

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

Edição Especial

# ESMAPE



VOLUME 9 • n. 20 • julho a dezembro 2004 • Tomo I • Teoria

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  
*Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka*

ESTUPRO E JUSTIÇA CRIMINAL:  
UMA ABORDAGEM SOCIOJURÍDICA  
ACERCA DOS JULGAMENTOS DE  
CRIMES DE ESTUPRO  
*Marina Ruth S. de Assunção*

A IMPORTÂNCIA DO DEVER DE EXPOR  
OS FATOS DE ACORDO COM A VERDADE  
NO PANORAMA HISTÓRICO-EVOLUTIVO  
DO PROCESSO CIVIL MUNDIAL  
*Lúcio Grassi de Gouveia*

SEGURANÇA JURÍDICA:  
VALORES E EXPRESSÕES  
OBJETIVAS  
*Hélio Silvio Ourem Campos*



FA20050045

CANTÓRIA DE VIOLA

J. BORGES

## EDITAL

### Os trabalhos devem atender às seguintes exigências:

1. Da apresentação
  - 1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados, oralmente, em congressos, seminários e eventos correlatos, serão aceitos desde que mencionem o evento, em nota de rodapé.
  - 1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte 12, espaçamento 1½ entre linhas.
  - 1.3 Conter no máximo 20 (vinte) laudas, numeração progressiva e sumário.
  - 1.4 As referências bibliográficas citadas em notas de rodapé ou no final do trabalho devem obedecer às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT(NBR 6023/2002).
  - 1.5 A primeira folha do artigo deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail, bem como um resumo curricular de no máximo 10 (dez) linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos e instituições as quais pertence.
  - 1.6 Os títulos das sentenças, acórdãos e pareceres devem ser identificados pelo autor, previamente.
  - 1.7 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho, desde que indicadas as fontes, serão publicadas, excepcionalmente, na mesma disposição em que o autor citou, desconsiderando desta forma a norma da ABNT (NBR 10520).
2. Das normas editoriais
  - 2.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.
  - 2.2 Será publicado apenas um trabalho por autor numa mesma edição.
  - 2.3 O autor receberá dois exemplares da Revista da ESMAPE, edição que contou com sua colaboração.
  - 2.4 Os artigos publicados podem ser



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**

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

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

## EDITAL

### Os trabalhos devem atender às seguintes exigências:

1. Da apresentação
  - 1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados, oralmente, em congressos, seminários e eventos correlatos, serão aceitos desde que mencionem o evento, em nota de rodapé.
  - 1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte 12, espaçamento 1½ entre linhas.
  - 1.3 Conter no máximo 20 (vinte) laudas, numeração progressiva e sumário.
  - 1.4 As referências bibliográficas citadas em notas de rodapé ou no final do trabalho devem obedecer às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (NBR 6023/2002).
  - 1.5 A primeira folha do artigo deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e:mail, bem como um resumo curricular de no máximo 10 (dez) linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos e instituições as quais pertence.
  - 1.6 Os títulos das sentenças, acórdãos e pareceres devem ser identificados pelo autor, previamente.
  - 1.7 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho, desde que indicadas as fontes, serão publicadas, excepcionalmente, na mesma disposição em que o autor citou, desconsiderando desta forma a norma da ABNT (NBR 10520).
2. Das normas editoriais
  - 2.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.
  - 2.2 Será publicado apenas um trabalho por autor numa mesma edição.
  - 2.3 O autor receberá dois exemplares da Revista da ESMAPE, edição que contou com sua colaboração.
  - 2.4 Os artigos publicados podem ser



**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO**

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

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



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA  
DE PERNAMBUCO – ESMAPE

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

## DIRETORIA

**Des. JOSÉ FERNANDES DE LEMOS**

*Diretor Geral*

**Juiz JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA**

*Supervisor*

**Juíza BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS**

*Coordenadora de Pesquisa e Divulgação Científica e Cultural*

**Juiz ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL**

*Coordenador dos Cursos de Extensão, Pós-Graduação,  
Preparação e Aperfeiçoamento de Magistrados*

**Juiz SÍLVIO ROMERO BELTRÃO**

*Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura*

**Juiz CARLOS FREDERICO GONÇALVES DE MORAES**

**Juiz SAULO FABIANNE DE MELO FERREIRA**

*Coordenadores de Comunicação Social*

**Juiz ROBERTO DA SILVA MAIA**

*Coordenador de Prática Jurídica Cível em Serviço e em  
Sala de Aula*

**Juíza FERNANDA MOURA DE CARVALHO**

*Coordenadora de Prática Jurídica Criminal em Serviço e em  
Sala de Aula*

**Juiz JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO**

**Juiz ADEILDO NUNES**

*Coordenadores de Eventos Científicos e Culturais e  
da Assessoria Jurídica Virtual*

**Juiz ANTÔNIO CARLOS ALVES DA SILVA**

*Coordenador de Aperfeiçoamento de Servidores*

**Des. JOSÉ ANTÔNIO MACÊDO MALTA**

*Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco*

ISSN 1415-112X

## ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Volume 9 – Número 20  
julho/dezembro – 2004

## REVISTA DA ESMAPE

**TOMO I**

*Teoria*

Recife

Semestral

Revista da Esmape – Recife – v.9 n. 20 – 001-722 – TOMO I – jul/dez 2004 → 3

## COMISSÃO EDITORIAL

**Presidente:** Juiz Jorge Américo Pereira de Lira  
**Membros:** Juiz Alexandre Freire Pimentel  
Juíza Ana Paula Costa de Almeida  
Juiz André Vicente Pires Rosa  
Juíza Blanche Maymone Pontes Matos  
Juíza Fernanda Moura de Carvalho  
Juiz Lúcio Grassi de Gouveia

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

**Revisão:** Ana Maria César – **Fone:** 3268-0058

**Capa:** Xilogravuras de J. Borges

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

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

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

**Tiragem:** 1200 exemplares

**SOLICITA-SE PERMUTA/EXCHANGE DISUED/ON DEMANDÉ ÉCHANGE**

**revistadaesmape@esmape.com.br**  
**biblioteca@esmape.com.br**  
**esmape@esmape.com.br**  
**www.esmape.com.br**



### Produção Gráfica:

**EDIÇÕES BAGAÇO LTDA.**

Rua dos Arcos, 150 – Poço da Panela  
Recife/PE – CEP 52061.180

Tels./Fax: (81) 3441.0132/3441.0133/ 3441.0134

E-mail: bagaco@bagaco.com.br

www.bagaco.com.br

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

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

CDD 340.05

Tomb. FA 20050041

Local P-01

Ch. 00001421 E

## CORPO DOCENTE

### Curso de Preparação à Magistratura

#### DIREITO CONSTITUCIONAL I

*Professor Doutor André Régis de Carvalho*  
*Professor Doutor André Vicente Pires Rosa*

#### DIREITO ADMINISTRATIVO I

*Procurador João Armando Costa Menezes*  
*Conselheiro Subs. TCE Marcos Antônio Rios da Nóbrega*

#### DIREITO CIVIL I

*Juiz Jorge Américo Pereira de Lira*

#### DIREITO PENAL I

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

#### DIREITO PROCESSUAL CIVIL I

*Professor Doutor Sérgio Torres Teixeira*  
*Professor Doutor Lúcio Grassi de Gouveia*

#### DIREITO PROCESSUAL PENAL I

*Juíza Fernanda Moura de Carvalho*  
*Professor João Olímpio Valença de Mendonça*

#### DIREITO TRIBUTÁRIO I

*Professor Doutor Hélio Silvío Ourem Campos*  
*Procurador Joaquim Lustosa Filho*

#### DIREITO EMPRESARIAL I

*Professor Eduardo Montenegro Serur*

#### ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

*Juíza Nalva Cristina Barbosa Campello*  
*Juiz José André Machado Barbosa Pinto*

#### RESPONSABILIDADE CIVIL

*Professora Doutora Fabíola Santos Albuquerque*  
*Professora Larissa Maria Leal*

#### DIREITO PROCESSUAL PENAL II

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

#### DIREITO PROCESSUAL CIVIL II

*Juiz Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima*  
*Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto*

**DIREITO CIVIL II**

*Professora Larissa Maria Leal*  
*Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes*

**DIREITO PENAL II**

*Promotora Joana Cavalcanti de Lima*  
*Juiz Laiete Jatobá Neto*

**DIREITO EMPRESARIAL II**

*Juiz Silvio Romero Beltrão*

**DIREITO TRIBUTÁRIO II**

*Juiz José Viana Ulisses Filho*

**DIREITO ADMINISTRATIVO II**

*Conselheiro subst. TCE Marcos Antônio Rios da Nóbrega*  
*Procuradora Carine Delgado Caúla Reis*

**DIREITO CONSTITUCIONAL II**

*Professora Sabrina Araújo Feitosa Fernandes Rocha*  
*Procurador André de Albuquerque Garcia*

**TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÕES CÍVEIS**

*Juiz José André Machado Barbosa Pinto*  
*Juíza Cátia Luciene Laranjeira de Sá Sampaio*

**DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

*Juiz Humberto Costa Vasconcelos Júnior*  
*Juiz Luiz Carlos de Barros Figueiredo*

**DIREITO ELEITORAL**

*Juiz Mauro Alencar de Barros*  
*Juiz Paulo Henrique Martins Machado*

**DIREITO PENAL III**

*Delegado José Durval de Lemos Lins Filho*  
*Procurador da República Antônio Carlos de V. Coelho*  
*Barreto Campello*

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL III**

*Professor Doutor Alexandre Freire Pimentel*  
*Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto*

**DIREITO PROCESSUAL PENAL III**

*Promotora Patrícia Carneiro Tavares*  
*Juíza Sandra de Arruda Beltrão*

**TEORIA GERAL DO DIREITO**

*Professor Emílio Paulo Pinheiro D' Almeida*  
*Professor Fabiano Melo Pêsoa*

**TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÕES PENAIAS**

*Juíza Fernanda Moura de Carvalho*  
*Juiz Teodomiro Noronha Cardozo*

**DIREITO CIVIL III**

*Juiz José André Machado Barbosa Pinto*  
*Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo*  
*Juiz Alberto Flávio Patriota*  
*Juiz Eurico de Barros Correia Filho*

**MEDICINA LEGAL**

*Médico Legista João Carlos Belo da Fonte*  
*Médico Legista Clóvis César de Mendoza*

**DIREITO DO CONSUMIDOR**

*Procuradora Rosana Grimberg*  
*Juiz Luiz Mário de Góes Moutinho*

**Curso de Especialização**  
**Direito Penal e Processual Penal**

**TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL**

*Professor Doutor Ricardo de Brito Albuquerque Pontes Freitas*

**DIREITO PENAL ESPECIAL I**

*Professor Doutor Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão*

**DIREITO PENAL ESPECIAL II**

*Professor Paulo César Maia Porto*

**DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL**

*Professor Doutor Cezar Roberto Bittencourt*

**DIREITO PENAL INTERNACIONAL TEMAS ATUAIS**

*Professor Flávio Augusto Fontes de Lima*

**DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO**

*Professor José Lopes Filho*

**DIREITO PROCESSUAL PENAL I**

*Professora Doutora Érica Lopes*  
*Professor João Olimpio Valença de Mendonça*

**DIREITO PROCESSUAL PENAL II**

*Professor Carlos Berriel Pessanha*

**DIDÁTICA DE ENSINO SUPERIOR**

*Professor Paulo Dias Alcântara*

**METODOLOGIA DA PESQUISA**

*Professor Doutor João Maurício Adeodato (Pós-Doctor)*  
*Professora Doutora Virgínia Colares Soares Figueirêdo Alves*

# Curso de Especialização Direito Constitucional, Tributário e Administrativo

## METODOLOGIA DA PESQUISA

*Professor Doutor João Maurício Adeodato (Pós-Doctor)*

## TEORIA GERAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL I

*Professor Doutor Walber de Moura Agra*

*Ministro José Augusto Delgado*

## TEORIA GERAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL II

*Professor Doutor André Vicente Pires Rosa*

*Professor Doutor Francisco Ivo Dantas Cavalcanti*

## SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO E FUNDAMENTO DA TRIBUTAÇÃO

*Professor Doutor Raymundo Juliano do Rego Feitosa*

## DIREITO ADMINISTRATIVO

*Conselheiro Subst. TCE Marcos Antônio Rios da Nóbrega*

## DIREITO TRIBUTÁRIO GERAL

*Professor Francisco Alves dos Santos Júnior*

## JUSTIÇA TRIBUTÁRIA: PROCESSO ADMINISTRATIVO E PROCESSO JUDICIAL I

*Professor Doutor Fernando José Pereira de Araújo*

## JUSTIÇA TRIBUTÁRIA: PROCESSO ADMINISTRATIVO E PROCESSO JUDICIAL II

*Professor Jackson Araújo Borges*

## DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

*Professor José Lopes Filho*

## HARMONIZAÇÃO FISCAL

*Professor Doutor Adonis da Costa e Silva*

## TRIBUTOS MUNICIPAIS

*Professor Oswaldo Moraes*

## TRIBUTOS ESTADUAIS

*Professor José Viana Ulisses Filho*

## TRIBUTOS FEDERAIS

*Professor Doutor Hélio Silvío Ourem Campos*

## DIDÁTICA DO ENSINO SUPERIOR

*Professor Paulo Dias Alcântara*

# SUMÁRIO

*Editorial* .....13

## TEORIA

A JURISDICIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO  
FISCAL PERANTE OS CONSELHOS DE CONTRIBUINTES E A  
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS DO MINISTÉRIO  
DA FAZENDA  
*Adonis Costa e Silva* ..... 23

COFINS – ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA MEDIDA  
PROVISÓRIA Nº 135/03/03 CONVERTIDA NA LEI Nº 10.833/03:  
INCONSTITUCIONALIDADES SOB OS ASPECTOS FORMAL E  
MATERIAL  
*André Gustavo Barros* ..... 31

A EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO E O  
ART. 515, §3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL  
*Artur Orlando de Albuquerque da Costa Lins* ..... 59

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA, O CIDADÃO E SUAS  
IMPLICAÇÕES NO ATUAL ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL  
*Bruno Araújo da Costa* ..... 77

DECISÃO MONOCRÁTICA RELATORIAL:  
ANÁLISE DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL  
*Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas* ..... 97

DESEMPREGO ESTRUTURAL E LEGISLAÇÃO TRABALHISTA – PROBLEMAS E POSSIBILIDADES <i>Carlos Gonçalves de Andrade Neto</i> .....	129
DA RECLAMAÇÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL <i>Cláudia Oliveira Pachú</i> .....	153
PLURALISMO JURÍDICO: UMA QUESTÃO DE FATO OU DE DIREITO? <i>Daniela Madruga Rego Barros</i> .....	185
A FINALIDADE DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO <i>Danúbia Fabiana Silva de Andrade</i> .....	223
OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA ABORDAGEM DIANTE DAS LEIS DO CONCUBINATO E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL <i>Dayana Navarro Nóbrega</i> .....	257
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 <i>Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka</i> .....	295
SEGURANÇA JURÍDICA: VALORES E EXPRESSÕES OBJETIVAS <i>Hélio Sílvio Ourem Campos</i> .....	341
TRANSPORTE AÉREO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REGULAMENTAÇÃO <i>Joilson Andrade de Souza</i> .....	381

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE EFEITO MODIFICATIVO <i>José Baptista de Almeida Filho</i> .....	399
A “REINCIDÊNCIA” NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003): <i>NOVATIO LEGIS IN MELIUS</i> <i>Kataryna Just da Costa e Silva</i> .....	413
A IMPORTÂNCIA DO DEVER DE EXPOR OS FATOS DE ACORDO COM A VERDADE NO PANORAMA HISTÓRICO- EVOLUTIVO DO PROCESSO CIVIL MUNDIAL <i>Lúcio Grassi de Gouveia</i> .....	419
A CRISE DO DIREITO – A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM COMO NOVOS CAMINHOS A SEREM PERCORRIDOS PELO OPERADOR DO DIREITO <i>Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme</i> .....	455
ESTUPRO E JUSTIÇA CRIMINAL: UMA ABORDAGEM SOCIOJURÍDICA ACERCA DOS JULGAMENTOS DE CRIMES DE ESTUPRO <i>Marina Ruth S. de Assunção</i> .....	481
UMA VISÃO CRÍTICA DO ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DA NÃO OBRIGATORIEDADE DA SUBMISSÃO AO EXAME DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE <i>Nilza Roseli Soares da Fonseca</i> .....	509
EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS <i>Priscila de Oliveira</i> .....	533
DA NECESSIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL <i>Renata Figueirêdo Alves</i> .....	555
O ALCANCE DO INTERESSE PROCESSUAL: UM ENFOQUE INSTRUMENTAL <i>Ricardo de Oliveira Paes Barreto</i> .....	583



PERDA DA PROPRIEDADE POR INTERESSE SOCIAL NA AÇÃO DO PROPRIETÁRIO: NATUREZA JURÍDICA E SEUS ASPECTOS CIVIS, PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS <i>Simone Florêncio Costa</i> .....	603
ASSÉDIO SEXUAL: CRIME CONTRA SUBORDINADOS <i>Tatiana Maria Martins Ribeiro Cavalcanti</i> .....	649
ÍNDICE ONOMÁSTICO .....	679

## Editorial

O recebimento dos trabalhos, sua seleção, revisão ortográfica e editorial são etapas de fundamental importância no processo de editoração da Revista da ESMAPE.

