faz das palavras "custas" e "emolumentos", tendo em vista que, em manifesta atecnia, utilizam-se inadequadamente essas expressões jurídicas. Nos atos isentos de custas se insiste, forçosamente, em isentá-los também dos emolumentos, o que demonstra equívocos, como se pode aduzir do trecho da jurisprudência do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul, que ora se transcreve:

(...) O benefício da gratuidade abrange só os atos do processo (art. 9º da Lei nº 1.060/50), e, assim, não se aplica aos emolumentos devidos aos registradores, que se situam fora do processo. Além disso, a partir do advento do Art. 236 da CF/88, não se encontra recepcionadas normas da legislação local que qualificam os registradores de serventários da justiça, não se lhes aplicando, portanto, o disposto no Art. 3º, II, da Lei nº 1.060/50. A assistência jurídica integral (Art. 5º, LXXIV, da CF/88), prestada pelos órgãos do Executivo aos comprovadamente necessita-

dos, e, por tal fato, distinta da gratuidade, que se refere a certo processo, abrange só a gratuidade do registro civil de nascimento e a certidão de óbito (Art. 5º, LXXXVI), conforme, aliás, dispôs o art. 45 da Lei nº 8.935/94, e deste modo, não autoriza o provimento questionado. (...)²

Então, é mister salientar que não se pode confundir as custas, que são as taxas pagas pelos usuários dos serviços realizados pelo foro judicial, com os emolumentos, que são as pagas pelos atos praticados pelas serventias extrajudiciais, ou seja, pelos cartórios privatizados, nos termos do art. 236 da Constituição Federal de 1988.

É mais, sublinhe-se, por oportuno, que entrou em vigor o novel Código Civil (Lei nº 10.406 de janeiro de 2002), prevendo a gratuidade também para os casamentos civis da pessoas hipossuficientes. Nesse caso, da forma como foi posta, o legislador não atentou para o problema da exclusão dos selos de autenticidade e fiscalização dos respectivos documentos, já que a utilização dos mencionados selos, adquiridos através de um convênio entre a entidade representativa da classe notarial e registradora junto a uma empresa especializada, dota os documentos expedidos pelos Serviços Registrais de uma sólida segurança e autenticidade. Isso é expressamente contrariado pelo parágrafo único do art. 1.512, *in verbis*:

Art. 1512. O casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Parágrafo Único. A habilitação para o casamento civil, o registro e a primeira certidão serão isentos de selos, emolumentos e custas, para as pessoas cuja pobreza for declarada, sob penas da lei. (grifos nossos)

As Serventias Registrais enviam ao Tribunal de Justiça de seu Estado relatório prestando contas de todos os seus atos praticados. Particularmente em Pernambuco, informa-se o que foi pago referente à TSNR (Taxa sobre Serviços Notariais e de Registro), que é uma taxa paga pelos usuários dos serviços Notariais e de Registro, recolhida pelas Serventias executoras da atividade e repassadas ao Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Como se pode observar, são muitos os atos gratuitos já praticados pelos Serviços de Registro de Pessoas Naturais, o que implica a dedução de que o Estado tem nessas Serventias um importante parceiro de promoção da cidadania. Entretanto, o Poder Público esquiva-se de dotar estas Serventias de estrutura condizente com a relevância dos serviços por elas prestados.

Neste texto, tem-se por desiderato a avaliação da constitucionalidade das determinações de gratuidades aos atos cartorários, praticados pelas delegações privatizadas de Registro Civil de Pessoas Naturais, sem que sejam estabelecidas formas devidas de ressarcimento. No entanto, a argumentação e a fundamentação se dirigem à análise da Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997, mesmo que qualquer conclusão também recaia, guardando-se as devidas proporções, sobre outras gratuidades impostas.

Isto posto, é conveniente transcrever excertos da norma, de cuja observação e análises dependerão nossas conclusões:

Art. 1º O art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, alterada pela Lei nº 7.844, de 18 de outubro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação em Mandado de Segurança. N. 593093404. Recorrido: Sindicado dos Registradores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. 2ª Câmara Cível. Relator vencido: Ramon George Von Berg. Porto Alegre, 10 de novembro de 1995. Disponível em: http://www.tj-rs.gov.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Porto+Alegre&versao=Scil_comarca=0016&num_processo=593093404.

Art. 30. Não serão cobrados emolumentos pelo registro civil de nascimento e pelo assento de óbito, bem como pela primeira certidão respectiva.

§ 1º Os reconhecidamente pobres estão isentos de pagamento de emolumentos pelas demais certidões extraídas pelo cartório de registro civil.

(...)

Art. 5º O art. 45 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 45. São gratuitos os assentos do registro civil de nascimento e o de óbito, bem como a primeira certidão respectiva.

Parágrafo único. Para os reconhecidamente pobres não serão cobrados emolumentos pelas certidões a que se refere este artigo.

2.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de apreciar a matéria pertinente às gratuidades dos atos cartorários. Como exemplo, tem-se: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1362, relatada pelo Ministro Francisco Rezek, interposta contra Lei Estadual nº 5.672 da Paraíba, que estipulava a isenção de custas e emolumentos do registro civil de nascimento, a certidão de óbito, a habilitação e a celebração do casamento, para os reconhecidamente pobres; a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1364, da relatoria do Ministro Néri da Silveira, em que se discutiu a constitucionalidade da Instrução Normativa nº 218, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que determinava a gratuidade de certidões de nascimentos, óbitos e casamentos; a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1367, cujo relator fora o Minis-

tro Moreira Alves, visando atacar Ato Normativo, da Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que isentava do pagamento de custas e emolumentos todas as partes que fossem beneficiárias da justiça gratuita; a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1369, relatada pelo Ministro Carlos Velloso, que vergastava o Provimento nº 8/93, da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça de Goiás, tendo em vista que o mencionado ato normativo obrigava os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais praticar gratuitamente seus atos, quando a parte solicitante portasse atestado de pobreza, expedido pela LBA-Legião Brasileira de Assistência. Além dessas, destaca-se, dentre outras, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1383, da relatoria do Ministro Moreira Alves, bem como a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1624, relatada pelo Ministro Marco Aurélio.

Não obstante a grande quantidade de julgados versando sobre a mesma matéria, pode-se sintetizar o posicionamento do Pretório Excelso nas seguintes decisões: Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1800 e na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 5, cujas ementas, para melhor percepção da matéria, colaciona-se abaixo:

CONSTITUCIONAL. ARGÜIDA A INCONSTITUCIONALIDADE DE ARTS. DA LEI 9.534/97. REGISTROS PÚBLICOS. GRATUIDADE PELO REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO, ASSENTO DE ÓBITO, PELA PRIMEIRA CERTIDÃO DESSES ATOS E POR TODAS AS CERTIDÕES AOS "RECONHECIDAMENTE POBRES".

Não há plausibilidade do direito alegado. Os atos relativos ao nascimento e ao óbito relacionam-se com a cidadania e com seu exercício e são gratuitos na forma da lei

art. 5º, LXXVII, portanto, não há direito constitucional à percepção de emolumentos por todos os atos que delegado do poder público pratica; não há obrigação constitucional do estado de instituir emolumentos para todos esses serviços; os serventuários têm direito de perceber, de forma integral, a totalidade dos emolumentos relativos aos serviços para os quais tenham sido fixados. Ação conhecida. Liminar indeferida.³

CONSTITUCIONAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE ARTS. DA LEI Nº 9534/97. REGISTROS PÚBLICOS. NASCIMENTO. ÓBITO. ASSENTO. CERTIDÕES. COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE A MATÉRIA. ARTS. 22, XXV E 236, §2º. DIREITO INTRÍNSECO AO EXECÍCIO DA CIDADANIA. GRATUIDADE CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDA.

Inexistência de óbice a que o estado preste serviço público a título gratuito. A atividade que desenvolvem os titulares das serventias, mediante delegação, e a relação que estabelecem com o particular são de ordem pública. Os emolumentos são taxas remuneratórias de serviços públicos. Precedentes. O direito do serventuário é o de perceber, integralmente, os emolumentos relativos aos serviços para os quais tenham sido fixados. Plausibilidade

jurídica dos Arts. 1º, 3º e 5º da lei 9534/97. Liminar deferida.⁴

Portanto, como se pode verificar na jurisprudência retrotranscrita, o entendimento da Corte Suprema, encarregada da guarda da Carta Magna, é de que não há nenhum obstáculo de ordem constitucional, a afastar a aplicação dos dispositivos da Lei nº 9.534/97, decidindo, pois, ser devida a gratuidade do registro civil de nascimento e do assento de óbito, independentemente de condição social de seu beneficiário.

2.3 Elementos de inconstitucionalidade da gratuidade

Refletindo sobre as razões da decisão do Supremo Tribunal Federal, esposadas no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.800, assim como na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 5, e submetendo-as a um aprofundamento jurídico mais percuente, desprovido do interesse de agradar à "grande mídia", de logo, percebe-se a inconsistência de sua fundamentação.

Inicialmente, percebe-se que assiste razão às alegações de que é "competência da União legislar sobre a matéria (arts. 22, XXV e 236, § 2º)." tendo em vista que, realmente, corrobora-se o entendimento de que, na observância dos requisitos formais da constitucionalidade, não se encontra nenhum fato que possa desmerecer a Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997. Isso parece claro, já que não foi estabelecida por autoridade incompetente, nem em descompasso com os procedi-

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1800. Requerente: Associação dos Notários e Registradores do Brasil - ANOREG/BR. Requerido: Presidente da República. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Nelson Jobim. Distrito Federal, 06 de abril de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 03, de outubro de 2003, v. 2.126-01, p. 10.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade Nº 5. Requerente: Procurador Geral da República. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Nelson Jobim. Distrito Federal, 17 de novembro de 1999. Diário da Justiça, 19set. 2003, v. 2.124-01, p. 13.

mentos apontados pelos preceitos constitucionais para o processo legislativo. Entretanto, a eiva da inconstitucionalidade provém do conteúdo material da norma em tela, oriundo dos vícios que se pretende evidenciar no corpo deste trabalho.

Neste diapasão, verifica-se a inconsistência da fundamentação Pretoriana ao afirmar, isoladamente, que: "os atos relativos ao nascimento e ao óbito relacionam-se com a cidadania e com seu exercício e são gratuitos na forma da Lei - art. 5º, LXXVII."

Por sua vez, o dispositivo invocado, isto é, o mencionado inciso LXXVII, do Art. 5º, da Constituição Federal de 1988, assim reza:

LXXVII - são gratuitas as ações de "habeas-corpus" e "habeas-data", e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

No entanto, no que tange à matéria de gratuidade do Registro Público de Pessoas Naturais, o próprio Art. 5º da Carta Magna, em inciso imediatamente anterior ao supracitado, ou seja, no inciso LXXVI, já elenca os atos que são submetidos à isenção da cobrança de emolumentos, senão veja-se:

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:
a) o registro civil de nascimento;
b) a certidão de óbito;

Dessa forma, percebe-se que o legislador infraconstitucional, ao aprovar a Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997, deu interpretação incongruente e desarrazoada, ampliando as gratuidades já postas, claramente, no inciso LXXVI, para todas as pessoas, incluindo-se aquelas afortunadas, que não teriam nenhum prejuízo no exercício de sua cidadania, já que

podem adquirir, de forma paga, os documentos necessários a este fim, até mesmo com o intuito de custear o funcionamento das Serventias Registrais atendendo gratuitamente as pessoas que não podem pagar pelos seus serviços.

Nessa perspectiva, aplicando-se isoladamente, *in casu*, o inciso LXXVII, Art. 5º, da CF/88, soa como considerar supérfluo e sem efeito o disposto no inciso LXXVI do mesmo artigo. Contudo, não se pode deduzir que o legislador constituinte fez uso de expressões inúteis no corpo do texto da Carta Magna, como pretende sustentar o Supremo Tribunal Federal, ao ignorar o que está preceituado no inciso LXXVI, que condiciona a gratuidade dos atos registrais à situação social do beneficiário.

Ademais, conclui-se que é, no mínimo, de bom alvitre não dar interpretação forçosamente extensiva a um dispositivo constitucional de inteligência clara, quando tal exegese torne incompatível a manutenção de outro dispositivo da mesma constituição, que neste caso se refere ao art. 236, uma vez que este artigo, tratando das serventias notariais e registrais, preceitua a garantia de "percepção de emolumentos" no exercício dessas atividades. Bem como o "caráter privado da delegação", os quais restam comprometidos diante da desmedida imposição de gratuidades, sob a maior parte dos seus atos, sem nenhum mecanismo de ressarcimento público ou privado dos mesmos.

Outrossim, como se percebe, deixou o legislador infraconstitucional cair no esquecimento o que está preceituado no art. 236, § 2º, da CF/88, o qual assevera que "Lei Federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços Notariais e de Registro", o que deixa pasmo qualquer intérprete que tente compatibilizar este dispositivo constitucional com a Lei ora discutida (Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997), uma vez que esta, em sentido diametralmente oposto, busca obviamente privar o profissional que

executa os serviços mencionados da percepção dos emolumentos, previstos no dispositivo constitucional referido.

Além disso, é indubitável o direito à percepção integral dos emolumentos, já se tratava de direito incorporado ao patrimônio jurídico das pessoas investidas na função pública de Oficial de Registro Civil de Pessoas Naturais, conforme se verifica na estipulação do art. 28, da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, em que consta que "Os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia...".

Destarte, partindo da premissa acima exposta, deduz-se que qualquer lei ou ato normativo que afaste o direito ao recebimento dos emolumentos, sem a devida formação de um mecanismo de ressarcimento, macula esta iniciativa com o vício da inconstitucionalidade, principalmente por contrariar um outro preceito da Carta Política de 1988, qual seja, o inciso XXXVI, Art. 5º, ao dispor que "a lei não prejudicará o direito adquirido...". Decorre que esta categoria profissional já tinha incorporado ao seu patrimônio jurídico a garantia da percepção das rendas, decorrentes da prática dos atos que passaram a ser gratuitos, sem nenhuma forma de transição, ou de compensação das perdas. Então, é inegável o desrespeito ao direito adquirido da categoria.

Contudo, no caso em tela, vislumbramos a ocorrência de um desrespeito ao direito adquirido, justamente pela forma abrupta em que foram retirados os direitos dos registradores às rendas já estabelecidas, uma vez que esteve ausente uma forma de transição que preservasse o equilíbrio de sua situação jurídica definitivamente consolidada, ou seja, sem nenhum mecanismo compensatório. Atentou-se, inclusive, contra o que reza o art 6º, § 2º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), *in verbis*:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 1º Omissis.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbitrio de outrem. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957)

§ 3º Omissis.

Ainda mais, a Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997, contraria outro princípio de ordem constitucional, na medida em que, ao dar trato idêntico aos usuários das serventias registrais, ou melhor, ao beneficiar com a gratuidade do registro de nascimento, óbito e respectivas certidões todas as pessoas, independentemente de condição social, deixa de atender o princípio da isonomia e da capacidade contributiva, este último previsto expressamente no texto constitucional em relação aos impostos, mas que deve ser aplicado analogicamente, guardando-se as devidas proporções, às taxas. De fato, é cediço que os emolumentos cartorários são considerados uma taxa, sendo esta uma das espécies tributárias, como acentua o próprio Supremo Tribunal Federal, por meio de uníssona jurisprudência.⁵

Além disso, a lei ora questionada afasta de sua estipulação a presença do princípio da equidade, sugerido pela máxi-

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1378. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador e Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 30 de maio de 1995. Diário da Justiça, 30 maio 1997, v. 1.871-02, p. 23.175.

ma do direito que prima pelo trato igualitário para os iguais e distinto para os desiguais.

Como visto, a desaconselhada e cega igualdade de tratamento entre pobres e ricos, dada pela Lei nº 9.534/97, evidencia que não se encontra em seu derredor os princípios da equidade e isonomia, basilares para a ciência jurídica.

Por outro lado, tudo irá desaguar no afastamento da tese Pretoriana que, de forma forçada, insiste em aplicar ao caso o argumento de *inexistência de óbice a que o Estado preste serviço público a título gratuito*. Olvida-se, portanto, o Pretério Excelsior, de atentar para o caráter *sui generis* das delegações de serviço notariais e registrais, porque tal afirmação só teria cabimento caso a administração pública prestasse o serviço diretamente. *In casu*, seria indispensável observar as nuances e peculiaridades envolvidas no caráter privado destas delegações de serviço público, consoante se depreende de toda a estrutura dos dispositivos constitucionais, assim como dos diplomas normativos infraconstitucionais pertinentes à matéria, a exemplo da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, que estipula com o seguinte conteúdo:

Art. 21. O gerenciamento administrativo e financeiro dos serviços notariais e de registro é da responsabilidade exclusiva do respectivo titular, inclusive no que diz respeito às despesas de custeio, investimento e pessoal, cabendo-lhe estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços.

Portanto, não obstante o serviço ser considerado de ordem pública, sua forma de execução deve manter consonância com as atividades de natureza privada, até mesmo em respeito ao que está posto no art. 236, *caput*, da CF/88, que assim dispõe sobre a questão:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

Ainda são mais pertinentes essas observações, suscitando uma análise mais criteriosa do tema, quando a isenção recai sobre a grande maioria dos atos praticados pelas serventias delegatárias, como, em verdade, ocorreu com os Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais. Isso porque a maior parte de seus atos foram, justamente, alvo das gratuidades impostas pela Lei nº 9.534/97, já que o registro de nascimento, somado ao de óbito, bem como a expedição de suas respectivas certidões, independentemente de ser a parte solicitante desprovida de condições financeiras (hipossuficiente), que de certa forma justificasse a isenção, ou um abastado de recursos econômicos, a exemplo de um milionário.

Tamanho despautério pode ser comparado à hipótese em que a Administração pública delegasse a exploração de um serviço de transporte público de uma determinada linha a uma empresa privada e, no decorrer dessa relação jurídica, em manifesto antagonismo, determinasse que todas as passagens nesta específica linha deveriam ser gratuitas para todos os usuários dos serviços, independentemente de idade ou condição social, deixando, também, de estipular qualquer forma de compensar a empresa pelos ônus impostos.

De certo que, em verdade, as empresas de concessão pública de transporte recebem alguns encargos, em casos excepcionais, tais como só cobrar metade do valor das passagens para os estudantes ou isentar os idosos e deficientes. Da mesma forma em que, no direito anterior, as Serventias Registrais efetuavam gratuitamente os registros de nascimentos e de óbitos, bem como expediam as respectivas certidões, para os pobres cuja pobreza fosse declarada (art. 30, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 e Art. 45, da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994).

Contudo, no que tange às tarifas de transporte, tais imposições surgem acompanhadas de estudos que dão ensejo a providências harmonizáveis com o equilíbrio econômico e financeiro da atividade, a exemplo das elevações das tarifas para os demais usuários, para que aqueles possuidores de uma qualidade especial, referida na lei e que justifique o trato diferenciado, goze do benefício.

Portanto, sublinhe-se que não é esse o tratamento dado ao Registro Civil de Pessoas Naturais, tendo em vista que a legislação determina a gratuidade da grande maioria dos atos praticados nessas serventias sem criar nenhum critério de distinção dos beneficiários, uma vez que a lei prevê para todos a isenção do pagamento de emolumentos. E o que é ainda pior, não se preocupa em reparar o impacto que esta normatização causará no futuro, no equilíbrio da atividade, que pode gerar o caos no sistema de registro civil pátrio, comprometendo a continuidade da prestação deste relevante serviço de utilidade pública.

3 CONCLUSÃO

Diante da indubitável complexidade do tema, reconhecemos o peso do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que tange ao aspecto político e social de sua decisão na matéria suscitada.

Entretanto, verificamos que o mesmo afastou-se da preocupação com o equilíbrio econômico e financeiro da atividade envolvida, além do aspecto legal e constitucional, já que submetendo seus argumentos a um aprofundamento jurídico exauriente, resta desnudada sua fundamentação. Observa-se que a justificação do STF foi posta de uma forma simplória, manuseando conceitos retóricos, tais como o "exercício da cidadania", resultou numa falácia, pois contribui para legitimação de uma postura evidentemente demagógica por parte do

Estado, em aprovar conjuntos normativos sem a devida preocupação com seus impactos, simplesmente porque podem refletir uma postura "politicamente correta".

Ao assim dispor, solicita-se a máxima vênia, mas não se pode deixar de ser contundente, sob pena de se afastar da realidade.

A Constituição Federal de 1988 estipula, em seu art. 5º, inciso LXXVI, que: "são gratuitos para os reconhecidamente pobres o registro civil de nascimento e o de óbito". Dessa forma, como se vê, impõe para a isenção do pagamento de emolumentos uma limitação, com vistas a avaliar a situação financeira da parte beneficiária da gratuidade. Disciplina, então, a norma infraconstitucional (Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997) em descompasso com o texto constitucional, ao universalizar um serviço gratuito, sem nenhum critério para distinguir os hipossuficientes, tendo em vista que a lei mencionada amplia a gratuidade para todos, independentemente de condição social.

É verdade que a situação posta revela, no mínimo, uma incongruência do ponto de vista lógico-jurídico. Essa incongruência macula com a eiva da inconstitucionalidade as gratuidades impostas às delegações privatizadas de Serviço Registral de Pessoas Naturais, desde que não ocorra o devido atrelamento a uma previsão de ressarcimento, haja vista ser dever do Estado custear a seus cidadãos os atos necessários para o exercício da cidadania.

Portanto, consideramos indubitável a inconstitucionalidade argüida, evidenciada no posicionamento dos poderes constituídos que demonstram esquivar-se das responsabilidades a ele incumbidas pelo texto constitucional, o que é demonstrado pela produção desarrazada, por parte de seus órgãos legisferantes, de normas que deixam a cargo de Serviços de caráter privado os ônus de seus deveres e obrigações.

A estipulação legal de gratuidades de atos cartorários somente seria admissível e harmonizável com o conjunto de

princípios e preceitos constitucionais, se a lei que a determinasse também apontasse mecanismos de ressarcimento do particular responsável pela execução dos serviços, garantindo, dessa forma, a justa compensação e a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro da atividade e ensejando condições para continuidade desta prestação de Serviço Público, com um bom padrão de moralidade, qualidade, presteza e eficiência.

De fato, o vício da inconstitucionalidade reside, justamente, na ausência de uma previsão de compensação remuneratória dos atos a serem praticados gratuitamente. Do contrário, caso as imposições ao Registro Civil de Pessoas Naturais de serviços gratuitos, viessem acompanhadas de dispositivos destinadores de receitas a serem utilizadas no ressarcimento das delegações privatizadas, não se teria nada a evidenciar uma inconstitucionalidade, pois estaria o Estado assumindo sua responsabilidade de tornar acessível à população, mormente os desprovidos de recursos financeiros, os documentos mínimos indispensáveis ao exercício da cidadania. Entretanto, como já suscitado, não foi o que ocorreu com a promulgação da Lei nº 9.534, de 10 de dezembro de 1997.

É com estapafúrdia contradição que está agindo a organização político-administrativa brasileira, ao delegar uma atividade cuja exploração se dá em caráter privado, em que o particular assume todas as obrigações e responsabilidades, tais como: o pagamento de aluguel do prédio onde funcionará a serventia, aquisição de todo o material necessário ao expediente (formulários, computadores, cartucho de impressão, selos de autenticidade e fiscalização, livros, etc.), bem como o pagamento dos salários e encargos sociais dos funcionários, no entanto, o Estado, paradoxalmente, determina que os serviços registrares não sejam remunerados, ou melhor, sejam prestados de forma gratuita e que não tenham, em contrapartida, nenhuma retribuição, pois não recebem nenhum salário ou subsídio do Poder Público.

Ora, o próprio judiciário, que é Poder Público, órgão do Estado, tem toda sua estrutura mantida pelos recursos públicos, além de servidores e membros remunerados pela mesma fazenda pública. Ainda assim, só isenta do pagamento de suas custas casos excepcionais, ou seja, quando o jurisdicionado que a ele recorre tem sua pobreza declarada. Como pode este mesmo Estado, adotando postura eminentemente demagógica, determinar gratuidades em serviços prestados em caráter privado, eximindo-se de quaisquer responsabilidades?

E mais, como pode implantar um disciplinamento legal, que se utiliza do argumento falacioso de assegurar o "exercício da cidadania" e se apresenta como atitude que pode perfeitamente comprometer toda a estrutura do sistema de registro civil brasileiro? Por que age assim se a normatização anterior (Art. 30 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 e Art. 45, da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994) já garantia que o registro de nascimento e o de óbito, assim como as respectivas certidões fossem fornecidas gratuitamente para os pobres? Essa iniciativa é indubitavelmente contrária ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, implicitamente presentes na atual Carta Política, pois pode inviabilizar, em futuro breve, a continuidade da prestação destes serviços à população.

Portanto, nosso entendimento é de que realmente é inconstitucional a imposição de gratuidade, sem o devido ressarcimento, dos Serviços Cartorários de Registro Civil de Pessoas Naturais, baseando-se, resumidamente, nas seguintes teses argumentativas: fere o direito adquirido, previsto constitucionalmente no inciso XXXVI do art. 5º da Carta Política de 1988; ignora, também, o preceito do inciso LXXVI, do mesmo Artigo, que menciona expressamente quais os atos que devem ser gratuitos; desrespeita o princípio da capacidade contributiva, disposto no § 1º do art. 145 da citada Carta Magna; e, finalmente, contraria o art. 236, que assegura serem as atividades notariais e registrares exercidas em caráter priva-

do, conforme fora evidenciado, detalhadamente, no decorrer deste trabalho.

Por fim, conclui-se que o Governo, bem como os entes públicos em geral, têm a obrigação de solucionar o caso aqui abordado. A título de sugestão, verifica-se que seria de bom alvitre a criação de um fundo nacional para remunerar os atos gratuitos praticados, conquanto que não permita que a situação permaneça tal como está, pois deve ser do interesse do Estado que os serviços prestados pelas mais de 6.000 (seis mil) Serventias Registras em todo o país sejam condizentes com o que almeja o público destinatário final de sua atividade, para que todos os brasileiros tenham acesso a este importante fator de promoção de cidadania.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BASTOS, José Tavares. **O registro civil na República**. Rio de Janeiro: H. Garnier, 1909.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à Lei de Registro Públicos**. 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v.1
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CENEVIVA, Walter. **Lei dos Registros Públicos Comentada**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CHAVES, Antonio. **A esperada evolução do registro civil das**

pessoas naturais no Brasil. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, abr/jun, 1984.

COSTA, Marcos Roberto Nunes. **Manual para elaboração e apresentação de trabalhos acadêmicos: monografias, dissertação e teses**. 3. ed. Recife: ESAF, 2004.

COSTA, Wagner Veneziani ; MALTA, Luiz Roberto. **Latim: Mini dicionário de expressões jurídicas**. São Paulo: Ícone, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Tratado dos Registros Públicos**. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1995. v.1

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Jérferson. **Gratuidade de Registro e a Assistência Judiciária Gratuita**. **Jornal da ARPEN-BR: O Escriba**, São Paulo, p.19, abr. 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Constituição interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Conceitos e Competências Tributárias**. São Paulo: Dialética, 2005.

O SISTEMA PENITENCIÁRIO FACE O INDULTO: ANÁLISE DA TRAJETÓRIA DO APENADO

Joselildo Coelho Teodoro

Bacharel em Direito. Pesquisador do grupo de pesquisa em Ciências Sociais aplicadas da Universidade Federal de Sergipe. Autor de diversos artigos em Periódicos científicos e Anais de Congressos Nacionais e Internacionais. Aluno do Curso de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas e Pós-Graduando em Direito Público da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco-ESMAPE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. UM BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. 2. A INSTITUIÇÃO DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS. 2.1 O Sistema Penitenciário no Brasil. 2.2 O Sistema Penitenciário de Pernambuco. 3. O INDULTO: UMA DAS CAUSAS DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE. 4. A TRAJETÓRIA DA REINCIDÊNCIA; O CAMINHO PERCORRIDO PELOS INDULTADOS. IDA E VOLTA DA COMUNIDADE DO TURURU AO CÁRCERE. 4.1 Mapeamento da comunidade do Tururu. 4.2 Trajetória do suspeito pelo cometimento de infração tipificada pelo Código Penal. 4.3 Trajetória do indultado, antes acusado. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O estudo em tela foi baseado no trabalho social desenvolvido pelo pesquisador na Associação de moradores da comunidade do Tururu, localizada em Paulista-PE, no período

de 2004 a 2005. Desta forma, tornou-se possível fazer um mapeamento da localidade, a qual deixa evidente que a carência de políticas públicas é um mal cada vez mais presente e que vitima a dignidade humana.

Observa-se que o conhecimento jurídico-penal tem influenciado pesquisas sobre diversos enfoques, assim como o sistema prisional. Porém, pouco se tem investigado de forma empírica a vivência anterior ao cometimento de delitos, ou seja, como é ou era a vida dos apenados. Sabe-se que a pobreza e a miséria são catalisadoras ao ilícito, sobretudo quando não se tem acesso a educação e alimentação adequadas, em contrapartida há facilidades para o cometimento de delitos. Assim, à margem social, o indivíduo enclausurado, encontra-se impossibilitado de ser ressocializado, haja vista que mesmo antes da prisão não fazia parte da sociedade.

A temática objeto deste estudo ressalta que o Sistema prisional da forma em que está hoje, além de não promover a ressocialização, profissionaliza o crime. O preso que já estava em estado de marginalização social, no momento do cometimento do ilícito e estando sob a égide do *ius puniendi* estatal, ao adentrar no cárcere e exposto a toda sorte de intempéries estará, neste momento, numa entidade social na qual precisa ser aceito. É, conseqüentemente estará propenso a especialização criminal.

I UM BREVE HISTÓRICO DA EVOLUÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

O surgimento das prisões é resultante de um processo de modificação das práticas punitivas ao longo do tempo. Antes do século XVIII, o aprisionamento enquanto prática de punir, era pouco utilizado, predominavam na sociedade, daquela época, os suplicios e os castigos públicos, praticados em locais indicados para exposição do condenado na "cerimô-

nia penal", cujo objetivo era tirar das ruas os delinqüentes e puni-los, além de intimidar os outros indivíduos para que não praticassem os mesmos delitos. Mas, segundo Foucault (2002, p. 13) "a execução pública é vista como uma fornalha em que se acende a violência".

A partir do século XVIII através do aparelho prisional, instaura-se, na prática punitiva, os castigos privados. Provavelmente, advindas do ideário da revolução francesa que serviria de base a uma nova ordem (a ordem burguesa) a qual se apoiava em técnicas de disciplina e vigilância para a configuração de um novo ordenamento social. Assim, a prisão terá a função de transformar os indivíduos considerados malfeitores e resguardar a sociedade contra o perigo da criminalidade.

Segundo Foucault (op. cit, p. 195):

a forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças [...] para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre seu corpo [...]. E, no final do século XVIII e início do século XIX se dá a passagem a uma penalidade de detenção.

Também assegura Correia (1995, p. 11), que a prisão como pena surge na Idade Média, no Direito Canônico sobre a influência da igreja, como forma de punir os monges e clérigos faltosos, para estes se reconciliarem com Deus e para evitar a expansão da criminalidade, além de manter a ordem social.

Observa-se que o nascimento da prisão não é algo recente, surgiu como uma instituição onde o indivíduo infrator será punido e reformado.

A pena de prisão difunde a idéia de privação de liberdade diante da instituição dos estabelecimentos prisionais e sistemas penitenciários. Assim, a criação dos estabelecimentos prisionais foi o instrumento utilizado pelo ente Estatal para garantir a ordem social. Esses, quando criados, inicialmente tinham como objetivo principal, punir o indivíduo que infringisse os códigos normativos da sociedade e que afetasse de alguma forma a ordem social vigente. A punição se dava através do isolamento sócio-econômico e familiar.

Para isso, se fez necessário instituir uma base legal que respaldasse sua operacionalização: as Leis, mecanismo pelo qual o estado atribui e formaliza as reais funções punitivas e correccionais, dos estabelecimentos prisionais; tentando assim, manter a segurança, a ordem social e fortalecer seu poder hegemônico.

Os estabelecimentos prisionais, enquanto instrumento do aparelho judiciário utilizado na penalidade de detenção, passam a ser concebidos pela sociedade, como local para punir o dano causado pela infração cometida. A punição era divulgada como exemplo de combate aos comportamentos delituosos.

Com o tempo estes estabelecimentos passaram atuar com função não apenas exemplar, punitiva e correccional, também educacional (pelo menos idealmente), visando corrigir os desvios comportamentais de seus internos, transformando-os em indivíduos aptos ao cumprimento das normas, regras e condutas sociais estabelecidas para todos que desejam fazer parte da sociedade.

Muito embora o rigor destas normas, a condenação/punição é reforçada através de uma sanção: a pena. Segundo Bruno (2003, p. 17) "pena é a medida com que o Estado reage contra a infração da norma; medida severa, da mais remota origem, que nasceu e ainda persiste com o seu caráter aflitivo mais ou menos acentuado".

A avaliação e condenação dos fatos que por desestruturarem a organização social são considerados crimes, devido ao descumprimento das normas e padrões sociais estabelecidos são atribuídas ao poder do Estado, que utiliza, para isso, a Norma Penal que define tais fatos e impõe penalidades.

O Estado, no exercício da manutenção da ordem, tem sua função reforçada ao constituir os estabelecimentos prisionais como mecanismos garantidores da segurança social.

Entende-se, portanto, que os preceitos do Direito Penal apoiava-se na pena com seu caráter de retribuição e aflição, abrangendo exigências judiciais e extrajudiciais, sendo o Direito Canônico, o precursor da pena enquanto Privação da Liberdade.

Mas com o aumento da problemática de delinquências, reincidências, criminalidade e a dificuldade de se conter tais problemas pelos meios tradicionais, recorre-se à concepção da pena voltada para a defesa social conta o delito, como meio de recuperação do criminoso e do seu reajustamento ao convívio social. Com isso, buscou-se combater o criminoso através da pena e da medida de segurança, como retribuição ao crime, e ainda, isolá-lo do convívio nos casos irredutíveis.

A partir de então, foram criadas as penas privativas de liberdade que consistem em medidas punitivas que atuam sobre o criminoso, segregando-o do meio social. Porém, segundo ensina o Juiz Adeildo Nunes, em artigo publicado no Diário de Pernambuco (2004):

nos dias atuais, o Direito Penal Moderno exige a fixação da pena de prisão, somente para os crimes de extrema repulsão social que envolva agentes de alta periculosidade e que não possam conviver em sociedade. Além de ser uma prisão cara, que não recupera o criminoso, é suja e desumana.

2 A INSTITUIÇÃO DOS SISTEMAS PENITENCIÁRIOS

Segundo Correia (1995, p. 58) o Sistema Penitenciário é todo aquele que se institui na intenção de estabelecer em regime apropriado ao cumprimento das penas, de modo que possa conseguir certos efeitos de regeneração ou de correção dos condenados; e se lhe dê uma assistência mais humana, recolhendo-os e os abrigando em edifícios ou estabelecimentos construídos especialmente, segundo os princípios e regras aconselhadas. A formação dos sistemas penitenciários e sua evolução histórica influenciaram mudanças nos métodos das execuções penais em todo o mundo. Porquanto, com o passar do tempo, ele foi se moldando de acordo com as transformações insurgidas no seio social. Pode-se, assim, caracterizar os Sistemas Penitenciários:

Sistema Panopticon: criado no século XVII era um tipo de prisão celular, caracterizado pela forma radial na qual uma só pessoa podia exercer a inspeção, colocada no posto de observação central que possibilitasse a vigilância do interior de todas as celas. Outra característica deste sistema era o isolamento total. O modelo de Bentham é entendido por Foucault (2002, p. 165-166) da seguinte maneira:

na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. [...] e, em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar.

Caracterizava-se por um isolamento absoluto e constante sem possibilidade de trabalho ou visitas.

Sistema Filadélfia: surgiu sob influência do Sistema Panopticon em torno do Século XVIII, no princípio de isolamento absoluto, sendo este isolamento justificado pelos seus adeptos como necessário para transformar o homem criminoso em indivíduo social, de maneira que este refletisse neste momento e fosse conduzido ao arrependimento.

Sistema Auburniano – surgiu em Nova York no século XIX. Neste modelo, ao isolamento foi acrescentado o trabalho como agente de transformação carcerária. Apresenta algumas características peculiares no que diz respeito à comunidade diária, ou seja, tinham o trabalho e as refeições comuns, mas com o isolamento noturno. Para Thompson (1976) este modelo pretendia condicionar o apenado pelo trabalho, disciplina e mutismo.

Os Sistemas Filadélfico e Auburniano tinham em comum o isolamento como instrumento que transforma o sentenciado. A reflexão o levaria ao arrependimento. O Modelo Auburniano vem a inovar no condicionamento disciplinar através do trabalho.

Sistema Progressivo: Neste modelo que aflorou em torno do século XIX, o funcionamento das prisões se caracterizou por uma visão humanitária, surgida na Inglaterra e adotada na Irlanda em 1853.

A boa conduta e o trabalho do recluso seriam fatores que determinavam a duração da pena. Neste sistema, surgiram três estágios para determinação do tempo de duração da pena: “O primeiro compreendia o confinamento celular absoluto; o segundo destinava-se a permissão do trabalho em comum e o último estágio efetua o livramento condicional” (CORREIA, 1995, p. 11).

Atualmente, o modelo do Sistema Progressivo acrescido de algumas modificações é adotado em diversos países,

inclusive no Brasil. E, segundo Thompson (1976) pode ser dividido em quatro momentos: No primeiro momento, o prisioneiro fica sujeito a observação durante, no máximo, três meses; no segundo, é submetido ao trabalho comum, mantido o isolamento noturno; no terceiro, o preso progride para um estabelecimento semi-aberto ou Colônia Agrícola e no quarto, recebe a concessão da liberdade condicional.

2.1 O Sistema Penitenciário no Brasil

Foi no período imperial que o Sistema Penitenciário brasileiro teve sua origem, tendo como reflexo a Constituição de 1824, a qual impulsionava a elaboração de um código penal fundamentado nas bases de justiça e igualdade. Porém, só em 1850, foi instaurado o primeiro estabelecimento prisional brasileiro: a Casa de Correção do Império

Segundo Souza e Chaves (1997) o Sistema Carcerário adotado:

ficou caracterizado pela segurança e pelo temor que passavam no interior das prisões, pois os que eram confinados, tanto por aguardar a execução da sentença ou pela custódia, deparavam-se com torturas, humilhações e repressões, as quais eram aplicadas de forma destituídas de qualquer lei que as regulasse.

No final do século XIX e início do século XX o Brasil passava por transformações políticas, sociais e econômicas, como a abolição da escravatura e a proclamação da república, cujos efeitos, fez-se sentir na necessidade de ordenamentos que refletissem os anseios sociais.

No período denominado de Segunda República (1930-1937), a questão penitenciária torna-se palco de discussão. Assim em 1933, uma comissão constituída por juristas brasileiros

leiros tem como objetivo a elaboração do anteprojeto do Código Penal Brasileiro.

O código apresentava propostas de viabilização do caráter progressivo da execução, instituição das chamadas seções industriais ou agrícolas, e ainda, a organização geral dos serviços internos, como instrução e educação.

Este código não chegou a vigorar, pois o Congresso Nacional estava em período de recesso e o poder do Estado Novo não permitiu que a discussão sobre esta temática, fosse efetivamente formalizada em lei. Vale salientar, que no Estado Novo todo poder estava centrado na figura do presidente, que governava através de decretos e do uso da força, "chegando a ponto da institucionalização da tortura no país" (VICENTINO e DORIGO, 1997, p. 367).

Verifica-se, desde os primórdios republicanos no Brasil que os instrumentos que denigrem o ser humano, não movimentam a sensibilidade do poder Estatal. É possível, inclusive, que sirvam para manutenção da força e de condução a uma eterna marginalização (e porque não: eliminação) daqueles que não se apresentam interessantes para a manutenção do poder de império do Estado.

Só em 1940, foi aprovado o Código Penal Brasileiro, o qual inclusive, vigora até os nossos dias, adotando como penas principais a reclusão e a detenção. O que as diferenciavam eram o isolamento celular contínuo presente na pena da reclusão; enquanto à pena de detenção, o condenado poderia trabalhar conforme suas aptidões e ocupações anteriores, não ficando sujeito ao isolamento diurno.

Nos anos 50, os juristas voltaram suas atenções para a crise pela qual estava passando o sistema penitenciário, realizando debates para discutir os problemas evidenciados.

Destes embates, resultou a idéia de aceitação dos regimes de prisões abertas, concomitantemente com a criação de estabelecimentos prisionais abertos.

Em 1960, o Sistema Penitenciário passa por inovação pela revisão do Código Penal, no que concerne ao benefício do sentenciado sob a pena privativa de liberdade. Esta inovação do sistema pode ser visto como "avanço", pois que segundo Vicentino e Dorigo (1997) o sentenciado foi submetido a uma ação educativa individual através da execução penal; foi permitida a conversão de reclusão em detenção ao réu primário de bons antecedentes, condenado a pena superior a dois anos; foram criados os estabelecimentos do tipo industrial, agrícola ou misto; previsto o regime de semiliberdade e credibilidade para o condenado à pena não superior a seis anos, com ausência de periculosidade, a ser executado em estabelecimento penal aberto; e, finalmente, foi permitido o livramento condicional ao sentenciado por tempo igual ou superior a dois anos.

Entre 1964 e 1985, com a instauração do regime político da ditadura militar, a repressão política multiplica as manifestações, que cada vez mais ganham adeptos dos mais distintos segmentos: reivindicações dos estudantes universitários, professores, trabalhadores que eram contrários ao regime autoritário, o que também contribuiu para o aumento da população carcerária.

O fim da ditadura militar configurava um cenário de grandes expectativas acerca do processo de redemocratização, entendido como uma possível saída para os problemas sociais históricos do Brasil. Mas, os problemas penitenciários persistiam e intensificavam esse adiamento de soluções da vida em cárcere, reforçada pela morosidade da justiça penal.

A década de 90 é marcada por um contexto político e econômico de inserção/adequação capitalista e neoliberalismo. Estas transformações incidem diretamente no fim das fronteiras de mercados nacionais, privatizações de empresas estatais, sendo um dos fatores da perda ao trabalhador com a minimização das responsabilidades estatais, deixando a socie-

dade civil a se responsabilizar pelo desemprego crescente e marginalidade.

Souza e Chaves (1997) assentem que uma longa evolução da teoria jurídica e da própria realidade social coloca novas demandas, as quais devem ser contempladas através das reformas e projetos de leis que regulam todo o sistema penitenciário do país.

No entanto, o Brasil não possui um sistema penal, mas muitos, pois os estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena, estão sob responsabilidade das Secretarias Estaduais de Segurança Pública. Cada governo estadual e o governo federal administram um conjunto de estabelecimentos penais com uma estrutura organizacional diferente, somando-se a Leis de Execuções de Penas Suplementares.

As normas prisionais brasileiras podem ser encontradas na Lei de Execução Penal (LEP), adotada em 1984, o foco central desta norma não é a punição em si, mas a ressocialização das pessoas condenadas. A lei penal ganha dimensões humanitárias, as quais incitam juízes a afazerem uso das penas alternativas.

Embora as leis se apresentarem como uma evolução e humanização na questão prisional, os anos 90, segundo Andrade e Nascimento (1998, p.19) "são marcados por inúmeras e constantes denúncias sobre as condições de reclusão e o tratamento desumano destinado a homens e mulheres nas prisões brasileiras".

Problemas antigos como maus-tratos, espancamentos, rebeliões, injustiças e mortes, estão presentes no cotidiano de diversos estabelecimentos prisionais, servindo como indicadores de que pouco se fez para resolvê-los.

A problemática do sistema penitenciário é intensificada mediante um dos problemas comuns às prisões de todo o país - a superpopulação carcerária - associada às precárias condições em que os presos são mantidos.

2.2 O Sistema Penitenciário de Pernambuco

Nos dias atuais, o Sistema se encontra estruturado desta forma:

Estrutura Prisional do Estado de Pernambuco Quadro 1 - 1ª Vara de Execuções Penais¹

Sob Jurisdição da Primeira Vara de Execuções Penais Penitenciárias

Nome	Localidade	Regime	Capacidade (Presos)	Observações
Professor Barreto Campelo	Itamambá	Fechado	1.140	Até 23/02/2007, com 1.334 detentos - Acomoda presos condenados em definitivo, com apresentação de Guia de Recolhimento e cópia da sentença penal condenatória - Presos com familiares na região metropolitana do Recife.
Agro-Industrial São João	Itamaracá	Semi-Aberto	630	Até 23/02/2007, com 1.069 presos - Acomoda presos condenados em regime semiaberto e aqueles que foram beneficiados com progressão de regime (do fechado para o semiaberto) - Presos com familiares na região metropolitana do Recife.
Colônia Penal Feminina do Recife	Recife	Fechado e Semi-Aberto	150	Até 23/02/2007 com 407 presas - Acomoda presas provisórias e condenadas em definitivo - Presas respondendo a processos ou com familiares na região metropolitana sul.

¹ Disponível em: <http://www.tjpe.gov.br/presidio/cap_03.shtml>. Acesso em: 02 abr. 2007.

Presídios

Nome	Localidade	Capacidade (Detentos)	Observações
Professor Aníbal Bruno	Recife	1.448	Até 23/02/2007 com 3.618 presos - Acomoda, somente, presos provisórios que respondam a processos no Recife e região metropolitana sul.
De Igarassu	Recife	426	Até 23/02/2007 com 1.206 presos - Acomoda, somente, presos provisórios que respondam a processos na zona rural da mata norte do Estado.
Militar-CREED	Paratibe	63	Até 23/02/2007 com 133 presos - Acomoda, somente, policiais militares do Estado de Pernambuco, com processos pendentes e já condenados, nos regimes fechado, semiaberto e aberto, desde que da Ariva.

Hospitais

Nome	Localidade	Capacidade	Observações
Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico-HCTP	Itamaracá	372	Até 23/02/2007 com 307 pacientes - Acomoda pacientes em fase de exame de insanidade mental e aqueles com aplicação de medida de segurança.

Central de Triagem - Prisão Especial

Nome	Localidade	Capacidade	Observações
Central de Observação Criminológica e Triagem	Paratibe	311	Até 23/02/2007 com 836 - Acomoda todos os presos no Recife e região metropolitana que inicialmente ingressam no sistema prisional - Também tem capacidade para receber até 30 presos em condições especiais (art. 295, CPP).

Nome	Localidade	Capacidade	Observações
Cael	Capital, Regime Aberto	Total: 1.034 Masc: 995 Fem: 39	Até 23/02/2007
Cael	Liberdade Vigada	Total: 78 Masc: 69 Fem: 09	Até 23/02/2007
Cael	Livramento Condicional	Total: 2.621 Masc: 2.488 Fem: 133	Até 23/02/2007
Cael	Interior Aberto	Total: 80 Masc: 79 Fem: 01	Até 23/02/2007
Cael	Livramento Condicional Interior	Total: 1.154 Masc: 1.140 Fem: 014	Até 23/02/2007
Cael	Indulto Condicional	Total: 232 Masc: 220 Fem: 012	Até 23/02/2007

Segue totalidade da CAEL em 23/02/2007

Regime Aberto (RMR) 905 (homens) + 39 (mulher)

Regime Aberto (interior) 79 (homens) + 1 (mulher)

Livramento Condicional (RMR) 2.488 (homens) + 133 (mulher)

Livramento Condicional (interior) 1.140 (homens) + 14 (mulher)

Indulto Condicional 220 (homens) + 12 (mulher)

Liberdade Vigada 69 (homens) + 9 (mulher)

Quadro 2 - 2ª Vara de Execuções Penais¹

Sob Jurisdição da Segunda Vara de Execuções Penais Penitenciárias

Nome	Localidade	Capacidade (Presos)	Observações
Petrolina	Fechado	347	Até 23/02/2007, com 460 detentos - Acomoda presos já condenados em definitivo, com Guia de Recolhimento, com familiares residentes na região do polígono da maconha e São Francisco.
Limoeiro	Fechado	426	Até 23/02/2007, com 740 presos - Acomoda presos já condenados em definitivo, com Guia de Recolhimento, com familiares residentes na zona da mata norte do Estado.
Regional do Agreste-Canhotinho	Aberto	258	Até 23/02/2007 com 591 presos - Acomoda presos com familiares no interior do Estado (hoje tem presos em regime: semi-aberto e aberto, provisórios e condenados em definitivo)
Colônia Penal Feminina de Garanhuns	Semi-Aberto	48	Até 23/02/2007 com 154 presas - Acomoda presas condenadas ou provisórias, que respondam a processos ou tenham familiares no agreste

¹ Disponível em: < http://www.tpe.gov.br/presidio/cap_04.shtml > Acesso em: 02 abr. 2007.

Presídios

Nome	Capacidade (Detentos)	Observações
Arcovêrde	177	Até 23/02/2007, com 501 presos-Acomoda presos já condenados em definitivo e provisórios, nos regimes fechado e aberto, que respondam a processos ou tenham familiares no sertão do Pajeú..
Caruaru	98	Até 23/02/2007, com 677 presos-Acomoda presos já condenados ou condenados em definitivo, nos regimes fechado e aberto, que respondam a processos ou tenha familiares no agreste.
Palmares	74	Até 23/02/2007 com 296 presos-Acomoda presos já condenados em definitivo e provisórios, nos regimes fechado e aberto, com processos pendentes ou que tenham familiares na zona da mata sul do Estado.
Pesqueira	144	Até 23/02/2007 com 515 presos-Acomoda presos já condenados em definitivo e provisórios, nos regimes fechado e aberto, que respondam a processos ou tenham familiares no agreste.
Salgueiro	167	Até 23/02/2007 com 380 presos-Acomoda presos já condenados ou provisórios, nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, que respondam a processos ou tenham familiares na região do polígono da maconha.
Vitória de Santo Antão	96	Até 23/02/2007 com 292 presos-Acomoda presos já condenados ou provisórios, nos regimes fechado e aberto, condenados em definitivo ou provisórios, que respondam a processos ou tenham familiares na região.

Observações Importantes:

1- Presos remetidos à penitenciárias, só com Guia de Recolhimento e cópia da sentença.

2- Presos remetidos aos presídios, só com mandado de prisão ou auto de prisão em flagrante.

3- Pacientes remetidos ao HCTP, somente com Incidente de Insanidade mental (não esquecer cópia da denúncia) ou Guia de Internamento.

4- É do Juiz sentenciante a obrigação de expedir a Guia de Recolhimento/Internamento, remetendo cópia ao Juízo da VEP, Conselho Penitenciário e estabelecimento prisional onde se encontre o condenado.

3 O INDULTO: UMA DAS FORMAS DE EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE

Segundo Houaiss e Villar (2000, p. 2335), punibilidade é a "característica ou condição do que é punível". Já Aníbal Bruno¹ assente que punibilidade "é a aplicabilidade da pena que lhe é cominada em abstrato na norma geral". É punível o ato ilícito, a conduta delituosa contrária à lei. Em nossa disciplina, necessariamente, estudamos o ilícito e as sanções de natureza penal. Desta maneira, as formas extintivas de punibilidade, por conseguinte, tratadas neste trabalho, são as penas, mais exatamente o indulto.

Diante do cometimento do ilícito é cabal a possibilidade da punição sendo, portanto a sua consequência. Caso ocorra, o Estado está evidentemente no seu direito, qual seja o de punir o infrator, o *ius puniendi*. Quando o Estado reserva-se deste seu direito, ocorre então a extinção da punibilidade. Em conformidade com o Art. 107 do Código Penal², são causas extintivas de punibilidade³: a morte do agente, a anistia, a graça, o indulto, a "abolitio criminis", a prescrição, a deca-

¹ BRUNO, Aníbal. Direito Penal: parte geral, p. 193.

² Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.

³ Foram revogados pela Lei nº 11.106 de 28 de março de 2005, os incisos VII e VIII do Código Penal de 1940, assim sendo, o casamento do agente com a vítima e o casamento da vítima com terceiro.

dência, a perempção, a renúncia, o perdão, a retratação do agente, e o perdão judicial. Cada qual com caracteres e condições distintas, mas precisamente neste estudo trata-se do indulto. O indulto individual é a graça omitida na atual Constituição, mas descrito no Código Penal, visto que ele "tem por objeto crimes comuns e dirige-se a um indivíduo determinado, condenado irrecorrivelmente"⁶. Já o indulto coletivo é aquele fixado previamente a "um grupo indeterminado de condenados e é delimitado pela natureza do crime e quantidade da pena aplicada, além de outros requisitos que o diploma legal pode estabelecer"⁷. Percebe-se que a comutação enquanto redução parcial da punibilidade, não é forma de extinção da punibilidade, como nos diz Mirabete: "é um abrandamento da penalidade"⁸.

Sendo a Constituição Federal em seu art. 5º, XLIII, regulamentada pela Lei 8.072/90, estabelece que são insuscetíveis de anistia os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico de drogas, entorpecentes e semelhantes, consumados ou tentados e o crime de terrorismo. "Tais crimes consumados ou tentados, são insuscetíveis de 'graça e indulto' (art. 2º, I), vedando, em consequência, tanto o indulto individual quanto o coletivo"⁹. Podem conseguir o indulto, os que estão em gozo do sursis ou do livramento condicional, permitindo-se também a soma das penas de duas condenações, verificando se estão dentro ou fora dos limites previstos no decreto do indulto. Como o indulto pressupõe penas impostas, discute-se se é possível sua incidência nos casos de sentenças recorríveis. A melhor solução é a de que estará indultado o sentenciado quando a decisão tiver transitado em julgado para a acusação.

⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*, v. 1, p. 701.

⁷ Idem, *ibidem*.

⁸ MIRABETE, J. F. *Direito Penal: Parte geral*, p. 386.

⁹ Idem, *ibidem*.

hipótese em que não é possível o aumento da pena e a consequente exclusão dessa causa de extinção da punibilidade. Na jurisprudência, tem-se admitido o indulto mesmo que o réu tenha recorrido da decisão condenatória, não impedindo o conhecimento da apelação.

A competência para indultar é do Presidente de República, mas ele pode delegar a atribuição ao Ministro de Estado ou outras autoridades (CF, Art. 84, inciso XII e parágrafo único), não sendo necessário pedido dos interessados. O indulto, via de regra, não pode ser recusado, mas se condicionado admite-se a recusa.

É mister ressaltar que a última concessão do indulto foi instituída pelo Decreto-lei nº 5.993/06.

4 TRAJETÓRIA DA REINCIDÊNCIA: O CAMINHO PERCORRIDO PELOS INDULTADOS - IDA E VOLTADA DA COMUNIDADE DO TURURU AO CÁRCERE

Nesta oportunidade, descreve-se a trajetória da reincidência, mas que deveria ser a tão divulgada ressocialização. Ressocialização enquanto reintegração à sociedade da qual, possivelmente, a maioria dos indultados nunca esteve integrada. Como assegurar a ressocialização quando a maioria dos que agora são prisioneiros nunca teve acesso à educação, moradia e saúde? Como o Estado pode tratar da temática da ressocialização de maneira tão ilusória, quando a realidade social, enaltecida pelas políticas públicas que não prioriza o cidadão carente já o marginaliza desde o nascimento?

Diante do contexto acima citado, a existência do indultado em uma comunidade carente, torna-se quase impossível, tendo em vista os preconceitos sociais, a real impossibilidade de estar no mercado de trabalho e o constante assédio do policiamento, que dito pelos próprios moradores "chegam batendo em pais de família, mulheres e crianças [...] não

querem nem saber quem é". Em sendo assim, verifica-se nas figuras abaixo as realidades vivenciadas no decurso da pesquisa.

4.1 Mapeamento da Comunidade do Tururu

Nesta comunidade residem em torno de 15.000 pessoas. Desenvolvem trabalhos como catadores de lixo, vendedores de picolé, raspa-raspa, tiradores de coco, flanelinhas, pedreiros, pintores, eletricitas, vidraceiros, gesseiros, ferreiros, marceneiros, carpinteiros, motoristas, mecânicos, soldadores, técnicos-de-tudo (refrigeração, eletrônica, etc., pois que a maioria não faz cursos profissionalizantes. Porém, como carecem de disponibilidade financeira e há demanda por estes serviços, que normalmente são em preço menor do que os realizados por autorizadas, os quais têm boa aceitação na comunidade), artesãos - com materiais de todo tipo e de toda ordem (palhas, jornais, palitos, etc.; materiais retirados do lixo ou da mata), empregados domésticos, babás (vale salientar, que tanto homens ou mulheres, trabalham nestes serviços que normalmente seriam destinados às mulheres), cobradores/motoristas de transporte público, jardineiros, porteiros, estivadores, pequenos agricultores, pescadores, caçadores, barraqueiros (pequenos comércios, onde o proprietário compra a feira de casa e coloca parte da mesma para vender. Salienta-se que o pesquisador verificou que são vendidos, por exemplo, 1/2 quilo de feijão, 1/4 de sabonete, um punhado de açúcar, sal, etc.), curandeiros (médicos e farmacêuticos por empirismo) e rezadeiras (as).

É mister salientar, que o pesquisador observou que todas as profissões acima destacadas são realizadas por homens e mulheres, pois o que importa é conseguir o sustento familiar; a maioria das famílias tem pelo menos um de seus entes já enclausurados; que parecem viver em Feudos¹⁰ (a comunidade

¹⁰ O feudo é caracterizado por ser um sistema econômico-político-social que se fundamenta basicamente a partir de uma propriedade de terra cedida pelo

de surgiu a partir da propriedade cedida pela diocese ou invadida, pois que era de famílias abastadas ou da igreja), é como se estes moradores estivessem parados na história, o tempo não tivesse passado para os mesmos.

O índice de analfabetismo é em torno de 90% (pessoas que não sabem ler, assinar o próprio nome e nem escrever) e vivem em média de 9 pessoas em cada residência.

A foto abaixo refere-se a uma rua muito estreita, mas que os moradores da Comunidade denominam-na de "Avenida Floresta". Vale salientar, que há cubículos em torno de 4 metros, onde sobreviviam até 15 pessoas, sobretudo crianças. Inclusive, a porta de entrada de algumas residências não pode ser aberta totalmente, em decorrência do muro que tem na frente desta "Avenida". Na comunidade, existem casas de alvenaria, de madeiras, de plásticos, entre outros materiais.

Figura 1 - Comunidade do Tururu - "Avenida Floresta"



Fonte: Pesquisa de Campo, 2005.

proprietário ao vassalo, o qual desempenha suas atividades neste local. Viveu portanto no feudo e deste os vassalos são totalmente dependentes. (HOVAISS e VILLAR, p. 1333).

A foto a seguir, mostra toros de madeira nas casas, as quais são construídas parcialmente com este material ou tem apenas seus muros feitos desta forma, com barrotes roliços ou quadrados. Pois que devido o desemprego, os "caminhoneiros", como são chamados pela comunidade as pessoas que guiam carroças (como a que pode ser vista na figura 2), não dispõem de recursos financeiros para construir suas habitações com materiais de alvenaria.

Figura 2 - Comunidade do Tururu - Habitação dos "caminhoneiros"



Fonte: Pesquisa de Campo, 2005.

Conforme pode ser demonstrado na figura abaixo, na comunidade do Tururu o saneamento básico quando não é inexistente, é precário. Observou-se esgotos a céu aberto. Também, por conta deste fator, grande parte da população, sobretudo crianças e idosos, têm inúmeras doenças decorrentes deste explícito descaso público.

Figura 3 - Comunidade do Tururu - Esgoto à céu aberto



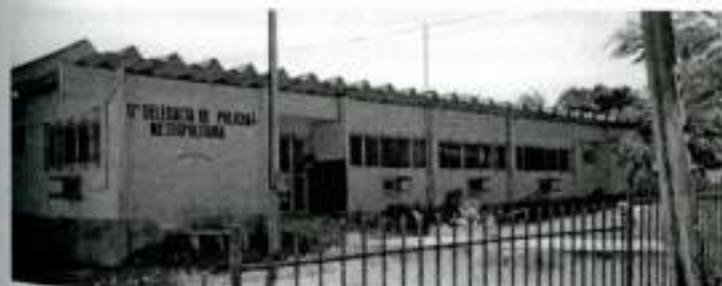
Fonte: Pesquisa de Campo, 2005.

Evidencia-se, a partir das problemáticas verificadas na comunidade a trajetória do indultado nas delegacias, prisão e o trâmite (instalações) da justiça.

4.2 Trajetória do suspeito pelo cometimento de infração tipificada pelo Código Penal

No início da pesquisa de campo, a delegacia para onde os suspeitos eram preliminarmente atuados pela polícia, era a 17ª Delegacia Policial Metropolitana, localizada no Bairro do Engenho Maranguape - Janga - Paulista - PE. Conforme pode ser visualizado na figura 4, a seguir:

Figura 4 - Antiga Delegacia do Janga



Fonte: Pesquisa de Campo, 2005.

Porém, a delegacia mudou de endereço, de estrutura e de denominação (figura 5). Sendo agora, denominada de Núcleo Integrado de Segurança Comunitária (NISC), localizado na Av. Cláudio Gueiros Leite-Janga - Paulista, inclusive mais próximo da comunidade do Tururu.

Figura 5 - Atual Delegacia do Janga - Núcleo Integrado de Segurança Comunitária (NISC)



Fonte: Pesquisa de Campo, 2005.

Quando o suspeito não pode ser identificado civilmente na delegacia, é encaminhado imediatamente ao Instituto Tavares Buril (ITB). Porém, como os indultados são reincidentes, portanto, conhecidos pelo citado Instituto de Identificação, as figuras 4, 5 e 6 foram integradas no contexto da pesquisa de campo, a fim de que se possa fazer uma trajetória completa, devido a conjuntura da investigação.

Figura 6 - Instituto de Identificação Tavares Buril



Fonte: Pesquisa de Campo, 2005.

Após a identificação do suspeito, o mesmo volta para o NISC para depois ser encaminhado ao Centro de Observação Criminológica e Triagem (COTEL). Salienta-se, que neste caso não é flagrante. Caso o suspeito estivesse em flagrante delito, ao sair do ITB o mesmo era imediatamente encaminhado ao COTEL.

4.3 Trajetória do Indultado, antes acusado

Devido a insegurança e o difícil acesso ao COTEL, não foi possível ao pesquisador fotografar esta instituição prisional. Mas, por tratar-se de um centro de triagem para apenados, tal órgão desempenha um papel seletivo diante da proposta do Sistema Penitenciário de Pernambuco.¹¹

Observa-se nas figuras abaixo elencadas, duas das instituições prisionais masculinas sob a responsabilidade da 1ª Vara de Execuções Penais da Capital: Penitenciária Barreto Campelo e Presídio Professor Antônio Bruno.

¹¹ No COTEL o acusado fica até 81 dias, após este prazo ele é transferido para qualquer outra unidade prisional.

Assim sendo, ao saírem do COTEL são encaminhados ao Professor Aníbal Bruno onde ficam "aguardando" o julgamento. E, ao ser considerado culpado, o apenado é conduzido a Penitenciária Barreto Campelo.

Vale salientar, que a Penitenciária é considerada como de segurança máxima e o Presídio é o maior do Estado de Pernambuco. Neste último, estão amontoados 3.618 presos provisórios (dados até 23 de fevereiro de 2007). Outro ponto a ser considerado, tendo em vista a temática da pesquisa, é que os indultados são egressos da Penitenciária Barreto Campelo, pois que aquele que obtém o benefício já foi sentenciado.

Na figura 7, pode-se visualizar a fachada externa da Penitenciária Barreto Campelo.

Figura 7 - Penitenciária Barreto Campelo (Parte Frontal -A)



Fonte: Pesquisa de Campo, 2005

¹² No COTEL o acusado fica até 81 dias, após este prazo ele é transferido para qualquer outra unidade prisional.

Na figura 8 a seguir, pode-se visualizar a parte frontal externa da referida Penitenciária, onde inclusive pode-se ler: "acreditamos na ressocialização, basta querermos".

Salienta-se que, a fotografia desta prisão foi quase impossível, tendo em vista as constantes rebeliões, onde os presos reclamam da extrema dificuldade em sobreviver neste local. Sabe-se que tal fato é inadmissível, pois que independente do crime praticado são pessoas, as quais têm seus direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, que em seu art. 5º, incisos III, *in verbis*: "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante" e XLIX "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral".

Figura 8 - Penitenciária Barreto Campelo (Parte Frontal - B)



Fonte: Pesquisa de campo, 2005

Na figura 9 a seguir, visualiza-se a parte frontal do Presídio Professor Aníbal Bruno. Vale salientar, que a fotografia foi obtida num dia de visita conjugal às 12:00h. Assim, as pessoas que estão na frente desta prisão são as últimas de uma imensa fila, iniciada em torno de 5 horas da manhã. Para adentrar no presídio (entra uma pessoa de cada vez) todas são revistadas, ou seja, ficam nuas, agacham-se e dão saltos.

Figura 9 - Presido Professor Anibal Bruno



Fonte: Pesquisa de campo, 2005.

Evidencia-se a preocupação do Estado em construir, reformar e/ou expandir os estabelecimentos prisionais. Como pode ser visto na figura 10 a seguir, há uma reforma e ampliação do Presídio Professor Anibal Bruno a fim de que este possa receber mais presos. Salienta-se que o citado presídio encontra-se superlotado, pois que segundo dados do TJPE deveria acomodar 1.448 presos, e em 23 de fevereiro de 2007 já tinha mais que o dobro de sua capacidade, ou seja, 3.618.

Figura 10 - Presido Professor Anibal Bruno - Parte Lateral



Fonte: Pesquisa de campo, 2005.

Os indultados residentes na comunidade do Tururu, são julgados no Fórum de Paulista - PE, conforme pode ser visto na figura 11 a seguir. Neste local são realizadas as audiências e/ou interrogatórios dos réus. Também, pode ser verificado que neste Fórum, há uma cela dentro da auditoria militar, onde os aprisionados ficam aguardando o horário de audiência. Dentro da cela os prisioneiros ficam soltos, mas para transitar nas dependências deste local, são algemados e conduzidos com no mínimo 2 policiais fortemente armados, dependendo da periculosidade do réu.

Figura 11 - Fórum de Paulista/PE



Fonte: Pesquisa de campo, 2005.

Na figura 12 a seguir, pode-se visualizar o Ministério Público. Vale salientar, que conforme preceitua a CF/88, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. "Como órgão do Estado (não do governo), zela por interesses indisponíveis ou de larga abrangência social". Na área criminal, os campos de atuação dos representantes deste órgão são: No **Processo Penal** o Ministé-

rio Público, através do seu representante, é o **autor** da **Ação Penal Pública**, quando oferecida a denúncia, ou **interveniente**, no caso da **Ação Penal Privada**. E, como autor não está o seu representante obrigado a acusar; tem plena liberdade de convicção e atuação. Não só pode como deve pedir a absolvição ou recorrer em favor do acusado, caso se convença da sua inocência¹².

Figura 12 - Ministério Público / Promotoria de Justiça do Estado de Pernambuco



Fonte: Pesquisa de campo, 2005.

5 CONCLUSÃO

Diante da pesquisa, conclui-se que a realidade (não há perspectiva de modificação, pelo menos em curto ou médio

¹² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Ministério Público*. São Paulo: São Paulo, 1997.

prazo) nos presídios representa a sentença final. Não ressocializa, não resgata a dignidade humana e nem tampouco diminui a violência social. A prisão que precisaria ser uma exceção é uma *práxis*. Pode ser verificado, também que a maioria da população já havia se envolvido em delitos e, desta maneira, não ter "passagem pela polícia" também é uma exceção. O que se pode concluir então, é que a criminalidade, a violência, a marginalização social é algo cotidiano e conseqüentemente, a realidade prisional só tende a piorar, profissionalizando os que lá se amontoam.

Assim sendo, o instituto do indulto não representa o estopim da violência nem o efetivo aumento do caos social, mas deveria o Estado estimular medidas de empregabilidade eficiente e eficazes ao indultado, e atentar-se à questão do policiamento que promove a violência nas comunidades carentes, especificamente à comunidade pesquisada, visando à consecução do objetivo maior da justiça, que é a paz social. E, esta paz social só terá chance de ser vivenciada, com a diminuição das desigualdades sociais, neste contexto, resgatando-se a condição humana para os apenados.

6 REFERÊNCIAS

A RAZÃO DA IDADE: MITOS E VERDADE. Brasília: MJ/ SEDH/DCA, 2001.

ALAYÓN, Norberto. *Assistência e assistencialismo: Controle dos Pobres ou Erradicação da Pobreza?*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1995.

ALVIM, Rui Carlos Machado. *O Trabalho Penitenciário e os Direitos Sociais*. São Paulo: Atlas, 1991.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso de Direito Penal. Parte Geral.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. v. 1.

BARBOSA, Licínio. **Direito de Execução Penal.** Goiânia: Século XXI, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal.** 5 ed. Atual. Raphael C. Filho. São Paulo: Forense, 2003.

CORREIA, Maria da Conceição C. Messard. **Um Estudo do Processo de Ressocialização em Regime Penitenciário Aberto na Seção de Atendimento aos Egressos e Liberados.** Monografia. UFPE. Recife, 1995.

CERVO, Amaro L.; BERVIAN, Pedro A. **Metodologia Científica.** 5 ed. São Paulo: Prentice Hall, 2003.

DEMO, Pedro. **Introdução à Metodologia da Ciência.** São Paulo: Atlas, 1985.

DAMIÃO, Regina Toledo; HENRIQUES, Antonio. **Curso de Português Jurídico.** 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** São Paulo: Forense, 2004.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FLEURY. **Indulto de Natal pode colocar cerca de 15 mil assaltantes na rua, só em São Paulo.** Disponível: <<http://www.fleuryfilho.com.br/indulto.doc>>. Acessado em: 01 mar. 2005.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e Sensibilidade: Fundamentos do Direito Penal Moderno.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História de Violência nas Prisões.** 25 ed. São Paulo: Vozes, 2002.

HENRIQUES, Antonio. **Prática da Linguagem Jurídica.** São Paulo: Atlas, 1999. Indulto ou insulto?. <Disponível: <http://www.adpesp.com.br/noticia_284.htm>. Acessado em: 01 mar. 2005.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **A Ilusão da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica.** 5 ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. São Paulo: São Paulo, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini Mirabete. **Código Penal Interpretado**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral: arts. 1º a 120 do CP. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MUAKAD, Irene Batista. **Prisão Albergue**. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1990. Mães encarceradas, com filho menor de 14 anos, podem ganhar Indulto Natalino. Disponível: <<http://www.mj.gov.br/noticias/2004/dezembro/rls031204indulto.htm>>. Acessado em: 01 mar. 2005.

MARCONI, Marina de Andrade; Lakatos, Eva Maria. **Técnicas de Pesquisa**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES, Adeildo. Menos Prisão. **Diário de Pernambuco**, Recife, 06 mar. 2004.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Metodologia Científica aplicada ao Direito**. São Paulo: Thomson, 2002.

PEREIRA, Marco Antônio Martins. **Latim Forense**. São Paulo: Freitas Bastos, 2002.

RAMALHO, José Ricardo. **Mundo do Crime**. 2 ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1983.

TEODORO, Josenildo Coelho. Uma abordagem sobre o Indulto: Estudo Realizado na Comunidade de Santo Amaro-Recife -PE. **Revista da Esmape**. v. 11, nº 24, jul. a dez. 2006.

_____. As complexidades inerentes ao processo de ressocialização no âmbito do Sistema Penitenciário de Pernambuco. **Anais do IV Colóquio Internacional sobre Gestão Universitária na América do Sul**, Florianópolis/SC - Universidade Nacional de Mar Del Plata/ Argentina, 08 a 10 de dezembro de 2004.

_____. O indulto sob a ótica da teoria da representação social. **CETEC - Revista de Ciência, Empreendedorismo e Tecnologia**, Recife, a. II, n. 2, p. 37-44. dez. 2005.

THOMPSON, Augusto F. G. **A questão penitenciária**. Petrópolis: Vozes, 1976.

TRIVIÑOS, Augusto N.S. **Introdução à Pesquisa em Ciências Sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.

DA VIABILIDADE DA AÇÃO MONITÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Joselyne Santiago de F. Barbosa

Aluna do Curso de Especialização lato sensu
em Direito Constitucional, Administrativo
e Tributário da Escola Superior da Ma-
gistratura de Pernambuco - Esmape.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA. 2. PROCEDIMENTO
MONITÓRIO: CARACTERÍSTICAS. 3. OBJEÇÕES À MONITÓRIA EM FACE
DA FAZENDA PÚBLICA. 4. CORRENTE FAVORÁVEL À MONITÓRIA EM
FACE DA FAZENDA. 5. POSICIONAMENTO DO STJ. 6. CONCLUSÃO:
INEXISTE ÓBICE LEGAL À MONITÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.
REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Neste trabalho, pretende-se analisar a viabilidade da ação
monitória em face da Fazenda Pública, investigando-se se as
prerrogativas processuais dos entes públicos são incompatíveis
com as peculiaridades do procedimento monitório.

A relevância do assunto surge tendo em vista a polêmica
instalada em torno do tema tanto na doutrina quanto na juris-
prudência.

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

Procura-se, no decorrer das próximas páginas, expor a controvérsia existente sobre o tema, demonstrando-se os principais argumentos doutrinários favoráveis, bem como os contrários, à promoção do procedimento monitorio em face da Fazenda Pública; também será abordado o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, tendo em vista o papel de tal Corte Superior no que diz respeito à uniformização da aplicação da legislação infraconstitucional.