Mas, sem dúvida, a preparação da capa é o momento em que envolve os sentimentos de amor à nossa terra, nossa arte e nossa gente.

Desde 1998, a Revista da ESMAPE inova nas capas e reverencia a diversidade cultural da região. São folguedos, lugares, personagens, danças e pinturas que dão a dimensão artísticas às nossas edições.

E, para marcar o vigésimo número, além de publicarmos dois tomos devido a grande quantidade de colaborações que recebemos, apresentamos duas xilogravuras que ilustram o cotidiano do povo nordestino, saídas das mãos do artista popular e cordelista J. Borges como um presente para a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

José Francisco Borges, ou simplesmente J. Borges, pernambucano da cidade de Bezerros, começou vendendo cordéis no Recife, depois passou a escrever. Autodidata,

PERDA DA PROPRIEDADE POR INTERESSE SOCIAL NA AÇÃO DO PROPRIETÁRIO: NATUREZA JURÍDICA E SEUS ASPECTOS CIVIS, PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS <i>Simone Florêncio Costa</i> .....	603
ASSÉDIO SEXUAL: CRIME CONTRA SUBORDINADOS <i>Tatiana Maria Martins Ribeiro Cavalcanti</i> .....	649
ÍNDICE ONOMÁSTICO .....	679

## Editorial

---

O recebimento dos trabalhos, sua seleção, revisão ortográfica e editorial são etapas de fundamental importância no processo de editoração da Revista da ESMAPE.

Mas, sem dúvida, a preparação da capa é o momento em que envolve os sentimentos de amor à nossa terra, nossa arte e nossa gente.

Desde 1998, a Revista da ESMAPE inova nas capas e reverencia a diversidade cultural da região. São folguedos, lugares, personagens, danças e pinturas que dão a dimensão artísticas às nossas edições.

E, para marcar o vigésimo número, além de publicarmos dois tomos devido a grande quantidade de colaborações que recebemos, apresentamos duas xilogravuras que ilustram o cotidiano do povo nordestino, saídas das mãos do artista popular e cordelista J. Borges como um presente para a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

José Francisco Borges, ou simplesmente J. Borges, pernambucano da cidade de Bezerros, começou vendendo cordéis no Recife, depois passou a escrever. Autodidata,

PERDA DA PROPRIEDADE POR INTERESSE SOCIAL NA AÇÃO DO PROPRIETÁRIO: NATUREZA JURÍDICA E SEUS ASPECTOS CIVIS, PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS <i>Simone Florêncio Costa</i> .....	603
ASSÉDIO SEXUAL: CRIME CONTRA SUBORDINADOS <i>Tatiana Maria Martins Ribeiro Cavalcanti</i> .....	649
ÍNDICE ONOMÁSTICO .....	679

## Editorial

O recebimento dos trabalhos, sua seleção, revisão ortográfica e editorial são etapas de fundamental importância no processo de editoração da Revista da ESMAPE.

Mas, sem dúvida, a preparação da capa é o momento em que envolve os sentimentos de amor à nossa terra, nossa arte e nossa gente.

Desde 1998, a Revista da ESMAPE inova nas capas e reverencia a diversidade cultural da região. São folguedos, lugares, personagens, danças e pinturas que dão a dimensão artísticas às nossas edições.

E, para marcar o vigésimo número, além de publicarmos dois tomos devido a grande quantidade de colaborações que recebemos, apresentamos duas xilogravuras que ilustram o cotidiano do povo nordestino, saídas das mãos do artista popular e cordelista J. Borges como um presente para a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

José Francisco Borges, ou simplesmente J. Borges, pernambucano da cidade de Bezerros, começou vendendo cordéis no Recife, depois passou a escrever. Autodidata,

## INSTITUIÇÕES QUE RECEBEM A REVISTA DA ESMAPE

precisou ilustrar sua obra e começou a talhar. Sua primeira gravura foi composta em 1964. Na década de 70, seu trabalho foi mostrado para Ariano Suassuna, que o considerou o melhor entre os xilógrafos. De lá para cá, J. Borges, que, como muitos dos nordestinos, apenas estudou 10 meses em toda a sua vida, quando aprendeu a ler e escrever, não parou mais de produzir. Sua inspiração vem do cotidiano do pobre, do cangaço, do amor, dos folguedos populares, da religiosidade, do universo cultural do povo nordestino.

Conversar com J. Borges é para ouvir seus causos. Folhear sua obra é sentir que o matuto não se rendeu às asprezas do sertão, mas soube extrair dos gestos simples do seu povo a beleza das formas. J. Borges somou conhecimentos, sobreviveu às adversidades e projetou sua obra para o mundo. Seja Seu Borges o exemplo de força e perseverança para todos aqueles que estão engatinhando no saber jurídico, representados por alunos, ex-alunos da Esmape e bacharéis em Direito recém-formados e que tiveram, nesta edição da Revista da ESMAPE, a oportunidade de publicar seus artigos.

**Des. José Fernandes de Lemos**

*Diretor*

- Arquivo Público Estadual Jordão Emerenciano – PE
- Assessoria Jurídica da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – PE
- Associação Catarinense do Ministério Público
- Associação Cearense dos Magistrados
- Associação do Ministério Público de Pernambuco
- Associação dos Delegados de Polícia de Pernambuco
- Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul
- Associação dos Magistrados Brasileiros – DF
- Associação dos Magistrados Catarinenses
- Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho – 6ª Região – PE
- Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região – RJ
- Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – SC
- Associação dos Magistrados do Distrito Federal
- Associação dos Magistrados do Paraná
- Associação dos Magistrados do Trabalho da 13.ª Região – PB
- Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – DF
- Associação Paulista do Ministério Público
- Banco do Brasil S/A – Cais do Apolo
- Biblioteca “Juiz Petrônio Maranhão”. Justiça Federal de 1ª Instância. Seção Judiciária de Pernambuco
- Biblioteca “Pontes de Miranda” - Faculdade de Ciências Humanas de Pernambuco
- Biblioteca Carvalho de Mendonça - Faculdade Nacional de Direito – Universidade Federal do Rio de Janeiro
- Biblioteca Central da Universidade da Amazônia – PA
- Biblioteca Central Julieta Carteador - Universidade Estadual de Feira de Santana
- Biblioteca Central Pe. Aloísio Mosca de Carvalho, S.j - Universidade Católica de Pernambuco

- Biblioteca Central Prof. Pinto Ferreira - Sociedade Caruaruense de Ensino Superior. Faculdades de Direito e Odontologia de Caruaru
- Biblioteca da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco
- Biblioteca da Câmara Municipal do Recife
- Biblioteca da Comunidade Evangélica Luterana - SP
- Biblioteca da Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda - PE
- Biblioteca da Delegacia Regional do Trabalho - PE
- Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife
- Biblioteca da Faculdade dos Guararapes
- Biblioteca da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco
- Biblioteca da Procuradoria Regional do Trabalho - PE
- Biblioteca da Receita Federal - PE
- Biblioteca da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco
- Biblioteca da Secretaria de Assuntos Jurídicos da Prefeitura do Recife
- Biblioteca da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
- Biblioteca da Universidade Salgado de Oliveira
- Biblioteca do Bureau Jurídico
- Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo
- Biblioteca do Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco
- Biblioteca do Instituto João Alfredo de Andrade - MG
- Biblioteca do Magistrado Escritor. Tribunal de Justiça de Pernambuco
- Biblioteca do Ministério Público de Pernambuco
- Biblioteca do Senado Federal
- Biblioteca Joaquim Amazonas - Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco
- Biblioteca Joaquim Nabuco - Secretaria de Cidadania e Política Social do Estado de Pernambuco
- Biblioteca Nylo Domelas Câmara - Associação de Ensino Superior de Olinda

- Biblioteca Prof. Everardo da Cunha Luna - Procuradoria Regional da República da 5.ª Região
- Biblioteca Ten. Cel. José Chrispiniano R. C. Brandão - Seção Judiciária de Pernambuco - Petrolina
- Centro de Estudos Jurídicos - Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro
- Centro de Estudos Jurídicos "Juiz Ronaldo Cunha Campos" - MG
- Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça - MG
- Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas - DF
- Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho - ES
- Escola da Magistratura do Amapá
- Escola da Magistratura do Distrito Federal
- Escola da Magistratura do Estado de Rondônia
- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Núcleo Nova Friburgo
- Escola da Magistratura do Paraná
- Escola da Magistratura do Trabalho - AL
- Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - Campinas (SP)
- Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região - SP
- Escola da Magistratura Federal da 1ª Região - DF
- Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região - RJ
- Escola da Magistratura Trabalhista da 5ª Região - BA
- Escola da Magistratura Trabalhista da 6ª Região - PE
- Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região - SP
- Escola de Magistratura Federal da 5ª Região - PE
- Escola dos Magistrados da Bahia
- Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes" - MG
- Escola Judicial da Magistratura do Trabalho - MT
- Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região - DF
- Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - MG

- Escola Nacional da Magistratura – DF
- Escola Paulista da Magistratura
- Escola Superior da Magistratura “Des. Almir Carneiro da Fonseca” – PB
- Escola Superior da Magistratura Catarinense
- Escola Superior da Magistratura de Sergipe
- Escola Superior da Magistratura do Acre
- Escola Superior da Magistratura do Amazonas
- Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas
- Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás
- Escola Superior da Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul
- Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
- Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão
- Escola Superior da Magistratura do Pará
- Escola Superior da Magistratura do Piauí
- Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte – Mossoró
- Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte – Natal
- Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul
- Escola Superior da Magistratura do Trabalho – PB
- Escola Superior do Ministério Público da União – DF
- Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Facultad di Giurisprudenza. Dipartimento di Studi Giuridici. Università Degli Studi di Pavia – Itália
- Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- Fundação Biblioteca Nacional (Depósito Legal)
- Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul
- Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
- Fundação Getúlio Vargas
- Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris – PR
- Instituto dos Advogados de Minas Gerais
- Instituto dos Magistrados de Pernambuco

- Instituto dos Magistrados do Brasil – RJ
- Instituto dos Magistrados do Ceará
- Instituto Metropolitano de Altos Estudos – SP
- Justiça Federal de 1ª Instância – PI
- Ministério Público do Estado de São Paulo
- Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República.
- Procuradoria da República – Brasília
- Procuradoria-Geral de Justiça de Pernambuco
- Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas
- Superior Tribunal de Justiça – DF
- Supremo Tribunal Federal – DF
- Tribunal de Alçada Criminal – SP
- Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
- Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco
- Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
- Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
- Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
- Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas
- Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
- Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso
- Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul
- Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
- Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
- Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Subdiretoria do Foro de Petrolina
- Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
- Tribunal de Justiça do Estado de Roraima
- Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
- Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
- Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins
- Tribunal de Justiça do Estado do Acre
- Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
- Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas
- Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

- Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
- Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão
- Tribunal de Justiça do Estado do Pará
- Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
- Tribunal de Justiça do Estado do Piauí
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte
- Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
- Tribunal Regional do Trabalho 6ª Região – Pernambuco
- Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – DF
- Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG
- Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco
- Tribunal Regional Federal da 1ª Região – DF
- Tribunal Regional Federal da 2ª Região – RJ
- Tribunal Regional Federal da 3ª Região – SP
- Tribunal Regional Federal da 5ª Região – PE

# TEORIA



**ESMAPE**

# A JURISDICIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL PERANTE OS CONSELHOS DE CONTRIBUINTES E A CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA

**Adonis Costa e Silva**

*Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid  
Master en Derecho Comunitario pela Universidad Autónoma de Madrid.*

O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, editado tendo em vista o disposto no art. 2º do Decreto-Lei nº 822, de 5 de setembro de 1969, passou a reger o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal, aplicando-se subsidiariamente os preceitos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

O art. 25 do Decreto nº 70.235/72 definiu que o julgamento do processo administrativo fiscal compete, em segunda instância, aos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, concluindo, no art. 37, que o julgamento far-se-á conforme dispuserem seus regimentos internos.

Esse Conselho de Contribuintes é órgão do Ministério da Fazenda, ao lado, dentre outros, da Secretaria da Receita Federal e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 16, inciso VII, da Lei n. 9.649, de 27.5.98).



# A JURISDIONALIZAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL PERANTE OS CONSELHOS DE CONTRIBUINTES E A CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA

Adonis Costa e Silva

*Doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid  
Master en Derecho Comunitario pela Universidad Autónoma de Madrid.*

O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, editado tendo em vista o disposto no art. 2º do Decreto-Lei nº 822, de 5 de setembro de 1969, passou a reger o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários da União e o de consulta sobre a aplicação da legislação tributária federal, aplicando-se subsidiariamente os preceitos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

O art. 25 do Decreto nº 70.235/72 definiu que o julgamento do processo administrativo fiscal compete, em segunda instância, aos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, concluindo, no art. 37, que o julgamento far-se-á conforme dispuserem seus regimentos internos.

Esse Conselho de Contribuintes é órgão do Ministério da Fazenda, ao lado, dentre outros, da Secretaria da Receita Federal e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (art. 16, inciso VII, da Lei n. 9.649, de 27.5.98).

Daí resulta que:

- 1) o Conselho de Contribuintes não se subordina às normas e orientações administrativas expedidas por outros órgãos deste Ministério, ainda que deva conhecê-las e considerá-las em seu julgamento;
- 2) o Conselho de Contribuintes é, na apreciação da matéria que lhe compete, órgão superior a todos os demais órgãos do Ministério da Fazenda;
- 3) o Conselho de Contribuintes é órgão administrativo com funções jurisdicionais contenciosas.

Disto resulta que:

- a) em atendimento às suas características jurisdicionais age mediante provocação do contribuinte ou da própria administração tributária, quando aprecia *recursos de ofício*;
- b) uma vez provocado, incumbe-lhe progredir no feito *ex officio*;
- c) atua contenciosamente;
- d) submete-se ao devido processo legal, com todos os meios e recursos a ele inerentes (Constituição, art. 5º, inciso LV), e;
- e) pronuncia-se *secundum conscientia*;
- f) como órgão administrativo submete-se a todas as características e decorrências da natureza administrativa de seus atos;
- g) apesar de serem terminativas, na esfera administrativa, em relação às questões decididas, as decisões do Conselho de Contribuintes não têm atri-

butos de coisa julgada, que são, em nosso sistema constitucional, privativos das decisões do Poder Judiciário;

- h) são, em sua natureza, um ato administrativo a que é conferido atributo especial, qual seja o de terminar, na esfera administrativa e em relação à Administração, os litígios entre esta e os contribuintes.

As decisões do Conselho de Contribuintes têm derubado entre 70% e 80% das decisões sobre autuações fiscais em discussão.

A este propósito, a Fazenda sofreu já duas derrotas importantes: a primeira, em uma batalha contra os fundos de pensão, a Procuradoria usou uma estratégia que acabou sendo invalidada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ); a segunda versou sobre o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e tinha como objeto levar o Conselho de Contribuintes a validar autuações fiscais anteriormente derrubadas pelo próprio órgão, que também restou infrutífera.

O poder do Conselho foi ainda reconhecido em uma discussão relacionada ao IPI devido pelas indústrias, através de uma decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em que o Conselho derrubou uma autuação contra uma indústria de café solúvel.

Nesse último julgamento, ficou decidido que a empresa poderia se ressarcir do IPI referente ao PIS e à Cofins de insumos adquiridos de pessoas físicas e cooperativas, ao contrário do entendimento do Fisco, que não aceitava esse ressarcimento porque as pessoas físicas e cooperativas não são contribuintes de PIS e Cofins.

Recentemente surgiu outra posição polêmica, com relação às empresas do ramo de revenda: o Conselho de Contribuintes decidiu que a concessionária de veículos, Finit Automóveis, não tem como prática a compra e venda normal, mas, na verdade, recebe uma comissão da montadora.

Com este entendimento, o Conselho considerou que a concessionária deverá recolher a COFINS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social), não sobre o valor total recebido com a venda dos carros, mas sim, somente sobre a diferença entre o preço do carro, quando sai da montadora, e o total pago pelo cliente final, desta forma, reduzindo substancialmente o valor do tributo a ser pago.

Os argumentos utilizados pela concessionária foram que, embora realize as vendas em nome próprio, atua por conta da montadora e que seu faturamento deve ser entendido como comissão, ou seja, a diferença entre o preço pago à fabricante e o valor recebido do consumidor.

A decisão proferida pelo Conselho aceitou a argumentação, entendendo que se a contribuição for cobrada sobre o montante integral do faturamento bruto das vendas de automóveis, inclusive sobre o valor pelo qual a montadora entrega o veículo à concessionária, estará havendo bitributação, pois este valor representa faturamento de terceiros.

Segundo o relator, este montante já serviu como base de cálculo para a fabricante recolher as contribuições exigidas dela.

Foi acrescentado na decisão que o contrato mantido entre a fabricante de automóveis e sua revendedora não é uma relação de compra e venda normal, o que daria origem a um faturamento próprio das vendas.

Sendo o contrato de outra espécie, existe uma submissão do revendedor ao fabricante:

- a) existe sujeição hierárquica e técnica;
- b) as cláusulas contratuais são impostas pelo fabricante;
- c) o contrato, por ser pré-estabelecido, não permite a inclusão de cláusulas paralelas;
- d) em suma, não estão presentes os requisitos identificadores com contrato de compra e venda.

Como base legal, o relator argumentou que o contrato de concessão é específico, não podendo ser inserido nos contratos de compra e venda regulamentados pelo Código Civil, uma vez que possuem regulamentação própria, através da Lei nº 6.729/79.

Por outro lado, as sociedades empresárias que propugnavam pelo crédito de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), na aquisição de matérias-primas não tributadas, viveram uma situação interessante.

No Supremo Tribunal Federal (STF) havia forte tendência a retirar o direito a esses créditos.

Por outro lado, o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda veio decidindo em favor dos contribuintes.

A diferença de entendimento entre a esfera administrativa e a judicial ficou clara quando, logo depois de o ministro Ilmar Galvão proferir um voto amplamente contrário às empresas, a Primeira Câmara Superior de Recursos Fiscais publicou acórdão favorável à Sadia.

O acórdão da Primeira Câmara sinalizou ao mercado que o Conselho de Contribuintes vem se constituindo em entidade que defende muitas vezes posição contrária em questões que normalmente são vencidas pelo Fisco.

A diferença de pontos de vista se deve a que o Supremo analisou a compensação de créditos do ponto de vista da não-cumulatividade do IPI e o Conselho de Contribuintes analisou os créditos de IPI como um benefício para restituir outras cobranças ao longo da cadeia produtiva, como a do PIS e da Cofins.

No caso da Sadia, o Fisco autuou a empresa devido à aquisição de insumos não tributados destinados à industrialização.

O caso foi levado ao Conselho de Contribuintes, onde a companhia argumentou que os produtos industrializados eram para a exportação.

Como há uma sistemática de concessão de créditos de IPI na exportação, os conselheiros da Primeira Câmara decidiram a favor da Sadia, por sete votos a um.

Essa sistemática está prevista na Lei 9.636, de 1996, e permite o crédito de IPI como forma de as empresas recuperarem o PIS e a Cofins incidentes em etapas anteriores de produção.

Os exemplos acima vêm trazendo à discussão o papel que deve ser exercido no sistema jurídico tributário pelos órgãos administrativos de julgamento.

A posição doutrinária mais lógica é a de que estes órgãos somente terão sentido na medida em que se constituam em alternativa viável de prestação de serviços jurisdicionais e não jurisdicidólides.

Esta posição remete também à discussão sobre as funções do Estado, seu exercício e a correspondente divisão de Poderes dentro desse Estado.

Na medida em que haja uma perfeita divisão entre os Poderes, não caberá ao Poder Executivo desenvolver quaisquer atividades jurisdicionais, passando a usurpar tais funções na medida em que não fará sentido criar um Poder Judiciário para que o Poder Executivo, já tão superdimensionado, exerça as funções daquele; por este raciocínio, os órgãos administrativos de julgamento são uma mera perda de tempo e de recursos públicos, exercendo uma farsa jurisdicional.

Por outro lado, se se entende que o Estado é um único ente, e que suas funções poderão ser automaticamente exercidas segundo critérios de praticidade e economia de esforços, que é um dos princípios processuais, cabendo dar prioridade às funções associadas a Poderes específicos, sem contudo desprezar os efeitos das atividades desenvolvidas por outros órgãos de outros Poderes, fazendo as vezes uns dos outros, neste caso será fundamental dar prioridade às atividades de órgãos tais como o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, bem como suas respectivas Câmaras de Recursos Fiscais, valendo a pena investir na qualificação jurisdicional de tais órgãos, bem como passando a dar importância efetiva às suas decisões.

Somente assim terá sentido falar-se de jurisdicionalização no âmbito do processo administrativo fiscal, e até mesmo falar-se em processo administrativo fiscal.

# **COFINS – ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 135/03/03 CONVERTIDA NA LEI Nº 10.833/03: INCONSTITUCIONALIDADES SOB OS ASPECTOS FORMAL E MATERIAL.**

**André Gustavo Barros**

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. – UFPE. Advogado.*

## **SUMÁRIO**

1 PROPEDEÚTICA ÀS INCONSTITUCIONALIDADES; 2 INCONSTITUCIONALIDADES DE ORDEM FORMAL; 2.1 Violação ao art. 246 da Constituição Federal de 1988; 2.2 Violação ao art. 146, III, “b” e ao art 62, § 1º, III da Constituição Federal de 1988; 2.3 Inconstitucionalidades de Ordem Material; 2.3.1 Do Malferimento ao Princípio da Isonomia (art. 150, II da CF) e da Livre Concorrência (art. 170, IV da CF); 3 CONCLUSÕES; 4. REFERÊNCIAS.

### **1. PROPEDEÚTICA ÀS INCONSTITUCIONALIDADES**

O Brasil é pródigo na produção de leis e diplomas normativos. Todos os dias vêm-se o Poder Legislativo, regra geral, e o Poder Executivo, “excepcionalmente”, exercendo com afinco a atividade legiferante.

A Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS, é um típico exemplo disso, haja vista que os três principais diplomas sobre a matéria, Lei Complementar nº 70 de 30 de dezembro de 1991, Lei Ordinária nº 9.718 de 27 de novembro de 1998 e Lei Ordinária nº 10.833/03 de 29 de dezembro

2003 foram promulgados no curto interstício de 12 anos, cada qual introduzindo alterações na referida contribuição social.

A COFINS fora originalmente instituída pela Lei Complementar nº 70/91, com fulcro no art. 195, I, da CF/88, exigida a alíquota de 2% (dois por cento), incidindo sobre o “faturamento mensal” dos empregadores.

Posteriormente, após o advento Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, passou a aludida contribuição a incidir sobre base de cálculo ampliada, a saber, “a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica”, conforme se verifica pelo § 1º do art. 3º da citada lei, adiante transcrito:

Art. 3º. O faturamento a que se refere o artigo anterior corresponde à receita bruta da pessoa jurídica.

§ 1º. Entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil para as receitas.

A COFINS, desde já dispendo de base de cálculo ampliada e alíquota majorada pela Lei nº 9.718/98, passou por mais uma significativa alteração. Isso porque o Presidente da República promulgou a Medida Provisória 135/03 de 31 de outubro de 2003, cujo nascedouro se operou em meio a inúmeras inconstitucionalidades.

Essa Medida Provisória inovou vários dispositivos das normas até então vigentes, disciplinando nova sistemática de recolhimento, uma vez que criou a possibilidade de sistema não-cumulativo, mantendo, todavia, o sistema cumulativo existente.

Outrossim, majorou a alíquota geral da contribuição de 3% para 7,6%. Essa majoração da alíquota adotada pela MP nº 135/03/03 e posteriormente convertida na Lei nº 10.833/03 é uma afronta à Carta Política e fere diversos princípios do Sistema Jurídico Nacional.

Sem delongas, convém traçar desde logo, ainda que de forma sucinta, o rosário de inconstitucionalidades conseqüentes da publicação da MP nº 135/03/03, convertida na Lei nº 10.833/03, divididas em inconstitucionalidades de ordem formal e de ordem material.

Sob o aspecto formal, tem-se de modo iniludível o malferimento do art. 246 da CF, vez que é defeso adoção de Medida Provisória regulamentando artigo da Constituição alterado por Emenda Constitucional. Isso porque o art. 195, I, da CF/88 foi objeto da Emenda Constitucional nº 20, promulgada em 15 de dezembro de 1998, que veio introduzir alterações profundas na disciplina das contribuições da seguridade social.

De igual modo, pode-se vislumbrar a inconstitucionalidade formal da MP nº 135/03/03 por afronta ao art. 62, §1º, III da CF/88. Há, no dispositivo citado, vedação da edição de MP para matérias reservadas à Lei Complementar. O art. 146, III, “b”, da CF/88 dispõe que compete à Lei Complementar estabelecer normas gerais do direito tributário. Nesse caso, por tratar a MP nº 135/03/03 de matéria reservada à Lei Complementar, infere-se mais uma inconstitucionalidade.

Irrelevante o fato de a Medida Provisória nº 135/03/03 ter sido convertida na Lei nº 10.833/03, pois o vício que contaminava aquele instrumento normativo incorpora-se ao novel instrumento, que veio à luz do ordenamento jurídico sob a manta de Lei Ordinária.

Em segundo plano, no passo das inconstitucionalidades ventiladas, devem ser observados os fundamentos que amparam as inconstitucionalidades, desta feita, de ordem material.

Observa-se, às escâncaras, que a MP nº 135/03/03 e Lei nº 10.833/03 magoam fundo o mais comezinho dos princípios constitucionais, tal seja, o da isonomia, insculpido na Carta Magna no art. 150, II. Em tópico específico será traçado de forma minudente o ferimento desse princípio em razão de tratamento desigual àqueles que se encontram em situação idêntica e tratamento análogo a situações em muito díspares.

Como decorrência da inobservância do princípio anterior, tem-se como óbvia a visualização do ferimento ao princípio que norteia a atividade econômica, como é o princípio da livre concorrência. O tratamento diferenciado, traçado pela MP nº 135/03/03 e seguido pela Lei nº 10.833/03, impede a livre concorrência, considerando que setores do mesmo grupo econômico recolherão a COFINS sob alíquotas diversas.

Fixadas essas premissas, passa-se em tópicos sucessivos a pormenorizar as razões que amparam a existência de inconstitucionalidades dos sobreditos diplomas normativos.

## 2. INCONSTITUCIONALIDADES DE ORDEM FORMAL

### 2.1. Violação ao art. 246 da Constituição Federal de 1988

O art. 246 da CF/88, na redação delineada pela EC 32/01, promulgada em 11.09.01, estabelece que: “**Art.**

**246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 01.01.95 até a promulgação desta emenda.”** (Originais sem grifos)

O sentido dessa norma – introduzida pela EC 6/95 e reiterada pela EC 7/95 – foi o de restringir o exercício da competência constitucional do Presidente da República para editar medidas provisórias sempre que exista uma deliberação do Constituinte derivado no sentido de alterar certa previsão legal no período indicado.

Em outro sentido, pode-se afirmar que, ante o uso inadvertido de Medidas Provisórias por parte do Poder Executivo, subvertendo sua função precípua de administrador, invadindo a esfera de competência reservada ao Poder Legislativo, foram promulgadas as emendas constitucionais 06 e 07.

O Supremo Tribunal Federal já fixou seu entendimento nesse mesmo sentido ao conceder medida cautelar na ADI nº 1597 (julgamento em 19/11/97), podendo ser colhido do seguinte trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

*..O que se quis, tendo a Constituição sofrido alterações profundas em sua ordem econômica, é que o desenvolvimento normativo infraconstitucional dessas alterações se submetessem ao processo formal de elaboração legislativa e não sofredessem o impacto de medidas unilaterais, decretadas pelo Executivo com vigência imediata. Essa interpretação que dou ao art. 246 da CF.*

Esse entendimento guarda consonância com as lições de Marco Aurélio Greco, enfatizando que:

*O dispositivo está protegendo, em sua substância, as disposições contidas na Constituição, de modo que havendo modificação da norma enquanto tal, está vedada a edição de medida provisória versando sobre a matéria. Alteração de substância existe sempre que ocorra, por exemplo, na amplitude objetiva (na matéria), temporal ou espacial da norma; há também alteração substancial quando é modificado o modal deôntico imputado à conduta atrelada à situação, por exemplo, algo que era proibido passa a ser permitido. (RDDT 43/ 110)*

O art. 195, I foi objeto da EC 20, promulgada em 15.12.98, que veio introduzir alterações profundas na disciplina das contribuições de seguridade social, ampliando o espectro da contribuição social devida pelas empresas do simples “faturamento” (resultado da venda de bens e ou serviços) para “receitas” em geral, qualquer que elas sejam.

Logo, essa nova matéria, introduzida pela EC 20/98, não poderia ser regulada por medida provisória, a teor do art. 246 da CF/88.

Em que pese a vedação contida na Constituição Federal, a MP nº 135/03 regulamentou matéria modificada por emenda constitucional promulgada em 15.12.98, ou seja, compreendida no período de vedação do art. 246, ao dispor, no §1º do art. 1º:

*§1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.*

Outrossim, a MP nº 135/03 regula a sistemática de recolhimento, creditamento e pagamento da COFINS. Destarte, a MP nº 135/03/03 caracteriza-se como instrumento normativo regulamentar do disposto na Emenda Constitucional nº 20/98, cuja vigência foi estabelecida para 16/12/1998. Registra-se, portanto, violação à restrição do art. 246 da Constituição.

Assim, pelo menos no que se refere à COFINS, a citada MP é inconstitucional, por violar o art. 246 da CF, eis que regulamenta artigo da Constituição cuja redação fora substancialmente alterada com a inclusão de NOVA MATERIALIDADE/BASE DE CÁLCULO, por meio de emenda promulgada no período compreendido entre 01.01.95 e 11.09.01.

Nem se diga que a Lei nº 9.718/98 já teria cuidado da matéria, pois, é anterior à Emenda Constitucional Nº 20/98 e elege para a COFINS base de cálculo não prevista na Constituição então em vigor.

Insta destacar que a possibilidade de diferenciação da alíquota e da base de cálculo nas contribuições sociais não constava da redação original da Lei Maior, tendo sido também introduzida pela EC 20/98, que acrescentou, ao art. 195, da CF, o § 9º do seguinte teor:



“§9º As contribuições sociais previstas no inciso I deste artigo poderão ter alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão de obra.”