Ressalte-se que o procedimento monitorio, por si só, é permeado por discussões; os questionamentos relativos ao tema em análise, apenas somam-se às polêmicas já existentes em relação à monitoria.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

Diante das particularidades dos conflitos de interesse a serem dirimidos, surge o procedimento especial que se ajusta às peculiaridades das razões nele deduzidas, tendo em vista as características que envolvem o litígio submetido à apreciação jurisdicional; isso evidencia a inescindível convivência das esferas do direito substancial e do direito processual (TUCCI, 1997, p. 135).

Um dos grandes problemas que envolvem a prestação jurisdicional, não apenas hoje, mas há tempos, é o lapso temporal necessário ao deslinde das questões.

Chegar-se a uma sentença condenatória no procedimento ordinário (com todos os incidentes e defesas processuais cabíveis) e, então, promover-se o processo executivo demanda muito tempo, gerando preocupação para os jurisdicionados e operadores do Direito; o tempo utilizado nas citações, intimações e diligências em geral é um sério agravante deste quadro.

A situação se agrava nos casos em que figura, em um dos polos da relação processual, a Fazenda Pública (com suas prerrogativas e dever de ofício de recorrer).

Diante de tal problemática, promovem-se alterações processuais para amenizar o custo temporal do processo; entre tais inovações no direito pátrio, surgiu a ação monitoria, por meio da Lei 9.079/95, que introduziu os arts. 1.102a e 1.102b no CPC, inserida, portanto, entre os procedimentos especiais.

No procedimento monitorio, também denominado injuntivo ou ação monitoria, o que se busca é a rápida formação do título executivo nos casos em que o credor, embora possua documento que comprove a dívida de forma certa e líquida, não pode promover a execução forçada do devedor porque o documento que possui não é exequível, ou seja, não é um título executivo.

2 PROCEDIMENTO MONITÓRIO: CARACTERÍSTICAS

O procedimento monitorio adotado pelo CPC é documental, de forma que apenas a prova escrita pode se configurar como título monitorio; o autor da monitoria apresenta tal prova, que demonstre o seu crédito de forma certa e líquida, sem, entretanto, ser título executivo.

Um documento escrito pode representar uma dívida líquida, certa e exigível, sem, todavia, possuir força executiva; os documentos enquadrados nessa hipótese (ou seja, os que revelem obrigação líquida certa e exigível, mas, não tenham força executiva) e que tenham por objeto o pagamento de dívidas em dinheiro, entrega de coisa fungível ou bem determinado podem ensejar o procedimento monitorio ou de injunção (SANTOS, 1999, p. 48/49).

O despacho de deferimento da inicial importa mandado de pagamento ou entrega; o pólo passivo pode atender o mandado (ficando isento de custas e honorários, porque não há efeito condenatório, nem resistência à pretensão insatisfeita), silenciar-se ou embargar (sem necessidade de segurança do Juízo, pois não se trata de recurso, os embargos, aqui, são a defesa e dão início à fase cognitiva incidente).

A inércia do devedor diante do provimento inicial ou a improcedência dos embargos, se interpostos, confere executividade ao título; porém, no primeiro caso, inexistente declaração jurisdicional de direito ou solução de litígio (no procedimento monitorio não embargado não há sentença).

Este provimento inicial não tem efeito declaratório de direito, nem de condenação, não é sentença, nem decisão interlocutória, porque nada decide (em qualquer despacho ordinatório há sempre teor decisório, mas, nunca no sentido de sancionar questões entre as partes, mas, apenas, de reconhecer-lhes prerrogativas processuais garantidas pela lei (SANTOS, 1999, p. 52).

Com a inércia do devedor, forma-se o título executivo e é instaurada a execução; se o devedor nem paga, nem se defende, considera-se formado o título executivo, instaura-se o processo executório comum (art. 521 e art. 652 do CPC).

Além da possibilidade de ampla defesa através de embargos na fase preparatória do título executivo, há a possibilidade de Embargos à Execução subsequente, após a segurança do juízo, conforme o art. 1.102, § 3º., CPC. (SANTOS, 1999, p. 54/55).

Com a rejeição liminar dos Embargos ou com sua improcedência, a execução se inicia, tomando seu curso normal; na monitoria não embargada, o título executivo se forma como consequência específica do processo, como fruto

do seu próprio desenvolvimento; assim, o título (considerado judicialmente constituído) tem força total de título executivo, podendo ser posteriormente interpostos Embargos à Execução (SANTOS, 1999, p. 54/55).

3 OBJEÇÕES À MONITÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

A polêmica em torno do tema alastra-se no âmbito doutrinário e na jurisprudência; todavia, neste tópico do presente trabalho, não há preocupação em expor a posição da jurisprudência, porque esta é objeto de ponto próprio (ver item 5, Posição do STJ); por agora, será tratado o aspecto doutrinário do tema, podendo ser mencionados, entre os doutrinadores que são desfavoráveis à monitoria contra a Fazenda, Ernane Fidélis dos Santos (1999, p. 55/56) e Leonardo José Carneiro da Cunha (2005, p. 270/271); Juvêncio Vasconcelos Viana (2003, p. 315-316) se posiciona parcialmente contrário.

Os argumentos contra a aplicação do procedimento monitorio em face da Fazenda Pública (bem como os que são favoráveis à adoção deste procedimento em face da Fazenda) são repetitivos na doutrina e na jurisprudência.

Os que se posicionam desfavoravelmente à ação monitoria em face da Fazenda Pública entendem que a incompatibilidade do uso deste procedimento reside na imprescindibilidade de precatório, na impenhorabilidade dos bens públicos, na exigência da apreciação da remessa obrigatória e na existência de direito indisponível; vejam-se, a seguir, os argumentos em maiores detalhes.

Uma das objeções colocadas é a inexistência de previsão específica no CPC que autorize a aplicação do procedi-

mento injuntivo aos entes de direito público, existindo, em contrapartida, procedimento específico para execução contra a Fazenda Pública previsto no art. 730 do CPC, em decorrência de alterações trazidas pela Lei 9.494/97 ao Código de Processo Civil.

De acordo com o mencionado dispositivo, na execução por quantia certa, a Fazenda é citada apenas para oferecer, no prazo de 30 dias, embargos à execução; somente na hipótese de não oposição de embargos haverá requisição de pagamento (por meio de precatório, condicionado à existência de sentença condenatória e observando sua ordem de apresentação, nos termos do art. 100 da CF/88) ao Tribunal competente.

Sustenta-se que o procedimento para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública não se adequa à ação monitoria, considerando-se, tal como deve ocorrer na monitoria, que é inviável a expedição de mandado para que pessoas jurídicas de direito público, em 24 horas, paguem os valores reclamados (ainda mais, tendo em vista que, na ausência de interposição de embargos, o mandado inicial se converte em mandado executivo); além disso, são incabíveis, contra a Fazenda Pública, a confissão ficta (impossibilitando a formação do título judicial em razão de se tratar de direitos indisponíveis), a nomeação de bens à penhora e a expedição de precatório sem sentença condenatória sujeita ao duplo grau obrigatório; contudo, admite-se que, interpostos os embargos, sendo estes rejeitados, a sentença estaria sujeita ao duplo grau (inciso I, art. 475, CPC).

Também surgem, aqui, os mesmos óbices levantados contra a execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública, sob o argumento de que a monitoria tem natureza predominantemente executiva, enquanto a execução contra a Fazenda depende de título judicial; dessa forma, aquele que

detém título extrajudicial deve propor ação de conhecimento: em razão da necessidade do duplo grau obrigatório e de que os pagamentos realizados pela Fazenda se dêem por meio de precatórios (que estariam condicionados à existência de sentença condenatória), devendo obedecer à ordem cronológica de apresentação, nos termos do art. 100 da CF/88; são colocados aqui os mesmos os argumentos opostos à monitoria contra os entes públicos, portanto.

Tendo em vista tais óbices no procedimento monitorio, a ação teria que prosseguir pelo rito ordinário para se obter sentença condenatória; insistindo-se na ação monitoria, o único efeito que restaria seria a dispensa do processo de conhecimento, reconhecendo-se, por preclusão, o direito do autor.

4 CORRENTE FAVORÁVEL À MONITÓRIA EM FACE DA FAZENDA

Na doutrina, entre os que são favoráveis à monitoria contra a Fazenda Pública, encontram-se Alexandre Freitas Câmara (2005, p. 531), Elpidio Donizetti (2004, p. 539) e José Rodrigues de Carvalho Netto (2001, p. 98).

Os argumentos favoráveis à utilização do procedimento monitorio em face da Fazenda Pública, como se disse anteriormente, são repetidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Entre eles, o de que, no art. 1.102a do CPC, não existem regras ou peculiaridades específicas em relação à legitimidade passiva ou ativa na ação monitoria, ficando à escolha do autor (que possua documento suficiente para ensejar a monitoria) optar por tal ação ou pelo procedimento ordinário.

Em se tratando de Fazenda Pública, desde que sejam respeitadas suas peculiaridades processuais (preservando-se o

reexame necessário e o pagamento via precatório), não há impedimento ao manejo desta ação.

Inexiste incompatibilidade entre o rito da execução contra a Fazenda Pública (art. 730 do CPC) e o procedimento monitorio, pois há possibilidade de cognição plena desde que sejam oferecidos os embargos à monitoria ou, posteriormente, os embargos à execução, de forma mais ampla.

A decisão liminar proferida no procedimento monitorio (que é de conhecimento) não assegura ao autor atos de constrição patrimonial, nem provimento satisfativo; apenas com a oposição de embargos instaura-se a fase cognitiva e impede a formação do título.

Paralelamente às razões acima, comuns à doutrina e à jurisprudência, o Ministro Teori Zavascki (Resp. 345.752-MG, DJU 05.12.05), distinguiu, na monitoria, três espécies de atividades distribuídas em fases distintas.

Na primeira fase (correspondente à expedição do mandado de pagamento), cumprindo a obrigação, o demandado fica isento de ônus processuais (§1º, art. 1.102c, CPC), porque a atividade jurisdicional não tem natureza contenciosa, sendo espécie de convocação para que o devedor cumpra sua prestação e inexistindo obstáculos a que se convoque a Fazenda ao pagamento, pois, como qualquer outro devedor, esta tem o dever de cumprir suas obrigações independentemente de execução forçada; a intervenção judicial não impede que a Administração cumpra suas obrigações espontaneamente, independentemente de precatório; na segunda fase, há o oferecimento de embargos (art. 1.102c, CPC), é quando se pratica atividade própria do processo de conhecimento, resultando sentença que acolhe ou não os embargos (inexistindo, também neste ponto, incompatibilidade com as prerrogativas da Fazenda Pública, cabendo, inclusive, o reexame necessário); por fim, na terceira fase, há a execução

propriamente dita, aplicando-se os arts. 730 e 731 do CPC, ressaltando-se a possibilidade de dispensa de precatório (§3º, art. 100, CF/88).

Ainda na mencionada decisão, o Ministro Teori Zavascki, evidencia que também no processo de conhecimento a Fazenda Pública pode ser revel e isso não é impedimento à constituição do título, ainda mais tendo em vista que a monitoria tem suporte em documento escrito; quanto à remessa necessária, não há exigência constitucional e nem prerrogativa de caráter absoluto, podendo a lei dispensá-la, como ocorre em várias situações; por fim, os obstáculos colocados à monitoria na hipótese em apreço poderiam ser opostos às execuções por título extrajudicial contra a Fazenda, no entanto, o STJ, por meio da Súmula 279, reconhece o cabimento destas ações executivas.

5 POSICIONAMENTO DO STJ

A análise restrita, neste tópico, do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (sem referências à jurisprudência de forma mais geral), deve-se ao papel, que cabe ao STJ, de uniformizador da aplicação da legislação infraconstitucional.

Os fundamentos das decisões mencionadas neste ponto não serão pormenorizados, pois já estão inseridos nos tópicos anteriores (itens 3 e 4), em que se tratam os argumentos contrários e os favoráveis ao ajuizamento da monitoria em face da Fazenda Pública.

Conforme já mencionado, a polêmica a respeito da questão em análise contaminou não apenas a doutrina, mas, a jurisprudência e as decisões do STJ espelharam tal situação.

No julgamento, relativamente recente, do REsp. 603.799- RS (DJU 06.09.04), da relatoria do Ministro

Franciulli Netto, decidiu-se pela impossibilidade do ajuizamento da monitória para cobrança de débito decorrente de prestação de serviços e fornecimentos de peças automobilísticas ao Município, na esteira de precedentes da relatoria do Ministro Milton Luiz Pereira (REsp. 197.605-MG, DJU 18.01).

No mesmo sentido, no REsp. 345.752-MG (DJU 06.09.04), também da relatoria do Min. Franciulli, por unanimidade, deu-se provimento ao Recurso Especial entendendo-se incabível a monitória contra a Fazenda (participaram do julgamento os Ministros João Otávio de Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon), reformando-se o julgamento de Embargos Infringentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (em que se fez prevalecer o entendimento de que é cabível a ação monitória contra o Município, apresentando-se como título monitório a nota de empenho decorrente do fornecimento de combustível e peças automobilísticas ao Município de Carmo do Paraiíba-MG).

Entretanto, posteriormente foram interpostos embargos de divergência do julgamento acima mencionado (EREsp. 345.752-MG, DJU 05.12.05), sendo seu relator o Ministro Teori Zavascki; ali foram indicadas as decisões dissidentes proferidas pela 1ª Turma, no REsp. 603.859-RJ (Min. Luiz Fux, DJU 28.06.04) e no REsp. 535.533-MG (Rel. Min. Teori Zavascki, DJU 28.10.03); os embargos foram providos em 09.11.05 (DJU 05.12.05), por unanimidade, participaram do julgamento os Ministros João Otávio Noronha, Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon (que mudaram de entendimento neste julgamento), além dos Ministros José Delgado, Luiz Fux e Denise Arruda, que também acompanharam o relator, o Ministro Zavascki.

Dessa forma, com o recente julgamento dos mencionados embargos de divergência (EREsp 345.752-MG, DJU 05.12.05), o entendimento adotado pelo STJ é o de que inexis-

te incompatibilidade entre o procedimento monitório e o rito executivo específico previsto no art. 730 do CPC, sendo possível a propositura de ação monitória em face da Fazenda Pública, conforme se vê em consulta à jurisprudência comparada do STJ.

6 CONCLUSÃO: INEXISTE ÓBICE LEGAL À MONITÓRIA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o julgamento do EREsp. 345.752-MG (DJU 05.12.05) abafou a polêmica sobre a questão do cabimento da ação monitória contra a Fazenda Pública de forma favorável aos que entendem cabível este procedimento em tal hipótese.

Doutrinariamente, a discussão ainda está em fase de desenvolvimento; a questão em análise assemelha-se à polêmica gerada acerca da possibilidade de execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública, quando, ainda em 1997, no REsp. 100.700-BA (DJU 31.03.97), da relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, adotou-se o entendimento de que o art. 730 do CPC é compatível com a execução de título judicial ou extrajudicial, inexistindo confronto com o art. 100 da CF/88; também se adequam perfeitamente ao caso em análise os fundamentos do Ministro Ilmar Galvão (citado às fls. 09 da referida decisão), ao advertir que abrir uma instância de conhecimento (fundada em título que já se reveste de certeza e liquidez) não é meio hábil para contornar o problema da defesa nas execuções contra a Fazenda Pública, pois se há deficiências na defesa no processo executivo, não será diferente no processo de conhecimento, apenas prolongando-se o processo em desfavor do credor; ressalte-se que, com a Súmula 279-STJ (DJU 16.06.03), pacificou-se naquela Corte Superior o entendimento de que é cabível a execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.

Em se tratando de procedimento monitorio em face da Fazenda Pública, atendendo a administração ao mandado de pagamento, estaria apenas honrando compromissos por ela assumidos (situação em que não se exigem precatórios), tal cumprimento tardio, poderia, inclusive, ter se dado antes de qualquer intervenção judicial; não cumprindo o mandado, mas, oferecendo embargos, seria instaurada a fase cognitiva, oferecendo-se amplo espaço a todas as prerrogativas da Fazenda Pública; dessa forma, a dificuldade reside nas monitorias em que o mandado de pagamento não é cumprido, nem são oferecidos embargos: neste caso, a formação do título executivo é consequência da lei (mas, ainda assim, houve uma apreciação judicial do documento em que se fundamenta a monitoria).

Admitindo-se a compatibilidade do processo executivo fundado em título extrajudicial (também sem sentença condenatória, mas, submetido o pagamento à ordem dos precatórios, nos termos do art. 100 da CF/88), é admissível a submissão do título executivo judicial decorrente da monitoria (não embargada e que não teve o mandado de pagamento atendido) ao mesmo rito executivo.

No que diz respeito à remessa oficial, esta tem sido posta em segundo plano pela legislação, permitindo-se, em nome da celeridade processual e da efetividade do processo, sua dispensa em alguns casos; vê-se o art. 12 da MP 2.134/01, dispensando a remessa obrigatória das sentenças ali especificadas; também o art. 19 da Lei 10.522/02 autoriza a não interposição de recurso voluntário em algumas hipóteses e, nestas, dispensa o reexame necessário (BUENO, 2003, p. 198).

Inexistente qualquer óbice normativo à monitoria contra a Fazenda Pública, resta saber sobre a utilidade/validade/efetividade deste procedimento em tal caso.

É certo que, compatibilizando-se a monitoria com o atendimento ao duplo grau obrigatório, com o pagamento via precatório e com os ritos próprios da execução contra a Fazenda Pública, a celeridade que se busca com este procedimento é afetada; entretanto, o fato de o credor (que detém título adequado à monitoria) não precisar se submeter ao demorado rito do processo de conhecimento, já significa grande ganho de tempo.

Se o credor possui título suficiente para a monitoria, está em situação distinta daquele que não possui tal documento; como, também, está em situação distinta daquele que possui título executivo, dando-se tratamento processual distinto a cada uma das diversas situações; obrigar quem possui documento hábil à propositura da monitoria ao processo de conhecimento pela simples razão de que seu devedor é a Fazenda Pública, apenas traz mais prejuízo ao credor, pois com isso apenas se abrirão oportunidades para defesas infundadas, que não deveriam ter espaço diante daquele título (que, aliás, se submete à análise do Juiz, por ocasião da interposição da monitoria).

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. Recurso Especial nº 603.799-RS. Relator: Ministro Franciulli Netto. Decisão unânime. Brasília, 08.06.04. DJ de 06.09.04. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 07. ago. 2005.

_____. 2ª Turma. Recurso Especial nº 345.752-MG. Relator: Ministro Franciulli Netto. Decisão unânime. Brasília, 01.06.04. DJ de 06.09.04. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 07. ago. 2005.

_____. 1ª Seção. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 345.752-MG. Relator: Ministro Teori Zavascki. Decisão unânime. Brasília, 09.11.05. DJ de 05.12.05. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15. jan. 2006.

_____. Jurisprudência comparada/STJ. Atualização 19.01.06. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20. jan. 2006.

_____. 1ª Turma. Recurso Especial nº 100.700-BA. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Decisão unânime. Brasília, 17.02.97. DJ de 31.03.97. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 07. ago. 2005.

BUENO, Cassio Scarpínella. **A (in)efetividade do processo e o Poder Público: o Poder Público em juízo**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 177-199.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Procedimento monitorio: lições de direito processual civil**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 517-560. v. III.

CARVALHO NETTO, José Rodrigues de. **Ação monitoria e a Fazenda Pública: Da ação monitoria, um ponto de vista sobre a Lei 9.079, de 14 de julho de 1995**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 98-106.

DONIZETTI, Elpidio. **Ação monitoria: Procedimento monitorio: curso didático de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 536-539.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública e o procedimento monitorio: a Fazenda Pública em juízo**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005. p. 259-271.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Procedimento monitorio: Novissimos perfis do processo civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 47-59.

TUCCI, José Cruz e. **Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 11-20, 132-136.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Ação monitoria em face da Fazenda Pública: efetividade do processo em face da Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 277-316.

LAVAGEM DE DINHEIRO E A REALIDADE ENGANADORA DESSE CRIME QUE REPRESENTA GRAVE AMEAÇA PARA A SOCIEDADE E A ECONOMIA

Leônia de Oliveira Torres

Bacharelada em Direito pela Faculdade Integrada do Recife - FIR. Licenciada e bacharelada em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Aluna do Curso de Pós-Graduação lato-sensu em Direito Constitucional, Administrativo e Tributário da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape, em convênio com Faculdade Maurício de Nassau.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. FASES RECONHECIDAS E ESTUDADAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO BRANQUEAMENTO. 3. CONSIDERAÇÕES LEGISLATIVAS. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Na sua essência, a lavagem de dinheiro é a conversão, transferência ou dissimulação de valores ou bens de origem criminoso. A motivação vital dos criminosos é ocultar ou dissimular as características que são próprias dos atos do crime: grandes massas de dinheiro em nume-

rário e aquisições inexplicáveis de imobiliário ou outros ativos.

Perseguido pela impossibilidade de justificar os seus ativos ou patrimônio ilegal, o branqueador pretende sempre desenvolver uma atividade destinada a queimar as pistas de ligação entre a prática do crime e o seu produto, a única a permitir a prova de existência de crime e a identificação do seu autor, o que, a concretizar-se, irá desencadear a respectiva punição legal. Quer, ainda, atingir esse objetivo, porque a legitimação dos proventos do crime é fundamental não só para a sua impunidade, mas também para lhe garantir segurança, respeitabilidade, influência e poder, especialmente na penetração de instituições dos mais diversos tipos.

Doutrinadores referem-se às primeiras práticas de lavagem de dinheiro em um período mais popular, tendo a máfia americana de 1920 e Al Capone como precursores. Esse foi preso por sonegar imposto e não pelos crimes que havia cometido, oriundos da máfia de contrabando ilegal de bebidas. Os criminosos que seguiram a mesma prática não cometeram o mesmo erro, e passaram a inserir os valores no mercado financeiro de modo que as operações financeiras acabassem por transformar o dinheiro sujo em limpo.

A partir da década de 70, momento em que as drogas se apresentam como fonte de grande lucratividade, fortaleceram-se ainda mais as técnicas de lavagem de dinheiro.

A configuração desse crime ocorreu pela primeira vez nos idos dos anos 80, na Convenção de Viena, visando ao combate aos narcotraficantes.

2 FASES RECONHECIDAS E ESTUDADAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO BRANQUEAMENTO

A lavagem de dinheiro, pelo menos teoricamente, envolve três fases estudadas e reconhecidas para a concretização do branqueamento.

A colocação direta do chamado *hot money*, que envolve o nível de risco mais elevado, consiste na aplicação direta, por parte ou a mando do criminoso, do produto da sua atividade em depósitos bancários, casas de jogos, casas de câmbio e na aquisição dos mais variados bens, como imóveis, antiguidades, carros de luxo, ouro, ou o investimento em clínicas de saúde, obras de arte e até na aquisição de passes de desportistas. Nessa etapa, o criminoso está muito dependente do auxílio de terceiros, por exemplo, os funcionários bancários, para concretizar as suas operações sigilosas com êxito.

As tipologias de colocação são inúmeras: disseminação do valor global, normalmente alto, em depósitos de pequenas quantias, depósitos elevados em caixas automáticas, transferências para o estrangeiro em praças *offshore*, depósitos em contas de sociedade, depósitos em contas criadas unicamente para a transferência de fundos para fora do território nacional, entrega do numerário a representantes que lidam com os bancos, transferências eletrônicas, uso de cartas de crédito, pagamento intempestivo de empréstimos.

Segue-se a circulação, que não é mais do que a eliminação do rasto do dinheiro, que visa impossibilitar a produção de prova sobre a autoria ou existência dos crimes. Para a concretização dessa fase, são imprescindíveis os paraísos fiscais, o sistema bancário *offshore*, em países ou territórios, como Gibraltar, Ilhas Caimã ou Seychelles, detentores de legislação que permite aos seus bancos e instituições financeiras a recepção, conservação e aplicação dos dinheiros, segundo os mais

radicais princípios do segredo bancário absoluto, confidencialidade, anonimato e não cooperação com autoridades judiciais e policiais.

Uma vez depositado o dinheiro numa conta de banco em *offshore*, por exemplo, em nome de um mandatário, os chamados "laranjas", torna-se quase impossível a investigação do rumo do dinheiro, porque os Estados não possuem mecanismos suficientemente capazes de identificar a lógica de funcionamento desses territórios.

A terceira etapa é, obviamente, para concluir o processo do branqueamento; é a integração do dinheiro já pré-lavado, no circuito financeiro legal, e a sua aplicação em atividades econômicas comuns e lícitas. Ou seja, de posse desse recurso já com aspecto de limpo, longe da origem delituosa, a organização criminoso integra esse dinheiro adquirindo bens, já com aparência de licitude, que vão proporcionar o conforto para o criminoso ou então financiar a organização criminoso.

Essas três fases, normalmente, podem não ocorrer numa tipologia de lavagem, mas em princípio, consegue-se determiná-las.

O dinheiro proveniente do paraíso fiscal, por exemplo, é aplicado numa infinidade de negócios, como as cadeias de hotelaria, os supermercados, os condomínios de luxo, os investimentos na bolsa, as sociedades gestoras de fundos, entre tantos outros.

Visando combater essas práticas, o mundo hoje trabalha de forma coordenada no combate à lavagem de dinheiro. A colaboração internacional é fundamental e, assim, vários organismos internacionais se dedicam exclusivamente a esse fim.

Segundo o Fundo Monetário Internacional (FMI), sediado em Washington, EUA, os montantes do dinheiro lavado nos circuitos econômicos legais estão entre 2 a 5 por cento do Produto Interno Bruto (PIB) global, o que corresponde a 8 por cento do comércio mundial em 2001. O volume de dinheiro anualmente branqueado no sistema financeiro

legal, ainda segundo o FMI, numa estimativa de 2001, varia entre 500 mil milhões de dólares e 1,5 bilhões de dólares.

Não se admira que a União Europeia tenha defendido, no Conselho de Tampere, em outubro de 1999, que é necessário combater o branqueamento de capitais onde quer que se manifeste e que esteja empenhada numa aproximação crescente de cada legislação nacional nessa matéria.

Tanto a União Europeia como as outras organizações internacionais reconhecem, há muito, que o combate eficaz à lavagem de capitais do crime passa pela adoção de formas não tradicionais de ataque, baseadas num programa moderno de despistagem, seguimento, apreensão, congelamento e confisco dos proventos, bens e ativos gerados por essa criminalidade.

3 CONSIDERAÇÕES LEGISLATIVAS

Na vertente legislativa, no intuito de combater a lavagem de dinheiro, assumem especial importância a Convenção Europeia 141, de novembro de 1990, na qual se encontram quarenta recomendações que definem os procedimentos de captação, apreensão e confisco dos proventos do crime; a diretiva europeia 3308, de 10 de junho de 1991, que se assenta nas medidas que os Estados devem tomar para prevenir a utilização de bancos e outras instituições financeiras pelos branqueadores.

No Brasil, a intenção legislativa adotada para enfrentar essa grave questão foi realizada através da edição da Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, que cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)¹. Essa Lei pode não

¹ O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) localiza-se no Ministério da Fazenda e é através também do seu site que são encaminhadas as comunicações suspeitas ou denúncias. É composto de um representante do Banco Central, da CVM, da SUSEP, da Procuradoria-Geral da Fazenda, da Secretaria da Receita Federal, da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), ex-Subsecretaria de Inteligência da Presidência da República), do Depart-

ter sido a mais eficiente e abrangente, contudo, foi a resultante possível do enfrentamento das forças sociais e políticas que integram o parlamento nacional e, nesse sentido, consubstancia significativo avanço.

A partir da gestão do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o Brasil tornou-se membro do Grupo de Ação Financeira sobre lavagem de dinheiro (GAFI)², e tem analisado a conveniência de modificar as quarenta recomendações de combate à lavagem de dinheiro para incluir, no rol de pessoas físicas e jurídicas que lhe são sujeitas, os negócios e profissões não-financeiros, como cassinos, agentes imobiliários e comerciantes de bens de alto valor (pedras preciosas, obras de arte), advogados, tabeliães, contadores e auditores. Tornou-se membro, também, do Grupo de Ação Financeira da América do Sul contra a lavagem de dinheiro (GAFISUD)³ e do grupo de Egmont⁴.

mento de Polícia Federal e do Ministério das Relações Exteriores, exatamente pelo caráter transnacional do crime de lavagem de dinheiro. Ele tem respondido com frequência a questões sobre o combate à lavagem de dinheiro, tanto nos questionários como nos processos de avaliação periódica.

² O Grupo de Ação Financeira (GAFI), foi criado em 1989 pelo G-7, dinamizado pelos EUA e pela EU, para lutar contra a lavagem de dinheiro; sua missão foi expandida, a partir de 31 de outubro de 2001, para contemplar também o combate ao financiamento do terrorismo. Anualmente produz um relatório sobre múltiplos aspectos relacionados com o branqueamento de capitais. O GAFI emite opinião fundamentada sobre as práticas dos Estados no combate ao branqueamento, fiscaliza-os, e inclusive elabora listas negras dos países pouco cumpridores. Por outro lado, mantém um diálogo constante com bancos e outras instituições, e tem assumido um papel de liderança nesse tipo de iniciativa com os responsáveis dos vários territórios *offshore*. Ele conseguiu, inclusive, que as autoridades de alguns paraísos fiscais fornecessem informações quando estão em causa delitos tipificados como branqueamento, terrorismo e corrupção.

³ O grupo de ação Financeira da América do Sul (GAFISUD) é uma organização intergovernamental que reúne os países da América do Sul para combater a lavagem de dinheiro.

⁴ O grupo de Egmont é uma organização que reúne 58 unidades de inteligência financeira (FIUs), especializadas no combate à lavagem de dinheiro.

Como membro desses organismos o país é submetido a diversos processos de avaliação, tais como a auto-avaliação, avaliação-mútua e unilateral.

A primeira proposta do GAFI diz respeito à inclusão dos cassinos no rol de pessoas sujeitas às medidas de combate à lavagem de dinheiro. No Brasil, os cassinos não são autorizados a funcionar, mas quanto aos jogos de bingos e/ou semelhantes, a Lei nº. 9.613/98, art. 9º, parágrafo único, VI, submete as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens imóveis, móveis, mercadorias, serviços ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado ao seu alcance. Já nos incisos X e XI, da mesma Lei, se contempla a segunda proposta do GAFI que diz respeito aos agentes imobiliários e comerciantes de bens de alto valor. Essa Lei sujeita as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis e as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades ao seu alcance.

São operações consideradas como suscetíveis de estarem particularmente vinculadas à lavagem de dinheiro, por exemplo:

- constituição de três ou mais sociedades no mesmo dia ou mais de três sociedades no período de um mês, quando, pelo menos, um dos sócios for a mesma pessoa física ou jurídica e ocorreram algumas das seguintes circunstâncias: que algum dos sócios ou administradores seja estrangeiro não-residente, que se trate de sócios ou administradores desconhecidos e residentes em praças distintas, ou ocorreram outros fatores que tornem aparentemente ilícita a operação; constituição de sociedades com capital em espécie em que figurem como sócios pessoas relativamente ou absolutamente incapazes; indicação de mesmo sócio ou administrador para três ou mais empresas; desembolsos de capital superiores a 25% do capital

inicial; operações em que existam indícios de que os clientes procuram ocultar sua real identidade; transmissões sucessivas de bens imóveis; compra e venda de bens imóveis com recursos provenientes de paraísos fiscais e quaisquer operações com paraísos fiscais.

4 CONCLUSÃO

A lavagem de dinheiro ou branqueamento do dinheiro é uma prática que ocorre não só no Brasil, mas também em muitos países, basta recorrer a sua origem que remonta às organizações mafiosas norte-americanas.

Esse branqueamento alimenta permanentemente o crime, garante a impunidade e, ao conceder às associações criminosas um lugar no mercado, gera o risco da perturbação dos sistemas financeiros e políticos, para além da revolta social provocada pelo enriquecimento ilegítimo.

Essa ameaça real, que inicialmente foi percebida através dos fabulosos lucros dos cartéis da droga, estende-se agora a outras formas de criminalidade organizada, tendo levado os Estados a adotar, em anos recentes, formas de luta mais adequada ao inimigo que enfrentam.

Efetivamente, a dura realidade obrigou os governos a percorrerem um longo caminho, ainda muito longe do fim, que vai da criminalização autônoma do branqueamento dos lucros da droga, até à criminalização da lavagem do produto de tudo o que seja criminalidade grave, posição atualmente adotada pela maior parte dos países desenvolvidos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Relatório da Comissão de Estudos sobre o Crime de Lavagem de Dinheiro**. Brasília: CJF, 2003.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Escola Nacional de Magistratura. Centro de Estudos Judiciários. **Seminário Internacional sobre Lavagem de dinheiro**. Brasília: CJF, 2000.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria e Prática das Multas Tributárias**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CORREA, Antonio. **Dos Crimes contra a Ordem Tributária: comentários à Lei n. 8.137 de 27/12/1990**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro** (lavagem de ativos provenientes de crime anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98). São Paulo: Malheiros, 1999.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o Crime Organizado**. São Paulo: IBCCrím, 1998.

MORGADO, Maria José. **O Inimigo sem Rosto: fraude e corrupção em Portugal**. Portugal: Participar, 2003.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **O Crime Fiscal: reflexões sobre o crime fiscal no direito brasileiro (Lei 8.137/90) e no direito estrangeiro**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

TENÓRIO, Igor. **Direito Penal Tributário**. São Paulo: Bushatsky, 1973.

PERSONALIDADE JURÍDICA FORMAL DO NASCITURO ANENCÉFALO

Lucyana Barros Santana de Matos

Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Bacharel em Direito e Bacharel em Administração de Empresas. Pós-graduanda em Direito Civil (Empresarial) e Direito Processual Civil pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – Esmape em convênio com a Faculdade Maurício de Nassau. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Instituto A vez do Mestre da Universidade Cândido Mendes (UCAM-DIEX)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. ORIGEM DA VIDA HUMANA. 2. "PESSOA" NO CÓDIGO CIVIL: CAPACIDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA. 3. DA PERSONALIDADE CIVIL: TEORIAS. 4. AO NASCITURO: DIREITOS OU EXPECTATIVA DE DIREITOS? 5. NASCITURO ANENCÉFALO: PESSOA OU EXPECTATIVA DE PESSOA? 6. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO ANENCÉFALO. 7. DOS CRIMES CONTRA O ANENCÉFALO. 8. DADOS DE CASOS DE ANENCEFALIA NO BRASIL. 9. TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS DO RECÉM-NASCIDO ANENCÉFÁLICO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Os paradigmas jurídicos representados pelas normas jurídicas têm-se mostrado insuficientes para solucionar questões que surgem com os avanços científico, tecnológico e consequentemente, social. Novas situações exigem novas soluções, temas polêmicos permeiam os Tribunais, tais como o aborto

PERSONALIDADE JURÍDICA FORMAL DO NASCITURO ANENCÉFALO

Lucyana Barros Santana de Marcos

Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Bacharel em Direito e Bacharel em Administração de Empresas. Pós-graduanda em Direito Civil (Empresarial) e Direito Processual Civil pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape em convênio com a Faculdade Maurício de Nassau. Pós-graduanda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do Instituto A vez do Mestre da Universidade Cássido Mendes (UCAM-DIEX)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 ORIGEM DA VIDA HUMANA. 2 "PESSOA" NO CÓDIGO CIVIL: CAPACIDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA. 3 DA PERSONALIDADE CIVIL: TEORIAS. 4 AO NASCITURO: DIREITOS OU EXPECTATIVA DE DIREITOS? 5 NASCITURO ANENCÉFALO: PESSOA OU EXPECTATIVA DE PESSOA? 6 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO ANENCÉFALO. 7 DOS CRIMES CONTRA O ANENCÉFALO. 8 DADOS DE CASOS DE ANENCEFALIA NO BRASIL. 9 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS DO RECÉM-NASCIDO ANENCÉFALICO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Os paradigmas jurídicos representados pelas normas jurídicas têm-se mostrado insuficientes para solucionar questões que surgem com os avanços científico, tecnológico e conseqüentemente, social. Novas situações exigem novas soluções, temas polêmicos permeiam os Tribunais, tais como o aborto

eugênico do anencéfalo, eutanásia, manipulação de células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, direitos de embriões, transexualidade, dentre outros, e estes, por sua vez, devem decidir as demandas judiciais com base nos princípios jurídicos que norteiam o nosso ordenamento jurídico.

A órbita jurídica acerca do nascituro anencéfalo será aventada, sem esgotamento do tema, como também questões de ordem sociais e ideológicas, com o intuito de suscitar discussões que influenciem em decisões jurídicas que traduzam num melhor ideal de Justiça, coadunando direitos fundamentais que aparentemente são colidentes.