Nesse sentido, se apenas após a promulgação da Emenda Constitucional nº 20 é que se pode verificar a possibilidade de variação de alíquotas ou de bases de cálculo das ditas contribuições, não poderia uma Medida Provisória (MP nº 135/03/03) regulamentar matéria alvo de Emenda Constitucional, dispensando tratamento diferenciado de alíquotas por meio de instrumento normativo inadequado.

A conversão em lei da MP nº 135/03 não ilide o vício de inconstitucionalidade, posto que esse é verificado quando da promulgação da medida provisória, e não da data de sua conversão. Soma-se a isso o fato de que as nulidades absolutas, como *in casu*, jamais se convalidam. Outrossim a MP nº 135/03 atribui tratamento diferenciado a pessoas jurídicas:

- a) quer ao estabelecer duas formas de apuração da COFINS:
- uma não cumulativa, com alíquota de 7,6% para as empresas optantes pela apuração do Imposto de Renda com base no lucro real;
  - outra cumulativa, à alíquota de 3% ou 4%, para as optantes pela apuração do Imposto de Renda com base no lucro presumido.

- b) quer ao estabelecer sistemática não cumulativa mediante o desconto de créditos relativos a serviços e bens adquiridos pelo contribuinte de pessoas jurídicas e não de pessoas físicas.

Sem adentrar, por ora, em considerações sobre a diversidade dos critérios de discrimen existentes na Constituição e na MP, o fato é que, por mais esse aspecto, a MP nº 135/03 agride o art. 246 da CF por regulamentar matéria objeto de alteração por EC, editada entre 01.01.95 e 11.09.01.

## 2.2. Violação ao art. 146, III, “b” e ao art 62, § 1º, III da Constituição Federal de 1988

O art. 146<sup>1</sup>, III, alínea “b” da CF dispõe que compete à lei complementar estabelecer “normas gerais de direito tributário”, especialmente sobre “obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”.

No tocante às contribuições sociais do art. 195, o Supremo Tribunal Federal considerou não exigível lei complementar, por entender que todos os elementos necessários à instituição do tributo – a saber: fato gerador, contribuinte e base de cálculo – já estariam conformados na Constituição, sendo, portanto, dispensável que lei daquela estatura viesse reproduzir o que já está explícito na lei maior. (RE 150.755, RTJ 149/259).

<sup>1</sup> Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Entretanto, a medida provisória em tela, ao instituir o regime não cumulativo para a COFINS, estabelece – como se verifica da multiplicidade de seus dispositivos – sistemática complexa para a apuração do valor a recolher, mediante a indicação dos créditos cujo desconto é ou não permitido. Tal sistemática não se encontra minimamente delineada na Lei Maior – o que requer, em rigor, em face do texto constitucional e da interpretação que lhe vem atribuindo a Suprema Corte, a edição de lei complementar, por se tratar de norma geral de direito tributário.

Norma geral de direito tributário, por seu turno, é toda aquela que, amparada em disciplinamento genérico ditado na Constituição, vem especificar seu conteúdo, sua forma de aplicação ou inovar em algum dos aspectos atinentes à caracterização e constituição da obrigação tributária e, consecutivamente, do crédito tributário.

Não é outra a lição de Luciano Amaro<sup>2</sup>, para quem:

*Em rigor, a disciplina ‘geral’ do sistema tributário já está na Constituição; o que faz a lei complementar é, obedecido o quadro constitucional, aumentar o grau de detalhamento dos modelos de tributação criados pela Constituição Federal. Dir-se-ia que a constituição desenha o perfil dos tributos (no que respeita à identificação de cada tributo, aos limites do poder de tributar etc.) e a lei complementar adensa os traços gerais do tributo, preparando o esboço que, finalmente, será utilizado pela lei ordinária, à qual compete instituir o tributo, na defi-*

<sup>2</sup> *Direito Tributário Brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 161.

*nição exaustiva de todos os traços que permitam identificá-lo na sua exata dimensão, ainda abstrata, obviamente, pois a dimensão concreta dependerá da ocorrência do fato gerador que, refletindo a imagem minudentemente desenhada na lei, dará nascimento à obrigação tributária.*

Ora, se a instituição de uma sistemática de não-cumulatividade detém o condão de refletir em vários aspectos da disciplina de um tributo, repercutindo sobremaneira no modo de formação da obrigação tributária e principalmente na forma de seu recolhimento (já que, faticamente, somente onerará o contribuinte em relação àquilo que houver agregado ao produto em sua etapa na cadeia produtiva), não há como se negar que a MP nº 135/03 efetivamente disciplinou regra geral de direito tributário, em absoluta afronta ao art. 146, III da Carta Magna, que exige, para tanto, a veiculação de tais regramentos por meio de lei complementar.

A veracidade da assertiva se perfaz ao analisarmos o ICMS. Esse imposto, cuja não cumulatividade é prevista expressamente na Constituição, sujeitou a disciplina do regime da compensação do imposto à Lei Complementar, nos termos do art. 155, § 2º, XII “c” da CF<sup>3</sup>.

Por fim, é de concluir pela inconstitucionalidade da MP nº 135/03/03 face o disposto no art. 62, § 1º, III da CF. Esse dispositivo veda a edição de medida provisória sobre matéria reservada à lei complementar, razão pela qual a MP nº 135/03/03 viola também esse preceito constitucional.

<sup>3</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:  
§ 2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada ao caput do parágrafo pela Emenda Constitucional nº 03/93)  
XII - cabe à lei complementar:  
c) disciplinar o regime de compensação do imposto;

## 2.3. Inconstitucionalidades de Ordem Material

### 2.3.1. Do Malferimento ao Princípio da Isonomia (art. 150, II da CF) e da Livre Concorrência (art. 170, IV da CF)

Segundo consta da justificativa da MP nº 135/03, a instituição da COFINS não-cumulativa visaria corrigir distorções relevantes, decorrentes da cobrança cumulativa do tributo, como, por exemplo, “indução a uma verticalização artificial das empresas em detrimento da distribuição da produção por um número maior de empresas mais eficientes”<sup>4</sup>. Outrossim, a justificativa reconhece que o modelo não pretende pôr em risco o montante da receita obtida com a contribuição, optando-se por manter a carga tributária a que ora se arrecada com a COFINS. A alternativa teria sido, portanto, a redistribuição da carga entre os diversos setores da economia.

Com essa finalidade, de um lado, a alíquota da contribuição foi fixada em 7,6% sobre as receitas auferidas pela pessoa jurídica; de outro, instituiu-se a não-cumulatividade, pelo método subtrativo, estabelecendo o texto as situações em que o contribuinte pode descontar, do valor da contribuição devida, créditos apurados em relação aos bens e serviços adquiridos, custos, despesas e encargos.

Essa sistemática, ao passo que pode resultar razoável para alguns setores comerciais e industriais em que a aquisição de bens e serviços enseja transferência de créditos, resulta extremamente onerosa e atentatória à capacidade contributiva das empresas prestadoras de

4 EM No 197-A/2003 – MF

serviços. Pior. Dentro do mesmo setor econômico, haverá tratamento distinto, confrontando, por certo, o princípio da isonomia e da livre concorrência.

É cediço que os princípios constitucionais são norte balizadores da atividade legislativa. No arcabouço jurídico-normativo, os princípios constitucionais devem sempre prevalecer em detrimento de qualquer outra norma de inferior hierarquia, pois são dos princípios que emana todo o ordenamento jurídico.

As empresas prejudicadas pela sistemática instituída pela MP nº 135/03/03 e Lei nº 10.833/03 devem aforar medidas judiciais a fim de que possam recolher a malsinada COFINS pela sistemática anterior. Não fossem suficientes os vícios que inquinam de inconstitucionalidade os diplomas alvo de questionamento desse tópico, há mácula aos princípios balizadores da ordem constitucional tributária e econômica, como se percebe da afronta aos princípios constitucionais da ISONOMIA TRIBUTÁRIA e DA LIVRE CONCORRÊNCIA.

É despiciendo, mas não de todo inútil, conceituar o princípio da isonomia tributária como sendo a impossibilidade de distinguir contribuintes que se encontrem em situação fiscal equivalente. Todos os que estiverem em situação semelhante deverão ser tratados igualmente.

Destarte, a MP nº 135/03/03 e a Lei nº 10.833/03, ao instituírem a não-cumulatividade da COFINS, adotaram sistemática similar à do IPI, ou seja, possibilitaram o creditamento dos valores já recolhidos quando da tributação dos insumos sujeitos à incidência da contribuição. Ocorre que algumas atividades empresariais adquirem basicamente bens e serviços de pessoas físicas, não sujeitos à tributação pela COFINS, não exis-

tindo, pois, valores a se creditar referentes a essas operações, o que faz que esses contribuintes arquem com a pesada majoração da contribuição em razão do aumento da alíquota.

Os setores econômicos que possuem como insumos produtos não tributados pela COFINS restariam prejudicados pela sistemática de creditamento, vez que não haveria insumo a ser creditado. Detectada essa problemática, apenas o setor da agroindústria foi “agraciado” pela possibilidade de beneficiar-se de crédito presumido de COFINS, como se vê do trecho da justificativa que diz:

8. No caso específico do setor **agro industrial**, constata-se uma significativa relevância na aquisição de bens e serviços que, no modelo proposto, não resultaria em transferência de créditos, porquanto não estão sujeitos à tributação, como é o caso de bens e serviços adquiridos de pessoas físicas.
9. **Optou-se, então, com vistas a minorar o desequilíbrio entre débitos e créditos, em conceder um crédito presumido calculado mediante setenta por cento da alíquota fixada aplicada sobre o valor das aquisições de bens e serviços de pessoas físicas, efetuadas pelo setor agro industrial...**

Ora, ao deixar de atribuir o mesmo tratamento a outros segmentos que se encontram em situação equivalente – ou seja, àqueles em que se constata uma significativa relevância na aquisição de bens e serviços de pessoas físicas – a MP nº 135/03, bem como a indigitada Lei nº 10.833/03, viola a isonomia consagrada no art. 150, II da CF.

Mais ainda: a MP viola a isonomia ao introduzir tratamento diferenciado dentro do mesmo segmento (nesse caso, é possível o Poder Judiciário, no uso de suas atribuições, atuar no sentido de afastar a incidência de norma que macula o princípio na isonomia), pois:

- a) as empresas industriais/comerciais que se encontram no início do ciclo de circulação não terão créditos para compensar, arcando com carga tributária mais pesada.
- b) institui discrimen com base na adoção do pagamento do IR pelo lucro presumido – que retira o contribuinte do regime da MP nº 135/03, a teor do art. 10, III da MP<sup>5</sup> – quando nem todas as empresas de um mesmo segmento podem adotar essa sistemática. Com efeito, o art. 516<sup>6</sup> do RIR impõe limitação em decorrência do valor do faturamento. Nesse caso, além de ferir a isonomia, o tratamento dispensado pela MP interfere na própria livre concorrência, violando o art. 170, IV da CF.

5 Art. 10. Permanecem sujeitas às normas da legislação da COFINS, vigentes anteriormente a esta Medida Provisória, não se lhes aplicando as disposições dos arts. 1º a 8º:

I - as pessoas jurídicas referidas nos §§ 6º, 8º e 9º do Art. 3º da Lei nº 9.718, de 1998, e na Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983;

II - as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado;

III - as pessoas jurídicas optantes pelo SIMPLES;

6 Art. 516. A pessoa jurídica cuja receita bruta total, no ano-calendário anterior, tenha sido igual ou inferior a vinte e quatro milhões de reais, ou a dois milhões de reais multiplicado pelo número de meses de atividade no ano-calendário anterior, quando inferior a doze meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido (Lei nº 9.718, de 1998, artigo 13).

Destaca-se que o tratamento dispensado pelas normas em estudo ao setor agroindustrial visa corrigir distorções em razão de inexistir para esse setor transferência de créditos passíveis de serem compensados em etapa posterior. Idêntico argumento é igualmente aplicado a inúmeros setores da economia que não gozaram de igual benefício, o que parece ilógico, pois as necessidades que acometem agroindústria atingem também o setor de serviços em geral.

Essa diferenciação, portanto, contraria a disposição do art 150, II, da CF/88, conforme corrobora Antônio Carlos Lovato, em artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de março/1999, nº 5/99, caderno 1, pp. 156 e 157:

*Verifica-se que o critério diferenciador utilizado não está em harmonia com o conteúdo de princípio da igualdade e, desta forma, lesando o Princípio da Isonomia, segundo ensinamentos de Celso Ribeiro Bastos, quando explica: 'O conteúdo do princípio isonômico reside precisamente nisto: na determinação do nível de abstratividade que deve ter o elemento diacrítico para que ele atinja as finalidades a que a lei preordena. É que o princípio da isonomia pode ser lesado tanto pelo fato de incluir na norma pessoas que nela não deveriam estar, como também pelo fato de não colher outras que deveriam sê-lo. Mais uma vez resulta claro que o problema da isonomia só pode ser resolvido a partir da consideração do binômio elemento discriminador-finalidade da norma. (Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 50).*

Na linha de raciocínio disposta, infere-se que as empresas que compõem o setor de serviços arcariam com aumento quase que integral da alíquota, pois não possuem créditos a compensar nem tampouco foram agraciadas com um crédito presumido à similitude do que ocorrera com a agroindústria, ferindo-se, por certo, o Princípio da Isonomia Tributária.

Malfere de igual modo o princípio sobredito à instituição do *discrímen desarrazoado* (lucro real x lucro presumido), uma vez que esse critério diferenciador poria pessoas jurídicas de idênticas atividades com regimes distintos de tributação.

Também se identifica quebra de isonomia em relação aos segmentos que não podem adotar a sistemática do lucro presumido, a teor do art. 246<sup>7</sup> do RIR, que passam a ser condenados a arcar com a alíquota de 7,6%, sem possuírem créditos para compensar.

Dentro do setor de serviços verifica-se de forma cabal a não observância do princípio da isonomia. Isso

7 *Pessoas Jurídicas Obrigadas à Apuração do Lucro Real:*

Art. 246. Estão obrigadas à apuração do lucro real as pessoas jurídicas (Lei nº 9.718, de 1998, artigo 14):

I - cuja receita total, no ano-calendário anterior, seja superior ao limite de vinte e quatro milhões de reais, ou proporcional ao número de meses do período, quando inferior a doze meses;

II - cujas atividades sejam de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidades de previdência privada aberta;

III - que tiverem lucros, rendimentos ou ganhos de capital oriundos do exterior;

IV - que, autorizadas pela legislação tributária, usufruam de benefícios fiscais relativos à isenção ou redução do imposto;

V - que, no decorrer do ano-calendário, tenham efetuado pagamento mensal pelo regime de estimativa, na forma do artigo 222;

VI - que explorem as atividades de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, compras de direitos creditórios resultante de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring);

porque algumas empresas optaram por recolher o imposto de renda pela sistemática do lucro real, outras com base no lucro presumido. Ocorre que a MP nº 135/03/03 em seu art. 10, II, sujeitou à sistemática cumulativa as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado, ou seja, devem recolher o tributo nos termos da Lei nº 9.718/98, cuja alíquota permanece em 3%.

Enquanto isso, as empresas que recolhem o imposto de renda pelo regime de tributação com base no lucro real devem aplicar ao faturamento a alíquota de 7,6%, para fins de recolhimento da COFINS, conforme determina o art. 2º da MP nº 135/03/03. Essa distinção é aleatória e injustificada, atentatória, por certo, ao princípio da isonomia, uma vez que está a distinguir segmentos do mesmo setor empresarial, contudo aplicando-lhes tributação diversa.

Algumas das empresas do setor de serviços sequer podem recolher o imposto de renda pelo regime de tributação com base no lucro presumido, o que importaria exclusão da incidência da alíquota de 7,6%, pois, para as empresas consignadas no art. 246 do RIR, existe determinação expressa ao recolhimento pela sistemática de apuração do lucro real, o que por consequência sujeitam-nas à incidência da COFINS majorada.