1 ORIGEM DA VIDA HUMANA

Quanto à origem da vida dentre as principais postulações observamos que para a Teoria Criacionista, a vida é criação do Deus Poderoso, para a Teoria da Panspermia, a vida surgiu na Terra proveniente de outro planeta, para a Teoria Abiogênica ou da Geração Espontânea, a vida surgiu espontaneamente da matéria inanimada e para a Teoria da Auto-Organização, a vida surgiu a partir da auto-organização de compostos orgânicos simples em macromoléculas que originaria as protocélulas primordiais, e todos esses processos, ocorreram sob condições especiais, sendo esta última a mais aceita no mundo científico. Contudo não há consenso de como ocorreram tais condições especiais, questão ainda muito discutível¹.

Diversos estudos foram empreendidos quanto à morte do ser humano, ou seja, o término da sua personalidade civil, sendo esta hoje definida a partir da parada de funcionamento do cérebro, morte cerebral, morte encefálica, conceito evolu-

ído e introduzido no ordenamento jurídico para a permissão da doação de órgãos, conceito de motivação essencialmente utilitária, conforme prescreve a Lei 9.434/1997. Discussões existem nos dias atuais se a vida também não começa com o início da atividade cerebral, sendo necessário para o ordenamento jurídico a definição do seu momento temporal de acordo com os anseios e necessidades sociais, em face das pesquisas médico-científicas com células embrionárias para fins terapêuticos, doação do blastocistos (células entre o quarto e quinto dia após a fecundação, mas ainda não implantadas no útero, que ocorre no sexto dia), dentre outros. Conforme estudos avançados na medicina quanto aos temas apresentados, torna-se indispensável para as Ciências Jurídicas do Século XXI uma evolução da definição no início da vida humana, pautado na bioética, quando essa nova entidade cromossômica será considerada viva e terá personalidade jurídica a ser tutelada pelo Direito, e posteriormente flexibilizada para novas questões que surgirão com os avanços médicos.

2 "PESSOA" NO CÓDIGO CIVIL: CAPACIDADE E PERSONALIDADE JURÍDICA

O atual Código Civil (CC) em seu artigo 1º reza que "*Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*", conceituando uma idéia de que a capacidade jurídica de uma pessoa está atrelada à personalidade, onde o indivíduo de qualquer raça, cor, idade, credo e sexo encontra-se apto para adquirir direitos e contrair obrigações, consagrando direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade², diz respeito contudo ao ser humano em si, o que está intrínseco a própria natureza humana.

¹ REGIS, Arthur Henrique de Pontes. Início da vida humana e da personalidade jurídica: questões à luz da Bioética. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, n. 617, 17 mar. 2005. disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6462>> Acesso em: 26 fev. 2007, p. 1.

² DENIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4.

A nossa doutrina, contudo, faz a distinção entre a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de exercício ou de fato, onde diz-se que a capacidade poderá ser aferida em maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa, onde a capacidade de direito é a capacidade da qualidade de ser humano, todos, sem distinção gozam da mesma, enquanto a capacidade de exercício que é a aptidão de exercer por si só os atos da vida civil, esta está limitada a intercorrência de fatores genéricos, tais como o tempo, a insuficiência somática, dentre outros.

No artigo 2º do mesmo diploma civil, reza que "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Nos últimos tempos, inúmeras indagações estão sendo feitas quanto ao momento em que se inicia a vida humana, já que a temática tornou-se bastante discutida não somente na Ciência do Direito, mas também em outras ciências, em consequência dos avanços alcançados pela biotecnologia. Diversas são as teorias que procuram determinar o primórdio da vida, de forma a constituir a base para a fundamentação de posicionamentos relativos ao momento em que se torna necessária à proteção da pessoa humana.

Conforme norma jurídica descrita, observamos que o atual Código Civil traduziu o início da personalidade material do ser humano, apenas ao nascer com vida, mesmo que o recém-nascido venha a falecer instantes após o nascimento, adquirirá personalidade jurídica, para o Direito o nascimento com vida confere-lhe a qualidade de sujeito de direito com capacidade de gozo, pois o nascituro é considerado parte das vísceras da mãe, e somente com o nascimento com vida adquire status de pessoa. Diante das discussões doutrinárias empreendidas a cerca do tema em comento, nota-se que basta um segundo de vida para que o ser que tinha expectativa de direito na vida intra-uterina, passe a ter direitos de direito, ora, um

segundo apenas separam uma pessoa de "ser pessoa" e de "não ser pessoa", comprovando-se através do exame denominado Docimasia Hidrostática de Galeno.

Ainda a legislação civil assevera (Lei nº 6.015/73, art. 53, § 2º) que a criança morrendo na ocasião do parto, tendo, entretanto respirado, serão feitos dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com elementos cabíveis que couberem e com remissão ao do óbito. Contudo, parte da doutrina¹ que defende ser o anencéfalo um feto que não é pessoa, por não poder nascer com vida, já tendo nascido morto desde a concepção, é um morto cerebral, ou seja, é um natimorto, mesmo que chegue a respirar e sobreviva por horas, dias ou meses, pois nenhum direito poderá ser adquirido pelo anencéfalo depois desse evento, independe se houve ou não nascimento com vida e respiração, encontra-se em situação análoga ao morto encefálico, é irreversível, deverá, portanto ser registrado apenas no livro dos natimortos, ter apenas um único registro (art. 53, § 1º da mesma lei).

3 DA PERSONALIDADE CIVIL: TEORIAS

A nossa legislação atual conforme explicitado allures (art. 2º, CC) preceitua a mesma idéia quanto ao início da personalidade civil implementado pelo Código Civil de 1916, ou seja, questões que se adaptavam à época do Século XIX, porém razões diversas temos hoje para reavaliarmos tais conceitos, vez que questões que até então não passaram de ficção científica, adentraram aos experimentos científicos e tornaram-se realidade. Doutrinadores ao longo da história divergem-se defendendo teorias quanto ao momento da aquisição da personalidade.

¹ SANTOS, Marília Andrade dos. Aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 10, n. 982, 10 mar. 2006. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 26 fev. 2007. pp. 22/25

A Teoria Natalista, adotada pelo nosso Atual Código Civil, repetindo a norma do antigo Código, onde afirma que o indivíduo somente adquire a personalidade, e conseqüentemente direitos, no momento do nascimento com vida, representando pela respiração do recém-nato, e antes dessa ocasião o nascituro não possui quaisquer direitos, sendo adotada também por países como a Alemanha, Portugal e Itália⁴. Essa teoria nega a possibilidade de personalidade jurídica ao nascituro.

A Teoria da Configuração dos Órgãos afirma que até a plenitude da formação do corpo, não se poderia falar na existência de uma pessoa, logo não estaria formado o indivíduo. Esta linha de pensamento apresenta falhas, pois como se sabe o recém-nascido ainda não apresenta desenvolvimento total e completo.

Por sua vez a Teoria da Viabilidade assegura que a natureza humana do concebido e não-nascido é outorgada somente àqueles que alcancem maturidade suficiente para viver fora do útero.

Já a Teoria Concepcionista, parte do pressuposto de que a fecundação do óvulo assinala o começo da vida de cada indivíduo, diferente daqueles que lhe deram origem, dotado de um código genético próprio que conduzirá todo o seu desenvolvimento. Sendo esta a mais aceitável, visto que o óvulo fecundado irá representar a primeira célula do novo ser. E direitos são adquiridos pelo nascituro desde a concepção, independente do seu nascimento com ou sem vida, adotada na Argentina⁵.

A Doutrina da Personalidade Condicional, onde o nascimento com vida é condição suspensiva para a aquisição de

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil, parte geral*. Saraiva: São Paulo, 2003. p. 64. v. 1.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. Cit.* p. 64.

direitos (personalidade), possuindo o nascituro expectativa de direitos, sendo a aquisição plena condicionada ao nascimento com vida, adotada pelo Código Civil Francês⁶.

Ainda para outros estudiosos o início da vida e, portanto, a aquisição de direitos somente ocorreria com a nidacão (que ocorre entre o 14º e 17º dia da fertilização) ou com a formação das células nervosas do embrião, o que ocorre aproximadamente no décimo quarto dia após a fecundação, sendo este o principal argumento para a permissão legal das experiências com embriões congelados⁷.

Conforme preceituam os doutrinadores defensores da Teoria Natalista, afirmam ser esta defendida pelo legislador do Código Civil, contudo da análise das diversas teorias doutrinariamente discutidas, na primeira parte do artigo 2º, o Código adere à escola Natalista, mas, na segunda parte, adere a da Personalidade Condicional. Considerando-se que, juridicamente, são pessoas apenas aqueles que são sujeitos de direitos e que a personalidade é um atributo das pessoas, mas o nascituro não é pessoa, porém é sujeito de direito, o artigo estabelece normas contraditórias entre si. Contudo, necessário se faça uma interpretação sistemática, sob pena de se negar vigência ao próprio artigo da lei. É para a doutrina processualista tem-se reconhecido a capacidade processual ativa e passiva do nascituro, salientando que o nascimento não é condição para que a personalidade jurídica exista, mas para que se consolide.

Para Washington de Barros⁸, o nascituro é "pessoa condicional". E para Viana, os direitos assegurados ao nascituro encontram-se em estado potencial, na dependência do nascimento com vida para que se cristalize. Se ele nasce morto, aqueles direitos não se constituem, antes do nascimento o

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. Cit.* p. 64.

⁷ SANTOS, Marília Andrade dos. *Op. Cit.* p. 4.

⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Op. Cit.* p. 66.

nascituro não é sujeito de direito, nem se reconhece personalidade. (...) Estamos diante daquilo que alguns denominam personalidade fictícia⁹. O nascituro não tem personalidade, mas como adquire direito se nascer com vida, o direito age como se ele a tivesse.

Francisco Amaral¹⁰, como defensor da tese concepcionista entende que, da análise sistemática do código civil de 1916 é possível concluir que existem hipóteses em que o feto, desde a sua concepção, pode figurar como sujeito de direitos em uma dada relação jurídica, posição esta que só poderia ser ocupada por uma pessoa. Assim, segundo tal posicionamento, nascituro é a pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno.

Nota-se que existem dificuldades em adotar a Teoria Concepcionista por parte da doutrina tradicional em face das conseqüências nos diversos ramos do direito, em especial no Direito das Sucessões.

Ante a evolução e a rotatividade do mundo dos fatos, é sabido que é impossível a previsão legal de todas as situações fáticas, visando o alcance da almejada ética-jurídica, entretanto imperioso é que a legislação em vigor se coadune flexivelmente com a diversidade de questões apresentadas ao Judiciário, vez que o Estado-Juiz jamais poderá abster-se da responsabilidade obrigacional de julgar, alegando a falta de leis para tal, e ainda que, as Ciências Jurídicas e Sociais devem pautar-se sempre em princípios ético-jurídicos.

⁹ VIANA, Marco Aurélio. Apud SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da. Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7312>. Acesso em: 01 mar. 2007. p. 10.

¹⁰ AMARAL, Francisco. Apud SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da. Op. Cit. p. 10.

4 AO NASCITURO: DIREITOS OU EXPECTATIVA DE DIREITOS?

A norma jurídica supra mencionada prescreve que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, e logo em seguida afirma que a personalidade civil inicia-se com o nascimento com vida, contudo a lei resguarda o direito do nascituro desde a concepção, concluindo-se que o nascituro não é pessoa, seria apenas uma expectativa de pessoa (*spes personae*), ora e se não é pessoa, porque lhes resguardar direitos inerentes às pessoas? Não seria apenas "expectativa desses direitos?" A nossa legislação enumera "direitos" do nascituro, senão vejamos: - ser adotado, com consentimento do seu representante legal (art. 1.621, CC); - receber doação, se aceita pelos pais (art. 542, CC); - adquirir bens por testamento, mesmo que não concebidos (art. 1.799, I, CC); - ter um Curador ao ventre, se o pai falecer e a mãe, estando grávida, não tiver o poder familiar, notando-se que, se a mulher estiver interdita, o seu Curador será o do nascituro (art. 1.779, CC e par. único); - ver reconhecida sua filiação e até mesmo pleiteá-la judicialmente por seu representante; - suceder, seja legitimamente ou por testamento; - ser representado nos atos da vida jurídica; - ter garantia de direitos previdenciários e trabalhistas, como p. ex. direito a pensão por acidente profissional sofrido por seus pais; - proteção penal garantindo-lhe a vida e o direito de nascer, dentre outros¹¹. O nascituro não goza apenas de expectativa de direitos, como defendem renomados doutrinadores, e sim de direitos, por ser pessoa, e não apenas expectativa de sê-lo.

O Código de 1916 tratava que a personalidade civil do homem começa com seu nascimento com vida (art. 4º), mas conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos

¹¹ CARDOSO, Otávio Ferreira. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 216.

nascituro não é sujeito de direito, nem se reconhece personalidade. (...) Estamos diante daquilo que alguns denominam personalidade fictícia⁹. O nascituro não tem personalidade, mas como adquire direito se nascer com vida, o direito age como se ele a tivesse.

Francisco Amaral¹⁰, como defensor da tese concepcionista entende que, da análise sistemática do código civil de 1916 é possível concluir que existem hipóteses em que o feto, desde a sua concepção, pode figurar como sujeito de direitos em uma dada relação jurídica, posição esta que só poderia ser ocupada por uma pessoa. Assim, segundo tal posicionamento, nascituro é a pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno.

Nota-se que existem dificuldades em adotar a Teoria Concepcionista por parte da doutrina tradicional em face das conseqüências nos diversos ramos do direito, em especial no Direito das Sucessões.

Ante a evolução e a rotatividade do mundo dos fatos, e sabido que é impossível a previsão legal de todas as situações fáticas, visando o alcance da almejada ética-jurídica, entretanto imperioso é que a legislação em vigor se coadune flexivelmente com a diversidade de questões apresentadas ao Judiciário, vez que o Estado-Juíz jamais poderá abster-se da responsabilidade obrigacional de julgar, alegando a falta de leis para tal, e ainda que, as Ciências Jurídicas e Sociais devem pautar-se sempre em princípios ético-jurídicos.

⁹ VIANA, Marco Aurélio. Apud SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da. Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7312>. Acesso em: 01 mar. 2007. p. 10.

¹⁰ AMARAL, Francisco. Apud SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da. Op. Cit. p. 10.

4 AO NASCITURO: DIREITOS OU EXPECTATIVA DE DIREITOS?

A norma jurídica supra mencionada prescreve que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, e logo em seguida afirma que a personalidade civil inicia-se com o nascimento com vida, contado a lei resguarda o direito do nascituro desde a concepção, concluindo-se que o nascituro não é pessoa, seria apenas uma expectativa de pessoa (*spes personae*), ora e se não é pessoa, porque lhes resguardar direitos inerentes às pessoas? Não seria apenas "expectativa desses direitos?" A nossa legislação enumera "direitos" do nascituro, senão vejamos: - ser adotado, com consentimento do seu representante legal (art. 1.621, CC); - receber doação, se aceita pelos pais (art. 542, CC); - adquirir bens por testamento, mesmo que não concebidos (art. 1.799, I, CC); - ter um Curador ao ventre, se o pai falecer e a mãe, estando grávida, não tiver o poder familiar, notando-se que, se a mulher estiver interdita, o seu Curador será o do nascituro (art. 1.779, CC e par. único); - ver reconhecida sua filiação e até mesmo pleiteá-la judicialmente por seu representante; - suceder, seja legitimamente ou por testamento; - ser representado nos atos da vida jurídica; - ter garantia de direitos previdenciários e trabalhistas, como p. ex. direito a pensão por acidente profissional sofrido por seus pais; - proteção penal garantindo-lhe a vida e o direito de nascer, dentre outros¹¹. O nascituro não goza apenas de expectativa de direitos, como defendem renomados doutrinadores, e sim de direitos, por ser pessoa, e não apenas expectativa de sê-lo.

O Código de 1916 tratava que a personalidade civil do homem começa com seu nascimento com vida (art. 4º), mas conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos

¹¹ CARDOSO, Otávio Ferreira. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 216.

subscrita em 22 de novembro de 1969, aprovada pelo Congresso Nacional em 26 de maio de 1992, sem restrições, que prescreveu (art. 1º, n. 2) "*Para os efeitos dessa Convenção, pessoa é todo ser humano*", e ainda (art. 4º, inciso I) "*Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente*". Observa-se que o Pacto de São José da Costa Rica, como é conhecida referida Convenção, afirma que *pessoa é todo ser humano*, não fazendo distinção se nascido ou ainda por nascer, e ainda corrobora desde o momento da concepção. E em sendo o Brasil signatário desta norma, dever-se-ia reconhecer o nascituro como pessoa, por ser um ser humano, e ser humano é aquele que tem natureza humana. Os seres humanos apresentam as mais diversas peculiaridades que os tornam especiais e diferentes uns dos outros, inclusive do ponto de vista biológico¹², porém todos gozam da mesma proteção legal, da mesma dignidade. Kant¹³ foi quem melhor desenvolveu o conceito de autonomia vinculado à dignidade humana, afirmando que todo homem tem dignidade. Ora, o *conceptus* já é pessoa, devendo-se pois, resguardarem-se os seus direitos e ser tratado como um incapaz, tendo seus direitos representados pelos genitores. Ainda prescreve o Pacto supra citado (Art. 3º) "*Toda pessoa tem direitos ao reconhecimento de sua personalidade jurídica*" e mesmo *a posteriori* o Código Civil atual quanto ao nascituro, não considerou-o sequer pessoa, nem contudo teve reconhecida sua personalidade jurídica, como prescrevera norma internacional. Diante da divergência exposta, nota-se que com a Emenda Constitucional nº 45/2004, a Constituição Federal no art. 5º, § 2º ao deixar de fazer qualquer ressalva, recepcionou os tratados internacionais como norma Consti-

¹² RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade humana e moralidade democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 40.

¹³ RABENHORST, Eduardo Ramalho. Op. Cit. p. 32.

tucional, vez que já ao tempo da referida Emenda já era signatário dos mesmos, tornando letra morta e sem qualquer efetividade por vício de inconstitucionalidade as normas infraconstitucionais que com esta seja incompatíveis.

Ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) prescreve diversos direitos da criança e do adolescente, dentre eles, o direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar, etc. E no seu artigo 2º enumera as idades daqueles protegidos por esta norma, prescrevendo ser criança até os doze anos incompletos, contudo é silente quanto à idade mínima daqueles que gozam da proteção legal. Ante a teoria natalista e da personalidade condicional somente são alcançados por essa norma crianças já nascidas, contudo o artigo 7º reza que "*a criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência*" e no artigo 8º e seguintes assegura direitos à gestante independente da sua idade, porque a tutela é quanto à vida e saúde do nascituro, como pessoa.

Também a Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas, promulgada pelo Brasil pelo Dec. 99.710 de 21/11/1990, no seu artigo 1º assegura que "*entende-se por criança todo ser humano, menor de 18 anos de idade, salvo se, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes*", e conforme a nossa Carta Constitucional (Art. 5º, § 2º) os tratados internacionais incorporam-se ao ordenamento jurídico como atos normativos constitucionais, e assim são consideradas pessoas para a nossa conjuntura jurídica os nascidos e aqueles que estão por nascer, todos são seres humanos.

Para o Direito Natural uma lei para ser lei dever estar de acordo com a justiça. Lei em desacordo com a justiça *non est lex sed corruptio legis*, quando uma lei nega conscientemente a vontade da justiça, concede arbitrariamente ou refuta direitos

do homem e carece de validade¹⁴. Não se pode conceber uma lei carecedora de justiça, a lei quando nasce, nasce para tutelar direitos da sociedade, nasce para preencher lacunas que surgem como o desenvolvimento social e com o aumento das necessidades da comunidade, contudo, é sabido que não se pode prever todos os futuros casos que ao Judiciário sejam levados, mesmo havendo omissão na legislação positivada, mas não se pode deixar sem resposta um caso concreto. Conforme preceitua Carnelutti¹⁵, a ordem jurídica faltaria a sua finalidade se conflitos de interesses, por falta de composição, dessem origem à violência. E para isto se dá o princípio da completabilidade da ordem jurídica, segundo o qual deve esta possuir capacidade de se completar.

E quanto aos direitos ou expectativa de direitos do nascituro, observamos que em virtude de ser um ser humano, de possuir vida, de gozar de direitos já legislados, não se admite que seja apenas um ente despersonalizado com apenas expectativas de direitos. A nossa legislação deve observar o princípio tratado por Carnelutti, completando-se e satisfazendo aos anseios sociais na sua plenitude.

5 NASCITURO ANENCÉFALO: PESSOA OU EXPECTATIVA DE PESSOA?

Adeptos de uma das correntes minoritárias, a Teoria Concepcionista, têm defendido não apenas o nascituro como pessoa, mas também possuidor de personalidade jurídica, tais como Maria Helena Diniz¹⁶, e ainda salienta que, o nascituro

¹⁴ BOBIO, Norberto. trad. Fernando Davari Baptista e Ariani Bueno Sudatti. *Teoria da Norma Jurídica*. Baurm, SP: EDIPRO, 2005. p. 55.

¹⁵ CARNELUTTI, Fran apud DANTAS, Aldemiro. MALEATTI, Alexandre. DAVIEL, CAMARGO, Elizeu Amaral. LOTUFO, Renan (coordenador). *Lacunae do Ordenamento Jurídico*. Barueri, SP: Manole, 2005.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Op. Cit.* p.8.

tem personalidade jurídica formal embora só adquira personalidade jurídica material, após o nascimento com vida. As normas o protegem como pessoa humana porque tem personalidade jurídica, quer na vida intra-uterina, quer *in vitro*, gozam de personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial, caso os tenha sofrido.

Contraditoriamente ao Código Civil, que defende um misto de Teoria Natalista e da Personalidade Condicional, observamos que o Código Penal Brasileiro pune o aborto como um crime *contra a vida*, a partir do momento da concepção, ou seja, a partir da fertilização até o início do parto, admitindo-o em apenas duas exceções. Ora, a nossa legislação penal assenta a idéia da Teoria Concepcionista, vez que pune aqueles que atentam contra a vida do nascituro, pois consideram-no como pessoa, quando trata o aborto de crime contra a vida. E quanto ao nascituro anencéfalo, este é considerado pessoa? Tem personalidade jurídica? Deve ser preservada a sua dignidade humana? O seu direito indisponível e inalienável à vida, deverá preponderar ao direito da mãe ao aborto eugênico (feto inviável)? Se a mãe o matar, logo após o parto, será punida por infanticídio? Depois de nascido, com a possibilidade de respiração sem ajuda de aparelhos, seria homicídio interromper-lhe a vida? Não existem ainda respostas concretas e legisladas para tais indagações, contudo as trataremos à medida que são discutidas doutrinariamente.

Na tentativa de objetar algumas perquirições exibidas não podemos confundir questões morais com questões jurídicas ou políticas, pois o fato de certas modalidades de algumas práticas, como o abortamento, serem admitidas no nosso ordenamento jurídico não significa serem morais, como também as modalidades proibidas serem imorais.

Anencefalia é uma má-formação que surge de um defeito de fechamento do tubo neural, estrutura fetal e precursora do Sistema Nervoso Central (SNC), e defeitos no tubo neural implicam conseqüentemente em problemas no SNC, defeito este que ocorre por volta do vigésimo quarto dia após a concepção, e no caso do anencéfalo o tubo não se fecha completamente. Problemas no fechamento do tubo neural ocasionam não apenas a anencefalia, este apenas acontece se o defeito atingir a extremidade distal do tubo neural, se o defeito ocorrer na extensão do tubo neural dará origem à espinha bifida, má-formação na qual o feto tem a espinha exposta ao líquido amniótico ou separada deste por uma camada de pele. A anencefalia não está relacionada apenas a uma causa específica, é um defeito multifatorial, dos quais podemos citar o álcool, o tabagismo, uso de anti-epiléticos e outras drogas, alterações cromossômicas, histórico familiar, exposição a altas temperaturas e o principal deles a deficiência de vitaminas do complexo B, especialmente ácido fólico. Assim, o cérebro do feto não se forma não possuindo o anencéfalo nenhum tecido cerebral ou, no caso de possuí-lo, este tecido é amorfo e encontra-se solto no líquido amniótico, não havendo formação dos hemisférios cerebrais e nem do córtex cerebral. Quanto ao tronco cerebral este poderá ou não apresentar defeitos, mas não é característica essencial, e em não apresentando o feto anencefálico poderá inclusive respirar sem ajuda de aparelhos. Assim, entende-se que a anencefalia não se refere à lesão de todo o encéfalo, mas somente de uma das suas partes, mesmo que seja a maior e mais importante delas, o cérebro. Resultando que as funções superiores do SNC, dentre outras, consciência, comunicação, afetividade, emotividade, restam inexistentes. Restando as funções inferiores, tais como controle da respiração, batimentos cardíacos, pressão arterial e das funções vasomotoras.¹⁷

¹⁷ SANTOS, Marília Andrade dos. Op. Cit. pp. 14/16.

O diagnóstico da anencefalia poderá ser admitido a partir do terceiro mês de gestação, entre a 12ª e a 15ª semanas, através dos exames de ultra-sonografia e da análise dos níveis de alfa-fetoproteína no soro materno e no líquido amniótico, sendo os mesmos inequívocos. A gestação de anencéfalos poderá incidir maiores riscos à saúde da gestante que os nascituros sem quaisquer anormalidades, como aumento da pressão arterial, aumento do líquido amniótico, e este que poderá ocasionar dificuldades de respiração e de funcionamento do coração da gestante, podendo levá-la a óbito¹⁸.

A doutrina muito pouco trata a cerca do anencéfalo e da possibilidade ou não deste adquirir direitos, duas correntes se formam, uma que concede ao anencéfalo todos os direitos civis aos quais um feto normal tem acesso, e a outra preleciona que o anencéfalo não poderá ser sujeito de direito. A primeira entende que este nascituro seria titular de direitos de humanidade, inerentes a quaisquer seres humanos, próprios do indivíduo, inatos, presentes desde a formação, oponíveis *erga omnes* e que geram o dever de exigir um comportamento negativo dos outros¹⁹, todos esses direitos estão correlacionados com a dignidade da pessoa humana, garantidos constitucionalmente desde a concepção, tais como direito à vida, à saúde, à integridade física, à filiação, dentre outros. Havendo, pois, respiração após o parto, adquirirá os direitos de relação, que são relativos ao indivíduo quando se relaciona com outros, e não chegando a manter relacionamento pleno com outros indivíduos, a aquisição dos direitos será frustrada, mantendo-se como uma mera expectativa. E para esta corrente, a anencefalia em nada altera a qualidade do feto como ser humano e as suas conseqüências jurídicas, após o nascimen-

¹⁸ SANTOS, Marília Andrade dos. Op. Cit. 16

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 20 ed. São Paulo: Saraiva: 2003. v. 1. p. 120.

to, caso ocorra com vida. E inclusive está evidenciada na norma jurídica tratada pelo ECA (Lei nº 8069/90, § 1º, art. 11) que preceitua que "A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado", e criança para esta norma é considerada com o tal desde a concepção, assim, o nascituro.

Sendo o nascituro anencéfalo pessoa, ser humano, sujeito de direitos, o aborto seria punível, não sendo possível moral e eticamente a legalização do mesmo, pois, afrontar-se-iam direitos de humanidade, não importa para esta corrente, se a condição humana do nascituro anencéfalo o impossibilitará de conservar-lhe a vida extra-uterina, dever-se-á apenas respeitar-lhe a vida. Não se pode aplicar aos fetos anencefálicos, o conceito de morte encefálica, pois este manifesta sinais vitais no ventre materno e morre algum tempo depois do parto, enquanto a morte encefálica diagnostica-se quando não existem mais sinais vitais, ou seja, aquele que perde, definitiva e irreversivelmente as funções de todo o encéfalo, que é um componente do SNC constituído de *tronco cerebral*, responsável pelas funções supra descritas, *cerebelo*, responsável pelos movimentos e pelo equilíbrio e o *cérebro*, órgão que ocupa quase toda a cavidade craniana, fica dividido em duas partes iguais, hemisfério cerebral: direito e esquerdo, responsável pelas funções de coordenação dos movimentos, sentidos, raciocínio, emoções e aprendizagem²⁰.

Para a segunda corrente, que defende-se que o nascituro anencéfalo não pode ser declarado titular de direitos fundamentam a idéia em duas pilstras: na *inexistência de vida humana* e na *ocorrência de morte*. Aquela que trata da *inexistência de vida humana* tem como pressuposto o Direito Romano, pois aqueles que não contassem com a forma humana não eram considerados seres humanos, sendo este conseqüência da cõ-

pula da mulher com um ser irracional, verificando-se *a posteriori* que seria impossível tal hipótese. Também afirmam que nos dicionários brasileiros de língua portuguesa anencefalia é conceituada como monstruosidade, e monstro não poderá ser pessoa. Ainda alegam que a existência de um ser humano é determinada pela cabeça, e aqueles que não possuem a cabeça igual aos demais seres humanos, não serão humanos, pois se distorce da espécie. A que trata da *ocorrência de morte* poder-se-á ser entendida como ausência de racionalidade, pois não pode relacionar-se com outros seres, não pode pensar, sentir, exercer funções típicas dos seres humanos, não possui razão, pois a porção de racionalidade nos mesmos é inexistente, falta-lhes o córtex cerebral. Contudo não se caracteriza-se nem da espécie animal, nem da espécie humana, apenas poder-se-á classificá-lo como uma realidade vegetativa, é um ato falho da natureza, que previa produzir um ser humano, mas produziu um erro. Os defensores desta corrente afirmam que o anencéfalo é um "ser vivo disponível", comparando-o a uma coisa, onde a genitora poderá dispor do mesmo como melhor lhe aprouver. Outros afirmam que "não há bebê", e em sendo assim, não há conseqüentemente aborto, pois a inexistência do cérebro torna-o não humano, representa o subhumano por excelência, não apto a partilhar da humanidade²¹.

E ainda que o feto anencéfalo por não ser pessoa, não goza da proteção do Estado ao nascituro, pois não adquirira nem sequer direitos de humanidade, não sendo titular de direitos, apenas objeto de direitos, contudo tais direitos somente lhe seriam negados após o diagnóstico que ocorre por volta do terceiro mês de gestação.

²⁰ SANTOS, Marília Andrade dos. Op. Cit. pp. 10/11.

²¹ IACONELLI, Vern. Apud SANTOS, Marília Andrade dos. Op. Cit. p. 20.

6 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO ANENCÉFALO

A assertiva dispensada pela teoria supra, *data vénia*, afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, para Kant²² a razão prática possui primazia sobre a razão teórica, a moralidade significa a libertação do homem, e o constitui como ser livre, pertence o homem ao reino dos fins, que faz da pessoa um ser de dignidade própria, em que tudo o mais tem significação relativa. Somente o homem não existe em função de outro, e por isso pode levantar a pretensão de ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo, pois o homem é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, por consecutivo ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso tem dignidade, é pessoa.

Não há, porém no mundo valor que supere ao da pessoa humana, a anteposição pelo valor coletivo não pode sacrificar, ferir o valor da pessoa²³. A pessoa - distinta do indivíduo - é um valor, e o seu princípio correspondente é a dignidade da pessoa humana, que é absoluto, e sempre há de prevalecer sobre qualquer outro valor ou princípio, pois princípios são exigências de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão da moral. Um princípio não determina as condições que tornam sua aplicabilidade necessária, mas estabelece uma razão, um fundamento que conduz o intérprete naquela direção, mas não reclama uma decisão específica, única. Imperiosa é a observância de um princípio frente a outro num caso concreto, apenas um deverá prevalecer, contudo, aquele que

²² KANT, Immanuel. Apud SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio constitutivo da dignidade da pessoa humana. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>>. Acesso em: 26 fev. 2007. p. 2.

²³ LACAMBRA. Apud MATA-MACHADO, E.G. Apud SANTOS, Fernando Ferreira dos. Op. Cit. p. 3.

fora obstado naquela situação, jamais perderá a sua condição de princípio, ou deixará de pertencer ao sistema jurídico. Contudo, razoável será valorar todos os princípios concorrentes e identificar uma conciliação entre eles²⁴. Distinguindo-os das regras, ressaltamos que não podemos valorá-las com uma mais importante que outra dentro do sistema jurídico, pois havendo colisão de regras a doutrina resolve a antinomia por critérios cronológicos - *lex posterior derogat priori*, hierárquicos - *lex superior derogat inferior* e da especialidade - *lex specialis derogat generali*²⁵.

Destarte o caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, para definir o seu sentido parte-se da situação do homem em sua relação com os demais, a situação do ser com os outros, ao invés de observá-lo singularmente na sua esfera individual, e caso haja embate entre direitos fundamentais de dois indivíduos, deve preservar-se o mínimo invulnerável, "a pessoa", o valor da pessoa, a sua dignidade humana, que é princípio absoluto assegurado pelo ordenamento jurídico. Segundo Immanuel Kant²⁶ o homem deve sair do estado de natureza ético para tornar-se um membro de uma comunidade ética

é um dever particular, não dos homens para com os homens, mas do gênero humano para consigo mesmo. Cada espécie de seres racionais é, de fato, destinada objetivamente, na ideia da razão, a um fim comum, ou seja, ao avanço do bem supremo enquanto bem comum.

A determinação principiológica da valoração da pessoa humana teve como consequência a afirmação de outros direitos específicos de cada homem, sendo a dignidade da pessoa

²⁴ PÉRES LUÑO, Antonio E. Apud SANTOS, Fernando Ferreira dos. Op. Cit. p. 5.

²⁵ BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992. p. 92 a 107.

²⁶ KANT, Immanuel. Trad. Ciro Mionzan. A religião nos limites da simples razão. São Paulo: Escala. p. 93.

²⁷ FARIAS, Edilson. Apud SANTOS, Fernando Ferreira. Op. Cit. p. 8.

humana o núcleo basilar dos direitos fundamentais, a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais²⁷, fonte ética que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema desses direitos²⁸.

Na órbita Constitucional estão elencados os direitos fundamentais que compõe função estrutural, são condições *sine qua non* do Estado constitucional democrático, e tais normas são dotadas de hierarquia às demais normas, sendo vedada qualquer interpretação que venha suprimir sua finalidade.

7 DOS CRIMES CONTRA O ANENCÉFALO

A) Do crime de aborto:

O termo Aborto vem do vocábulo latim *abortus*, resulta da junção da preposição *ab* que quer dizer privação e do substantivo *ortus* que quer dizer nascimento.

Na Medicina utiliza-se o termo abortamento, como sendo "*penda espontânea ou induzida do conceito antes da 20 ou 22 semanas de gestação, ou com menos de 500 g de peso*". No Direito, aborto é a "*interrupção do período de gestação com a conseqüente morte do nascituro*".

O bem jurídico tutelado em ambos os conceitos é a vida, e para a nossa legislação em vigor, o aborto só é assegurado em duas situações: quando a gravidez resulta de estupro ou quando há risco de morte para a gestante, conforme reza os artigos 124 e ss do Código Penal. A idéia da reprimenda ao aborto centra-se na dignidade da pessoa humana e na inviolabilidade do direito à vida, protegendo a existência do homem desde a sua concepção e restando os crimes contra a vida. Uma ordem jurídica que se pauta na dignidade da pessoa humana não pode considerar legítimo o abortamento, e ainda quando motivado por critérios artificiais de seleção. Assim "*o aborto é o desfecho trágico de um*

²⁸ MIRANDA, Jorge. Apud SANTOS, Fernando Ferreira. Op. Cit. p. 8.

conflito em que estão envolvidos de um lado um ser em formação e do outro as aspirações e necessidades de uma mulher"²⁹.

Não obstante, existem adeptos, que defendem o abortamento do feto anencéfalo, justificando que no plano da moralidade, a vida humana pré-natal possui um valor crescente em função do seu estágio de desenvolvimento, um valor escalonado em relação a fragmentos do tempo, de modo que a existência intra-uterina jamais se iguale em valor à vida do homem já nascido. Estabelece-se, assim, uma justificação mecanicista para o abortamento. Mecanicismo é a doutrina que pretende explicar os fenômenos vitais e se baseia na morte do indivíduo que tem suas funções cerebrais "mortas", a morte cerebral. Quando se tem o indivíduo com morte cerebral, jurídica e clinicamente não há mais vida, logo, um feto anencéfalo nunca possuiu vida, defendendo a não imposição jurídica a uma mulher de um filho defeituoso, inclusive sendo este o entendimento pacífico da Corte Máxima de Justiça no nosso País. O filho indesejável é um peso insuportável para a mulher, não podendo nunca lhe ser imposto, o feto anencéfalo é comparado a um feto saudável, produto do estupro.