*Permissa venia* à utilização de figura de linguagem, haja vista que à guisa de todo o exposto infere-se que tanto a MP nº 135/03/03, quanto a Lei nº 10.833/03, são assaz inconstitucionais. Vale repisar, quanto à

8 Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6%.

inobservância do Princípio da Isonomia, que apenas as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real sofrerão a incidência da alíquota majorada da COFINS, ficando excluídas dessa nova legislação as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido.

Aliás, a Constituição Federal reforça o princípio da isonomia especificamente para os tributos, em seu artigo 150, II, vedando o tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida.

A determinação contida na MP nº 135/03/03 e na Lei nº 10.833/03 (artigo 1º, 2º e 10, II) se configura em *discrímen* sem amparo fático, agredindo o princípio da isonomia e não observa o princípio da livre concorrência, veiculado no inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal.

A impossibilidade de discriminação dessa natureza já foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN 1643-1-DF, tendo sido sustentado pelo Ministro-Relator que a lei tributária pode discriminar, por motivo extrafiscal, ramos da atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, o que, evidentemente, não ocorre *in casu*.

Eis o seguinte trecho do voto do Ministro Maurício Corrêa, Relator da ADIN 1643-1-DF, cujo acórdão foi publicado no DJ DATA-14-03-2003 PP-00027 EMENT VOL-02102-01 PP-00032:

*Não há falar-se, pois em ofensa ao princípio da isonomia tributária, visto que a lei tributária – e esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 – pode discriminar...*

porque algumas empresas optaram por recolher o imposto de renda pela sistemática do lucro real, outras com base no lucro presumido. Ocorre que a MP nº 135/03/03 em seu art. 10, II, sujeitou à sistemática cumulativa as pessoas jurídicas tributadas pelo imposto de renda com base no lucro presumido ou arbitrado, ou seja, devem recolher o tributo nos termos da Lei nº 9.718/98, cuja alíquota permanece em 3%.

Enquanto isso, as empresas que recolhem o imposto de renda pelo regime de tributação com base no lucro real devem aplicar ao faturamento a alíquota de 7,6%, para fins de recolhimento da COFINS, conforme determina o art. 2º da MP nº 135/03/03. Essa distinção é aleatória e injustificada, atentatória, por certo, ao princípio da isonomia, uma vez que está a distinguir segmentos do mesmo setor empresarial, contudo aplicando-lhes tributação diversa.

Algumas das empresas do setor de serviços sequer podem recolher o imposto de renda pelo regime de tributação com base no lucro presumido, o que importaria exclusão da incidência da alíquota de 7,6%, pois, para as empresas consignadas no art. 246 do RIR, existe determinação expressa ao recolhimento pela sistemática de apuração do lucro real, o que por consequência sujeitam-nas à incidência da COFINS majorada.

*Permissa venia* à utilização de figura de linguagem, haja vista que à guisa de todo o exposto infere-se que tanto a MP nº 135/03/03, quanto a Lei nº 10.833/03, são assaz inconstitucionais. Vale repisar, quanto à

8 Art. 2º Para determinação do valor da COFINS aplicar-se-á, sobre a base de cálculo apurada conforme o disposto no art. 1º, a alíquota de 7,6%.

inobservância do Princípio da Isonomia, que apenas as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real sofrerão a incidência da alíquota majorada da COFINS, ficando excluídas dessa nova legislação as pessoas jurídicas tributadas pelo lucro presumido.

Aliás, a Constituição Federal reforça o princípio da isonomia especificamente para os tributos, em seu artigo 150, II, vedando o tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida.

A determinação contida na MP nº 135/03/03 e na Lei nº 10.833/03 (artigo 1º, 2º e 10, II) se configura em *discrímen* sem amparo fático, agredindo o princípio da isonomia e não observa o princípio da livre concorrência, veiculado no inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal.

A impossibilidade de discriminação dessa natureza já foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN 1643-1-DF, tendo sido sustentado pelo Ministro-Relator que a lei tributária pode discriminar, por motivo extrafiscal, ramos da atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, o que, evidentemente, não ocorre *in casu*.

Eis o seguinte trecho do voto do Ministro Maurício Corrêa, Relator da ADIN 1643-1-DF, cujo acórdão foi publicado no DJ DATA-14-03-2003 PP-00027 EMENT VOL-02102-01 PP-00032:

*Não há falar-se, pois em ofensa ao princípio da isonomia tributária, visto que a lei tributária – e esse é o caráter da Lei nº 9.317/96 – pode discriminar...*

*minar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.*

É importante também transcrever recente acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região acerca da matéria em comento:

*PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDORES. ATIVA. ESCALONAMENTO DA ALÍQUOTA. LEI Nº 9.783/99. PERCENTUAIS ELEVADES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO NO CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL, DA ISONOMIA (VEDAÇÃO AO TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE CONTRIBUINTES) E DA VEDAÇÃO AO EFEITO DE CONFISCO. PERMANÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NA BASE DE 11% (ONZE POR CENTO).*

*– Omissis....*

*– “SEM PREJUÍZO DE OUTRAS GARANTIAS ASSEGURADAS AO CONTRIBUINTE, É VEDADO À UNIÃO, AOS ESTADOS, AO DISTRITO FEDERAL E AOS MUNICÍPIOS INSTITUIR TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE CONTRIBUINTES QUE SE ENCONTREM EM SITUAÇÃO EQUIVALENTE, PROIBIDA*

*QUALQUER DISTINÇÃO EM RAZÃO DE OCUPAÇÃO PROFISSIONAL OU FUNÇÃO POR ELES EXERCIDA, INDEPENDENTE DA DENOMINAÇÃO JURÍDICA DOS RENDIMENTOS, TÍTULOS OU DIREITOS; BEM COMO UTILIZAR TRIBUTOS COM EFEITO DE CONFISCO.” (art. 150 da CF/88, caput e incisos II e IV).*

*– REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS.*

*(AC – Apelação Cível – 182310 Processo: 9905434577 UF: PB Órgão Julgador: Primeira Turma Data da decisão: 20/03/2003; Relator: Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria; Publicação: DJ – Data.: 04/06/2003 – p. 819)*

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região também se posiciona no mesmo sentido dos acórdãos acima referidos, ao afirmar que é possível a diferenciação tributária entre atividades econômicas diversas, o que não pode haver é a tributação privilegiada para algumas empresas em detrimento de outras do mesmo ramo de atividade:

*5. NÃO HOUVE AGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA PORQUE A LEGISLAÇÃO ESPECIAL EXCLUIU DO PAGAMENTO DA EXAÇÃO TODAS AS EMPRESAS DEDICADAS A UMA ATIVIDADE ESPECÍFICA. VIOLADO ESTARIA SE, DENTRO DO MESMO RAMO DE ATIVIDADES, ALGUMAS FOSSEM EXCEPCIONADAS.*



*minar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria.*

É importante também transcrever recente acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região acerca da matéria em comento:

*PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDORES. ATIVA. ESCALONAMENTO DA ALÍQUOTA. LEI Nº 9.783/99. PERCENTUAIS ELEVADES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA EQUIDADE NA FORMA DE PARTICIPAÇÃO NO CUSTEIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL, DA ISONOMIA (VEDAÇÃO AO TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE CONTRIBUINTES) E DA VEDAÇÃO AO EFEITO DE CONFISCO. PERMANÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NA BASE DE 11% (ONZE POR CENTO).*

*– Omissis....*

*– “SEM PREJUÍZO DE OUTRAS GARANTIAS ASSEGURADAS AO CONTRIBUINTE, É VEDADO À UNIÃO, AOS ESTADOS, AO DISTRITO FEDERAL E AOS MUNICÍPIOS INSTITUIR TRATAMENTO DESIGUAL ENTRE CONTRIBUINTES QUE SE ENCONTREM EM SITUAÇÃO EQUIVALENTE, PROIBIDA*

*QUALQUER DISTINÇÃO EM RAZÃO DE OCUPAÇÃO PROFISSIONAL OU FUNÇÃO POR ELES EXERCIDA, INDEPENDENTE DA DENOMINAÇÃO JURÍDICA DOS RENDIMENTOS, TÍTULOS OU DIREITOS; BEM COMO UTILIZAR TRIBUTOS COM EFEITO DE CONFISCO.” (art. 150 da CF/88, caput e incisos II e IV).*

*– REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS.*

*(AC – Apelação Cível – 182310 Processo: 9905434577 UF: PB Órgão Julgador: Primeira Turma Data da decisão: 20/03/2003; Relator: Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria; Publicação: DJ – Data: 04/06/2003 – p. 819)*

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região também se posiciona no mesmo sentido dos acórdãos acima referidos, ao afirmar que é possível a diferenciação tributária entre atividades econômicas diversas, o que não pode haver é a tributação privilegiada para algumas empresas em detrimento de outras do mesmo ramo de atividade:

*5. NÃO HOUVE AGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA PORQUE A LEGISLAÇÃO ESPECIAL EXCLUIU DO PAGAMENTO DA EXAÇÃO TODAS AS EMPRESAS DEDICADAS A UMA ATIVIDADE ESPECÍFICA. VIOLADO ESTARIA SE, DENTRO DO MESMO RAMO DE ATIVIDADES, ALGUMAS FOSSEM EXCEPCIONADAS.*

rência, tornando o mercado competitivo, para este se beneficiar das vantagens oferecidas pela livre concorrência.

O Princípio da Livre Concorrência consagrado na Constituição Federal foi, demasiadamente, mitigado pelas normas em estudo, na medida em que com a diversidade de tributação (alíquotas) dentro do mesmo segmento empresarial, há clara diminuição da competitividade, considerando que aquela empresa que recolhe a COFINS com a alíquota de 3% tem mais possibilidades de competir no mercado de consumo.

Assim, tem-se que se uma empresa presta serviços de vigilância e, pelas regras dispostas no estatuto do imposto de renda esteja submetida ao recolhimento com base no lucro real, não lhe sendo facultada opção diversa, encontrar-se-á em desvantagem no mercado de consumo, pois o valor final de seus serviços estará onerado com alíquota uma vez e meia maior que outra empresa, do mesmo ramo econômico, que recolha seu imposto de renda com base no lucro presumido.

A MP nº 135/03/03 e a Lei nº 10.833/03, ao instituírem o famigerado e malgrado tratamento diferenciado entre as empresas, considerando que umas recolhem o IR pelo lucro real e outras pela sistemática de lucro presumido, atentam contra o princípio da livre concorrência e, ao revés das razões contidas na EM nº 197-A/2003 – MF, não estimulam a eficiência econômica, tampouco geram condições para um crescimento mais acelerado da economia brasileira nos próximos anos, acarretando, sim, um retraimento econômico.

Nesse contexto, considerando demonstradas as máculas insanáveis da MP nº 135/03/03 e Lei Nº 10.833/

03, considerando, de igual forma, que o direito invocado encontra-se amparado pela Constituição Federal de 1988, defende-se a inconstitucionalidade dos diplomas citados.

### 3. CONCLUSÕES

A promulgação da Medida Provisória nº 135/03/03 convertida na Lei nº 10.833/03 traz em seu bojo vícios insanáveis de inconstitucionalidades impossíveis de serem sanadas seja pelo decurso do tempo, seja pela conversão da MP em lei ordinária.

A utilização de medida provisória não é instrumento adequado para criação de normas gerais de direito tributário, não sendo a MP nº 135/03/03 instrumento hábil a dispor acerca das novas regras que permeiam a criação da COFINS não-cumulativa.

Há, também, vedação expressa quanto à utilização de MP para regular matéria que fora alvo de Emenda Constitucional, como foi o caso da COFINS que sofrera alterações pela EC nº 20/98, razão pela qual não poderia uma medida provisória ser utilizada para regular essa disciplina.

O vício que inquina de inconstitucionalidade a MP nº 135/03/03 é transportado à Lei nº 10.833/03. A inconstitucionalidade é verificada em sua origem não sendo convalidada pela conversão, em lei, da Medida Provisória nº 135/03/03.

Nesse caso, seria viável que o legislador ordinário lançasse mão da promulgação de lei complementar para normatizar a nova COFINS. Destarte, restariam por cumpridas as exigências da Carta Política quanto à norma eficaz para fins de criação de novas regras de direito tributário.

É igualmente inconstitucional a criação de distinções de regimes de tributação ou diferença de incidência de alíquotas para empresas do mesmo setor econômico. Existe a possibilidade de o legislador instituir quais serão os setores que serão não-cumulativos, sendo, contudo, defeso pela própria Carta Política que essa distinção ocorra para pessoas jurídicas pertencentes à mesma atividade produtiva ou econômica. Essa posição decorre do corolário constitucional da isonomia entre os pares.

Por fim, e como consequência inafastável do malferimento ao princípio da isonomia, tem-se que a diferença de alíquotas para empresas que competem no mesmo ramo econômico fere claramente o Princípio da Livre Concorrência, pois amplia a capacidade de competir entre as empresas que recolham a COFINS com alíquota menor em detrimento daquelas empresas que suportem a alíquota mais elevada.

#### 4. REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 161.

GRECO, MARCO AURÉLIO, RDDT 43/ 110

LOVATO, Antônio Carlos em artigo publicado no Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de março/ 1999, n. 5/99, caderno 1, p. 156 e 157

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1984. p. 230.

EM Nº 197-A/2003 – MF

#### Jurisprudências

ADIN nº 1597 (julgamento em 19/11/97)

RE 150.755, RTJ 149/259

ADIN 1643-1-DF, DJ DATA-14-03-2003

AC – Apelação Cível – 182310 Processo: 9905434577  
UF: PB Órgão Julgador: Primeira Turma Data da decisão:  
20/03/2003; Relator: Desembargador Federal Luiz  
Alberto Gurgel de Faria; Publicação: DJ – Data::04/06/  
2003 – p. 819

TRF 4 – AC – APELAÇÃO CÍVEL Processo: 9404399400  
UF: PR Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Relatora:  
JUÍZA MARGA INGE BARTH TESSLER; Publicação: DJ  
DATA:26/10/1994, p. 61582

# A EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO E O ART. 515, §3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Artur Orlando de Albuquerque da Costa Lins  
*Procurador Federal e Pós-Graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Maurício de Nassau em convênio com a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE*

## SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO; 2. DA APELAÇÃO; 2.1. Características, função e efeitos; 2.2. A extensão do efeito devolutivo da apelação; 3. A AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO COM O ADVENTO DO ART. 515, §3º, DO CPC; 4. CONCLUSÕES; 5. REFERÊNCIAS.

### 1. APRESENTAÇÃO

O Código de Processo Civil vem sendo, frequentemente, alterado por diversas leis esparsas, no escopo de garantir uma melhor prestação jurisdicional, para atender aos ideais pretendidos pelos jurisdicionados e processualistas pátrios, caracterizados pelo binômio tão almejado da efetividade-celeridade.

Em dezembro de 2001, restou aprovada a Lei n.º 10.352, que veio a alterar, substancialmente, a sistemática recursal, no âmbito do direito processual civil, mediante a incorporação de novas regras conducentes ao atendimento do mencionado desiderato, qual seja, de confe-

rir maior agilidade e simplicidade ao trâmite do processo civil. Dentre as mudanças positivadas, uma delas se sobressai, porque amplia a extensão do efeito devolutivo da apelação, através de uma atuação exauriente do órgão *ad quem*, por ocasião do julgamento recursal.

Neste contexto, o presente trabalho destina-se a analisar, de modo crítico, a alteração levada a efeito pela Lei n.º 10.352/2001, precisamente a inserção do §3º do art. 515, do Código de Processo Civil, dispositivo este que, sem embargo, ampliou o grau de extensão do efeito devolutivo no recurso de apelação.