A cultura abortista, por vezes, funda o seu discurso no perigo moral que representa o abortamento clandestino à integridade da mulher, porque não lhe assegura o acesso a adequados meios biomédicos, almejam a regulamentação legal

²⁹ BERLINGUER, Giovanni. Bioética Cotidiana. Editora UNB, traduzido por Lavinia Porciúncula, 2004, p. 47. Apud no parecer do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil que decidiu por maioria de votos, considerar que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo não é considerada prática abortiva. A matéria foi examinada pelos 81 advogados que compõem o Conselho, na sede da OAB, após a decisão do ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, que concedeu liminar à Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para reconhecer o direito constitucional de gestantes que decidam realizar operação de parto de fetos anencéfalos.

dessa prática, pois entende-se que a lei existente, que reprime o abortamento, uma lei com mais efeitos nocivos que benéficos, não sendo uma boa lei. Diante da realidade vivenciada, onde a prática de abortos clandestinos é maciça, e o controle dessa banda criminosa é extremamente tímida por parte do Estado, inclusive com a própria perda da capacidade gestacional, não pode a justiça, deixar de prestigiar a responsável pela via escolhida por aquelas mulheres que buscam do Poder Judiciário, uma solução para sua pretensão. Afirmam os defensores da legalização do aborto de anencéfalo que o direito a vida é inviolável, mas não se aplica neste caso, já que não há vida a ser resguardada devendo autorizar a interrupção da gravidez, pois nesses casos é certa a morte do produto da concepção, não havendo procedimento capaz de corrigir a deficiência do órgão vital. Caso não haja interrupção da gestação, os riscos para a saúde e a vida da gestante, bem como os problemas psicológicos só tendem a aumentar com o passar do tempo. Defendem, pois, a interrupção da gravidez em casos que se verifique a impossibilidade da vida autônoma do feto, como o caso da acrania, anencefalia ou anomalias semelhantes constatadas por uma equipe de médicos.

Alegam os defensores desta corrente que, a lei admite expressamente a realização de aborto terapêutico ou sentimental, por gravidez produto de estupro, mesmo quando o feto é sadio e perfeito, para preservar os sentimentos da mãe, ou quando não haja outro meio de salvar a vida da gestante. E com muito mais razão deve ser garantido a gestante o direito de ter interrompida uma gravidez de feto comprovadamente inviável, em decorrência de má formação congênita, evitando-se, dessa forma, a amargura e o sofrimento físico e psicológico da mãe e demais membros da família. Diante de tal fato, não se deveria considerar razoável obrigar que ela, ciente de tal inaptidão vital do filho, o carregasse em seu ventre, aguardasse o tempo da gravidez e se submetesse ao parto, com todos os conseqüentes riscos que naturalmente cercariam o parto.

B) Crime de Infanticídio:

Ainda o Código Penal protege a vida do nascituro, mesmo que anencéfalo, após o nascimento, desde que ele se perpetue por alguns instantes, punindo a mãe que mata o próprio filho, sob a influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após, vez que a norma penal não distingue o nascituro saudável do portador de anomalias. O objeto do crime é a vida, não importando juridicamente se o nascituro é viável ou não.

Existe um anteprojeto de lei que prevê nova modalidade de aborto legal, o aborto eugênico, quando há fundada probabilidade, atestada por mais de um médico, de que o nascituro apresenta graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais. É provavelmente a conduta típica da mãe que mata o próprio filho sob a influência do estado puerperal, passe a ser atípica, pelos mesmos fundamentos elencados pela teoria abortista.

E se assim for, estaremos diante da "simples eliminação" de um ser humano, tal como na Alemanha Nazista, uma afronta às normas que titularizam a dignidade da pessoa humana como um direito fundamental. Demonstra-se cogente a necessidade de políticas sociais para que essas práticas sejam reprimidas com o intuito de diminuição dos seus índices no Brasil.

O assunto em comento ultrapassa a seara do Direito, adentrando em premissas de ordem ética, moral, filosófica, religiosa e política.

8 DADOS DE CASOS DE ANENCEFALIA NO BRASIL

Questões como estas ganham cada vez mais relevância na nossa conjuntura atual, pois o nosso país possui a quarta maior incidência de fetos anencefálicos do mundo, ficando atrás apenas do México, Chile e Paraguai, conforme dados da

Organização Mundial de Saúde - OMS, para cada 10 mil crianças brasileiras nascidas vivas, há o registro de 8,6 fetos anencéfalos, por ano, a média brasileira é de 615 mortes em decorrência dessa doença, taxa cinquenta vezes maior que os países europeus, tal proporção poderá ser prevista por carências nutricionais, como vitaminas do complexo B.

A Doutora Marcy C. Sperr, Diretora do Centro de Genética Humana da Duke University, na Carolina do Norte, que lidera pesquisas sobre fatores genéticos e ambientais que levam a defeitos de desenvolvimento como a anencefalia, em entrevista a Revista Época afirma que não teve conhecimento até o presente que anencéfalos tenham vivido por dois meses ou mais, pois a média é de dois dias. Tendo sido o recorde de vinte e oito (28) dias conforme pesquisa publicada em 2006 no British Journal of Obstetrics and Gynaecology. Contudo desafiando a medicina, encontra-se a pequena Marcela que há 70 dias, completados em 29 de janeiro do ano em curso, nasceu na cidade de Patrocínio Paulista-SP, com 2,5 quilos e 47 centímetros aos nove meses de gestação, e já crescera 3 centímetros e engordara 400 gramas. Afirmando o Ginecologista Jorge Andalaft Neto da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo) que a medicina ainda tem muito que aprender sobre a anencefalia³⁰.

9 TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS DO RECÉM-NASCIDO ANENCEFÁLICO

A Resolução nº 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina (CFM) datada de 08 de setembro de 2004 prevê a autorização ética do uso de órgãos ou tecidos de anencéfalos para a realização de transplante. Afirma que o anencéfalo é

³⁰ SEGATTO, Cristiane. Revista Época. Saúde e Bem-estar: Anencefalia, São Paulo, 5 de fev., p. 74/76, 2007.

um natimorto cerebral (pois não possui os hemisférios cerebrais), que tem parada cardiopulmonar ainda nas primeiras horas pós-parto, quando os órgãos e tecidos poderão sofrer hipoxemia (insuficiência respiratória), tornando-os inviáveis para transplantes. Para os anencéfalos, por conta da ausência do cérebro são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica. É a Resolução 1.480/97 do CFM afirma que a morte encefálica deve ser consequência de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivida. Por não possuir a parte vital do cérebro e autorizada formalmente pelos pais, o médico poderá proceder com o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo logo após o nascimento.

Existem controvérsias quanto à aceitabilidade dessa Resolução na comunidade médico-brasileira, pois existem conforme explicitado alhures, tipos de anencéfalos: aqueles que são capazes de sobreviver algumas horas, dias ou até meses, após o parto, pois o homem não tem controle sobre o tempo, como é o caso da pequena Marcela (supra mencionado); e aqueles que sobrevivem apenas alguns instantes. Vez que, os defeitos poderão estar no tronco cerebral, no cerebelo ou no cérebro. Senão vejamos,

Trata-se de decisão ética das mais difíceis na prática clínica considerar como apto para a doação de órgão recém-nascido com o tronco encefálico 'funcionante', não importa quanto tempo, portanto, vivo. O próprio CFM, na resolução que dispõe sobre a morte encefálica define alguns pontos que não devem suscitar dúvidas para a sociedade quanto aos critérios de um ente morto. Com esse propósito, convém enfatizar que o anencéfalo, mesmo com a baixa expectativa de vida, detém tronco encefálico, respira após o nascimento, esboça movimentos e, na condição de ser vivente, a ninguém é dado o direito de praticar homicídio, promovendo a retirada de órgãos para serem transplantados.

O médico Clóvis Francisco Constantino, Presidente do Departamento de Bioética¹¹, assegura que existem normas jurídicas no nosso ordenamento jurídico que do ponto de vista legal, jurídico e mesmo médico, trazem questões polêmicas, pois se olharmos a letra fria da lei, de um lado temos um indivíduo que nasce e respira espontaneamente – sendo o caso do anencéfalo, porque aquele que tem o tronco cerebral que comanda a respiração – está vivo, e de outro, muitas crianças que precisam de órgãos ao nascer, principalmente do ponto de vista cardiovascular. Então existe esse conflito, entre “potenciais” doadores e os receptores que precisam de um órgão e freqüentemente não encontram, porque se forem esperar o anencéfalo ter a parada cardiorespiratória – uma vez que não se podem aplicar os critérios de morte cerebral – provavelmente os órgãos já estarão lesados, não sendo mais utilizáveis para transplante. É um grande dilema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso enfoque a cerca do tema consiste, conforme algumas correntes doutrinárias na defesa da vida pré-natal, como tendo os mesmos valores da vida humana pós-natal, buscando-se enfatizar a ética humana. A concepção é o início da existência de um ser humano distinto em relação aos seus genitores e também único em relação aos demais seres humanos; ou seja, cada ser tem a sua individualidade genética.

¹¹ O Departamento de Bioética da SBP se reuniu em São Paulo, juntamente com o Comitê da filiada, e com a presença do presidente da Sociedade. Na pauta, um tema extremamente complexo e polêmico, o transplante de órgãos de anencéfalos. “A reunião foi desencadeada pelo envolvimento cada vez maior da entidade com os assuntos que estão na pauta da sociedade civil brasileira, e movimentam a ciência médica na atualidade”, diz Dr. Dioclácio Campos Jr. O SBP Notícias conversou com o Dr. Clóvis Francisco Constantino, presidente do Departamento de Bioética, que fez algumas afirmações.

Quanto aos anencéfalos observamos que estes têm plena capacidade de vida intra-uterina, contudo total incapacidade de vida extra-uterina prolongada. Todavia, pessoa humana é toda aquela que apresenta traços característicos da humanidade, sem distinção de qualidades ou acidentes, nada importa se é mais ou menos perfeito, ou apresenta deformidades mais ou menos graves. A nossa norma não admite qualquer tipo de discriminação. O Nascituro como um ser vivo, dotado de carga genética única, tendo seus direitos protegidos legalmente, conforme explicitado algures, a legislação não traz a ressalva se o nascituro é perfeito ou não, o legislador prescreveu a norma de forma genérica, basta que seja nascituro, para gozar de tais direitos a ele reservados. E nesta linha de argumentação toda e qualquer forma de abortamento, implica em um grave atentado à humanidade, pois uma vez iniciada a existência de um ser dotado de natureza humana, enquanto há vida em sua força criadora, ele jamais deixa de integrar a espécie humana, ainda que durante o seu desenvolvimento intervenham graves anomalias, pois o valor do homem não está no seu grau de saúde. É ser humano, é pessoa, pois a Constituição Federal de 1988 prescreve que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...) inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança (...)*” (art. 5º, caput).

E quanto aos **direitos da personalidade do nascituro anencéfalo** que estão intrinsecamente relacionados aos seres humanos, e por conseguinte a dignidade da pessoa humana, dever-se-iam ser resguardados nos casos concretos, pois mesmo sendo portador de anomalia irreversível, tem personalidade jurídica formal, pois a sua anomalia não o desintegra da espécie humana, e ao nascer, se respirar, conforme prescrito na legislação civil em vigor, adquire direitos e obrigações, pois materializa sua personalidade jurídica, a qual já lhe era própria desde a concepção.

Por outro lado, devemos levar em conta que o feto anencefálico é em potencial uma pessoa vivente, e a reduzida expectativa de vida extra-uterina não limitam seus direitos, nem sua dignidade, e em sendo assim dever-se-á a legislação civil (art. 2º) ser modificada para *"A personalidade civil da pessoa começa desde a concepção"* considerando o nascituro como pessoa, conseqüentemente sujeito de direitos, e não apenas expectador. Harmonizando-se com a legislação internacional e penal, esta que prescreve como crime a prática abortiva, inclusive a eugênica, e o crime de infanticídio. Levando-se em consideração, o fato de a vida ser o direito que está acima de todos os outros, sendo indisponível, devendo esse direito à vida do nascituro anencefalo prevalecer ao direito da gestante, salvo quando a esta ocasionar risco de morte (Art. 128, I, CP). Devemos aguardar que a Medicina, através das avançadas técnicas científicas encontre alternativas de reverter a anencefalia, ainda encontra-se esta tese na ficção científica, e como afirmou David Hume³² *"Devo reconhecer que um homem que conclui que um argumento não tem realidade, porque se lhe escapou a sua investigação, é culposa de imperdável arrogância. Devo admitir também que, ainda se todos os sábios, durante várias idades, tivessem se consagrado a um estudo infrutífero sobre qualquer tema, de todas as formas poderia ser precipitado concluir decididamente que o tema ultrapassa, por isso, todo entendimento humano. Ainda que examinássemos todas as fontes de nosso conhecimento e concluíssemos que são inadequadas para tal questão, ainda pode ficar a suspeita de que a enumeração não seja completa nem o exame exato"*, no entanto não podemos admitir a pena de morte dessas vidas, portadoras de um defeito físico, defeito este que as impossibilita de viver extra-uterinamente por um tempo prolongado, é certo, mas defeito físico, assemelhado a outros tantos que não

³² HUME, David. Trad. André Campos Mesquita. *Investigação Sobre o Entendimento Humano*. São Paulo: Escala, p. 57.

têm a mesma sentença por serem menos graves. Permitir-se que essas pessoas tenham as vidas interrompidas contraria ideais humanísticos jurídico-sociais.

O princípio do *"melhor interesse da criança"* é o núcleo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, na perspectiva da titularidade de Direitos Fundamentais e da Doutrina Jurídica da Proteção Integral, que se apresenta como um grande desafio neste diálogo científico e institucional.

E como partícipes do Sistema de Justiça somos, antes de tudo, cidadãos, e precisamos enfrentar os temas controversos com os quais convivemos, e que ultrapassam o nosso horizonte profissional, buscando sempre o equilíbrio das relações sociais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1992.

BOBBIO, Norberto. Tradução Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. *Teoria da Norma Jurídica*. Bauru, SP: EDIPRO, 2005.

CARDOSO, Otávio Ferreira. *Introdução ao estudo do direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

DANTAS, Aldemiro. Malfatti, Alexandre David. CAMARGO, Elizeu Amaral. LOTUFO, Renan (coordenadores). *Lacuna do Ordenamento Jurídico*. Barueri, SP: Manole, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

.....
 _____, **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 20. ed.
 Saraiva: São Paulo, 2003. v.1

HUME, David. Trad. André Campos Mesquita. **Investigação Sobre o Entendimento Humano**. São Paulo: Escala, s.d.

KANT, Immanuel. Trad. Ciro Mioranza. **A religião nos limites da simples razão**. São Paulo: Escala, s.d.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SEGATTO, Cristiane. Saúde e Bem-estar: Anencefalia. **Revista Época**, São Paulo, 5 de fev. 2007.

- Internet

REGIS, Arthur Henrique de Pontes. Início da vida humana e da personalidade jurídica: questões à luz da Bioética. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6462>> Acesso em: 26 fev. 2007.

SANTOS, Fernando Ferreira. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=160>> Acesso em: 26 fev. 2007.

SANTOS, Marília Andrade dos. Aquisição de direitos pelo anencefalo e a morte encefálica. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 982, 10 mar. 2006. Disponível em <[.....
 Revista da ESMARPE - Recife - v. 12 - n. 25 - p. 857-888 - jan./jun. 2007](http://</p>
</div>
<div data-bbox=)

.....
 jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>. Acesso em: 26 fev. 2007.

SILVA, Cláudio Henrique Ribeiro da. Apontamentos para uma teoria dos entes despersonalizados. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 809, 20 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7312>>. Acesso em: 01 mar. 2007.

DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL
DE CONTAS PARA JULGAR AS
CONTAS DO PREFEITO
ORDENADOR DE DESPESAS:
UMA ANÁLISE DO ARTIGO 71,
INCISOS I E II DA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL, APLICADO
SIMETRICAMENTE NO ÂMBITO
MUNICIPAL*

Marta Carolina Barros Carvalho Fagagnoli
Bacharela em Direito, Pós-graduada em
Direito Público Lato Sensu pela Escola Su-
perior da Magistratura de Pernambuco -
Esmape. Técnica Judiciária do Tribunal
Regional Eleitoral de Pernambuco.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE
CONTAS NO BRASIL. 2 FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. 3 NATURE-
ZA JURÍDICA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS. 4 ESTUDO DO
ART. 71, INCISOS I E II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 4.1 O parecer prévio
acerca das contas do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do
Distrito Federal e dos Prefeitos municipais. 4.2 O julgamento das contas dos
responsáveis por dinheiros e valores públicos. 5 DA COMPETÊNCIA DO TRI-
BUNAL DE CONTAS PARA JULGAR AS CONTAS DO PREFEITO ORDENADOR
DE DESPESAS. 6 CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIAS.

* Artigo escrito a partir da experiência da autora, como estagiária do Tribunal
de Contas do Estado de Pernambuco, no período de 2002-2004.

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho aborda matéria de direito público, concernente ao mecanismo de controle externo realizado pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas.

Inicialmente, cumpre-nos alertar sobre as divergências que pairam sobre o assunto. Questionamentos que surgem com a própria criação das Cortes de Contas e que provocam calorosos debates sobre a natureza jurídica dos mesmos, das suas decisões e competências.

No estudo de sua natureza jurídica, tentaremos clarear as dúvidas quanto à posição deste órgão entre os demais Poderes do Estado e, principalmente, na sua relação com o Poder Legislativo.

Em breve linhas, vamos elencar algumas das suas inúmeras funções. Avisamos para a inviabilidade, em um trabalho desta dimensão, de abranger todas as suas competências.

Abordaremos sobre uma das questões que dá margem a um dos mais polêmicos debates doutrinários em matéria de Tribunal de Contas: a natureza das suas decisões. São elas administrativas ou jurisdicionais?

No ponto central deste trabalho discorreremos sobre as normas que regem a matéria referente ao julgamento das contas. Cuidaremos de comentar minuciosamente os incisos I e II do artigo 71 da Carta Federal.

Esse artigo representa um divisor de águas, porque dispõe sobre o critério que estabelecerá o órgão competente para julgar as contas públicas.

Veremos que, em se tratando de Chefe do Executivo, o Tribunal de Contas apresentará parecer opinativo e o órgão competente para julgamento será o Poder Legislativo.

No caso das contas provenientes dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, bem como aqueles que derem causa a perda, extravio ou ou-

tra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário, compete ao Tribunal de Contas julgá-las sem a intervenção do órgão político.

Expostas essas normas, surge uma questão que tem provocado embaraços e na qual reside o tema deste trabalho: o órgão competente para o julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo Municipal seria o Tribunal de Contas, por força do art. 71, II ou o Poder Legislativo, por força do art. 71, I c/c o art. 31, §§ 1º e 2º e o art. 75 da Constituição Federal?

Analisaremos se há margem para a possibilidade do Tribunal de Contas vir a realizar o julgamento do Chefe do Executivo Municipal e em que hipótese isso pode acontecer.

Para solucionarmos a questão, a metodologia empregada foi lastreada nas poucas obras doutrinárias que versam sobre o assunto e em pesquisa jurisprudencial.

1 ORIGEM E NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

Quando se fala em Tribunal de Contas, quase de pronto surgem as incompreensões quanto à posição do órgão na organização do Estado.

Incompreensões que remontam às suas origens, uma vez que na exposição de motivos do Decreto nº 966-A, de 7 de setembro de 1980, o Tribunal de Contas foi definido por Rui Barbosa como "corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura", o que desencadeou diversas interpretações entre aqueles que se ocuparam em estudá-lo.

A par dos diversos entendimentos sobre a natureza jurídica do Tribunal de Contas, Jarbas Maranhão, freqüentemente, quando disserta sobre o tema, avisa aos leitores a controvérsia: "É, sem dúvida, matéria que tem gerado perplexidades ou dúvidas doutrinárias, tais como, por exemplo, as

que se levantam quanto à posição do importante órgão entre os Poderes do Estado.¹¹

Pontes de Miranda preocupa-se com o assunto, indagando perguntas e respostas ao mesmo tempo:

Era órgão do Poder Executivo? Não. Fiscaliza o Poder Executivo. Se admitirmos que coopera com ele será exterior tal cooperação, delimitadora, cerceante, restrigente. Cooperação de órgãos heterogêneos. Era órgão do Poder Judiciário? A composição dele era não havia dúvida, a de órgão do Poder Judiciário (art. 100 e parágrafo único). Não estava, porém, compreendido na expressão 'tribunais federais' do art. 81, muito embora o estivesse na expressão "tribunais federais" dos arts. 70, §§ 1º e 2º e 76, l, f). Era órgão do Poder Legislativo? Em parte: as suas atribuições de 1981, que conservava, eram de órgão auxiliar do Poder Legislativo, especialmente da Câmara dos Deputados, o que se incumbia a tomada de contas (arts. 29, 56, 4º, e 57, f, g e h); mas o que se lhe acrescentou em 1934 o fez o órgão auxiliar do poder Judiciário: julgava contas de funcionários e mais pessoas responsáveis por dinheiros e bens públicos. Em órgão do Poder Judiciário, *sui generis*; órgão também *sui generis* do Poder Legislativo. Criação posterior à teoria da separação dos Poderes e fruto da prática, destoava das linhas rígidas da tripartição.¹²

Odete Medauar cuidando de situar o Tribunal de Contas, atribui as incertezas sobre a natureza jurídica ao próprio texto da Constituição Federal:

¹¹ MARANHÃO, Jarbas. Heracleio Salles e o Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 38, n. 149, p. 54, jan./mar. 2001.

¹² MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. Tomo III, arts. 34-112, p. 246-247, grifos do autor.

Parece-nos que a expressão "com o auxílio do Tribunal de Contas", contida no art. 71 da Constituição Federal tem gerado certa confusão no tocante aos vínculos entre esse órgão e o Legislativo.¹³

Portanto, para deixar claro a sua posição exata em face dos Poderes, é preciso averiguarmos o significado constitucional da expressão **auxílio**.

Mais uma vez nos socorreremos das lições do respeitável conselheiro Jarbas Maranhão: "A expressão 'órgão auxiliar do Poder Legislativo' deve ser entendida como de cooperação funcional, na importante função fiscalizadora daquele Poder."¹⁴

O verbo "auxiliar" usada pelo legislador constituinte assume o sentido de colaboração. Em sendo assim, na relevante função do controle externo exercido pelas Câmaras políticas, as Cortes de Contas colaboram com o Poder Legislativo no exercício de seus misteres.

Inúmeros administrativistas já se ocuparam em demonstrar a autonomia e independência das Cortes de Contas em relação ao Poder Legislativo. Hely Lopes Meirelles averbou:

Não exercendo funções nem legislativas, nem judiciais, o Tribunal de Contas só pode ser classificado como **órgão administrativo independente**, de cooperação com o Poder Legislativo na fiscalização financeira e orçamentária, consoante suas atribuições constitucionais.¹⁵

O art. 1º da Lei nº 12.600, de 14 de junho de 2004 que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do

¹³ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 140.

¹⁴ MARANHÃO, op. cit., Heracleio, p. 55.

¹⁵ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 727, grifos nossos.

Estado de Pernambuco trata da natureza da Instituição como órgão constitucional de controle externo.

Diante de tantas lições, fica evidenciado, portanto, que o Tribunal de Contas no Brasil é órgão autônomo, independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes e com competências claramente fixadas na Constituição, de forma que a intervenção de quaisquer outros órgãos ou agentes públicos em suas funções representa uma afronta direta à Lei Maior.

2 FUNÇÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Em 1988, com a reformulação da Constituição Federal, os poderes dos Tribunais de Contas foram expandidos para garantir o respeito aos princípios básicos da administração pública. Desde então, suas atribuições têm sido constantemente aumentadas.

No âmbito das competências constitucionais, Eduardo Gualazzi resume as atribuições desse órgão:

Em consonância com o inteiro teor do art. 71 da atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, o Tribunal de Contas no Brasil tem, em nossa opinião, as seguintes funções ou atribuições: a) consultivas (incs. I e III); b) verificadoras (inc. II); c) inspetivas (inc. IV); d) fiscalizadoras (incs. V e VI); e) informativas (inc. VII); f) coercitivas (inc. VIII); g) reformatórias (inc. IX); h) suspensivas (inc. X); i) declaratórias (inc. XI).⁶

Tentar traçar todas as atribuições do Tribunal de Contas é uma atividade bastante penosa. Valmir Campelo explica

⁶ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.193.

tal dificuldade: "em primeiro lugar porque o mero arrolamento de dispositivos normativos seria árido. Em segundo lugar porque leis diversas, ao disciplinarem outras matérias, terminaram por conferir ao TCU novas atribuições."⁷

Logo, não passaremos agora ao estudo de cada uma delas. Anteriormente, explicamos que para o presente trabalho o que realmente interessa é darmos enfoque às atribuições correspondentes aos incisos I e II, do art. 71 da Constituição Federal de 1988. É preciso notar que há uma diferença quanto à procedência dessas contas.

Em se tratando das contas do chefe do Poder Executivo, o Tribunal de Contas emite parecer de caráter meramente opinativo e o Poder Legislativo julgá-las-á, proferindo sua decisão independentemente daquilo estabelecido no parecer. Trata-se de julgamento político. O relatório, como peça técnica, não obriga o Parlamento. Ele constitui uma análise sobre a execução financeira e orçamentária do respectivo exercício e que servirá de apoio ao Legislativo. Daí o uso feito pelo Constituinte originário da expressão "auxiliar".

No âmbito municipal, o procedimento é diferente, como bem adverte Márcio Fernandes Elias Rosa:

Conquanto seja aplicável o princípio da simetria, e os Tribunais de Contas da União, Estados e Municípios possuírem a mesma natureza, guardando as mesmas características e funções, há sutil distinção: o parecer prévio sobre as contas do prefeito municipal não é meramente opinativo.⁸

⁷ CAMPELO, Valmir. *O Tribunal de Contas no ordenamento jurídico brasileiro*. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 47, n. 2, 2003.

⁸ ROSA, Márcio Fernandes Elias. *Direito administrativo*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19, p.190.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma limitação para que o Parlamento possa alterar a manifestação do Tribunal de Contas no âmbito municipal.

De acordo com o artigo 31, § 2º, o parecer prévio só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal. Nessa hipótese, não podemos afirmar que o parecer tem caráter meramente opinativo, visto que o Poder Legislativo só poderá alterá-lo se alcançar esse quorum.

Situação diversa ocorre em relação às contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta. Neste caso, Jarbas Maranhão afirma que: "o Tribunal a cumpre diretamente e por inteiro, 'por via própria ou em palco próprio'."⁹

O inciso II do art. 71, confere ao Tribunal de Contas o poder de decidir, ou nos termos da Constituição Federal - julgar, expressão que tem causado, como veremos no tópico a seguir, grande celeuma.

3 NATUREZA JURÍDICA DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS

Neste tópico residem as maiores divergências doutrinárias.

Como já dissemos, o artigo 71, inciso II, da Constituição Federal, atribui ao Tribunal de Contas da União a função de "julgar".

O caput do artigo 73, do mesmo texto constitucional, estabelece que o Tribunal de Contas da União tem "jurisdição" em todo território nacional e confere ao mesmo atribuições dos tribunais judiciários.

⁹ MARANHÃO, *op. cit.*, *Heráldo*, p. 56.

Em seguida, o § 4º do artigo 73, confere aos auditores do Tribunal de Contas da União, quando em substituição a Ministro, as mesmas garantias e impedimentos do titular e, quando no exercício das demais atribuições da "judicatura", as de juiz do Tribunal Regional Federal.

E ainda, a própria denominação "Tribunal" de Contas, que logo nos remete a idéia de um conjunto de magistrados que compõe um órgão judiciário, foram fatores determinantes para o surgimento de mais uma questão bastante polêmica que diz respeito à natureza das decisões dos Tribunais de Contas.

Parte minoritária da doutrina brasileira confere caráter jurisdicional às funções do Tribunal de Contas, apoiando-se no tipo julgar presente no inciso II do art. 71 da Constituição Federal. Entretanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores e a maior parte da doutrina adotam posicionamento contrário, conferindo natureza administrativa às funções das Cortes de Contas.

José Cretella Júnior negando o caráter judicante, afirma que o fulcro da questão está no entendimento do verbo julgar: "julgar as contas é examiná-las, conferir-lhes a exatidão, ver se estão certas ou erradas, traduzindo o resultado num parecer da mais alta valia, mas que nada tem de sentença judiciária. É função matemática, contabilística, nada mais."¹⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro igualmente expressa seu desacordo à existência de funções jurisdicionais:

embora o dispositivo fale em 'julgar' (inciso II do art. 71), não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal apenas examina as **contas**, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente público, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário.¹¹

¹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. IV, p. 107, grifos do autor.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

Também filiado a essa mesma corrente, manifesta-se José Afonso da Silva: "não se trata de função jurisdicional, pois não julga pessoas nem dirime conflitos de interesse, mas apenas exerce um julgamento técnico de contas".¹²

É certo que este cenário de divergências doutrinárias foi, em parte, ocasionado pela semelhança entre algumas das funções do Tribunal de Contas com a função jurisdicional, o que levou José Cretella Júnior a afirmar que: "somente quem confunde 'administração' com 'jurisdição' e função administrativa com função jurisdicional poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas do Brasil são de natureza judicante."¹³

Apesar de não concordarmos que a presente controvérsia decorra apenas de uma falta de conhecimento sobre a separação conceitual entre as duas funções, é inegável que a contraposição das mesmas, consiste, sem sombra de dúvidas, num excelente critério para concluir que as funções dos Tribunais de Contas não correspondem ao conceito de jurisdição.

Comumente, os partidários da tese de que as Cortes de Contas não desempenham funções jurisdicionais, fundamentam seus posicionamentos na premissa de que no Brasil o monopólio da jurisdição pertence ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da CF/98). Dessa forma, grande parte dos doutrinadores entendem que não há margem para a possibilidade de uma jurisdição exclusivamente administrativa.

Esse é o entendimento de Seabra Fagundes, que assim se pronunciou:

"Não há, portanto, lugar para tribunais administrativos com função contenciosa. A existência de uma jurisdição

¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 729, grifos do autor.

¹³ CRETILLA JÚNIOR, op. cit., *Comentários*, p. 2032, grifos do autor.

administrativa, além de contrária à tradição do Direito brasileiro, é vedada pela expressa letra constitucional."¹⁴

Como se observa, trata-se de um assunto bastante polêmico e interessante, entretanto não convém nos prolongarmos, uma vez que perderíamos o foco deste trabalho.

Portanto, deixando de lado as dúvidas que pairam sobre o sentido do verbo **julgar**, expresso no art. 71, II da Constituição Federal de 1988, o importante é deixar registrado que essa função de julgamento é uma competência conferida expressamente pela Carta Federal ao Tribunal de Contas, de forma que a interferência de qualquer outro órgão nessa atividade representaria uma violação aos princípios constitucionais.

4 ESTUDO DO ART. 71, INCISOS I E II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Para atingir o objetivo proposto pelo presente trabalho, é imprescindível nos debruçarmos sobre o modelo de apreciação de contas estabelecido na Constituição Federal.

O controle externo a cargo do Congresso Nacional, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, consiste numa fiscalização bastante ampla que alcança toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, guarde, gere ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária.

Após elencar, nos termos do parágrafo único do artigo 70, o universo das pessoas sujeitas ao dever de prestar contas, passaremos ao estudo da forma por que se processa o controle externo.

¹⁴ FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 133.

Edimur Ferreira de Faria dispendo sobre o modo pelo qual se processa a fiscalização das contas públicas assinala que:

as contas públicas são divididas em duas grandes categorias para efeito de fiscalização e controle do Tribunal de Contas: contas anuais, apresentadas pelo Chefe do Executivo, e contas prestadas pessoalmente pelos responsáveis pela aplicação de dinheiro público. A primeira categoria está prevista no inciso I do art. 71 da Constituição Federal, e a segunda no inciso II do mesmo artigo.¹⁵

São, portanto, como dois conjuntos distintos, mas que em determinadas situações podem apresentar uma área de interseção, situação esta que tem ocasionado embaraços aos aplicadores da lei e por isso merece nossa concentração.

4.1 O parecer prévio acerca das contas do Presidente da República, dos Governadores de Estado e do Distrito Federal e dos Prefeitos municipais.

Como já vimos anteriormente, a primeira das atribuições conferidas ao Tribunal de Contas é a de emitir parecer prévio acerca das contas dos Chefes dos Poderes Executivos.

O parecer prévio é conceituado por Jarbas Maranhão como "ato cumprido em um prazo determinado, com alguma solenidade e constituído da apreciação de natureza técnica sobre as contas gerais de um exercício financeiro."¹⁶

Trata-se de peça técnica elaborada pelo Tribunal de Contas que será posteriormente encaminhado ao Legislativo junto com as contas assim previamente apreciadas para a sua análise.

¹⁵ FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de direito administrativo positivo*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 578.

¹⁶ MARANHÃO, op. cit., *Heradio*, p. 56

O Poder Legislativo só poderá realizar seu julgamento após o pronunciamento do Tribunal de Contas que se formaliza no parecer prévio. É peça de caráter obrigatório, como assevera Valdecir Fernandes Pascoal:

emissão de parecer prévio por parte do Tribunal de Contas não é uma faculdade que tem o Poder Legislativo. O parecer prévio não é uma peça optativa. O Legislativo só poderá julgar as contas do Chefe do Executivo, mediante o parecer prévio técnico do respectivo Tribunal de Contas.¹⁷

Contudo, apesar de ser um elemento indispensável no procedimento de controle externo, convém destacarmos que ele não vincula o Poder Legislativo. Este tem, efetivamente, autonomia para decidir na conformidade ou não do pronunciamento precedente do Tribunal.

Tal liberdade deliberativa do Legislativo resulta do modelo delineado pela Constituição Federal, que conferiu-lhe a última palavra sobre o controle das contas do Chefe do Executivo, levando Jair Lins Netto a concluir que: "há, portanto, no caso das contas anuais do exercício, um verdadeiro controle dual, de natureza participando o Tribunal de Contas aqui como mero órgão **assessor e instrutivo** e o Legislativo como foro apropriado para a decisão da matéria."¹⁸

Essa competência do Poder Legislativo, todavia, não poderia ser realizada, com a necessária proficiência, sem que o Tribunal de Contas fornecesse elementos de ampla valia para nortear as decisões do Legislativo.

¹⁷ PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 300 questões de concursos públicos*. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p. 146.

¹⁸ NETTO, Jair Lins. O papel do Tribunal de Contas no exame das contas globais da municipalidade e na apreciação dos atos do prefeito como ordenador de despesa. *Revista Tribunal de Contas de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 25, n. 4, p. 109, 1997. grifos do autor.

José Afonso da Silva sintetiza com sua habitual clareza a importância do Tribunal de Contas no processo de controle externo:

o controle externo é feito por um órgão de natureza política que é o Congresso Nacional (ou as Assembleias Legislativas, nos Estados, e as Câmaras Municipais, nos Municípios). Daí deflui que se contamine de inegável teor político, que é amentado pela participação do Tribunal de Contas, órgão eminentemente técnico.¹⁹

Esta é a inteligência de um parecer prévio, visto que além de conter fundamentos técnicos, contábeis, financeiros e jurídicos para a decisão do Poder Legislativo, ainda lhe serve de verdadeiro balizamento ético.

Em se cuidando de contas de Prefeitos Municipais, a relevância do parecer prévio é ainda mais destacada. O controle externo da regularidade das contas dos Chefes dos Executivos Municipais é exercido pelas Câmaras de Vereadores com auxílio dos Tribunais de Contas.

Consoante ordena o § 2º, do art. 31 da Constituição Federal de 1988, o parecer prévio emitido pelas Cortes de Contas só deixará de prevalecer por decisão de no mínimo dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Bem de ver, nesse particular, portanto, que não apenas o Tribunal de Contas não está subordinado ao Legislativo, como este ainda pode ficar condicionado àquele.

4.2 O julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros e valores públicos

No que se refere, porém, às contas de todos os demais responsáveis pela gestão de dinheiro, bens ou quaisquer valores públicos, a atividade do Tribunal de Contas é distinta.

¹⁹ SILVA, *op. cit.*, Curso, p. 732.

Nessa hipótese, Jair Lins Netto observando que se tratam de duas situações diferentes, asseverou:

Com efeito, atribuindo expressamente à Corte de Contas competência para o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta, indireta, inclusive das fundações e sociedades mantidas e instituídas pelo Poder Público, a Constituição do Brasil, em seu art. 71, II, distinguiu, nitidamente, duas tarefas para o Tribunal: a *opiativa*, no que tange à apreciação do parecer prévio, e a de *julgamento*.²⁰

A regra do inciso II, do art. 71, da Constituição Federal de 1988 tem alcance extremamente amplo. De acordo com Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: "o dever de prestar contas é uma obrigação constitucional de quem trabalha com recursos públicos, na sua mais lata acepção."²¹

Todo aquele que receba, gaste ou apenas guarde recursos públicos, deve prestar contas dos mesmos. A natureza pública ou privada do destinatário desses recursos é irrelevante. Em não sendo o gestor ou guardião desses recursos o próprio Chefe do Poder Executivo, as contas serão apreciadas diretamente pelo Tribunal de Contas. Seu pronunciamento, aqui, não terá a natureza de parecer e, portanto, de opinião (ainda que com o já ressaltado peso específico), mas sim de decisão, ainda quando de cunho administrativo.

Dentro dessa perspectiva, delineiam-se dois papéis do Tribunal de Contas, completamente diversos: de mero parecerista, quando analisa as contas globais de exercício, passa o

²⁰ NETTO, *op. cit.*, p. 109, grifos do autor.

²¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tomada de contas especial: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na administração pública*. 2. ed. DF: Brasília Jurídica, 1998. p. 79.

Tribunal de Contas à condição de julgador dos administradores públicos.

A aplicação do inciso II, do art. 71 da Constituição Federal, permite uma vez mais reconhecer a inteira autonomia dos Tribunais de Contas em face do próprio Poder Legislativo.

O julgamento do Tribunal de Contas sobre as contas dos responsáveis por haveres públicos é uma competência conferida expressamente e exclusivamente pela Constituição Federal às Cortes de Contas, destacada por Pascoal como "competência própria (privativa) do Tribunal de Contas, passível tão somente do controle judicial, não cabendo qualquer reapreciação ou revisão por parte do Poder Legislativo."²²

Logo, o modelo de controle externo foi traçado adequadamente pelo constituinte originário, uma vez que a Carta Federal não deixou margem para a possibilidade de interferência de qualquer órgão nesta atividade.

5 DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA JULGAR AS CONTAS DO PREFEITO ORDENADOR DE DESPESAS

Expostas as normas constitucionais que tratam sobre o julgamento de contas, torna-se oportuno, nessa etapa do trabalho, abordarmos sobre o sentido e o alcance do papel do Tribunal de Contas.

De acordo com o modelo estabelecido pela Constituição Federal, infere-se que o controle externo sobre as contas públicas é um controle dual, que se reparte entre o Tribunal de Contas e o Poder Legislativo.

Desenhadas as linhas de contorno pelas quais se demarcam a esfera própria de atuação dos dois órgãos, à primeira vista, a questão aparenta bastante inteligível e pacífica. Porém

²² PASCOAL, op. cit., *Direito financeiro*, p. 149.

como quase tudo que se refere ao Tribunal de Contas é motivo de controvérsias, dúvidas e incertezas, surge mais uma questão que tem provocado embaraços e na qual reside o questionamento infocado neste trabalho:

O órgão competente para o julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo Municipal seria o Tribunal de Contas, por força do art. 71, II ou o Poder Legislativo, por força do art. 71, I e/c o art. 31, §§ 1º e 2º e o art. 75 da Constituição Federal?

Para a resposta, mister se faz tecermos algumas considerações:

I - Nos termos do art. 80 do Decreto-Lei nº 200/67, que estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa Federal, ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

II - O Chefe do Poder Executivo, quer seja Presidente da República, Governador de Estado ou Prefeito Municipal, pode atuar como ordenador de despesas, gerenciando efetivamente bens e valores públicos.

III - O julgamento da hipótese do art. 71, II, da Carta Federal abrange todos aqueles que gerem recursos públicos, diferentemente do julgamento do Poder Legislativo que alcança apenas o Chefe do Executivo, responsável pelas contas globais.

Nesse contexto, compreende-se facilmente pela possibilidade do julgamento do Chefe do Executivo pelo Tribunal de Contas quando haja participado efetivamente do processamento de despesa.

Acontece que na prática o Presidente da República e os Governadores de Estado não atuam como ordenadores de despesas, não se sujeitando ao julgamento do art. 71, II. Eles se sujeitam apenas ao julgamento político das contas procedido pelo Poder Legislativo após parecer prévio dos Tribunais

de Contas. Diferentemente é o caso de Prefeitos Municipais, que efetivamente gerenciam bens e valores públicos, ao atuar como ordenador de despesas. Nesta condição, somos levados a entender que estão sujeitos ao julgamento soberano e privativo na esfera administrativa pelos Tribunais de Contas (art. 71, II).

Waldo Fazzio Júnior foi bastante sensível a essa peculiaridade ao escrever que:

no Município, não adianta empreender notas distintivas entre o chefe de governo e o chefe administrativo que se associam na pessoa do prefeito. O amálgama é insuperável. Aquela distinção (a bem da verdade, teórica) cabe bem no Presidente da República, menos no Governador do Estado e quase nada no prefeito. A simbiose de governo e administração é, no prefeito, um fato; um fato necessário.²³

Da mesma forma, Valdecir Fernandes Pascoal, consciente dessa realidade, defende a possibilidade de julgamento do Prefeito pelas Cortes de Contas, afirmando que:

Na grande parte dos pequenos e médios municípios brasileiros onde não há a necessidade de maior descentralização administrativa, o Prefeito participa diretamente do processamento da despesa, ora autorizando despesas, ora assinando empenhos e contratos, ora liquidando despesas e autorizando pagamentos. Essa participação ativa direta do Chefe do Executivo Municipal faz com que ele fique sujeito não só ao julgamento político do Legislativo, mas também ao julgamento técnico do Tribunal de Contas, uma vez que se enquadra tanto no dispo-

²³ JUNIOR FAZZIO, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: comentários, artigo por artigo, da lei nº 8.429/92 e do DL 201/67*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.17.

to no artigo 71, I (referente ao parecer prévio) como no disposto no artigo 71, II da Lei Maior.²⁴

O próprio Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco considerando a necessidade de evidenciar a plena distinção entre as atribuições previstas nos incisos I e II, do art. 71, c/c o art. 75, todos da Constituição da República Federativa do Brasil, editou a Resolução TC nº 0003/2002 que dispõe sobre as publicações do Parecer Prévio e da Decisão, nos casos em que o Chefe do Executivo confundir-se com a figura do ordenador de despesas.

Não obstante os argumentos esposados, é forçoso assinalar que esta não é uma questão pacífica. No âmbito dos Tribunais Superiores prevalece a tese da incompetência do Tribunal de Contas para julgar o Prefeito ordenador de despesas.

Esse posicionamento decorre de uma interpretação bastante restritiva do texto constitucional, que rebaixa o Tribunal de Contas à condição de "mero parecerista" no exercício do controle externo a cargo da Câmara Municipal. Sob o argumento de que, em relação às contas do Município sua missão constitucional é unicamente de emitir parecer prévio, parte majoritária das decisões dos Tribunais Superiores defende a competência exclusiva à Câmara Municipal para julgar as contas do Prefeito, quer este tenha participado ou não diretamente do processamento da despesa.

Esse entendimento não leva em conta que o próprio Prefeito pode ser ordenador de despesas, e conseqüentemente, ficará submetido ao julgamento do Tribunal de Contas.

Trata-se de uma interpretação que menospreza o alcance do inciso II, do art. 71 da CF. Ensina, a propósito, Régis Fernandes de Oliveira:

²⁴ PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 300 questões de concursos públicos*. Rio de Janeiro: Impens, 2002, p. 176.

O alcance do inciso é vasto, de forma a alcançar todos os que detinham, de alguma forma, dinheiro público, em seu sentido mais amplo. Não há exceção e a interpretação deve ser a mais abrangente possível, diante do princípio republicano, que fixa a responsabilidade do agente público.²⁵

Portanto, com a devida vênia, somos compelidos a discordar do posicionamento majoritário.

Ademais, registre-se por oportuno, a observação feita pelo Min. Victor do Amaral Freire, citado por Odete Medauar:

o critério anual de parecer prévio do Tribunal sobre as contas anuais dos Prefeitos tem provado ser pouco eficiente, pois pode ser rejeitado pela maioria de dois terços da Câmara. E é constante pareceres técnicos, apontando graves irregularidades no manejo dos dinheiros municipais, serem rejeitados por motivos e interesses e pela comum influência do Executivo na área municipal.²⁶

Logo, não se deve esquecer que os Parlamentos são essencialmente órgãos políticos e desse modo, podem se apegar às paixões partidárias para decidir tais questões, constatação que só vem a fortalecer nosso entendimento. Portanto, também sob essa óptica, defendemos a competência e a importância do Tribunal de Contas para julgar, com a isenção e a imparcialidade típicos deste órgão, os atos do prefeito como ordenador de despesas, dando a sociedade a garantia da correta interpretação da Constituição e da Lei.

²⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de, HORVATH, Estevão. *Manual de direito financeiro*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.144.

²⁶ Apud MEDAUAR, op. cit., *Controle*, p. 132.

6 CONCLUSÃO

Embora o Tribunal de Contas seja um órgão da mais significativa importância na estrutura e no funcionamento do Estado democrático, a sociedade praticamente o desconhece. Este fato torna-se ainda mais preocupante quando levamos o problema para o meio acadêmico. Os cursos de graduação em Direito, acreditamos que por uma questão de exigüidade de carga horária, dedicam pouca profundidade sobre o assunto.

Diante deste cenário, propomos um trabalho que contribua, mesmo que modestamente, para a divulgação desse órgão que é um verdadeiro instrumento da cidadania.

Nossa pretensão, contudo, ainda vai mais além. O presente estudo consiste numa tentativa de buscar o alcance e o sentido das normas que regulam o julgamento das contas públicas.

Apesar da Constituição Federal de 1988 ter conferido amplos poderes aos Tribunais de Contas, constatamos que essa instituição ainda sofre grave restrição no tocante ao exercício pleno dos atos de sua competência.

Exposto no nosso trabalho o modelo de controle externo delineado no art. 71 da Constituição Federal, que apesar de tratar da questão em nível federal, é aplicado simetricamente no âmbito municipal por força do art. 75, chegamos à conclusão que o Tribunal de Contas é órgão competente para julgar o Prefeito ordenador de despesa.

Deveras, o art. 71, II do Texto Maior confere aos Tribunais de Contas o poder-dever de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

A interpretação desse artigo deve ser a mais ampla possível, devendo compreender todo aquele que atue como ordenador de despesa. Nos termos do art. 80 do Decreto-Lei nº 200/67 que dispõe sobre a organização da Administração Federal, ordenador de despesas é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

Logo, caso o Chefe do Poder Executivo de qualquer das esferas, atue como ordenador de despesas, gerenciando efetivamente bens e valores públicos, também estará sujeito ao julgamento de Contas pelo Tribunal de Contas.

Nesta hipótese, o julgamento é soberano e privativo do Tribunal de Contas, não sendo possível qualquer intervenção do Poder Legislativo.

Salientamos que, na prática, dificilmente o Presidente da República e os Governadores se comportam como ordenadores de despesas. Entretanto, na grande maioria das pequenas prefeituras municipais, o Chefe do Executivo local freqüentemente se comporta como tal.

Nessa perspectiva, defendemos o reconhecimento do Tribunal de Contas como órgão competente para julgar as contas dos Prefeitos ordenadores de despesa, ainda que esse seja o posicionamento contrário à jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores.

As instâncias de segundo grau, sob o esteio de uma interpretação restritiva das normas constitucionais e infraconstitucionais brasileiras, vêm prolatando decisões que acabam por negar às Cortes de Contas a competência para o julgamento de tais contas, enxergando-as como meras pareceristas, auxiliares do Legislativo.

Ademais, foi importante lembrarmos que os Parlamentos são essencialmente órgãos políticos, e desse modo, podem se apegar às paixões partidárias para apreciar os fatos co-

locados a seu controle, constatação essa que só fortaleceu ainda mais o nosso posicionamento.

Portanto, também sob essa óptica, defendemos a competência e a importância do Tribunal de Contas, organismo composto por um corpo técnico altamente capacitado, para julgar, com a isenção e a imparcialidade típicas destes órgãos, os atos do Prefeito ordenador de despesas.

Trata-se, sem sombra de dúvidas, de um trabalho bastante audacioso, que vai de encontro aos interesses daqueles agentes públicos que agem em desconformidade com a lei e que se debatem para se safar das atividades do Tribunal de Contas.

Reconhecemos a nossa limitação e pequenez, para propor mudanças desse tipo. Entretanto, não podemos fechar os olhos e fazer de conta de que nada está acontecendo. A mídia jornalística nos oferecesse constantemente notícias de corrupção.

Espero que este trabalho sirva, mesmo que modestamente, de contribuição para o reconhecimento e defesa das Cortes de Contas nessa sua tão importante missão constitucional.

7 REFERÊNCIAS

CAMPELO, Valmir. O Tribunal de Contas no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 47, n. 2, 2003.

CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. v. IV

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial: processo e procedimento nos Tribunais de Contas e na administração pública**. 2 ed. DF: Brasília Jurídica, 1998.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos tribunais de contas**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

JÚNIOR FAZZIO, Waldo. **Improbidade administrativa e crimes de prefeitos: comentários, artigo por artigo, da lei nº 8.429/92 e do DL 201/67**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARANHÃO, Jarbas. Heraclio Salles e o Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 38, n. 149, jan./mar. 2001.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. Tomo III, arts. 34-112

NETTO, Jair Lius. **O papel do Tribunal de Contas no exame das contas globais da municipalidade e na apreciação dos atos**

do prefeito como ordenador de despesa. **Revista Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 25, n. 4, 1997.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de; HORVATH, Estevão. **Manual de direito financeiro**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. **Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 300 questões de concursos públicos**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

ROSA, Márcio Fernandes Elias. **Direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 19.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

A EMENDA CONSTITUCIONAL N.45 E A REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL LEVANTADA: O USO DO MÉTODO DIFUSO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Maria Cecília Peixoto Correa Lima
Advogada. Pós-graduada em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco-ESMAPE.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 CONTROLE DIFUSO NOS EUA E NO BRASIL. 3 RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O ACESSO À JURISDIÇÃO. 4 WRIT OF CERTIORARI NORTE-AMERICANO E A EC. 45. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

As normas constitucionais detêm o máximo de eficácia, sendo inadmissível a existência concomitante de normas que lhes sejam superiores. Condicionam todo o sistema jurídico e, daí resulta a exigência de que todos os demais atos normativos que pretendam produzir efeitos válidos lhes sejam obrigatoriamente conformes.

De acordo com Ronaldo Poletti a constitucionalidade de uma lei não é aferida apenas pela sua adequação ao ordenamento jurídico-constitucional, é preciso verificar ainda a viabilidade prática da norma, de sua práxis, sob pena de negar-lhe a própria existência ou reduzi-la a um plano ideal, despojado de experiências significativas. (POLETTI, 2001, p. 239).

Dai concluir-se pela necessidade de uma observância da dimensão material do direito constitucional, além de uma compatibilidade meramente formal, de modo que o seu conteúdo não seja desatendido pela regulação infraconstitucional.

O mecanismo de verificação da constitucionalidade das leis e atos normativos por via difusa pelo Poder Judiciário é construção importada do Constitucionalismo Norte-Americano e presente no ordenamento pátrio desde a sua primeira carta republicana, em 1891.

Na Europa, em meados do século XX, as idéias de Kelsen explanadas em seu livro Teoria Pura do Direito deram ensejo a um outro modelo de controle de constitucionalidade, baseado não na resolução de casos concretos, e sim, na anulação genérica da lei ou ato normativo incompatíveis com o ordenamento constitucional, sendo por isso chamado de Controle Abstrato; inserido pela primeira vez no Brasil em 1965, com a emenda n. 16 de 1964, e, de modo definitivo, no corpo da Constituição de 1988.

Em 1958, após as desconfianças geradas na Europa pelo sistema de controle em abstrato proposto por Kelsen, o qual permitiu a legitimação de um governo ditatorial na Alemanha, criou-se na França o sistema de controle político preventivo como uma terceira saída em matéria de controle de constitucionalidade de leis; opondo-se aos dois modelos então vigentes (americano e austríaco) e, efetivado por um órgão especial (*Conseil Constitutionnel*)

não integrante do poder judiciário ou de qualquer dos três poderes tradicionais.

Quando um texto legislativo ou um tratado internacional, embora aprovados, porém não promulgados, suscitasse dúvidas quanto à sua constitucionalidade poderiam [e deveriam] ser submetidos previamente ao *Conseil* para que este se pronunciasse sobre sua constitucionalidade e, em se tratando de lei orgânica, a audiência daquele [do *Conseil*] era [e ainda é] obrigatória, caso se manifestasse pela inconstitucionalidade, a lei não era promulgada e nem entraria em vigor sem que houvesse revisão constitucional. (POLETTI, 2001, p. 57-58).

O controle de constitucionalidade brasileiro caracteriza-se por ser um modelo misto, no qual a jurisdição constitucional é exercida tanto pela via difusa (em todo juízo ou tribunal), quanto pela via concentrada (pelo Supremo Tribunal Federal) e ainda, excepcionalmente, por via preventiva na hipótese aceita pelo STF da impetração de mandado de segurança por parlamentar participante de processo legislativo contra proposta de Emenda à Constituição que ultrapasse os limites do poder de reforma ou ainda contra projeto de lei que viole as regras do processo legislativo.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DIFUSO NOS EUA E NO BRASIL

Não há, ao contrário do que ocorre na Constituição Brasileira, menção expressa na Carta Constitucional Americana acerca do controle de constitucionalidade. Nos Estados Unidos da América a inconstitucionalidade das leis é aferida pela atuação normal e ordinária do poder judiciário, sendo a questão constitucional levantada em qualquer caso concreto perante os juízos estaduais e tratada como uma espécie extraordinária de conflito de leis no espaço, na qual prevalece sempre a norma constitucional em detrimento da norma legal

em razão de seu posicionamento supremo na hierarquia normativa.

O modelo de controle de constitucionalidade norte-americano permite, então, que qualquer juiz ou tribunal, na análise de um caso concreto, deixe de aplicar norma que considere inconstitucional, produzindo esta decisão efeito *inter partes* e *ex tunc*; dessa forma o reconhecimento da inconstitucionalidade não é o objeto principal do processo, mas lide incidental essencial à resolução da lide concreta.

Ressalte-se que, tratando-se de questão constitucional levantada em caso concreto, apesar de os efeitos da declaração verificarem-se apenas *inter partes*, a adoção da regra do *Stare Decisis* (manutenção da decisão, ou decisão vinculante) pela Suprema Corte Americana findou por exterminar a incerteza jurídica que adviria caso os juízos e cortes estaduais não seguissem as decisões da jurisdição superior.

Dessa maneira, o modelo de controle de constitucionalidade norte-americano adotado (em parte) no Brasil e realizado diante de um caso concreto, pelo modo difuso, valoriza a soberania popular, a democracia e a cidadania, impedindo que o constitucionalismo ser torne algo distante e privativo de alguns poucos detentores do poder [o que se verifica nos modelos austríaco e francês], transformando cada cidadão em fiscal da Constituição e concorrendo para a construção de uma inclusão política e social (CARVALHO, 2005, p. 272).

No Brasil, o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade realizado em sede de controle concreto chega à nossa Corte Suprema principalmente através do recurso extraordinário e, via de regra, as decisões em sede deste recurso tem natureza subjetiva, atingindo apenas as partes envolvidas na lide principal. Não fora transportado para o ordenamento constitucional pátrio o precedente jurisprudencial com força vinculante (*Stare Decisis*) existente no modelo norte-americano,

fato que permitiu que a supremacia da constituição se sujeitasse às mais variadas interpretações de juízes e tribunais de todo país, levando ao STF centenas de processos semelhantes com decisões completamente antagônicas, tornando-se, atualmente, a grande questão dos doutrinadores, legisladores e Tribunais Superiores solucionar o crescente número de lides incidentais de constitucionalidade recorrentes de maneira célere e uniforme, nos moldes do artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

Diante desta situação quase caótica, iniciou-se no país um movimento surgido no próprio STF visando uma objetivação do recurso extraordinário, encetado nos Juizados Especiais Federais que vêm conferindo àquele (recurso extraordinário) força *erga omnes* automaticamente, sem a necessidade de comunicação ao Senado Federal, graças a Emenda Regimental n. 12 de 2003, a fim de evitar a subida de recursos de questões repetitivas, seguindo o exemplo do *Stare Decisis* norte-americano.

Ainda com base na doutrina e jurisprudência norte-americana, a Emenda Constitucional n. 45 de 2003, trouxe modificações no artigo 102 §3º da Constituição Federal de 1988, passando a exigir do recorrente a demonstração de repercussão geral da questão constitucional suscitada incidentalmente como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, podendo o STF recusá-lo por dois terços de seus membros, similar ao que ocorre na Suprema Corte Americana com o uso do *writ of certiorari*.

3 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO E O ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

O acesso à justiça não se identifica com a simples admissão ao processo ou a possibilidade do ingresso em juízo,

é necessário que ao maior número de pessoas seja permitido demandar e defender-se de modo adequado, sendo condenáveis as restrições quanto a determinadas lides, como em razão do valor da causa e do tipo de interesse [individual ou difuso]. (GRINOVER, 2002, p. 33).

Para Willis Santiago, a garantia do acesso à justiça não se esgota com a simples previsão do direito de ação, exigindo-se uma efetividade social da prestação da tutela judicial, compensando os menos favorecidos e atendendo aos reclamos de celeridade pelo desenvolvimento do processo cautelar e outras técnicas de laboração judicial. (GUERRA FILHO, 2000, p. 41).

Dai a conclusão de que democratizar o acesso à justiça significa adotar procedimentos que minimizem os obstáculos existentes à efetiva prestação jurisdicional, como a crescente demanda de processos perante o Judiciário, resultante dos próprios institutos criados pela constituição de 1988.

O direito de ação é um direito cívico e abstrato, previsto na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII, no contexto dos direitos fundamentais, portanto. É um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais. A exigência do preenchimento das condições da ação e do atendimento dos pressupostos processuais e condições de procedibilidade podem configurar, em certa medida, barreira para o acesso à justiça; entretanto essa barreira não se afigura impeditiva da aplicação do princípio constitucional do direito de ação, pois configura limitação natural a este direito. (NERY JR. 2000, p. 99).

As condições de procedibilidade exigidas para o ajuizamento do recurso extraordinário, a saber, o prequestionamento e a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional levantada não ferem o princípio do acesso à justiça, pois a lide

já fora apreciada pelo Poder Judiciário, sendo o recurso medida excepcional.

Na hipótese da interposição do recurso extraordinário contra decisão de única instância também não há que se falar em comprometimento da democracia e do acesso à justiça, tendo em vista que o duplo grau de jurisdição não é obrigatório¹ em nosso ordenamento jurídico, salvo em hipóteses taxativamente previstas na legislação.

Não há, pois, garantia constitucional do duplo grau de jurisdição, mas mera previsão, podendo o legislador constitucional limitar o direito ao recurso.

O acesso à justiça e a prestação jurisdicional justa garantida pela celeridade processual, não apenas prevista em nosso ordenamento constitucional, mas elevada à categoria de direito fundamental, esbarra no problema do acúmulo de processos nos tribunais superiores, fazendo-se necessária a criação de mecanismos que solucionem as crises geradas por este elevado número de lides.

Em 1975, foi criada pela Emenda Regimental n. 3 a chamada arguição de relevância em sede de recurso extraordinário como válvula de escape encontrada pelo STF para não conhecer da maioria dos casos de recursos extraordinários que lhe eram dirigidos, tal medida era manifestamente inconstitucional porque os requisitos para a propositura e cabimento do recurso extraordinário encontravam-se expressos no próprio texto constitucional, e só estes podiam ser exigidos dos recorrentes, vício que foi "sanado" em 1977 com a EC n. 7 que alterou o parágrafo único do artigo 119 da Constituição de

¹O artigo 8º do Pacto de San Jose da Costa Rica trat como garantia constitucional o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior, o que nos leva a crer que a garantia do duplo grau de jurisdição existe apenas em matéria penal, não alcançando, no entanto, a égide de garantia constitucional absoluta, inexistindo no âmbito dos processos civil e trabalhista. (NERY JR., 2000, p.172).

1969, fazendo menção expressa à relevância da questão federal e autorizando o STF a legislar sobre a matéria.

Hoje o recurso extraordinário constitucional é previsto em nosso ordenamento jurídico contra decisões em única ou última instância proferidas por juiz ou tribunal que contrarie dispositivo da Constituição Federal nas hipóteses de cabimento previstas em suas alíneas 'a', 'b', 'c' e 'd' do artigo 102, III da Constituição de 1988.

As hipóteses elencadas no artigo 102, III, em última análise, referem-se todas a questão da declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, inclusive sua última alínea, inserida pela EC.45/2003 que trata do caso de julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Esta hipótese expressamente contemplada como ensejadora de recurso extraordinário envolverá problema de divisão de competências, logo, questão constitucional. Quando o tribunal ou juiz local delibera acerca da prevalência da lei local em detrimento da lei federal, está deliberando de forma implícita acerca de qual ente da federação é competente para legislar sobre determinada matéria. (TAVARES, 2005, p.210).

Até então não existia nenhuma previsão constitucional ensejadora de limitação ou vedação ao cabimento do recurso extraordinário², situação que se modificou com o advento da mesma EC 45 de 2003, que inseriu no ordenamento jurídico pátrio a chamada repercussão geral da questão constitucional, a exemplo para parte dos doutrinadores, da arguição de relevância de 1975 e, para outros, do *Writ of certiorari* norte-americano.

Não se deve confundir essa nova regra com a antiga arguição de relevância, pois nesta a decisão do STF era desmo-

² O questionamento em matéria de recurso extraordinário é requisito implícito, decorrente da própria definição do recurso, pois é o prévio debate e a decisão explicitamente contrária à Constituição nas instâncias inferiores que caracteriza a violação à Lei Maior.

tivada e tomada de maneira sigilosa, ao revés do que ocorre com a questão de repercussão geral que só pode ter seu conhecimento negado por *quorum* qualificado, existindo, portanto uma presunção da repercussão geral em favor do recorrente.

Ao contrário do que ocorreu em 1975/1977 em que a então chamada arguição de relevância foi regulamentada pelo próprio STF, o legislador de 2003 retirou da competência do Tribunal a definição do que se deve entender por repercussão geral, abrigando-a na liberdade de conformação do legislador infraconstitucional; contudo, não obstante a remissão à atuação legislativa, esta não ficará imune ao controle do STF, que terá ampla liberdade para analisar o caso dentro dos limites mínimo e máximo que se atribuirá validamente à expressão constitucional 'repercussão geral' (TAVARES, 2005 p. 215-217).

4 O WRIT OF CERTIORARI NORTE-AMERICANO E A EC. 45 À CF/88

Em seu único artigo dedicado ao poder judiciário, a Constituição dos Estados Unidos da América confere à Suprema Corte apenas duas hipóteses de competência originária, a saber: para apreciar questões que envolvam embaixadores, ministros e cônsules e, para aquelas em que se achar envolvido um dos estados da federação; possui ainda, conforme o mesmo artigo III, seção 2, competência recursal nos moldes e exceções estabelecidos pelo Congresso Americano, consistindo, portanto, o exercício da jurisdição recursal sobre as decisões de juízos inferiores e questões comuns sobre leis federais a função primordial desta instituição.

Até 1.891 a Suprema Corte era obrigada a apreciar e decidir todos os recursos que a ela fossem apresentados, fato que ocasionou a primeira crise do judiciário de que se tem notícia dado o elevado número de causas e exíguo número e

juizes (ainda hoje, nove apenas), momento em que o Congresso Norte-Americano, por meio do *Judicial Act*, pela primeira vez, autorizou sua mais alta Corte Nacional a se utilizar do writ of *certiorari*³ para realizar um juízo de admissibilidade subjetivo na seleção das causas que iriam ou não ser apreciadas por ela.

Em 1988 o Congresso Americano reduziu ainda mais a jurisdição obrigatória da Suprema Corte e, desde então, possui ela total poder discricionário sobre sua competência, considerando apenas os processos de importância geral e grande seriedade que envolvam princípios de amplo interesse público ou governamental, como o caso de decisões divergentes de juízos inferiores relacionados a aplicação e interpretação de lei constitucional ou federal, hipótese em que é concedido o *cert* com o propósito de estabelecer uma interpretação uniforme em todo o país, base do sistema do *Stare Decisis*.

O *cert* consiste em processo incidental indispensável para que o recurso cível ou criminal alcance a mais alta Corte de Justiça daquele país, para tanto, é necessário que o recorrente elabore petição em quarenta vias na qual conste o motivo ensejador do direito de ter sua causa examinada pela Suprema Corte, via de regra demonstrando um conflito de competência nas questões legais apresentadas ou, demonstrando o interesse público presente na questão.

Ao recorrido é facultado o direito de apresentar memorial se opondo a concessão do direito, podendo o recorrente ainda contra-razoar o referido memorial.

É necessário fazer menção ainda à possibilidade de terceiros, pessoas físicas ou jurídicas - privadas ou de direito público-, intervirem como *Amicus Curiae*, juntando ao pedido

³ Não há tradução definitiva para o português da expressão, podendo ser entendida como "carta requisitória", por consistir em verdadeiro pedido (requisição) para que seu recurso seja conhecido, nesse ponto assemelhando-se ao agravo de petição do direito do trabalho.

de concessão do *cert* pareceres e estudos levantando questões que, embora relevantes, não foram apresentadas pelas partes, permitindo que a instituição selecione as causas de grande interesse ou mesmo aquelas que transcendam o interesse subjetivo dos litigantes.

A Emenda Constitucional n. 45 de 2003 tentou transportar o instituto do direito americano para terras brasileiras, com a adoção da demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas na lide como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, porém "Não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem levar em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos." (DANTAS, 1996 p. 68).

Dessa forma, as instituições jurídico-constitucionais de uma determinada nação só podem ser compreendidas partindo-se das idéias morais e dos princípios políticos que as animam e, do contexto histórico em que se desenvolveram, haja vista que o mesmo procedimento jurídico é capaz de causar efeitos inteiramente diversos quando utilizados em sociedades desenvolvidas ou periféricas (KRELL, 2002, p. 41).

Pela técnica da repercussão geral, as questões constitucionais de interesse apenas do recorrente ou de um pequeno número de pessoas poderão ser consideradas insuficientes para o conhecimento do recurso extraordinário, já que se faz necessário que a discussão constitucional afete um número indeterminado ou indeterminável de pessoas, transcendendo a esfera do particular e produzindo efeitos na seara política, jurídica e social do país.

Essa limitação ao recurso extraordinário trará importantes modificações no sistema do controle constitucional de leis no Brasil, pois o atual instrumento de controle difuso de constitucionalidade passará a servir também ao controle abstrato das leis.

Há quem sustente, a exemplo de José Levi Mello do Amaral Junior que todo controle de constitucionalidade de leis é abstrato:

O controle [de constitucionalidade] é sempre abstrato, mesmo quando utilizado pelo juiz singular no caso concreto, do que se deduz que não existe, no Brasil, controle concreto de constitucionalidade das leis. O juiz singular ao rejeitar a aplicação de uma lei federal, porque incompatível com a Constituição, não pode considerar as peculiaridades do caso concreto, mas tão-somente aferir da compatibilidade no plano político (objetivo), assim como faria seu colega no STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade. (AMARAL JÚNIOR in DIDIER JÚNIOR, 2006 p. 983).

Tomada em controle difuso, a decisão será eficaz apenas entre as partes, mas a análise em tese da questão constitucional levantada no caso, vinculará o Tribunal a adotar o mesmo posicionamento nas próximas oportunidades.

O recurso extraordinário deixa, desta feita, de ter caráter meramente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir a função de defesa da ordem constitucional objetiva. (DIDIER JR, 2006, p. 983).

CONCLUSÃO

A garantia constitucional do acesso à justiça tomou entre nós uma dimensão extravagante, traduzindo-se como verdadeiro convite ao processo, fazendo com que o jurisdicionado entenda que a justiça é o único caminho para a solução dos seus interesses contrariados ou insatisfeitos, desestimulando a busca pela solução alternativa dos conflitos.

Essa cultura demandista sobrecarregou não apenas as instâncias inferiores, mas alcançou também os tribunais locais e regionais e repercutiu ainda nos Tribunais da Federação (STJ e STF), de modo a desvirtuar o caráter originário destes, transformando-os em tribunais recursais de terceira e quarta instâncias, daí a necessidade da criação de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos.

Em se tratando de recurso extraordinário, a primeira tentativa de instituição de critério para seleção de causas se deu em 1975 com a adoção da então chamada "arguição de relevância" criada pelo próprio Supremo via emenda regimental, que não teve lugar na Constituição de 1988 dada a discricionariedade adotada na triagem das causas, fazendo com que os advogados se opusessem de maneira massiva ao sistema então adotado.

Até 2003 não havia nenhuma previsão constitucional ensejadora de limitação ou vedação ao cabimento do recurso extraordinário, porém as estatísticas comprovaram que um Tribunal Superior é incapaz de operar de maneira eficaz sem qualquer artifício de contenção do número de processos e, buscando uma maior efetividade do STF, a Emenda Constitucional n. 45 trouxe inovações ao artigo 102 da Constituição Federal, inserindo no ordenamento jurídico pátrio a súmula vinculante e a demonstração de repercussão geral da questão constitucional como requisito de admissibilidade para o Recurso Extraordinário com nítida inspiração no *Writ of Certiorari* do direito norte-americano.

Essa limitação ao recurso extraordinário trará importantes modificações no sistema do controle constitucional no Brasil, pois o atual instrumento de controle difuso de constitucionalidade passará a servir também ao controle abstrato das leis; o recurso extraordinário passa por uma transindividualização, deixando de apresentar caráter subjetivo de interesse exclusivo das partes, para proporcionar uma dimensão objetiva na defesa da ordem constitucional.

Outras implicações teóricas referem-se ao limite da expressão 'repercussão geral' - a ser estabelecido por lei complementar -; à barreira burocrática do quorum qualificado necessário ao não conhecimento do recurso, a possibilidade da presença de institutos importados do *writ of certiorari* norte-americano como o *amicus curiae*; a elaboração de lista de temas que serão apreciados ou não (*dead list* e *discuss list*) e ainda a vinculação de todo o juízo inferior à decisão tomada em recurso extraordinário, haja ou não súmula a respeito, (*Stare Decisis*), a exemplo do que ocorre no sistema constitucional americano.

Anteriormente à Emenda Constitucional n. 45, relacionava-se o controle difuso ao controle concreto de constitucionalidade e, o recurso extraordinário, a um mero instrumento de impugnação dos atos dos juízes e tribunais inferiores.

Hoje, como conseqüência da crise do acúmulo de processos nos tribunais superiores, surgiram institutos de contenção dos recursos a ele dirigidos, os quais trouxeram como principal conseqüência prática para a esfera jurídica, a objetivação do Recurso Extraordinário que passa a ser utilizado como instrumento abstrato de controle normativo.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais**: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data. São Paulo: Saraiva, 1991.

AGRA, Walber de Moura et al. **Comentários à reforma do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 340 p.

_____. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal**: densificação da jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro, Forense, 2005. 339 p.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição temática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estud. av.**, v.14, n.40, p.155-176, Sept./Dec. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Golçalves. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIDIER JR, Fredie. Transformações no recurso extraordinário. In: FUX, Luiz et al. **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006., p. 982-990

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 199.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo**, São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**, os descaminhos de um direito constitucional comparado, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

Outras implicações teóricas referem-se ao limite da expressão 'repercussão geral' - a ser estabelecido por lei complementar -; à barreira burocrática do quorum qualificado necessário ao não conhecimento do recurso, a possibilidade da presença de institutos importados do writ *of certiorari* norte-americano como o *amicus curiae*; a elaboração de lista de temas que serão apreciados ou não (*dead list* e *discuss list*) e ainda a vinculação de todo o juízo inferior à decisão tomada em recurso extraordinário, haja ou não súmula a respeito, (*Stare Decisis*), a exemplo do que ocorre no sistema constitucional americano.

Anteriormente à Emenda Constitucional n. 45, relacionava-se o controle difuso ao controle concreto de constitucionalidade e, o recurso extraordinário, a um mero instrumento de impugnação dos atos dos juízes e tribunais inferiores.

Hoje, como consequência da crise do acúmulo de processos nos tribunais superiores, surgiram institutos de contenção dos recursos a ele dirigidos, os quais trouxeram como principal consequência prática para a esfera jurídica, a objetivação do Recurso Extraordinário que passa a ser utilizado como instrumento abstrato de controle normativo.

REFERÊNCIAS

ACKEL FILHO, Diomar. **Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data.** São Paulo: Saraiva, 1991.

AGRA, Walber de Moura et al. **Comentários à reforma do poder judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. 340 p.

_____. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro, Forense, 2005. 339 p.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição temática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estud. av.**, v.14, n.40, p.155-176, Sept./Dec. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

CARVALHO, Kildare Golçalves. **Direito constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DANTAS, Ivo. **O valor da constituição: do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DIDIER JR. Fredie. Transformações no recurso extraordinário. In: FUX, Luiz et al. **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006., p. 982-990

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 199.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Teoria geral do processo,** São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago, **Teoria processual da constituição.** São Paulo: Celso Bastos, 2000.