A rigor, este ensaio monográfico pretende demonstrar a razão da aludida modificação que, como sabido, decorreu da positivação de entendimentos já firmados na doutrina e na jurisprudência, bem como das inovações destinadas a desburocratizar os dogmas e as exigências outrora existentes no seio do sistema processual civil brasileiro, tendo como pano de fundo a inexorável necessidade de se aperfeiçoar a entrega da prestação jurisdicional.

O texto empreende uma análise do efeito devolutivo dos recursos, dando-se ênfase, especialmente, à ampliação de sua extensão, consubstanciada na nova regra inserta no §3º do art. 515 do Estatuto Processual Civil pátrio que, à evidência, traduz uma verdadeira mudança em prol da efetividade daquele efeito.

Em derradeiro, ganha destaque a efetiva ampliação da extensão do efeito devolutivo, mediante a legitimidade conferida ao órgão *ad quem* para analisar o mérito da demanda, ainda que este não tenha sido examinado pelo juízo *a quo*, por força do comando insculpido no §3º do art. 515 do Código de Processo Civil.

No cumprimento da missão de contribuir para um entendimento mais pragmático do tema, tenta-se proceder a um exame crítico e detalhado do efeito devolutivo do recurso de apelação em cotejo paralelo com a nova regra instituída, à medida que se tenta vislumbrar soluções para a problemática advinda da incorreta aplicação da multicitada previsão legal.

## 2. DA APELAÇÃO

### 2.1. Características, função e efeitos

A “apelação é o recurso por excelência”<sup>1</sup>, porque é por meio dela que se insurge contra a sentença, que concede ou nega a pretensão jurisdicional postulada, ou seja, contra os atos judiciais que finalizem o processo, com ou sem apreciação de mérito, nos moldes da previsão inserta no art. 513 do CPC.

Nas lúcidas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “trata-se do recurso mais importante, pois por meio dele é que se garante, eminentemente, o duplo grau de jurisdição, pelo reexame por um outro órgão julgador da matéria de fato e de direito, em razão da simples circunstância da parte ter sucumbido, ainda que parcialmente, no primeiro julgamento”<sup>2</sup>.

A par dessas lições doutrinárias, é indubitoso que o apelo interposto devolve ao órgão *ad quem* o conhecimento de todas as questões suscitadas pelas partes no processo, a fim de que sejam reexaminadas. Na realidade, o juízo destinatário do recurso somente poderá julgar o que o recor-

1 JORGE, Flávio Cheim. *Apelação Cível: Teoria Geral e Admissibilidade*. 1. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 271.

2 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5, p. 402.

rente tiver requerido nas suas razões recursais, encerradas com o pedido de nova decisão, fixando-se, aí, os limites da extensão do efeito devolutivo da apelação.

O efeito devolutivo – acrescente-se – prolonga o procedimento, à medida que o processo fica pendente até que a decisão judicial não mais seja impugnável, quer pela inércia da parte em não interpor, tempestivamente, o recurso cabível, quer pelo esgotamento da instância recursal.

O efeito devolutivo, em última análise, impede a preclusão da decisão impugnada e posterga, como consequência inafastável, a formação da coisa julgada, que ocorrerá, tão-somente, após o pronunciamento do órgão jurisdicional superior. Têm-se, pois, protraídos no tempo tanto os efeitos das sentenças sujeitas à remessa obrigatória como a formação da coisa julgada, em razão de um impedimento legal (CPC, art. 467).

Aí residem o conceito e a importância do efeito devolutivo, inerente a qualquer recurso, cujas características, doravante, serão objeto do presente trabalho, delimitadas a uma espécie de recurso: a apelação.

## 2.2. A extensão do efeito devolutivo da apelação

O efeito devolutivo<sup>3</sup> pode ser analisado sob dois enfoques: quanto à sua *profundidade* e quanto à sua *extensão*. Se, de um lado, a *profundidade* “é medida

3 O efeito devolutivo provém da época em que a possibilidade de julgar derivava do poder do Imperador, que o delegava aos juizes e, portanto, ao recorrer ao Imperador, se procedia a uma “devolução” deste poder. É por isso que se diz que o efeito devolutivo existe quando o órgão competente para apreciar a decisão impugnada for superior ao que a prolatou. (Enrique Vescovi. Los Recursos Judiciales y Demás Medios Impugnativos em Iberoamérica. apud CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Inovações no Processo Civil (Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001)*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 78.

pelo material jurídico e fático com que o órgão *ad quem* poderá trabalhar”<sup>4</sup>, de outro, a *extensão* da devolutividade da apelação é proporcional à matéria impugnada pelo recorrente nas razões de seu recurso, ressalvadas, contudo, as matérias de ordem pública que podem ser suscitadas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e grau de jurisdição, e os casos em que o feito restou extinto, de plano, na origem.

Costuma-se afirmar, neste conduto, que o objeto da sentença indica a noção de *extensão* do efeito devolutivo, verificado unicamente no seu plano horizontal, ao passo que os fundamentos da sentença dão a idéia de *profundidade* do efeito devolutivo, considerado em seu aspecto vertical, para se constatar se o tribunal poderá, ou não, enfrentar e resolver todas as questões levantadas e suscitadas pelas partes, além dos fundamentos da ação e da defesa.

Vale dizer que, ao pugnar por nova decisão, o recorrente fixa a *extensão* da devolutividade, para que o Tribunal possa julgar o recurso. Na realidade, a *extensão* do efeito devolutivo é desdobramento do princípio dispositivo, insculpido no art. 262 do Diploma Processual Civil, pois, como o juiz, via de regra, não pode agir de ofício, devendo aguardar a iniciativa da parte ou do interessado (CPC, art. 2º), deve, igualmente, decidir apenas nos limites do pedido (CPC, art. 460), que são fixados na petição inicial (CPC, art. 128), sob pena de julgar *extra, ultra* ou *citra petita*.

Assim, a *extensão* da devolutividade da apelação é aferida pela dimensão da impugnação manifestada pelo

4 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficácia das Decisões e Execução Provisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 218.

recorrente, princípio este consagrado no vetusto axioma latino *tantum devolutum quantum appellatum* (art. 515, caput, CPC), pelo qual a matéria a ser apreciada pelo Tribunal “é delimitada por o que é submetido ao órgão *ad quem* a partir da amplitude das razões apresentadas no recurso”<sup>5</sup>.

Destarte, sob o plano horizontal, a atividade cognitiva do tribunal *ad quem* fica restrita aos tópicos da sentença que tenham sido objeto da impugnação. A propósito, leciona Barbosa Moreira: “como não se concebe que a extensão da matéria impugnada seja *maior* que a da matéria decidida, o julgamento do tribunal (com ressalva do disposto no art. 516) nunca terá objeto *mais* extenso que o da sentença apelada. Concebe-se, por outro lado, que a extensão da matéria impugnada seja *menor* que a da matéria decidida: basta lembrar a possibilidade de impugnação parcial (art. 505). Quer isso dizer que o objeto do julgamento do tribunal pode ser *tão extenso* quanto o do julgamento de primeiro grau, ou *menos extenso* que o deste”<sup>6</sup>.

Neste particular, invoca-se a lição de José Rogério Cruz e Tucci, pela qual “o efeito devolutivo da apelação restringe-se exclusivamente pela perspectiva da extensão, à superfície contenciosa. Isso significa que ao tribunal é vedado conhecer de matéria estranha ao julgamento de primeiro grau, não constante do recurso”<sup>7</sup>.

Óbvio parece, então, que, o tribunal, sob o plano da extensão do efeito devolutivo, deve cumprir o requisito da reanálise das matérias julgadas em grau inferior

5 *Idem*. *Ibidem*, p. 219.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5, p. 425.

7 TUCCI, José Rogério Cruz. *Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352 e 10.358*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 56-57.

de jurisdição, desde que estas não sejam estranhas ao âmbito do julgamento monocrático. Devolve-se ao juízo coletivo *ad quem* a cognição apenas das questões suscitadas e discutidas no processo, para que este, examinando-as, possa manter ou reformar o ato decisório em referência.

Entretantes, não é somente a matéria efetivamente abordada na sentença e posteriormente impugnada que se inserirá no âmbito do efeito devolutivo da apelação, pois o art. 515 do C.P.C., após fixar, no seu *caput*, a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, como delimitadora da *extensão* do efeito devolutivo, prevê, em seus §§1º e 2º, hipóteses que estabelecem a *profundidade* da cognição a ser exercida pelo Tribunal.

Assim, se, de um lado, é certo afirmar que tais disposições configuram exceção ao princípio dispositivo, porque caracterizam uma espécie de benefício comum (caráter bilateral do efeito devolutivo, decorrente de sua *profundidade*), de outro, não é menos exato, também, que até essas exceções decorrem da própria atividade cognitiva exercida pelo órgão *ad quem*, em sede de apelação, que é, mais do que em qualquer outro recurso, extremamente ampla.

Então, reconhece-se que a profundidade do efeito devolutivo da apelação é idêntica à da cognição exercida pelo juízo *a quo*, quando profere a sentença recorrida, sendo certo que a devolução, sob a ótica da profundidade, manifesta-se em toda a sua plenitude, porque o tribunal pode apreciar todas as questões examináveis de ofício a cujo respeito o órgão *a quo* não se tenha manifestado, tenham elas sido ou não discutidas pelas partes em primeiro grau de jurisdição. A par disso, a doutrina

recorrente, princípio este consagrado no vetusto axioma latino *tantum devolutum quantum appellatum* (art. 515, caput, CPC), pelo qual a matéria a ser apreciada pelo Tribunal “é delimitada por *o que* é submetido ao órgão *ad quem* a partir da amplitude das razões apresentadas no recurso”<sup>5</sup>.

Destarte, sob o plano horizontal, a atividade cognitiva do tribunal *ad quem* fica restrita aos tópicos da sentença que tenham sido objeto da impugnação. A propósito, leciona Barbosa Moreira: “como não se concebe que a extensão da matéria impugnada seja *maior* que a da matéria decidida, o julgamento do tribunal (com ressalva do disposto no art. 516) nunca terá objeto *mais* extenso que o da sentença apelada. Concebe-se, por outro lado, que a extensão da matéria impugnada seja *menor* que a da matéria decidida: basta lembrar a possibilidade de impugnação parcial (art. 505). Quer isso dizer que o objeto do julgamento do tribunal pode ser *tão extenso* quanto o do julgamento de primeiro grau, ou *menos extenso* que o deste”<sup>6</sup>.

Neste particular, invoca-se a lição de José Rogério Cruz e Tucci, pela qual “o efeito devolutivo da apelação restringe-se exclusivamente pela perspectiva da extensão, à superfície contenciosa. Isso significa que ao tribunal é vedado conhecer de matéria estranha ao julgamento de primeiro grau, não constante do recurso”<sup>7</sup>.

Óbvio parece, então, que, o tribunal, sob o plano da extensão do efeito devolutivo, deve cumprir o requisito da reanálise das matérias julgadas em grau inferior

5 *Idem. Ibidem*, p. 219.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5, p. 425.

7 TUCCI, José Rogério Cruz. *Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352 e 10.358*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 56-57.

de jurisdição, desde que estas não sejam estranhas ao âmbito do julgamento monocrático. Devolve-se ao juízo coletivo *ad quem* a cognição apenas das questões suscitadas e discutidas no processo, para que este, examinando-as, possa manter ou reformar o ato decisório em referência.

Entretantes, não é somente a matéria efetivamente abordada na sentença e posteriormente impugnada que se inserirá no âmbito do efeito devolutivo da apelação, pois o art. 515 do C.P.C., após fixar, no seu *caput*, a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, como delimitadora da *extensão* do efeito devolutivo, prevê, em seus §§1º e 2º, hipóteses que estabelecem a *profundidade* da cognição a ser exercida pelo Tribunal.

Assim, se, de um lado, é certo afirmar que tais disposições configuram exceção ao princípio dispositivo, porque caracterizam uma espécie de benefício comum (caráter bilateral do efeito devolutivo, decorrente de sua *profundidade*), de outro, não é menos exato, também, que até essas exceções decorrem da própria atividade cognitiva exercida pelo órgão *ad quem*, em sede de apelação, que é, mais do que em qualquer outro recurso, extremamente ampla.

Então, reconhece-se que a profundidade do efeito devolutivo da apelação é idêntica à da cognição exercida pelo juízo *a quo*, quando profere a sentença recorrida, sendo certo que a devolução, sob a ótica da profundidade, manifesta-se em toda a sua plenitude, porque o tribunal pode apreciar todas as questões examináveis de ofício a cujo respeito o órgão *a quo* não se tenha manifestado, tenham elas sido ou não discutidas pelas partes em primeiro grau de jurisdição. A par disso, a doutrina



se orienta no sentido de que a extensão do efeito devolutivo é determinada a partir da matéria impugnada, enquanto a profundidade compreende todas as questões relacionadas com os fundamentos do pedido e da defesa, ainda que a sentença monocrática não as tenha apreciado por inteiro.

### 3. A AMPLIAÇÃO DA EXTENSÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DA APELAÇÃO COM O ADVENTO DO ART. 515, §3º, DO CPC

Antes da superveniência da Lei n.º 10.352/2001, uma vez extinto o processo sem apreciação de mérito, a apelação a ser interposta contra a sentença objetivava, apenas e tão-somente, demonstrar a impropriedade de tal extinção, sem cogitar nada a respeito do mérito da demanda, que sequer chegou a ser examinado. Naquele momento, prevalecia, no seio doutrinário, a idéia de que “se o órgão *ad quem* der provimento ao recurso, os autos deverão retornar ao juízo *a quo*, para que profira nova decisão, não podendo o tribunal julgar o mérito da causa, sob pena de supressão de instância”<sup>8</sup>.

Isso porque, como o pedido não tinha sido apreciado pelo juiz, em razão do acolhimento de uma questão prévia (antecedente), não poderia o tribunal julgá-lo diretamente. Assim, caso a sentença viesse, eventualmente, a ser terminativa, a interposição do apelo não autorizaria o julgamento do *meritum causae* pela instância superior, até porque o juízo monocrático não

8 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da Ação: Enfoque sobre o Interesse de agir no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 136.

teria, ainda, cumprido e acabado o seu mister jurisdicional, conforme a regra estampada no art. 463, do Diploma de ritos.

Significa dizer, em outras palavras, que “o apelante, ao deduzir suas razões recursais, não deveria, antes da modificação sob comento, requerer ao tribunal que apreciasse o mérito da demanda, caso o juiz de primeira instância tivesse proferido sentença terminativa. E, mesmo que o apelante inserisse no âmbito do efeito devolutivo do seu recurso a análise do mérito, não caberia ao tribunal apreciar as razões de mérito articuladas na apelação. Isso porque, tendo o juízo singular apenas proferido decisão terminativa do feito, deixando de proceder à análise do mérito da contenda, não deveria o juízo *ad quem* adentrar na matéria de mérito, sob pena de suprimir um grau de jurisdição”<sup>9</sup>.

A única exceção que perdurava no seio da doutrina e da jurisprudência dizia respeito à pronúncia judicial da *prescrição e/ou decadência*, cujo reconhecimento importa, atualmente, sem maiores dúvidas, julgamento de mérito.

Com efeito, a prescrição e a decadência configuram reais prejudiciais de mérito, matéria substantiva e não formal, e, por isso, quando o juiz, após a instrução do feito, reconhece qualquer uma delas, inegavelmente já examinou o mérito da demanda, extinguindo o processo por meio da denominada “**sentença de mérito atípica**”, consoante o art. 269, inc. IV, do C.P.C, embora o pedido formulado na inicial, a rigor, não tenha sido nem acolhido tampouco rejeitado expressamente.

9 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Inovações no Processo Civil (Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001)*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 82.

Assim, o tribunal, ao afastar a prescrição ou a decadência antes reconhecidas no juízo de origem, poderia avançar no julgamento, para acolher ou rejeitar o pedido, passando a apreciar os demais aspectos da lide, sobre os quais o juiz *a quo* não chegara sequer a se manifestar. Nestes casos, não haveria, tecnicamente, supressão de instância jurisdicional, porque o tribunal apenas iria apreciar questões antes não apreciadas, sem proferir, todavia, o primeiro julgamento do mérito, já concretizado anteriormente (CPC, art. 269, IV).

Este, aliás, era o entendimento predominante da doutrina à época: “Evidentemente, com o decreto da prescrição ou decadência, as demais partes do mérito restaram prejudicadas, sem o exame explícito do juiz. Como o efeito devolutivo da apelação faz com que todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que o juiz não as tenha julgado por inteiro, como no caso do julgamento parcial do mérito com a pronúncia da decadência e prescrição, sejam devolvidas ao conhecimento do tribunal, é imperioso concluir que o mérito como um todo pode ser decidido pelo tribunal quando do julgamento da apelação, caso dê provimento ao recurso para afastar a prescrição ou decadência”<sup>10</sup>.

Adverte-se, porém, que a atuação do órgão superior somente se viabilizaria, caso a questão de mérito fosse exclusivamente de direito, ou, sendo fática e de direito, já houvesse, nos autos, elementos de prova suficientes à formação do convencimento judicial, sob pena de afronta ao direito de defesa do réu, evitando-se, daí,

10 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil extravagante em vigor*. 4. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 1003.

que este viesse a ser surpreendido por um julgamento de mérito que, decerto, não poderia esperar.

Conforme já dito alhures, o referido entendimento concernente à prescrição e à decadência decorreu, basicamente, da positivação de entendimentos já firmados na doutrina e na jurisprudência, restando ao legislador apenas transportá-lo para os casos de sentença terminativa, o que foi feito, mediante a inclusão do §3º ao art. 515 do CPC pela Lei n.º 10.352/2001.

Com o advento deste dispositivo legal, extinto o processo sem exame de mérito pela sentença proferida pelo juiz monocrático, poderá o tribunal, ao dar provimento à apelação, nele adentrar, desde que já estejam presentes, no álbum processual, todos os elementos de prova necessários ao exame do pedido formulado na inicial ou se a causa versar, exclusivamente, sobre matéria de direito.

Tem-se, assim, “a aplicação, na íntegra, do que já se denominou em sede doutrinária de *teoria da causa madura*, ou seja, aquela que está completamente instruída e pronta para receber a sentença de mérito”<sup>11</sup>, sem faltar, portanto, qualquer providência fática que pudessem postergar a apreciação do *meritum causae*. Destarte, infere-se que o princípio da *causa madura* apóia-se na regra de que a segunda instância pode fazer tudo o que o juiz de primeira instância, podendo fazer, não o fez, por erro no julgamento (*error in iudicando*).

Todavia, exsurge uma particularidade de relevo, que merece atenção nos casos em que se pretenda aplicar o comando do art. 515, §3º, do CPC.

11 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. v. 2, p. 91.

Já se viu, linhas atrás, que, diferentemente da *profundidade* que é estabelecida em lei, compete ao apelante, em suas razões recursais, fixar a *extensão* do efeito devolutivo da apelação, de sorte que o tribunal, nestas situações, ao reformar a sentença terminativa, poderá analisar o *meritum causae* **somente na hipótese de requerimento expresso neste sentido.**

Sobre o tema, impende registrar a didática lição de Leonardo José Carneiro da Cunha: “para que reste aplicada a regra do §3º do art. 515 do CPC, é preciso que o apelante, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento ao seu apelo e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso o apelante requeira que, após o provimento do recurso, sejam os autos devolvidos ao juízo de primeira instância para análise do mérito, por ignorância da nova regra ou por lhe ser mais conveniente, não poderá o tribunal, valendo-se do §3º do art. 515 do CPC, adentrar no exame do mérito, sob pena de estar julgando *extra* ou *ultra petita*”<sup>12</sup>.

Então, no caso de sentença terminativa, revela-se indispensável o pedido expresso do apelante para que o tribunal julgue o mérito da causa, com espeque no §3º do art. 515 do CPC, sob pena de violação ao princípio dispositivo, previsto no art. 2º do mesmo diploma processual, aplicado analogicamente aos recursos.

Bem por isso, ao prover apelação interposta em face de sentença terminativa, na hipótese de requerimento expresso do recorrente, o tribunal deve, inexoravelmente, apreciar o *meritum causae* da demanda, exceto quando

12 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Inovações no Processo Civil (Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001)*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 85-86.

a questão meritória não for exclusivamente de direito, reclamando, daí, alguma providência a ser destrinchada no juízo de origem.

#### 4. CONCLUSÕES

Quer-nos parecer, portanto, que, a partir do §3º do art. 515, do CPC, a decisão do tribunal, no julgamento do recurso de apelação, cobrirá área maior do que a abrangida pela sentença, sem que se possa falar em supressão de instância, tampouco em violação ao art. 463 do mesmo estatuto processual, na medida em que existe expressa autorização legal para tanto.

Via de consequência, discussões amiúde existentes no sentido de saber se o juiz, ao cumprir seu ofício jurisdicional, teria, ou não, enfrentado o mérito da causa, atualmente, não possuem qualquer repercussão prática, porquanto os tribunais, autorizados por explícita dicção legal, podem conhecê-lo e apreciá-lo direta e imediatamente, sem a necessidade de devolver os autos ao juízo de origem.

Sobreleva-se, daí, a intenção legislativa, que objetiva empreender maior celeridade e pragmatismo à prestação jurisdicional, ao conferir plena legitimidade ao tribunal para proceder a um exame completo e exauriente do apelo, permitindo-lhe, desde logo, a apreciação e julgamento de todas as questões suscitadas no processo, prescindindo da remessa dos autos à instância inferior, sem diferir, ainda mais e na contramão da tendência processual hodierna, a ultimação da prestação jurisdicional.

Com efeito, afigura-se inteiramente racional o entendimento de que, estando o processo “maduro para julgamento”, por conter elementos probatórios suficientes para seu julgamento em razão de instrução probatória já efetivada ou, alternativamente, quando o feito, àquela altura, já comportava julgamento antecipado (art. 330 do CPC), possa o tribunal, legitimamente, apreciar o mérito da lide, ainda que o juízo *a quo* não o tenha feito. É que a generalidade, abstração e capacidade de expansão do princípio do acesso à justiça dão liberdade ao aplicador do direito superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa e razoável, emprestando novo sentido à norma jurídica para atender às novas aspirações da Justiça ideal e do bem comum.

É imperativo concluir, no âmbito destes questionamentos, que a investida do órgão *ad quem* no âmbito da lide propriamente dita não proporciona qualquer prejuízo às partes, desde que respeitados o contraditório e a ampla defesa no juízo *a quo*; ao contrário, proporciona a prestação da tutela jurisdicional de forma mais célere e segura, tudo em obséquio a alguns dos mais relevantes princípios informadores da processualística moderna.

Há de se interpretar o Direito Processual Civil de uma maneira a extrair da norma positiva o máximo que ela possa fornecer, na tentativa de acelerar a entrega da efetiva prestação jurisdicional, pois “se o processo é um instrumento, não pode ele exigir um dispêndio exagerado em relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio

do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado princípio da economia, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”<sup>13</sup>.

Realmente, diante dos reclamos sempre presentes, a efetiva aplicação do art. 515, §3º, do CPC deve prevalecer, como um dogma inerente ao sistema processual civil, por atender às hodiernas pretensões da justiça “ideal”, notadamente àquelas concernentes à manutenção da garantia do amplo acesso à justiça, proposição albergada em sede constitucional (C.F, art. 5º, inc. XXXV).

Seria altamente disfuncional para o Direito Contemporâneo que o jurisdicionado percorresse o caminho mais árduo para conquistar seus direitos ofendidos, se existe um caminho muito mais rápido e objetivo. Bem é dizer: qualquer delonga na possibilidade de desfrute do direito, delonga esta que onere o patrimônio, conduz à ineficácia da medida. Não deve, ou melhor, não pode o Direito omitir-se ante uma realidade que reclama novas formas de proteção jurídica, sob pena de deixar de cumprir sua missão normativa de disciplinar a vida social.

O Direito Processual Civil, como instrumento responsável pela aplicação da norma positiva substantiva, não pode e não deve ficar insensível a tais fenômenos. O excesso de formalismo e a utilização da técnica processual – como se constituíssem fins em si mesmos – representam um verdadeiro “mal”, pois desconsideram o objeto na construção do instrumento, inclusive por

13 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 72.

que “a concepção moderna do processo, como instrumento de realização da justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la”<sup>14</sup>.

Não se pode dar espaço, no atual estágio de desenvolvimento do direito, ao que Dinamarco denominou de “**aspecto negativo da instrumentalidade**”, ao asentar que “o formalismo no modo de empregar a técnica processual, o que tem também o significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual”<sup>15</sup>.

Aliás, o Direito, em permanente evolução, ultrapassa os limites interpretativos tradicionais, para atualizar o conteúdo da Lei, buscar no domínio axiológico o seu sentido finalístico, através de encadeamentos visualizadores do que seja justo e razoável.

Por meio de tais operações, não tomará o magistrado liberdades permissivas com a Lei, decidindo contra o seu comando, mas, ao estabelecer, em atividade recriadora, a norma regente do caso concreto, dentre as várias opções interpretativas que se ofereceram ao seu espírito, escolherá aquela que mais realize completamente o ideal do justo e razoável.

De tudo quanto exposto, repita-se o tantas vezes já bradado: ao prover apelação interposta em face de sentença terminativa, na hipótese de requerimento expresso do recorrente, o tribunal deve, inexoravelmente, apreciar o *meritum causae* da demanda, exceto quando a

14 STJ, REsp n.º 15713/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 04.12.91  
15 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 268.

questão meritória não for exclusivamente de direito, reclamando, daí, alguma providência a ser destrinchada no juízo de origem.

Tratando-se, portanto, de questões exclusivamente jurídicas, a aplicação da previsão inculpada no art. 515, §3º, do Código de Processo Civil pátrio não configura – é certo – uma “discricionariedade judicial”, uma faculdade, mas sim um “poder-dever” do órgão julgador, porque autorizado por cogente regra legal, para não subverter, negativamente, a nova ordem processual vigente.

## 5. REFERÊNCIAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. v. 2.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Inovações no Processo Civil (Comentários às Leis 10.352 e 10.358/2001)**. São Paulo: Dialética, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação: Enfoque sobre o Interesse de agir no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JORGE, Flávio Cheim. **Apelação Cível: teoria geral e admissibilidade**. 1. ed. São Paulo: RT, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das Decisões e Execução Provisória**. São Paulo: RT, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Lineamentos da nova reforma do CPC: Lei 10.352 e 10.358**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

# O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA, O CIDADÃO E SUAS IMPLICAÇÕES NO ATUAL ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

Bruno Araújo da Costa

Bacharel em Direito. Ex-aluno da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMape

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. CONCEITOS DOUTRINÁRIOS SOBRE A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA; 3. ANTECEDENTES DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA; 4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO: A EMENDA Nº 19/98, PRINCIPAIS INOVAÇÕES; 5. POLÊMICA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE A EFICIÊNCIA E OS DEMAIS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS; 6. DISCRICIONARIEDADE E EFICIÊNCIA; 7. O DIREITO DO CIDADÃO À PRESTAÇÃO EFICIENTE DO SERVIÇO; 8. OS PRECEITOS ÉTICOS QUE GIRAM EM TORNO DA ATIVIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO; 9. CONCLUSÕES; 10. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Vivemos uma era em que aumenta a consciência de cidadania e em que, cada vez mais são cobrados resultados dos gestores públicos. Coerente com esse novo contexto, a Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, entre outras disposições, inclui a eficiência como um dos princípios básicos da administração pública. Este artigo pretende demonstrar algumas decorrências desse princípio e, em especial, a necessidade de investir na qualificação de recursos humanos para que seja obtida a eficiência na atividade pública.

É inequívoca a importância dos princípios para a interpretação e conseqüente aplicação do Direito. Não se pode prescindir de tais marcos do ordenamento jurídico. Diversos são os doutrinadores que vislumbram a relevância dos princípios para a ordem jurídica em sua totalidade.

Pode-se citar, entre outros, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2001:25), para quem “há uma disciplina autônoma quando corresponde a um conjunto sistematizado de princípios e normas que lhe dão a identidade, diferenciando-a das demais ramificações do Direito. Carlos Ari Sundfeld (1996:137) proclama que “os princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”.

José Cretella Júnior (1999:60) admite que “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência”.

Pode-se conceituar o termo eficiência de acordo com Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1986:620) como “ação, força, virtude de produzir um efeito, eficácia”, contrapondo-se à lentidão, descaso, negligência e omissão. A eficiência pressupõe a necessidade de otimizar determinado setor, no caso o público, para que se possam oferecer melhores condições no tocante à prestação de serviços. Não mais se observa apenas o aspecto quantitativo, mas também, e principalmente, o prisma da qualidade.

Hely Lopes Meirelles (2003:90) conceitua a eficiência como um dever da Administração Pública, “que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, exigindo resultados positivos para o serviço público”.

O fomento à noção de eficiência é resultado da tendência à privatização de diversos setores, antes monopolizados pelo Estado. Segundo Ricardo Salomão (1998:17), “os usuários passam a serem vistos como consumidores, devendo o administrador considerar a eficiência, que pode ser entendida como forma de manifestação da capacitação de um gerente, como um dos fatores importantes para a tomada de suas decisões”.

A população brasileira parece estar mais ciente de seus direitos e deveres, e uma vez que isso é possível, podemos visualizar uma crescente demanda em busca da qualidade do serviço público.

É dever do administrador observar os princípios basilares da nossa Lei Magna, no exercício de suas atividades. O princípio da eficiência está integralmente inserido nesse contexto onde o Estado, ainda com escassez de recursos, tenta desenfreadamente buscar a qualidade total no serviço prestado.

Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma melhor rentabilidade social.

## 2. CONCEITOS DOUTRINÁRIOS SOBRE A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

Embora alguns autores de renome, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2001: 75), “considerem a eficiência algo mais do que desejável, sendo conceito

jurídico tão fluido e de tão difícil controle que mais pareceria simples adorno agregado ao art. 37", esta não é a concepção da maioria dos doutrinadores.

Não obstante seja certo que tal elemento não foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 19/98, deve-se considerar que a introdução deste princípio no texto de nossa Lei Magna foi determinante para o reconhecimento da eficiência administrativa como princípio autônomo.

A referência à eficiência é, na verdade, exigência dos novos tempos. Pugna-se, em todos os setores sociais, por um Estado eficiente, por um serviço público eficiente, enfim, por uma administração pública eficiente. Há maior consciência, na sociedade moderna, acerca dos direitos inerentes aos cidadãos, que passam a exigir mais qualidade no tocante à prestação dos serviços públicos.

Neste sentido, busca-se a prestação de serviços públicos essenciais com qualidade. Desta exigência decorre a necessidade do estabelecimento de metas a serem atingidas para assegurar a eficiência administrativa.

### **3. ANTECEDENTES DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

O princípio da eficiência é matéria constitucional nova, o que não significa que a eficiência seja preocupação recente na administração pública brasileira. Um breve histórico permitirá situar melhor a questão.

Antes de 1930, a administração pública tinha um enfoque técnico mecanicista, estabelecendo-se as relações estreitas entre organização pública e privada, num

contexto pouco complexo, onde o administrador público era considerado um mero executor de políticas, dentro de princípios de eficiência.

Em 1938 foi criado o DASP (Departamento Administrativo de Serviço Público), com o objetivo de ser o braço administrativo do governo Getúlio Vargas, e que tinha na racionalização e no treinamento técnico sua forte orientação.

O período do pós-guerra (1946-1964) caracterizou-se pela ideologia desenvolvimentista, e envolveu ajuda estrangeira em assistência técnica, a organização de novos órgãos públicos e a criação de um corpo de administradores capazes de exercer liderança em programas de estímulo e apoio ao aperfeiçoamento social e econômico.