KRELL, Andréas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha, os descaminhos de um direito constitucional comparado,** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A realidade brasileira e os tribunais da federação - STF e STJ: inevitabilidade de elementos de contenção dos recursos a eles dirigidos. In: FUX, Luiz et al. **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 1068-1077

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do justo processo. In: FUX, Luiz et al. **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684-705.

MEDINA, José Miguel Garcia. Variações recentes sobre os recursos extraordinário e especial - breves considerações. In: FUX, Luiz et al. **Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p.1050-1067.

MESSITTE, Peter J. Writ of certiorari: decisão sobre que casos revisar. **E-Journal USA: Questões de democracia**, v. 10, n. 1, abr. 2005. Disponível em <<http://usinfo.state.gov/journals/itdlhr/0405/ijdp/messitte.htm>>. Acesso em: 31 ago.2006.

NERY JR. Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de Constitucionalidade: conceito sistemas e efeitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,2001.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. São Paulo: Malheiros, 2002.

POLETTI, Ronaldo. **Controle de Constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Reforma do judiciário analisada e comentada**, São Paulo: Método, 2005.

A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA: UMA ANÁLISE CRÍTICA EM FACE DOS PROBLEMAS DE ORDEM LEGAL E CONSTITUCIONAL, COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Nelson Edson da Conceição Júnior

Bacharel em Direito. Pós-graduando do
Curso de Especialização em Direito Públi-
co pela Escola Superior da Magistratura de
Pernambuco - ESMAPE.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO: UMA VISÃO GENÉRICA SOBRE A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. 2 DAS ESPÉCIES DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2.1 Considerações gerais. 2.2 Substituição antecedente ou regressiva. 2.3 Substituição concomitante. 2.4 Substituição progressiva. 3 DIREITO À REPETIÇÃO E FATO GERADOR PRESUMIDO. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO: UMA VISÃO GENÉRICA SOBRE A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

O tema da "substituição tributária para frente" pertence à disciplina da responsabilidade tributária e tem sido objeto instigante de estudo pelos mais renomados tributaristas da atualidade, os quais se dividem entre os que assumem a defesa do instituto, como exigência moderna de praticidade tributá-

ria e os que o proscurevem, ao argumento de violar princípios tributários de matriz constitucional.

Trata-se de uma técnica de tributação antecipada, em que se atribui ao substituto tributário o dever de antecipar o pagamento de tributo, com base na previsão da ocorrência do fato gerador, sob garantia de devolução do montante pago indevidamente, ao se verificar que não ocorreu o fato gerador presumido.

Atualmente, o instituto está previsto em nossa ordem jurídica em dois dispositivos: um constitucional e outro legal, senão vejamos:

Art. 128 do CTN: sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a esta em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

§ 7º. Do art. 150 da CR/88: A lei poderá atribuir a sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deve ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Ensina, a doutrina tributarista, que uma vez configurada no mundo fenomênico a situação jurídica ideal prevista pela lei - hipótese de incidência -, por meio do fato gerador, dá-se ensejo à obrigação tributária, que corresponde à relação jurídica cujo objeto consiste em prestação positiva ou negativa, prevista na legislação tributária, devida pelo particular em favor do Estado, e que se traduz em pagar tributo ou penali-

dade (obrigação principal), ou fazer algo no interesse da administração tributária, ou, ainda, abster-se de praticar determinado ato (obrigação acessória).

Logo, verificado em concreto o fato gerador, nasce a obrigação tributária. Esse fato gerador será uma situação de fato ou jurídica.

Tal relação jurídica, que se estabelece com a configuração do fato gerador, vincula o sujeito passivo ao ativo em torno de uma prestação tributária, cujo objeto pode ser o pagamento de um tributo ou mesmo de uma penalidade pecuniária.

A propósito do sujeito passivo da obrigação tributária principal, reza o art. 121 do CTN que se divide em duas espécies: contribuinte e responsável. Diz-se contribuinte o que tenha relação pessoal e direta com o fato gerador da obrigação tributária principal; diz-se responsável o que, sem ser contribuinte - é dizer: sem possuir relação pessoal e direta com o respectivo fato gerador - possuir obrigação por expressa disposição legal.

Assim, ao lado da figura do contribuinte, que seria o sujeito passivo direto, a lei prevê a do responsável, que é um sujeito passivo por determinação legal ou indireto. Alguém que possui a obrigação tributária sem se revestir da qualidade de contribuinte. Logo, os conceitos de contribuinte e responsável são excludentes.

A qualidade de responsável pode advir de substituição tributária e de transferência. A primeira situação verifica-se quando a obrigação tributária já nasce vinculando o responsável em vez do contribuinte; já a transferência ocorre quando a obrigação nasce para o contribuinte, mas é transferida por motivos diversos ao responsável.

Exemplo de substituição verifica-se quando a lei atribui ao atacadista a obrigação de pagar o tributo incidente sobre as operações posteriores, até o varejo. Exemplo de transferência é o que ocorre quando a lei atribui aos pais do menor (tercei-

ros) a obrigação solidária de pagar os tributos devidos pelos seus filhos; também quando a lei estabelece a responsabilidade pessoal do dirigente pelos atos praticados com exercício de mandato, e ainda quando a lei define a responsabilidade do sucessor *causa mortis*, pelos tributos devidos pelo *de cujus*.

A substituição tributária, portanto, compreende a instituição por lei da qualidade de sujeito passivo da obrigação principal a terceiro, que não é contribuinte.

A substituição tributária é, ainda, um mecanismo de arrecadação tributária utilizado para facilitar a fiscalização dos tributos "plurifásicos", ou seja, os tributos que incidem várias vezes no decorrer da cadeia de circulação de uma determinada mercadoria ou serviço. Pelo sistema de substituição tributária, o tributo plurifásico passa a ser recolhido de uma só vez, como se o tributo fosse monofásico¹.

Há três espécies de substituição tributária: "para frente", "concomitante" e "para trás". A substituição "para trás" ou "regressiva", ocorre quando o imposto a ser recolhido é relativo a fato gerador passado, ou seja, a operação ou prestação que já ocorreu. É o que ocorre no diferimento, em que se transfere para o adquirente da mercadoria a responsabilidade pelo recolhimento do imposto devido pelo remetente e, cumulativamente, adia-se o termo inicial do prazo de recolhimento do imposto devido.

A substituição "concomitante" dá-se quando duas operações ocorrem simultaneamente e um dos sujeitos passivos substitui o outro relativamente à obrigação tributária principal.

Finalmente, a substituição "para frente" ou "progressiva" refere-se a operações futuras. Há uma cobrança antecipada do imposto com base em uma base de cálculo presumida. É o que ocorre, por exemplo, quando a lei atribui à indústria a

¹ Wikipedia. Disponível em <http://pt.wikipedia.org/wiki/Substitui%C3%A7%C3%A3o_tribut%C3%A1ria> Acesso em: 07 de janeiro de 2007.

obrigação de antecipar o imposto de circulação de mercadorias e serviços devido pelo comerciante na saída para o consumidor final.

Adiante estudaremos mais detidamente cada uma delas.

2 DAS ESPÉCIES DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

2.1 Considerações gerais

Já foi visto que a substituição tributária ocorre quando, no momento da ocorrência do fato gerador, a obrigação tributária surge para terceiro não-contribuinte, vinculado ao fato indiretamente, por disposição legal.

Também já foi dito que a substituição tributária ocorre sob três modalidades: antecedente, concomitante e "para frente", progressiva ou subsequente. Agora vamos nos ocupar de explicar melhor cada uma delas, tendo por norte as lições do Prof. Paulo de Barros Carvalho (2004, pp. 165), para quem, em que pese a substituição tributária possa ser vigoroso instrumento de controle racional e fiscalização eficiente no processo de arrecadação de tributos, suscita dúvidas relevantes no que toca aos limites jurídicos de sua abrangência e à extensão de sua aplicabilidade, visto que não se pode admitir o excesso por parte do legislador, cujos limites são representados por princípios lógico-jurídicos e jurídico-positivos.

2.2 Substituição antecedente ou regressiva

A substituição tributária antecedente reporta-se a fatos geradores já ocorridos, a eventos prontos e aptos à configuração da obrigação tributária. É também conhecida como regressiva ou "para trás", e consiste em hipótese de diferimento do pagamento de tributo, ou seja, adiamento do recolhimento do seu montante.

Ocorre quando a lei, atendendo a objetivos de eficácia e segurança na fiscalização e na arrecadação, prevê que a obrigação de pagar os tributos relativos às etapas anteriores – especialmente nas cadeias de produção-circulação concentradas (com menor número de estabelecimentos na ponta final da cadeia) – pertence ao estabelecimento que realize a etapa posterior, quanto aos fatos decorrentes das etapas antecedentes.

A Lei 9.826/99 (que dispõe sobre incentivos fiscais para desenvolvimento regional, altera a legislação do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, e dá outras providências), por exemplo, em seu art. 5º, atribui a condição de substitutos tributários do Imposto sobre Produtos Industrializados às montadoras de automóveis, relativamente às operações anteriores de alienação de partes, peças e componentes de veículos. Neste caso, os alienantes das operações anteriores figuram como contribuintes substituídos por força de determinação legal.

Assim, ocorre um adiamento do pagamento do IPI, vez que o recolhimento do imposto só ocorrerá na saída do produto pronto, das montadoras, ficando substituídas por estas, nas operações de fabricação de autopeças, os estabelecimentos fabricantes.

O objetivo é facilitar a fiscalização, já que o número de montadoras é infinitamente menor do que o de fabricantes de peças para automóveis.

Observe-se que o diferimento não é benefício fiscal; não retira as operações do campo da incidência do imposto; apenas transfere para etapa futura da circulação o momento do lançamento tributário.

2.3 Substituição concomitante

A Lei do ICMS, Lei Complementar 87/96 dispõe, no seu artigo 6º., sobre três espécies de substituição; vejamos:

Art. 6º Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário.

§ 1º A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, **concomitantes** ou subseqüentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto” (grifo nosso).

Portanto, ao lado da substituição regressiva e da progressiva figura também a concomitante, assim entendida a que determina o recolhimento do tributo pelo substituto no exato instante em que ocorre o fato gerador.

A substituição tributária concomitante caracteriza-se, portanto, pela atribuição da responsabilidade pelo pagamento do tributo a outro contribuinte, que não aquele que esteja realizando a operação ou prestação, simultaneamente à ocorrência do fato gerador.

É o caso do serviço de transporte rodoviário de cargas, que seja executado por autônomo ou transportador inscrito em outra unidade da Federação: fica o Estado onde se iniciou o serviço de transporte sem o alcance tributário sobre este contribuinte. Desta forma, a legislação vai alcançar ao contribuinte que tomou o serviço de transporte, conforme determina o Regulamento do ICMS, do Estado do Paraná, RICMS, aprovado pelo Decreto 5.141/2001, no artigo 500.

2.4 Substituição progressiva

A substituição progressiva, subseqüente ou “para frente” significa, em apertada síntese, atribuir a um sujeito passivo

a obrigação de pagar tributo relativo a uma operação futura, que será realizada por outra pessoa. Trata-se de obrigação de pagar surgida antes mesmo da ocorrência do fato gerador. Ficção jurídica que implica na presunção de que o fato gerador ocorrerá, ou seja, que implica na presunção do fato gerador.

Tal técnica de arrecadação possui guarida constitucional, introduzida que foi no nosso ordenamento pela Emenda Constitucional nº. 3/93, que incluiu o §7º, ao art. 150 da Carta Magna, prevendo a possibilidade de a lei atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. É medida de indiscutível utilidade para o Fisco nas cadeias de produção e circulação em que há grande capilaridade na ponta final.

Tomem-se por base o exemplo da produção e distribuição de bebidas: é muito mais fácil o controle fiscal realizado nos fabricantes e engarrafadores do que nos estabelecimentos varejistas.

Sempre se discutiu a validade dessa técnica de arrecadação tendo em conta que o Código Tributário Nacional prevê, no art. 113, § 1º., que a obrigação tributária principal **surge com a ocorrência do fato gerador** (grifo nosso), tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente (grifei). Entrementes, com o advento da supracitada Emenda Constitucional, a discussão sobre a legitimidade da substituição progressiva tende a esvaziar-se, haja vista a expressa previsão constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, já pacificou entendimento no sentido da constitucionalidade do regime de substituição tributária progressiva mesmo antes de prevista na Constituição da República, o que pode ser demonstrado no

juízo do Recurso Extraordinário nº. 213.396/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, assim ementado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ESTADO DE SÃO PAULO. COMÉRCIO DE VEÍCULOS NOVOS. ART. 155, § 2º, XII, B, DA CF/88. CONVÊNIOS ICM Nº 66/88 (ART. 25) E ICMS Nº 107/89. ART. 8º, INC. XIII E § 4º, DA LEI PAULISTA Nº 6.374/89. O regime de substituição tributária, referente ao ICM, já se achava previsto no Decreto-Lei nº 406/68 (art. 128 do CTN e art. 6º, §§ 3º e 4º, do mencionado decreto-lei), normas recebidas pela Carta de 1988, não se podendo falar, nesse ponto, em omissão legislativa capaz de autorizar o exercício, pelos Estados, por meio do Convênio ICM nº 66/88, da competência prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88. Essa circunstância, entretanto, não inviabiliza o instituto que, relativamente a veículos novos, foi instituído pela Lei paulista nº 6.374/89 (dispositivos indicados) e pelo Convênio ICMS nº 107/89, destinado não a suprir omissão legislativa, mas a atender à exigência prevista no art. 6º, § 4º, do referido Decreto-Lei nº 406/68, em face da diversidade de estados aos quais o referido regime foi estendido, no que concerne aos mencionados bens. A responsabilidade, como substituto, no caso, foi imposta, por lei, como medida de política fiscal, autorizada pela Constituição, não havendo que se falar em exigência tributária despida de fato gerador. Acórdão que se afastou desse entendimento. Recurso conhecido e provido.

Vê-se que mesmo as normas paulistas antecedentes ao advento da Emenda Constitucional nº. 3, de 1993, versando sobre o instituto da substituição tributária "para frente", foram consideradas válidas em face da constituição federal, tendo em conta opção de política fiscal compatível com o regime

constitucional, na esteira do que ficou entendido no âmbito do Pretório Excelso.

Nesse julgado ficou entendido que é constitucional o regime de substituição tributária progressiva – em que se exige do industrial, do atacadista ou de outra categoria de contribuinte, na qualidade de substituto, o recolhimento antecipado do ICMS incidente sobre o valor final do produto cobrado ao consumidor, retirando-se do revendedor ou varejista, substituído, a responsabilidade tributária.

Para complementar, dois aspectos devem ser tomados em conta sobre a substituição progressiva: um, o seu âmbito de aplicação, que corresponde apenas aos impostos e às contribuições, afastando-se a sua utilidade nos demais tributos; outro, a previsão constitucional da repetição do valor pago com relação a fatos geradores presumidos que não venham a ocorrer.

3 DIREITO À REPETIÇÃO E FATO GERADOR PRESUMIDO

A Constituição Federal é explícita no sentido de ser direito do responsável, em caso de substituição tributária progressiva, a repetição do indébito caso não se verifique o fato gerador presumido. É o que se conclui da exegese do §7º, do art. 150.

O problema assume contornos mais relevantes quando na espécie tratar-se de fato ocorrido com obrigação tributária cuja importância econômica seja menor da que foi estabelecida com base no fato presumido. Em outras palavras, quando o fato gerador efetivamente ocorrido importar em obrigação tributária cujo crédito seja menor do que o que foi presumido, haveria direito à restituição parcial?

A dúvida é relevante e a questão gera controvérsias.

Tomando-se por base o Estado de Pernambuco, a Lei

Nº 11.408, de 20 de dezembro de 1996, em seu artigo 19, assim dispõe:

Art. 19- É assegurado ao contribuinte-substituto o direito à restituição:

I - do valor total do imposto pago por força da substituição tributária, sempre que:

a) o fato gerador presumido não se realizar;
b) a operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituto esteja contemplada com qualquer espécie de desoneração total do imposto;

II - do valor parcial do imposto pago por força da substituição tributária, proporcionalmente a parcela que tenha sido retida a maior, quando a base de cálculo da operação ou prestação promovida pelo contribuinte-substituto for inferior aquela prevista na antecipação. (grifo nosso).

Como se vê, em Pernambuco é prevista a repetição parcial do valor antecipado por substituição progressiva quando a base de cálculo da operação ou prestação efetivamente realizada for menor do que a que foi presumida e antecipada.

Trata-se de regra especial em matéria de substituição progressiva, sem precedente na Constituição Federal.

No Supremo Tribunal Federal, o Governador do referido Estado questionou a constitucionalidade do dispositivo, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.675/PE-2002, Relator o Ministro Carlos Velloso, pendente de julgamento.

Também a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.777/SP-2002, Relator o Ministro Cezar Peluso, corre na Corte Excelsa a propósito de declarar a inconstitucionalidade do art. 66-B, II, da Lei 6.374/89, com redação dada pela Lei 9.176/95, ação que igualmente foi ajuizada pelo Governador de São Paulo.

Assim dispõe o diploma paulista:

Fica assegurada a restituição do imposto pago antecipadamente em razão da substituição tributária...

II - caso se comprove que na operação final com mercadoria ou serviço ficou configurada obrigação tributária de valor inferior à presumida.

Em ambas as ações procura-se afastar a possibilidade de restituição parcial do ICMS pago antecipadamente pelo regime de substituição tributária progressiva, nas hipóteses em que a base de cálculo da operação realizada for inferior à presumida, e ambas tendem a ser julgadas por maioria, haja vista a existência de opiniões divergentes.

Na Adin promovida pelo Governador do Estado de Pernambuco, o Relator, Ministro Carlos Velloso, votou no sentido de julgar improcedente o pedido ao argumento de que, sendo a base de cálculo do fato gerador a sua dimensão material, na hipótese de a operação realizar-se em valor inferior àquele presumido, deve ser devolvida ao contribuinte a quantia recolhida a maior, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado, reportando-se aos fundamentos do voto proferido no julgamento da ADI 1851/AL (DJU de 25.4.2003).

Já na que foi proposta pelo Governador de São Paulo, o Relator, Ministro Cezar Peluso, utilizando uma ótica diversa da de seu par, também votou pela constitucionalidade do dispositivo impugnado, baseando-se no entendimento de que a substituição tributária no Estado de São Paulo é obrigatória e não envolve nenhum benefício fiscal, mas objetiva assegurar otimização na arrecadação pelo Estado, em razão da antecipação ficta do fato gerador e da transferência da responsabilidade pelo recolhimento do imposto. Considerou, ainda, que, na hipótese de não-ocorrência do fato gerador no valor presumido o Estado tem o dever de restituir o montante pago a

maior, por faltar-lhe competência constitucional para a retenção de tal diferença, sob pena de violação ao princípio constitucional que veda o confisco, esclarecendo que o fato gerador presumido deve necessariamente estar vinculado ao fato gerador legitimante, o qual representa a dimensão monetária efetiva de tais operações. Finalizando, afastou a alegação de que a restituição implicaria a inviabilidade do sistema de substituição tributária.

Abrindo divergência em voto-vista, o Ministro Nelson Jobim votou pela declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da lei paulista, afirmando que o regime de substituição tributária é método de arrecadação de tributo instituído com o escopo de facilitar e otimizar a cobrança de impostos, possibilitando maior justiça fiscal por impedir a sonegação, e não comportando restituição de valores em razão de o tributo pago antecipadamente ser repassado no preço de venda da mercadoria como custo.

Proseguiu no voto divergente argumentando que o recolhimento a maior não equivaleria, na prática, à não-confirmação do fato gerador presumido, a acarretar o dever de devolução de valores, pois tal conclusão estaria partindo da equivocada premissa de que o fundamento do regime seria o recolhimento antecipado do tributo, a qual, se verdadeira, inviabilizaria a própria existência do sistema — cuja *ratio essendi* seria contornar dificuldades práticas na fiscalização do recolhimento do tributo —, em razão de compelir o fisco a fiscalizar as etapas subseqüentes da cadeia produtiva.

Finalizando, Nelson Jobim registrou que não se poderia admitir interpretação constitucional extensiva ao art. 150, § 7º, da CF, de modo a permitir a cada Estado-membro a estipulação de normas específicas sobre a forma de se tributar ou arrecadar o ICMS, sob pena de se dar margem à denominada "guerra fiscal" e comprometer a própria estrutura da Federação. Em suma, deu interpretação literal ao disposto no §

7º. do art. 150 da Constituição da República, proscrevendo a ampliação de seu conteúdo por lei estadual tendente a possibilitar ampliação da norma constitucional, ao permitir repetição parcial em caso de base de cálculo real menor do que a da operação presumida.

Como se percebe, a questão, controversa, tende a ser resolvida por maioria, pela existência de posicionamentos divergentes, com grande possibilidade de o Supremo adotar uma visão progressista, ampliando o sentido do dispositivo constitucional invocado, e contrariando entendimento anterior firmado no julgamento da Adin nº. 1.851/AL, Relator o Ministro Ilmar Galvão, na qual, contrariando posição inicial firmada no julgamento de medida cautelar, em que entendera que não apenas a inoportunidade do fato gerador, mas também quando a base de cálculo presumida fosse superior à verificada, dar-se-ia direito à repetição do montante indevidamente recolhido, ao final fixou posição em sentido diametralmente oposto, ao argumento de que a verificação posterior do valor efetivo da operação substituída seria contraditória com a própria finalidade do instituto da substituição tributária, a qual, por meio da presunção de valores, teria por objetivo justamente tornar viável o sistema de arrecadação do ICMS.

No julgado referido, assentou o STF, com base no voto do Relator Ilmar Galvão, que a verificação dos valores efetivos de realização das operações presumidas tornaria impraticável, do ponto de vista operacional, a sistemática de substituição tributária para frente, devido à enorme quantidade de cálculos e conferências que teriam que ser realizados para uma infinidade de contribuintes.

Na mesma linha posicionou-se o Ministro Moreira Alves, argumentando que o sistema de substituição tributária foi criado para evitar sonegação de tributos e que, se ele não puder adotar uma presunção absoluta de valor para a base de

cálculo da operação substituída, o dispositivo constitucional restará inócuo.

Em síntese, no Supremo Tribunal Federal, a questão, que já havia sido decidida na Adin nº. 1.851/AL, na qual ficou entendido, por razões pragmáticas, que a circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade, tende a ser revista, talvez se admitindo a repetição parcial do montante indevido quando a base de cálculo da operação efetiva for inferior à da presumida. Esperemos para ver.

A nosso ver, os argumentos de ordem prática não justificam a impossibilidade de repetição do montante parcial indevido. É que o princípio da proibição do enriquecimento sem causa veda ao Estado a cobrança de montante indevido de tributo, com base em critérios fictícios, sabendo-se que a obrigação tributária é uma decorrência lógica do fato gerador ocorrido, leia-se: efetivamente ocorrido.

Cabe ao Estado munir-se de meios capazes de verificar o fato gerador efetivamente ocorrido, sendo irrazoável transmitir ao jurisdicionado o ônus de arcar com exações indevidas sob fundamento de razões de ordem prática. Não nos parece razoável a tese então prevalente no STF, de que há de se interpretar literalmente o § 7º. do art. 150 da Constituição da República, para se permitir a repetição do indébito apenas na hipótese expressamente prevista no dispositivo, que contempla exclusivamente a situação de inoportunidade do fato gerador.

A impossibilidade de restituição de eventuais diferenças a menor, verificadas em decorrência de a base de cálculo presumida ser maior do que o valor efetivo da operação substituída não se justifica, em nosso sentir, pelas razões expostas.

Outro problema concernente à matéria dá-se no caso dos tributos indiretos.

Tributos indiretos são aqueles em que o ônus da imposição geralmente se transfere ao consumidor, que o paga indiretamente, sendo sua arrecadação feita por intermédio das empresas que produzem ou movimentam, pela comercialização, os bens e serviços gravados, incluindo-os nos preços pelos quais se realizam as transações.

São exemplos pátrios o ICMS, o IPI, o PIS, a Cofins, a CPMF e o ISS.

Em sede de repetição do indébito sobre tributos indiretos, prevalece o entendimento firmado pelo STF que considera válido o art. 166 do Código Tributário Nacional, que diz:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Sobre o mesmo assunto, elucidativa é a Sumula 546 do mesmo Tribunal, cujo enunciado é o seguinte:

Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte “*de jure*” não recuperou do contribuinte “*de facto*” o “quantum” respectivo.

Ou seja, nos casos em que se admite a repetição em face de fato gerador presumido – ou seja, quando não vier a ocorrer tal fato gerador – somente possui direito à restituição da quantia indevidamente paga relativamente a tributos indiretos quem suportou o respectivo encargo financeiro. Havendo repercussão financeira, normalmente quem se enquadra como

parte legítima para requerer a medida é o contribuinte de fato, aquele que suportou os encargos decorrentes do tributo, salvo quando o contribuinte de direito esteja por aquele expressamente autorizado.

Logo, nesses tributos, o substituto é o contribuinte de direito, ao passo que o substituído é quem suporta, de fato, o encargo tributário. Sendo assim, em que pese o art. 170, § 7º, da Constituição da República sugerir que quem tem direito à repetição do indébito é o substituto, a regra deve ser lida em conjunto com o art. 166 do Código Tributário, para se entender que a restituição ao substituto implicaria em seu enriquecimento ilícito, vez que o encargo financeiro teria sido repassado ao substituído.

4 CONCLUSÃO

Neste ponto, cabe-nos tecer as últimas considerações contextuais ao dispositivo constitucional que prevê a substituição tributária progressiva, como adiante se fará.

Para repisar, assim dispõe a regra constitucional:

A lei poderá atribuir a sujeito passivo da obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deve ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. (§ 7º, art. 150 CF).

O primeiro aspecto a enfocar é que o Supremo Tribunal já decidiu que somente a lei em sentido formal pode justificar a substituição tributária “para frente”, como de resto corre nas demais hipóteses de substituição (RE 194.382-3/SP, Relator o Ministro Maurício Correia, abril de 2001). Logo, a substituição baseada em fonte formal primária diversa é

inconstitucional, como ocorre nos casos em que estabelecida a propósito do ICMS em Convênio, sem lei ordinária referente.

No tocante às operações e prestações anteriores à Emenda Constitucional nº. 3/93, que introduziu o referido § 7º. ao art. 150, é constitucional o regime legal que possibilite a substituição tributária progressiva, não sendo vedado ao legislador autorizar a antecipação do tributo sem a ocorrência do fato gerador (STF, RE nº. 213.396/SP, Relator o Ministro Ilmar Galvão, de 02 de agosto de 1999).

Com relação à constitucionalidade da Emenda Constitucional nº. 3/93, no tocante ao ponto em que previu a substituição progressiva, a despeito de ponderáveis opiniões em contrário, como é o caso de José Eduardo Soares de Melo (apud PAUSEN, Leandro. 2006. pp. 310), que entende a impossibilidade de, em sede de revisão constitucional, introduzir norma violadora de direitos fundamentais, ao argumento de que o fato gerador presumido violaria os princípios da segurança e certeza do direito, tipicidade, igualdade, capacidade contributiva, vedação de confisco e não-cumulatividade, tende a prevalecer na jurisprudência do Supremo a corrente que legitima a substituição progressiva, inclusive a se permitir a repetição parcial da quantia paga a maior, quando o fato gerador efetivo tiver repercussão econômica inferior ao presumido, embora no momento a corrente majoritária não permita a repetição parcial ou proporcional, ao fundamento de razões de ordem pragmática, como a justificação do sistema arrecadatório do ICMS, que ficaria inviabilizado se fosse estabelecida uma casuística necessária a se comparar o valor pago com presunção em relação ao valor efetivamente devido em cada operação tributável.

A se admitir o contrário, ou seja, que pudesse o Estado se locupletar indevidamente do responsável tributário em caso de substituição progressiva, ao argumento da praticidade de

se atribuir à presunção do fato gerador o caráter absoluto, facilitando-se a arrecadação e a fiscalização do tributo, estar-se-ia violando o princípio da proibição do enriquecimento sem causa, mesmo porque o quantum da obrigação tributária é reflexo fiel do próprio fato gerador, que é presumido no regime de substituição tributária para frente tão somente em razão de possibilitar um maior controle sobre a sonegação, devendo, o Estado, devolver o montante recebido indevidamente, o que normalmente dar-se-á por iniciativa do responsável, o que minimiza as dificuldades de ordem prática na repetição proporcional, na medida em que seja legítimo exigir do contribuinte a prova pré-constituída de que há indébito a receber, o que deve ser tratado como um problema ordinário de interesse do processo administrativo tributário, sendo o caso judicial.

E com relação aos tributos indiretos, ou seja, aqueles em que é possível transmitir a terceiros o ônus financeiro do tributo, ou repercussão tributária, somente quem suportou efetivamente esses encargos estará legitimado a postular a repetição do indébito, que será total em caso de inoccorrência do fato gerador, e parcial ou proporcional quando o fato gerador ocorrido possuir expressão econômica inferior à do presumido. A exceção seria o caso de o substituído esteja expressamente autorizado pelo substituído.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito tributário na Constituição e no STF: teoria e jurisprudência**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

BORBA, Cláudio. **Direito tributário: teoria e 1000 questões**. 18. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2006.

WIKIPEDIA. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Substitui%C3%A7%C3%A3o_tribut%C3%A1ria> acesso em: 07 jan. 2007.

A INTANGIBILIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO: UMA BREVE ANÁLISE À LUZ DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELOS MUTUÁRIOS EM AÇÕES REVISIONAIS E DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Rodrigo Martiniano Ayres Lins

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Pós-graduando em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE. Advogado no Norte/Nordeste - Integrante do escritório Abreu Barbosa e Viveiros Advogados Associados.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 BREVE HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS GERAIS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. 2 A APLICAÇÃO DO PACTA SUNT SERVANDA E DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DOS CONTRATOS DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO. 3 AS PRINCIPAIS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ATACADAS PELOS MUTUÁRIOS EM AÇÕES REVISIONAIS: FUNDAMENTOS PARA A SUA MANUTENÇÃO. 3.1 Planos: Equivalência Salarial X Equivalência Salarial por Categoria Profissional X Comprometimento de Renda. 3.2 Da Conversão dos Salários para URV em 2004: correta aplicação dos índices de reajuste. 3.3 O Plano Collor: da Aplicabilidade do Índice de Preços ao Consumidor - IPC, de Março de 1990 (84,32%). 3.4 Da legalidade da Utilização do Coeficiente de Equiparação Salarial diante das Distorções de

Reajuste Salarial dos Mutuários. 3.5 As Contribuições para o Fundo de Assistência Habitacional – FUNDAHB. 3.6 O Sistema Francês de Amortização (Tabela Price) e a sua Assente Legalidade às Vistas do Superior Tribunal de Justiça. 3.8 A Taxa Referencial (TR) e sua Aplicabilidade como Índice Legal de Correção dos Saldos dos Contratos de Crédito Imobiliário. 3.9 Os Juros Remuneratórios dos Contratos de Crédito Imobiliário. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como desiderato maior a análise prática dos contratos de crédito imobiliário, sobretudo o que vem cotidianamente sendo levado aos Tribunais pelos mutuários e agentes financeiros para decisão.

As principais referências utilizadas para a elaboração deste trabalho, em decorrência do fim nele almejado, é a vasta legislação que trata do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), bem como os diversos julgados acerca do tema, notadamente do Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, para uma melhor compreensão do assunto, traz-se um pouco da História do próprio SFH, com seus objetivos e características. Observa-se, inclusive, uma retrospectiva dos vários Planos Econômicos que foram instituídos pelo Governo Federal, os quais refletiram diretamente na forma de atualização dos contratos.

Em seguida, faz-se uma breve análise do Princípio do *Pacta Sunt Servanda* e da Segurança Jurídica em relação aos contratos ligados ao SFH, considerando, sobretudo, a tamanha carga legal que incide sobre os mesmos.

Ultrapassada essa parte mais introdutória do tema, o artigo busca a análise, ponto a ponto, dos principais argumentos que vêm sendo utilizados pelos mutuários em ações revisionais, cujos objetivos são, em geral, a redução dos encargos que incidem sobre o financiamento.

Analisa-se, assim, as formas de reajuste das prestações firmadas, a depender do plano respectivo, entre os quais o de Equivalência Salarial (PES), o de Equivalência Salarial por Categoria Profissional e Plano de Comprometimento de Renda (PCR).

Além disso, vê-se como a incidência dos Planos Econômicos do Governo Federal atingiram o contrato, máxime o Plano Collor, defendendo-se, no entanto, a legalidade dos mesmos.

Consigna-se, também, a legalidade do uso do Coeficiente de Equiparação Salarial (CES) nos Contratos, o qual visava equilibrar os encargos incidentes nas prestações, de modo a minimizar os impactos dos saldos residuais existentes ao final do contrato, bem como se faz uma rápida leitura acerca das contribuições pagas pelos mutuários ao Fundo de Assistência Habitacional – FUNDAHB.

Passo seguinte, é vislumbrado no artigo os pontos que são mais discutidos nas ações revisionais: a incidência da Tabela Price, da TR e dos juros remuneratórios sobre os financiamentos, defendendo-se a plena legalidade dos mesmos.

1 BREVE HISTÓRICO E CARACTERÍSTICAS GERAIS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO

Dada a entrada em vigor da Lei n.º 4.380, de 21 de agosto de 1964, o Governo Federal instituiu oficialmente o chamado “Sistema Financeiro de Habitação”, cujo principal desiderato foi possibilitar o acesso à casa própria para pessoas de classe sociais de menor renda, mediante recursos que adviriam das Cadernetas de Poupança e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), criado, posteriormente, pela Lei 5.179/66, como um fundo de caráter compulsório. O Sistema, inicialmente, foi administrado pelo também criado Banco Nacional da Habitação (BNH), com auxílio da pró-

pria Caixa Econômica Federal, por Cooperativas Habitacionais, dentre outras.

As regras para aquisição do crédito eram objetivas; entre elas o futuro mutuário teria que utilizar o imóvel para fins próprios e particulares, sendo vedada sua alienação ou mesmo o aluguel, o que poderia gerar a rescisão do contrato.

Segundo o Banco Central do Brasil (BACEN), a montagem do SFH foi realizada de forma a não recorrer a recursos do Tesouro Nacional, tendo sido estabelecido um subsídio cruzado, interno ao sistema, que consistia em cobrar taxas de juros diferenciadas e crescentes, de acordo com o valor do financiamento. Com isso, mesmo utilizando taxas inferiores ao custo de captação de recursos nos financiamentos menores, poderiam produzir uma taxa média capaz de remunerar os recursos e os agentes que atuavam no sistema¹.

Ainda no ano de 1964, foi estabelecido como índice responsável pela correção dos saldos devedores dos contratos de financiamento habitacional a Unidade Padrão de Capital-UPC. A correção pelo índice em comento continuou a ser executada até 29/02/1986, quando o seu valor nominal passou pela variação da ORTN, que indexava os depósitos das cadernetas de poupança e do FGTS nesse período.

O Decreto Lei n.º 2.164/84, a propósito, legalizou que deveria a correção do saldo devedor está atrelada aos índices de atualização dos depósitos das cadernetas de poupança, que hoje correspondem a TR.

Através do Decreto Lei 2.284/86, foi criado o “Plano Cruzado”, onde se estabeleceu a OTN como índice de correção monetária da poupança e do FGTS, tendo a UPC deixado de sofrer apuração. Dessa forma, os contratos firmados

¹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE). BACEN, Brasília. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SFHHIST>>. Acesso em: 15 mar. 2007.

após 28.02.1986 passaram a ser corrigidos por aquele indicador monetário. Por intermédio do Decreto 94.548/87, a UPC foi restabelecida, entretanto, só para incidir sob os contratos firmados até o dia 28.02.1986.

Em 15.01.1989 a OTN foi extinta com o chamado “Plano Verão”, passando o Índice de Preços ao Consumidor (IPC) a atualizar os contratos, na condição de índice oficial de correção da Poupança, consoante o Decreto 97.548/89.

Com o “Plano Collor”, criado em 14.03.1990, houve a substituição do IPC pelo BTN, o qual passou a ser o índice de correção da poupança e, conseqüentemente, dos saldos devedores dos contratos de financiamento habitacional.

Finalmente, com a vigência da Lei 8.177, de 01 de fevereiro de 1991, na vigência do “Plano Collor II”, a Taxa Referencial (TR) tomou o lugar do BTN e até hoje corrige os saldos da poupança, do FGTS e dos contratos de crédito imobiliário.

Tendo por objetivo a garantia de pagamento de eventuais resíduos existentes nos saldos devedores dos mutuários, quando do termo final dos contratos, foi criado em 1967 o “Fundo de Compensação de Variações Salariais” (FCVS), administrado pela Caixa Econômica Federal. Nos contratos do SFH que possuíam a cobertura pelo FCVS, após o prazo contratual, o saldo devedor resultante dos resíduos gerados no decorrer do contrato seriam quitados por ele. Nos termos do art. 2º, do Decreto-Lei 2.349/87, entretanto, naqueles contratos que não tivessem previsão de cobertura pelo FCVS, os responsáveis pelo pagamento dos resíduos gerados ao seu final eram os mutuários².

² Art. 2º Nos contratos sem cobertura pelo FCVS, os mutuários finais responderão pelos resíduos dos saldos devedores existentes, até a sua final liquidação, na forma que for pactuada, observadas as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Em 1969, foi criado o Coeficiente de Equiparação Salarial para reduzir o impacto gerado nos contratos em decorrência dos resíduos resultantes das distorções na correção das prestações ao longo dos anos.

Na realidade, tanto o FCVS, como o CES, foram mecanismos criados com a finalidade de diminuir o impacto gerado pelos resíduos dos contratos para os mutuários. Com a chegada da Lei 8.004, de 14 de março de 1990, houve a extinção do FCVS.

Através do Decreto-Lei 2.291/86 o BNH foi extinto, tendo as suas atribuições, inicialmente, sido divididas entre a Caixa Econômica Federal (CEF), o Ministério de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente, o Conselho Monetário Nacional (CMN) e o Banco Central do Brasil (BACEN). A legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que vinham sido ajuizadas, no entanto, ficou com a CEF.

Ao Ministério de Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente coube a competência para a formulação de propostas de política habitacional e de desenvolvimento urbano; ao CMN coube exercer as funções de Órgão central do Sistema, orientando, disciplinando e controlando o SFH; ao BACEN foram transferidas as atividades de fiscalização das instituições financeiras que integravam o SFH e a elaboração de normas pertinentes aos depósitos de poupança e a CEF à administração do passivo, ativo, do pessoal e dos bens móveis e imóveis do BNH, bem como, a gestão do FGTS. As atribuições inicialmente transferidas para o então MDU foram posteriormente repassadas ao Ministério do Bem Estar Social, seguindo depois para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e finalmente, a partir de 1999 até hoje, alçadas a Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano da Presidência da República (SEDU/PR)³.

³ Op cit.

Atualmente, o acesso ao crédito imobiliário tem se mostrado bastante facilitado, tanto para aquisição de imóveis novos, como usados. Para tanto, não só mais a CEF promove esse tipo de operação, sendo possível encontrá-las em diversas Instituições Financeiras Privadas.

2 A APLICAÇÃO DO *PACTA SUNT SERVANDA* E DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA EM FACE DOS CONTRATOS DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO

A maioria dos Contratos de Financiamento imobiliário é pactuada nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, atendendo a todos os requisitos enumerados na Lei n.º 4.830/1964, bem como as alterações legislativas que lhe sucederam. Todas as normas legais estão incertas nesses tipos de contrato, de forma que, quando pactuado, incide não só a força do princípio do *pacta sunt servanda*, mas também da legalidade. Como decorrência da aplicação desses princípios, evidencia-se de forma mais cogente a segurança jurídica e legitimidade do contrato, para ambas as partes.

Os mutuários não podem olvidar do fato de que, ao celebrarem contrato de crédito imobiliário, são outorgadas e estipuladas cláusulas que decorrem da própria legislação que rege a matéria, além de outras necessárias ao próprio equilíbrio financeiro do contrato. Apesar de se tratar de um contrato de adesão, cumpre à parte aceitar ou não todas as cláusulas e condições nele insertas.

Não obstante tais fatos, é ampla a discussão nos meios judiciais das cláusulas dos contratos de crédito imobiliário, sendo certo, no entanto, que o maior intérprete da Legislação Federal, o Superior Tribunal de Justiça, praticamente pacificou a legalidade de todas as cláusulas.

Ao nosso sentir, nesses tipos de contrato não se encontram cláusulas ilegais ou abusivas, como se verá adiante, de modo que sempre deve prevalecer o princípio do *pacta sunt servanda*. É certo que, no mais das vezes, os mutuários passam por dificuldades financeiras que lhes embaraçam o pagamento do saldo devedor de seu contrato de crédito imobiliário, inclusive em razão do seu longo prazo para pagamento e a falta de um equilíbrio doméstico-econômico razoável. Entretanto, não é qualquer acontecimento, por mais grave e sensibilizante, que tem o pressuposto de liberar o devedor do cumprimento de seu dever contratual. Se o mutuário não tem condições de adimplir seu débito por uma razão pessoal, ainda que proeminente, nem por isso fica exonerado de sua obrigação, por estar adstrito ao cumprimento do acordado, devendo a tudo prever e a tudo prover, a fim de realizar a dívida assumida.

É de ser esclarecido, também, que nos contratos de crédito imobiliário são conhecidos todos os encargos que incidirão, inclusive os juros remuneratórios e a eventual correção do saldo devedor pelo índice que remunera a poupança, atualmente a TR. Os mutuários, ao aderirem ao contrato, fazem-o de livre e espontânea vontade, no afã de aquisição de um imóvel, sendo inequívoco o pleno conhecimento das cláusulas e da remuneração do mesmo.

Diante disso, facilmente se constata que as Instituições Financeiras não cometem qualquer irregularidade nos contratos de crédito imobiliário, pois agem tão-somente de acordo com o legalmente contratado com o mutuário e com a própria legislação que rege a matéria, não procedendo, portanto, com cobrança indevida e/ou abusiva.

Observe-se que os mutuários, por vezes, tentam, de modo artificioso, a tentativa de redução das prestações pactuadas, utilizando o judiciário como uma verdadeira válvula inibidora do cumprimento das obrigações assumidas no contrato celebrado.

Na verdade, hoje em dia é comum a prática utilizada por alguns falsos consumidores, que realizam contratos com instituições financeiras, e, logo em seguida, ingressam com ações judiciais objetivando inibir as obrigações convencionadas.

Portanto, os pedidos comumente lançados nas aventureiras ações revisionais significam uma vil tentativa de quebra dos pactos contratuais, firmados sob a égide dos princípios da força obrigatória, o que não deve prevalecer.

3 AS PRINCIPAIS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ATACADAS PELOS MUTUÁRIOS EM AÇÕES REVISIONAIS: FUNDAMENTOS PARA A SUA MANUTENÇÃO

3.1 Planos: Equivalência Salarial X Equivalência Salarial por Categoria Profissional X Comprometimento de Renda

A depender da época em que foi realizado o contrato, havia-se uma adesão ao Plano de Equivalência Salarial (PES), Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES/CP) ou ao de Comprometimento de Renda (PCR), que adveio só definitivamente com a Lei n.º 8.692/93. Tem sido comum, inclusive, confundir-se os conceitos desses planos, em razão do que muitos mutuários afirmam em suas iniciais que o Plano de Equivalência Salarial (PES) não teria sido observado, quando, na realidade, teriam contratado o Plano de Comprometimento de Renda (PCR).

As dúvidas maiores estão entre o PES e o PCR. A diferença, na realidade, é bastante contundente. No primeiro, havia um reajuste das prestações a depender da existência de aumento salarial. No segundo, os reajustes das prestações não dependiam do salário, mas estavam limitadas a até 30% do

mesmo. No caso do PCR, caso a prestação viesse a ultrapassar a 30% da renda bruta da família, poderia o mutuário postular a revisão do contrato, para as devidas adequações. A cláusula que prevê tal situação está em consonância com o que estabelece o parágrafo primeiro, do art. 4º, da Lei n.º 8.692/93, sendo uma hipótese tipificada de revisão de cláusula contratual.

Desta forma, com a opção pelo Plano de Comprometimento de Renda, é impossível o reajuste do valor das prestações através das variações dos salários dos mutuários, o que só ocorreria se o Plano escolhido fosse o de Equivalência Salarial. Naquele, como dito, existe um percentual máximo a ser aplicado sobre o salário, tendo este reajuste ou não. Não havia o perdão da dívida caso a renda do mutuário estivesse sem reajuste, mas a mesma poderia ser dilatada, de modo a não ultrapassar 30 % de seu rendimento bruto. Patente, portanto, a diferença entre o Plano de Comprometimento de Renda, (PCR) e o Plano de Equivalência Salarial (PES). Neste, o valor das parcelas do financiamento sofriam reajuste na mesma proporção do salário do contratante. No Comprometimento de Renda, o valor da prestação possuía outros meios de correção, não sendo vinculado ao do salário, tendo como particularidade o fato do valor da parcela não dever ultrapassar 30% (trinta por cento) da renda bruta familiar.

Impossível, portanto, revisar-se a cláusula que previa o PCR, tentando-se sua substituição pelo PES. A propósito, veja-se o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o assunto, através da ementa abaixo transcrita:

[...] ALTERAÇÃO DO PLANO DE REAJUSTES DAS PRESTAÇÕES MENSAS - PCR PARA PES - IMPOSSIBILIDADE. Com o advento da Lei 8.692/93, os contratos para aquisição da casa própria, no âmbito do SFH, passaram a adotar o Plano de Comprometimento

de Renda, pelo qual os reajustes das prestações, pelos índices adotados na Poupança, não podem ultrapassar os 30% da renda declarada pelos mutuários. Para eventuais alterações nesta, há necessidade de negociação entre os envolvidos.[...]⁴

Destarte, resta evidente a legalidade em que se reveste a cláusula que estipula o PCR, sendo certa a impossibilidade de substituição de um Plano para o outro.

Insta relatar, ainda, que, na forma do parágrafo 3º, do artigo 4º, da Lei Federal 8.692, de 28/12/2003, não era hipótese de revisão do encargo mensal para adequação à renda do mutuário, quando, por algum motivo, esta sofreu redução. A revisão é aplicável tão-somente quando, diante da aplicabilidade dos índices de correção e dos juros, houvesse eventual aumento que ultrapassasse a margem dos 30%⁵.

Merece, também, ser consignada a existência do Plano de Equivalência Salarial por Categorial profissional (PES/CP), criado pelo Decreto Lei n.º 2.164/84, com redação dada pelo Decreto Lei n.º 2.240/85, onde se previa que o reajuste das prestações era vinculado aos índices de variação salarial da categoria de trabalhadores empregados em que se enquadrava e não ao salário individual do mutuário, tendo o mesmo sido utilizado até 1993, quando começou a vigorar o PCR.

No PES/CP, quando se estava diante de um profissional autônomo, ou seja, sem vínculo empregatício, o Decreto-Lei 2.164/84 criou a categoria dos “autônomos, profissio-

⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 213.828. Relator: Jorge Alberto Schreiner. Julgado em: 20.05.2004.

⁵ §3º Não se aplica o disposto no § 1º às situações em que o comprometimento de renda em percentual superior ao máximo estabelecido no contrato tenha-se verificado em razão da redução da renda ou por alteração na composição da renda familiar, inclusive em decorrência da exclusão de um ou mais coadquirentes.

8.880/94, estabeleceu a forma como o regime monetário surgido com o advento da URV atingiria os contratos vinculados ao Sistema Financeiro da Habitação. As Instituições Financeiras, assim, repassaram os reajustes do “cruzeiro real” às prestações do financiamento, para que fosse promovida a real equiparação ao valor estabelecido em URV.

No mesmo diapasão do que ora se defende, veja-se julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

[...] A incidência dos acréscimos relativos à variação da URV nos meses de abril e junho de 1994 não se reveste de qualquer ilegalidade, porquanto significam apenas a atualização dos valores para fins de conversão da moeda. Apelos do Banco Itaú parcialmente providos. Apelos do autor improvidos⁸.

Desta forma, não há que se falar em violação da equivalência salarial, uma vez que os salários desse período permaneceram igualmente vinculados à URV, tendo sofrido as suas mesmas variações.

3.3 O Plano Collor: da Aplicabilidade do Índice de Preços ao Consumidor - IPC, de Março de 1990 (84,32%)

Sustentam os mutuários normalmente que o Plano Collor determinou que houvesse correção do financiamento imobiliário com índices diferentes dos da poupança, no caso, o IPC, aumentando para quase o dobro do saldo devedor, relativo aos índices de correção aplicados na parcela do mês de Abril de 1990, pedindo que os percentuais aplicados ao

⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70015124415. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. Julgado em: 06/07/2006.

saldo devedor sejam os mesmos da poupança, relativos ao mês mencionado.

A correção monetária dos empréstimos habitacionais se tornou obrigatória com o advento do Decreto Lei n.º 19/66, que revogou o art. 5º e parágrafos da Lei n. 4.380/64. O Decreto Lei n. 2.164/84, antes referido e que criou o PES/CP, atrelou a correção do saldo devedor aos índices de atualização dos depósitos das cadernetas de poupança.

O índice de atualização determinado no período foi o IPC e não poderia à época ser substituído por outro índice para o reajuste do contrato, consoante a própria política do Governo Federal. Especificamente a respeito da substituição do índice, dos meses específicos, assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

[...] A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou, em definitivo, por maioria absoluta, o entendimento de que o índice aplicável ao reajuste do saldo devedor dos contratos de financiamento habitacional, relativamente ao mês de março de 1990, é de 84,32%, consoante a variação do IPC. [...]º

Portanto, o índice a ser aplicado nesse período é o IPC, não havendo qualquer ilegalidade no cumprimento da norma nesse tocante.

3.4 Da legalidade da Utilização do Coeficiente de Equiparação Salarial diante das Distorções de Reajuste Salarial dos Mutuários

O Coeficiente de Equiparação Salarial foi inicialmente criado pela Resolução n.º 14/84, do BNH, consoante o que

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 218.426/ES. Relator: Min. Vicente Leal. Acórdão publicado no Diário da Justiça da União em: 19 abr.2004.

estabelecia a Resolução 37/85, além do item XI, da Resolução 1446 e na Circular 1278, todos estes do BACEN, e teve como escopo a garantia do equilíbrio financeiro do contrato.

Muitos mutuários salientam que nos contratos firmados até 27 de julho de 1993 não poderiam incidir o percentual de Coeficiente de Equiparação Salarial para reajuste das prestações, uma vez que inexistia previsão legal. No entanto, existia a regulamentação pela autoridade monetária da época, além do fato do mesmo ter previsão contratual. A propósito, o STJ decidiu ser plenamente possível a utilização do CES quando previsto contratualmente¹⁰.

Na realidade, o CES foi instituído para tentar minimizar o rombo do FCVS, no afã de compatibilizar os reajustes efetivados nas prestações com os que eram realizados sobre o saldo devedor, para que fosse ao máximo evitada a existência de resíduo ao final. O objetivo era que ao final do contrato a dívida já estivesse encerrada por completo, todavia, tal desiderato não foi alcançado, tendo a maioria dos contratos continuado a gerar resíduos ao seu final.

A Resolução 2019, de 18.10.93, posteriormente, veio regulamentar em definitivo o Coeficiente de Equiparação Salarial (CES) para os financiamentos habitacionais regidos pela Lei nº 8.692, de 28.07.93, a qual expressamente os especifica, em seu art. 8º¹¹, passando a ser utilizado em conjunto com o Plano de Comprometimento de Renda.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 576.638/RS. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Acórdão publicado no *Diário da Justiça da União* em: 23 maio 2005.

¹¹ Art. 8º. No Plano de Equivalência Salarial o encargo mensal, conforme definido do parágrafo único do artigo 2º, desta Lei, acrescido do Coeficiente de Equiparação Salarial - CES, será reajustado no mesmo percentual e na mesma periodicidade dos aumentos salariais da categoria profissional do mutuário, aplicável no mês subsequente ao de competência do aumento salarial.

O CES tinha como referência a data da assinatura do contrato e os meses de reajuste quadrimestral, estabelecidos no art. 4º da Lei nº 8.542, de 23.12.92, sendo de: I - 1,00 para contratos assinados no mês imediatamente anterior ao de competência e no mês de competência do reajuste quadrimestral do salário do mutuário; II - 1,12 para os contratos assinados no primeiro mês posterior ao de competência do reajuste quadrimestral do salário do mutuário; III - 1,04 para os contratos assinados no segundo mês posterior ao de competência do reajuste quadrimestral do salário do mutuário, nos termos da resolução do BACEN citada.

A propósito, é torrencial a jurisprudência no sentido de que é legal a utilização do Coeficiente de Equiparação Salarial, vez que se destina a corrigir distorções decorrentes do reajuste salarial do mutuário e da efetiva correção monetária verificada, estabelecendo uma compensação de valores.

Sobre o assunto, veja-se a seguinte decisão, que soa uníssona em vários e vários julgados:

[...] Inexiste ilegalidade na cobrança do Coeficiente de Equiparação Salarial - CES, porque sua adoção nos contratos imobiliários regidos pelo SFH e com previsão do PES decorre de imposição legal (Lei 8.693/93, art. 8º). [...]¹²

Pacificada, portanto, a possibilidade de cobrança do CES, mesmo antes do advento da Lei nº 8.692, de 28.07.93.

3.5 As Contribuições para o Fundo de Assistência Habitacional - FUNDAHAB

É torrente a defesa dos mutuários no sentido de que foram oneradas com percentual de 2% sobre o valor do finan-

¹² BRASIL. Tribunal Regional da Primeira Região. Apelação Cível n.º 199736000049889. Relator: Des. Fagundes de Deus. Acórdão publicado no *Diário da Justiça da União* em: 28 abr.2005.

ciamento, a título de contribuição para o Fundo de Assistência Habitacional, quando essa obrigação, ao entender deles, seria dos agentes financeiros.

Acerca da matéria, o Superior Tribunal de Justiça entende pela legalidade da cobrança de contribuição em apreço:

[...] Com relação à legalidade da cobrança da contribuição ao FUNDHAB, suscita-se dissídio pretoriano, tomando como paradigma o REsp nº 82.532/SP, da lavra do eminente Ministro Ruy Rosado Aguiar.[...] No que se refere à legalidade da cobrança da contribuição ao FUNDHAB, previsto na Lei nº 4.380/64 e disciplinado pelo Decreto nº 89.284/84, a jurisprudência desta Corte se posicionou no sentido de reconhecer a legalidade da cobrança dessa espécie de contribuição, visto que possui natureza jurídica de contraprestação de caráter civil e foi livremente inserida em contrato de financiamento que segue as normas do SFH. Precedentes: REsp nº 183.428/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ de 01/04/2002; REsp nº 82.532/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, DJ de 13/05/1996.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para reconhecer a legalidade da cobrança da contribuição ao FUNDHAB.¹³

Ora, se a contribuição em apreço foi devidamente acordada no contrato e não havendo nenhuma lógica em imputar o seu pagamento ao agente financeiro, não há que se falar em ilegalidade nos contratos, sobre esse tema, sobretudo diante do já pacífico entendimento do STJ.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 789048 / PR. Relator: Ministro José Delgado. Acórdão publicado no *Diário da Justiça da União* em: 06 fev.2006. p. 219.

3.6 O Sistema Francês de Amortização (Tabela Price) e a sua Assente Legalidade às Vistas do Superior Tribunal de Justiça

Talvez a mais comum das alegações trazidas pelos mutuários é que o uso da Tabela Price (Sistema Francês de Amortização) é nulo, por incorporar a prática de anatocismo, defendendo, normalmente, o uso do Sistema de Amortização Constante.

O Sistema Francês de Amortização foi criado por RICHARD PRICE, e consiste numa fórmula de pagamento em parcelas de amortização, mais juros, na ordem inversa do prazo. Pela sistemática, o devedor, ao efetuar o pagamento de uma parcela do financiamento, deve pagar também os juros referentes ao prazo do capital mutuado, de modo que, ao final, ter-se por completa a liquidação da dívida. Desta forma, o mutuário se obriga a devolver o principal, mais os juros em prestações iguais entre si e periódicas.

Com a criação do Sistema Financeiro de Habitação, pela Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, houve a previsão de requisitos a ser observados nos contratos para concessão de crédito imobiliário, entre os quais os mecanismos que deveriam ser utilizados para o cálculo das prestações. Vê-se em seu artigo 6º, alínea "c", que, ao menos parte do financiamento, ou do preço a ser pago, deveria ser amortizado em prestações mensais e sucessivas, de igual valor, antes do reajustamento, incluindo amortizações e juros. A redação dessa alínea legitima, claramente, a adoção da Tabela *Price* como sistema legal de amortização do SFH. Desta forma, decorre da própria Lei do SFH o uso pelos Agentes Financeiros do Sistema de Amortização Francês nos contratos.

A Tabela *Price* é ainda hoje constantemente atacada pelos mutuários, como dito, por acreditarem que a mesma aplica uma equação que gera juros sobre juros (anatocismo). No

entanto, merece ser esclarecido que a fórmula matemática adotada nesse sistema de amortização, segundo os especialistas da área, não incorpora a prática de anatocismo. Apesar da metodologia de cálculo da Tabela Price ser definida pela fórmula $(1+i)^n$, com “n” no expoente, deve-se ter em vista que tal expressão encontra-se tanto no numerador quanto no denominador da fórmula, sendo que no numerador a expressão é ponderada pela própria taxa de juros nominal da operação e no denominador é deduzida a constante 1, para retornar a expressão para a sua forma unitária.

Muito clara é a exposição que faz o perito judicial Antônio PEREIRA DA SILVA, professor de Matemática Financeira, Licenciado em Economia pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal), sobre a metodologia da Tabela Price. Consoante explica, o valor de cada prestação é formado por duas parcelas, uma delas é a devolução do principal ou parte dele, denominada Amortização, e a outra parcela são os Juros que representam o custo do empréstimo; isto é: $\text{Prestação} = \text{Amortização} + \text{Juros}$. O valor dos juros de cada prestação são sempre calculados sobre o saldo devedor do empréstimo, com a aplicação de uma determinada taxa de juros: $\text{Juros} = \text{Saldo Devedor} \times \text{Taxa de Juros}$.¹⁴

As prestações de um financiamento imobiliário, portanto, contêm a parcela de juros, bem como a parcela de pagamento do principal, a chamada cota de amortização. O método de cálculo Tabela Price permite calcular um coeficiente para resgate total da dívida num dado prazo e numa determinada taxa de juros, sendo os juros calculados sobre o saldo decrescente, pois com o passar do tempo, vai ocorrendo a redução

¹⁴ SILVA, Antônio Pereira da. O sistema de amortização Price não pratica anatocismo. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5647>>. Acesso em: 14 mar. 2007.

da dívida pelo abatimento das cotas de amortização. Desta forma, estas crescem ao longo do tempo e as cotas de juros decrescem.

Importante observar que, apesar da prestação ser obtida pela utilização do coeficiente Tabela Price, os juros cobrados mensalmente incidem sobre a dívida a resgatar, sobre a qual não está incorporada nenhuma parcela a título de juros, ou seja, a dívida é representada a valor presente, de modo que os juros incidem sempre sobre o saldo devedor remanescente. Portanto, não há como afirmar que a Tabela Price, juridicamente, contempla o anatocismo.

Acerca da matéria, merece citação a pacífica jurisprudência do STJ: “Não é ilegal a utilização da tabela Price para o cálculo das prestações da casa própria, pois, por meio desse sistema, o mutuário sabe o número e os valores das parcelas de seu financiamento”¹⁵.

Nesse mesmo diapasão é a jurisprudência dominante atual dos Tribunais Estaduais e Federais, que se inclinam, logo, pela legalidade da tabela price.

Sendo assim, o método utilizado pela Tabela Price para o cálculo da dívida em nada vulnera a lei, muito menos incorpora a prática de anatocismo, motivo pelo qual não há como a mesma ser afastada dos contratos, no âmbito do SFH.

3.8 A Taxa Referencial (TR) e sua Aplicabilidade como Índice Legal de Correção dos Saldos dos Contratos de Crédito Imobiliário

Argumentam os mutuários não ser aplicável a Taxa Referencial para reajuste do contrato, a partir de fevereiro de 1991, postulando, normalmente, sua modificação para o INPC.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 755340/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgado em: 11 out.2005.

É preciso que se diga, desde já, que, se forem comparadas a TR e o INPC, nem sempre seria vantajosa para o mutuário a substituição, em razão do que não haveria sequer interesse do mesmo nesse sentido.

A Lei n.º 4.380/64, que instituiu o SFH, possibilitou a cobrança da correção monetária com base nas variações do salário mínimo, nos termos de seu art. 5º. Tal disposição legal, entretanto, foi parcialmente revogada pelo art. 1º do Decreto Lei 19/66, o qual vedou a indexação das prestações ao salário-mínimo para os imóveis cujo valor superasse a setenta e cinco salários-mínimos, tendo estas passado a ser corrigidas pelos índices fixados pelo, à época, Conselho Nacional de Economia.

O Decreto Lei n.º 2.164/84, por sua vez, atrelou a correção do saldo devedor aos índices de atualização dos depósitos das cadernetas de poupança, que hoje correspondem à TR.

A aplicabilidade da TR como indexador nos contratos de crédito imobiliário já se encontra há muito pacificada nos Tribunais, inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal. Este, no julgamento da ADIN n.º 493, consubstanciou que a TR não deveria ser excluída do ordenamento jurídico, entendendo, via de consequência, não ser ilegal o seu uso como índice de indexação. O entendimento do Supremo, outrossim, deixou claro que não há direito adquirido a valores monetários, a indexadores de atualização de valores e a índices de correção da moeda. A propósito, LUIZ FUX, no julgamento do Recurso Especial n.º 394.671/PR, publicado no Diário da Justiça de 16/12/2002, afastou a alegação de inaplicabilidade da TR, sob o argumento de que não há direito adquirido a regime monetário, considerando que as normas que o instituíram terem natureza de direito público e de eficácia imediata.

Desta forma, tendo em vista que os contratos, em geral, estabeleciam a correção do saldo devedor pelos índices de atualização da caderneta de poupança e sendo o mesmo a TR, não há que se falar em sua ilegalidade.

À toda evidência, a Lei 8.692/93, em seu art. 15, II¹⁶, permite, claramente, a utilização da TR como indexador nos contratos firmados sobre a égide do Sistema Financeiro da Habitação. O art. 19 da Lei 8.177/91, anterior, também já permitia a utilização pela taxa aplicável a poupança nos financiamentos imobiliários¹⁷, já a TR na época. Para aqueles contratos que utilizavam o UPC como índice de correção e visando retirar qualquer tipo de dúvida, da mesma forma, foi estabelecido o índice de remuneração da poupança para a devida indexação daqueles instrumentos, nos termos do art. 14, da Medida Provisória 294/91¹⁸.

Ora, a própria legislação determina a atualização mediante aplicação do índice de remuneração básica dos depósitos de poupança, ou seja, a TR, em razão do que não é possível se traçar um argumento capaz de desviar a aplicação dos comandos legais.

A nossa jurisprudência é pacífica ao afirmar a legalidade da referida taxa, entre os quais o STJ, ratificando o que já vinha sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal: "A TR, com o julgamento da ADIn 493, não foi excluída do ordenamento jurídico pátrio, tendo apenas o seu âmbito de inci-

¹⁶ Art. 15. Os saldos devedores dos financiamentos de que trata esta lei serão atualizados monetariamente na mesma periodicidade e pelos mesmos índices utilizados para a atualização:

I - omissis
II - dos depósitos em caderneta de poupança correspondentes ao dia da assinatura do contrato, nos demais casos.

¹⁷ Art. 19. Os contratos celebrados a partir de 1º de fevereiro de 1991, relativos a operações realizadas por empresas construtoras e incorporadoras com adquirentes de imóveis residenciais e comerciais, poderão conter cláusula de remuneração pela taxa básica aplicável aos depósitos de poupança, desde que vinculados a financiamento junto a instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE).

¹⁸ Art. 14. Para os contratos já existentes, contendo cláusula expressa de utilização da Unidade Padrão de Capital (UPC) como fator de atualização, esta passa a ser atualizada mediante a aplicação do índice de remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia primeiro.

dência limitado ao período posterior à edição da Lei 8.177, de 1991.”¹⁹. O STJ, inclusive, encerrou por completo a discussão, com a edição de sua Súmula 295, que assim expôs: “a Taxa Referencial (TR) é indexador válido para contratos posteriores à Lei n. 8.177/91, desde que pactuada”. Os mesmos escólios vêm sendo utilizados pelos Tribunais Estaduais e Federais pátrios.

Ao contrário do que argumentam os mutuários normalmente, já é pacífico, portanto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais que não há qualquer ilegalidade na aplicação da TR como indexador do saldo devedor nos financiamentos do SFH, após o advento da Lei 8.177/91.

3.9 Os Juros Remuneratórios dos Contratos de Crédito Imobiliário

As taxas de juros remuneratórios dos contratos de crédito imobiliário normalmente são mais benéficas do que as de qualquer outro tipo de financiamento, sobretudo diante da guarida que se tem em toda a legislação que respalda essas operações e pelo largo período em que a dívida pode ser diluída.

Os contratos de financiamento imobiliários estão sob a vigência da Lei 4.380/64. Houve por muito tempo uma discussão acerca da aplicação do percentual de 10% de juros anuais aos contratos em apreço, nos termos do art. 6º, alínea “e”, da dita Lei. No entanto, os Tribunais pacificaram o entendimento de que esse artigo não fixa taxa de juros, tão-somente dispõe sobre as condições para aplicação do reajuste

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.º 616703/BA. Relator: Ministro José Delgado. Acórdão publicado no *Diário da Justiça da União* em: 20 set.2004. p. 204.

previsto no seu artigo 5º. Para os Tribunais, em geral, ficou claro que o dispositivo em questão regulamentou as condições para que fossem aplicadas as disposições do artigo 5º, não existindo qualquer limitação para taxa de juros.

Nesse diapasão, entende o Superior Tribunal de Justiça:

[...] A Segunda Seção assentou que o art. 6º, “e”, da Lei n. 4.380/64 não estabelece a limitação dos juros, apenas dispõe sobre as condições para a aplicação do reajuste previsto no artigo 5º da mesma Lei.. Subsistentes os fundamentos do decisório agravado, nego provimento ao agravo²⁰.

Com o advento da Lei 8.692/93, que dispôs sobre os saldos devedores nos contratos de financiamentos habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, foi estabelecido, em seu art. 25, o limite máximo da taxa de juros efetiva em 12% (doze por cento) ao ano²¹.

Dessa forma, considerando que a maioria tranqüila dos contratos estipula, no máximo, esse percentual, não há como se declarar qualquer abusividade, até porque o mutuário não pode sequer informar que desconhecia o que iria de fato pagar, diante da previsão legal acima informada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pretendeu-se com este artigo uma análise ampla em extensão, porém sintética no conteúdo, dos principais argumen-

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 651031/MT. Relator. Min. César Asfor Rocha. Julgado em: 28 jun.2005.

²¹ Art. 25. Nos financiamentos concedidos aos adquirentes da casa própria, celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a taxa efetiva de juros será de, no máximo, doze por cento ao ano, observado o disposto no parágrafo único do art. 2º.

tos trazidos pelos mutuários em ações revisionais movidas em face de agentes financeiros em contratos financeiros de habitação.

Trouxe-se um esboço histórico do SFH, abordando as entidades que eram responsáveis por sua administração, quais sejam, o BNH, inicialmente, e a CEF, nos dias de hoje. Mencionou-se, também, como os planos econômicos do Governo Federal atingiram os contratos, entre os quais os Planos Cruzado, Verão, Collor, que foram marcantes na história, por refletirem diretamente nos índices de correção que incidiam sobre os contratos. Além disso, foi possível identificar a Função do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), destinado a suprir eventuais resíduos gerados pelo contrato, pelo próprio governo, bem como do Coeficiente de Equiparação Salarial, o qual tentou equilibrar melhor o pagamento das prestações, no afã de gerar o mínimo possível de resíduo.

Defendeu-se, também, a aplicabilidade do Princípio do *Pacta Sunt Servanda* e da Segurança Jurídica em relação aos contratos ligados ao SFH, máxime porque as próprias cláusulas contratuais decorrem da própria legislação federal ou das resoluções do BNH e BACEN. Além disso, procurou-se deixar claro que, apesar de existirem formas de relativizar os princípios em questão, não é a mera dificuldade financeira dos mutuários que originará o direito de reduzir os encargos do financiamento.

Em seguida, o artigo procurou analisar, mesmo que de forma sucinta, o quão alegado pelos mutuários em suas revisionais, onde pôde ser observado que todas as cláusulas contratuais merecem a devida manutenção.

Acerca dos Planos de Equivalência Salarial (PES), de Equivalência Salarial por Categoria Profissional e de Comprometimento de Renda (PCR), chegou-se ao resultado de que é impossível ao mutuário tentar migrar de um plano a outro. Por exemplo, não poderia um mutuário que tivesse firmado contrato pelo PCR, tentar revisar as cláusulas

contratuais para que o saldo devedor fosse reajustado de acordo com as suas variações salariais. Além disso, insta consignar que, além da forma de reajuste das prestações, em quaisquer dos planos mencionados havia a incidência de correção monetária.

Salientou-se ser comum aos mutuários a alegação da impossibilidade de aumento do valor das parcelas do contrato à época de sua conversão para a URV, em março de 2004, vez que supostamente não teria ocorrido ganho salarial. No entanto, ficou evidenciado que não ocorreu nenhuma ilegalidade na correção das parcelas nesse período, vez que foram aplicadas as mesmas variações da URV, calculadas de acordo com os reajustes do “cruzeiro real” às prestações do financiamento, para que fosse promovida a real equiparação ao valor.

Ferrenha discussão, também, foi travada em relação à aplicabilidade do IPC de março de 1990, no percentual de 84,32%, sobre os contratos, sob a égide do Plano Collor. Todavia, o STJ, apesar de ter possuído alguns votos divergentes, concluiu em sua maioria de ministros que tal reajuste fora devido à época, por força legal.

Conclui-se, também, que a utilização do CES, mesmo antes do advento da Lei nº 8.692, de 28.07.93, foi devido, vez que possuía regulamentação da autoridade monetária da época, mas desde que fosse pactuado nos contratos, para que fosse possível minimizar os resíduos nas parcelas, ao final de seu pagamento, diante das tamanhas distorções nos reajustes salariais dos mutuários.

Quanto à contribuição para o FUNDHAB, da mesma forma, entendeu-se que não havia nenhuma ilegalidade na sua cobrança, porquanto era prevista na Lei 4.380/64 e disciplinada pelo Decreto 89.284/84, além de pactuada contratualmente.

Viu-se, outrossim, que é absolutamente legal o uso da Tabela *Price* nos contratos de crédito imobiliário, uma vez que,

além de sua fórmula matemática possuir respaldo na Lei 4.380/64, a mesma não incorpora a prática de anatocismo. Assim, não haveria como, juridicamente, afastar a Tabela *Price* dos contratos com a tese de que seria indevido o seu uso.

Restou demonstrado que é pacífico o entendimento de que é devida a incidência da Taxa Referencial como índice de indexação das parcelas, sedimentado pela súmula 295, do Superior Tribunal de Justiça, considerando que possui base legal para ser aplicada.

Por fim, chegou-se ao entendimento de que os juros remuneratórios incidentes sobre os contratos de crédito imobiliário nunca estiveram sujeitos à taxa de 10% ao ano, uma vez, conforme a reiterada jurisprudência dos tribunais, o art. 6, alínea "e", da Lei 4.380/64 não determinou dita limitação: tão-somente dispôs sobre as condições de aplicação do reajuste que era previsto no artigo 5º, da mesma lei. Após, com o advento da Lei 8.692/93, ficou devidamente consolidado, nos termos de seu art. 25, que os juros remuneratórios teriam como o limite máximo, de taxa efetiva, 12% (doze por cento) ao ano.

REFERÊNCIAS

Banco Central do Brasil. Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE). **BACEN**, Brasília. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SFHHIST>> . Acesso em: 15 mar. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 495.019/DF. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Relator para Acórdão: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Acórdão publicado no **Diário da Justiça da União** em 06 jun. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n.º 218.426/ES. Relator: Min. Vicente Leal. Acórdão publicado no **Diário da Justiça da União** em: 19 abr.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 576.638/RS. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Acórdão publicado no **Diário da Justiça da União** em 23 maio 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 789048 / PR. Relator: Ministro José Delgado. Acórdão publicado no **Diário da Justiça da União** em 06 fev.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 755340/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgado em: 11 out. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n.º 616703/BA. Relator: Ministro José Delgado. Acórdão publicado no **Diário da Justiça da União** em: 20 set.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial n.º 651031/MT. Relator: Min. César Asfor Rocha. Julgado em: 28 jun.2005.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 213.828. Relator: Jorge Alberto Schreiner. Julgado em: 20 maio2004

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70009406596. Relator: Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em: 18 ago.2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70015124415. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. Julgado em: 06 jun.2006.

BRASIL. Tribunal Regional da Primeira Região. Apelação Cível n.º 199736000049889. Relator: Des. Fagundes de Deus. Acórdão publicado no **Diário da Justiça da União** em 28 abr.2005.

SILVA, Antônio Pereira da. O sistema de amortização Price não pratica anatocismo. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 432, 12 set. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5647>>. Acesso em: 14 mar. 2007.

ESMAPE - BIBLIOTECA

340.05

P-01

EMPRÉSTIMO



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Fones: (81) 3224.0086 / 3224.1285 / 3224.0837

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