Enfim, no atual período, após 1989, verifica-se que a mobilização social consolida o conceito de cidadania, emergindo a proposta de participação da sociedade civil na gestão pública. O novo papel do Estado parece ser o catalisador de energias e potencialidades governamentais e comunitárias.

Nesse novo contexto, a competência política para conciliar demandas sociais precisa ser aliada à capacidade técnica para definir prioridades e metas, formular estratégias e gerir recursos escassos.

### **4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO: A EMENDA Nº 19/98, PRINCIPAIS INOVAÇÕES**

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe novidades significativas, com impacto sobre todo o Direito Administrativo. Pode-se apontar como uma destas ino-



jurídico tão fluido e de tão difícil controle que mais pareceria simples adorno agregado ao art. 37", esta não é a concepção da maioria dos doutrinadores.

Não obstante seja certo que tal elemento não foi integrado ao ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional 19/98, deve-se considerar que a introdução deste princípio no texto de nossa Lei Magna foi determinante para o reconhecimento da eficiência administrativa como princípio autônomo.

A referência à eficiência é, na verdade, exigência dos novos tempos. Pugna-se, em todos os setores sociais, por um Estado eficiente, por um serviço público eficiente, enfim, por uma administração pública eficiente. Há maior consciência, na sociedade moderna, acerca dos direitos inerentes aos cidadãos, que passam a exigir mais qualidade no tocante à prestação dos serviços públicos.

Neste sentido, busca-se a prestação de serviços públicos essenciais com qualidade. Desta exigência decorre a necessidade do estabelecimento de metas a serem atingidas para assegurar a eficiência administrativa.

### **3. ANTECEDENTES DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

O princípio da eficiência é matéria constitucional nova, o que não significa que a eficiência seja preocupação recente na administração pública brasileira. Um breve histórico permitirá situar melhor a questão.

Antes de 1930, a administração pública tinha um enfoque técnico mecanicista, estabelecendo-se as relações estreitas entre organização pública e privada, num

contexto pouco complexo, onde o administrador público era considerado um mero executor de políticas, dentro de princípios de eficiência.

Em 1938 foi criado o DASP (Departamento Administrativo de Serviço Público), com o objetivo de ser o braço administrativo do governo Getúlio Vargas, e que tinha na racionalização e no treinamento técnico sua forte orientação.

O período do pós-guerra (1946-1964) caracterizou-se pela ideologia desenvolvimentista, e envolveu ajuda estrangeira em assistência técnica, a organização de novos órgãos públicos e a criação de um corpo de administradores capazes de exercer liderança em programas de estímulo e apoio ao aperfeiçoamento social e econômico.

Enfim, no atual período, após 1989, verifica-se que a mobilização social consolida o conceito de cidadania, emergindo a proposta de participação da sociedade civil na gestão pública. O novo papel do Estado parece ser o catalisador de energias e potencialidades governamentais e comunitárias.

Nesse novo contexto, a competência política para conciliar demandas sociais precisa ser aliada à capacidade técnica para definir prioridades e metas, formular estratégias e gerir recursos escassos.

### **4. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA COMO PRINCÍPIO: A EMENDA Nº 19/98, PRINCIPAIS INOVAÇÕES**

A Emenda Constitucional nº 19/98 trouxe novidades significativas, com impacto sobre todo o Direito Administrativo. Pode-se apontar como uma destas ino-

vações, a constitucionalização do princípio da eficiência. A eficiência administrativa já estava implícita ou explicitamente, como no art. 26, III, do Decreto-Lei 200/69, contida na legislação infraconstitucional. No entanto, a elevação ao plano constitucional demonstrou sua importância para nossa administração pública.

As recentes modificações que o texto constitucional recebeu, através da Emenda Constitucional nº 19/98, têm constituído uma fonte de desafios.

A introdução expressa do princípio da eficiência, ao nosso ver, faz-se para tentar oferecer respostas às acusações de praxe contra a administração pública brasileira, tais como corrupção, nepotismo, baixa qualidade dos serviços públicos, estabilidade do servidor como mordomia, salários exorbitantes etc. O cidadão brasileiro sempre se ressentiu dos serviços públicos que lhe são oferecidos, denunciando continuamente a ineficiência destas atividades estatais através da mídia.

Convém observar que o art. 70, caput, já estabelecia que o controle deve considerar a economicidade, um termo que poderia, num sentido amplo, ser considerado como sinônimo de eficiência. Pode-se estabelecer, no entanto, uma diferença crucial: economicidade tem conotação de não desperdício de recursos, enquanto eficiência é alcançar o máximo de produtividade da utilização dos recursos disponíveis.

O administrador deve buscar gerir recursos sob sua responsabilidade de forma a obter o máximo de produtividade. A visão que predominava em relação à administração pública dava a entender que o fundamental era visar ao bem comum, importando menos se o processo se fazia de forma eficiente ou não.

A partir da Emenda nº 19, pode-se dizer que não basta a administração pública estar direcionada ao bem comum, é preciso fazê-lo adotando práticos e sistemas que garantem a maior produtividade possível dos recursos disponíveis.

Outra alteração relevante introduzida pela Emenda nº 19 encontra-se no parágrafo 7º do artigo 39, que disciplina a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes de cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

Esse parágrafo é corolário do princípio da eficiência. Programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento de recursos humanos, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço não têm o objeto maior de buscar a eficiência da gestão pública.

Surge, então, a eficiência como princípio constitucional com o fito de orientar a interpretação teleológica da reforma administrativa, bem como da Constituição como um todo e do regime jurídico da administração pública. Segundo João Batista Gomes Moreira, (1997:7), “é verdadeiro fio condutor que leva ao objetivo central da reforma, ou seja, encaminhar o modelo de administração racional-burocrática e patrimonialista para a tendência gerencial”.

## 5. POLÊMICA ACERCA DA EXISTÊNCIA DE HIERARQUIA ENTRE A EFICIÊNCIA E OS DEMAIS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Uma das grandes questões discutidas atualmente, e que faz parte do projeto de reforma administrativa do Estado, é a necessidade de tornar a administração pública mais eficiente. Faz-se necessária a adoção de novas formas de gestão da coisa pública, mais ágeis, descentralizadas, que priorizem o controle dos resultados ao controle dos procedimentos.

O renomado Hely Lopes Meirelles, (2003:121) referiu-se à eficiência como um dos deveres da administração. Definiu-a como “que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa”.

Para a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003:74), “o princípio apresenta dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, como também em relação ao modo racional de organizar a Administração”.

A eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos de segurança e ao próprio Estado de Direito. Há, hoje, polêmica quanto à questão deste novo princípio constitucional em relação aos demais princípios constitucionais da administração pública.

Alguns autores admitem que, antes da inserção deste novo princípio constitucional, deveria o administrador – se fosse o caso – sacrificar a eficiência para que fossem atendidos os princípios constitucionais da

legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. No entanto, com sua introdução no texto constitucional, o administrador deve atentar para os cinco princípios, aplicando-os equilibradamente.

Assim sendo, pode-se concluir que, na medida do possível, todos os princípios devem ser atendidos. Entretanto, deve-se dar maior ênfase a princípios como o da legalidade, em face do disposto no art. 5º, CF 88. Não pode o administrador prescindir dos demais princípios, argumentando que a eficiência administrativa deve ser atendida a todo custo.

O ideal seria que sempre fosse este princípio estritamente observado. No entanto, não se podem sacrificar os demais princípios para que atenda o ato o requisito da eficiência. Atente-se que a legalidade, a título de exemplo, é direito fundamental dos cidadãos e não pode ser olvidada nem mesmo por Emenda à Constituição.

É, inclusive, questionável a eficiência de um ato que não se enquadra nos pressupostos da legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade. Em tal caso, pode-se dizer que há eficiência ficta.

Portanto, o administrador público deve considerar a hierarquia existente entre os princípios do art. 37, *caput*, CF 88. Todos, *a priori*, devem ser atendidos. Entretanto, caso necessário, deve-se sacrificar a eficiência para que se observem os demais princípios constitucionais explícitos da administração pública.

## 6. DISCRICIONARIEDADE E EFICIÊNCIA

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2002:48), “discricionariedade é a margem de liberdade que cabe ao administrador para eleger, segundo critérios

razoáveis, um dentre, pelo menos, dois comportamentos cabíveis a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal”.

Desta forma, à medida que se dá certa liberdade ao administrador para a emanção de determinados atos, é restringido seu poder de atuação. Algumas das restrições mais veementes são exatamente os princípios elencados em nossa lei magna. Ao exarar um ato administrativo discricionário, não pode o administrador olvidar aspectos como legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e, após o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, eficiência.

Portanto, se a reforma administrativa tem aspectos que podem ser considerados retrocesso, a positivação do princípio da eficiência no âmbito constitucional, pela amplitude de suas repercussões, principalmente como mais um referencial de controle da atividade administrativa discricionária, é inequívoco avanço institucional.

Para alguns, inclusive, à luz da atual redação do art. 37 da Constituição, a atividade administrativa pode, para fins de controle jurisdicional, ser objeto de três ordens distintas de consideração, a saber: legalidade, moralidade e, agora, eficiência.

Desta forma, surge a eficiência como nova forma de controle da discricionariedade dos atos. E, estando submetida a este princípio, a atividade administrativa dos órgãos e entidades públicas deve ser eficaz, ou seja, deve produzir o efeito desejado, deve dar bons resultados. As condutas e decisões administrativas devem, portanto, buscar o melhor resultado na resposta às demandas públicas.

O Judiciário, assim, poderá aferir se a solução administrativa inobstante legal (contida dentro das possibilidades admitidas em lei), revelou-se eficiente. É, pois, a aproximação entre legalidade e legitimidade, entre legalidade formal e legalidade material, entre poderes administrativos e satisfação de interesses públicos, que se coloca o princípio constitucional da eficiência.

Caberá ao administrador a escolha de melhor solução quando houver necessidade de decidir, presentes duas ou mais alternativas. Mas, a eficiência, agora, influenciaria sua decisão por ter ele que respeitar o princípio inserido pela Emenda Constitucional nº 19.

Atuando sempre objetivando a solução mais eficiente, desde a Emenda nº 19, o administrador deverá observar que o mérito administrativo, agora, é comprometido com a melhor forma de solução, com verdadeira obrigação de optar pelo meio mais eficiente, virtude de produzir efeito mais rápido, perfeito de acabamento, e com pouco custo para a administração.

## **7. O DIREITO DO CIDADÃO À PRESTAÇÃO EFICIENTE DO SERVIÇO**

Todos os poderes do Estado devem observar a eficiência nas funções, por força do art. 37 da CF., caput.

Com a nova ordem constitucional, a sociedade tem a possibilidade de invocar a cidadania para cobrar a qualidade no serviço público. Para a defesa de interesse difuso e coletivo, existe a ação civil pública, salientando sempre que poderá a demanda ter por objeto a condenação em dinheiro ou cumprimento da obrigação de fazer e de não fazer.

O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias.

Na ação que tenha por objeto o cumprimento de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Assim, provimento judicial pode determinar que a administração pública execute reparação de obra ou serviço prestado sem qualidade. Para isto, se vale o judiciário de instrumentos para formar a prova.

Exemplificando, temos a reparação de estrada de rodagem feita pelo DNER – Departamento Nacional de Estrada de Rodagem, comumente, se observarmos a má qualidade nos serviços de recapeamento. Se pagamos tributos considerados os mais onerosos do mundo, merecemos serviços de qualidade. A arrecadação tributária, quanto ao volume, é de primeiro mundo, já os serviços são de terceiro.

A eficiência, hoje princípio da administração, é de observância obrigatória pelos administradores. Com este argumento, devem-se pautar pelo mínimo de satisfatoriedade na execução de atividades. Na reparação de estradas, o que se tem visto é a deteriorização instantânea de trechos quando advêm as primeiras chuvas do período invernos.

O cidadão tem direito a serviço público de bons resultados. Há o princípio da dignidade da pessoa humana, destaque na Constituição, prevalecendo até sobre outros princípios nela consagrados.

Muitas são as responsabilidades do Estado e podem ser exigidos direitos como requisito da cidadania. Pela disposição do art. 23 da Carta Magna, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios cuidar da saúde e assistência pública.

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Como obter saúde e educação para todos? A administração tem o dever de programar-se, com métodos e modos de atuação, onde sejam implantadas avaliações de controle de qualidade.

Ausente o Estado na sua função de servir, o cidadão deve cobrar do Ministério Público posicionamento efetivo voltado para concretização do direito na Constituição consagrado, se não optar por ação judicial individual para obter tutela judicial a seu favor.

## **8. OS PRECEITOS ÉTICOS QUE GIRAM EM TORNO DA ATIVIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO**

Os princípios maiores que haverão de nortear o serviço público encontram-se na moral, logo, a conduta dos mesmos deve enveredar-se pela preservação da honra e da tradição dos serviços públicos. Desta forma, é bom que se diga que o servidor público não poderá desprezar, em hipótese alguma, o elemento ético de sua conduta.

Destarte, somente se terá a correta noção de moralidade administrativa se os atos praticados estiverem em consonância com a finalidade maior da administração

pública, qual seja, a relativa ao bem comum e não à vontade pessoal dos dirigentes políticos, porque vige o Estado de Direito, onde, notadamente, o governo é o das leis e não o dos governantes.

Nunca, o servidor haverá de esquecer que a sua remuneração provém da arrecadação dos tributos, e, demais disso, que a sua relação com a administração pública é de caráter profissional, de modo que os atos de sua vida particular contribuirão para aumentar ou diminuir o seu bom conceito na vida funcional. Assim sendo, a probidade, a urbanidade, dentre outros cozinheiros predicados, haverão de acompanhar e ornar a sua personalidade, e, fora da repartição, não deverá ter comportamentos fora de parâmetros de um respeitável homem médio.

Salvo as exceções legais, poucos e bem restritos, os atos administrativos, para serem tidos na conta de morais e eficazes, haverão de ser públicos.

E, mais uma vez, lembremo-nos de que a negativa à dita publicidade, como é sabido, gera ao servidor a imputação do crime de improbidade administrativa.

Enfim, as regras deontológicas haverão de constituir, em realidade, a maior preocupação na vida funcional do agente público, igualmente, fora de seu círculo de atuação laboral, onde quer que esteja.

## **9. CONCLUSÕES**

As evoluções econômicas, sociais e política fazem com que setores da sociedade analisem constantemente sua forma de atuação como requisito indispensável para a sua sobrevivência. Imprescindível a eficiência nesse

contexto, quer como garantia do cidadão quer como forma de controle dos atos discricionários.

A preocupação com a eficiência no setor público impõe-se não apenas pelos argumentos da racionalidade administrativa, mas também por força de um dos princípios que fundamentam a administração pública, e justifica-se, mormente, pela situação de escassez de recursos que permeia o setor público dos países emergentes.

Se por um lado há escassez de recursos, de outro aumentam as necessidades de ação pública em setores como a saúde, a educação, o saneamento básico, a habitação. Acrescente-se, ainda, uma salutar elevação da consciência da cidadania, que faz aumentar a exigência por serviços públicos de qualidade.

O fundamental a ser dito é que o investimento nos recursos humanos é condição essencial para alcançar eficiência na administração pública. Esse não é um processo simples, nem de curto prazo, mas é um processo necessário que deve merecer a atenção principalmente dos municípios, que é onde a coerência de recursos humanos é mais fortemente sentida.

A constitucionalização da eficiência denota a atual tendência à busca por uma administração pública gerencial, sendo repudiadas as orientações voltadas para o modelo burocrático. É, na verdade, uma exigência da sociedade moderna a observância da relação custo versus benefício pelo administrador público, a qual muito bem representa o princípio constitucional da eficiência administrativa.

No entanto, devem os atos administrativos obedecer a todos os princípios elencados no art. 37, caput, de nossa Lei Magna. Não se pode prescindir de qualquer deles, que devem ser aplicados, equilibradamente, ob-

servada a hierarquia existente entre eles. A eficiência, inclusive, para ser constatada em sua plenitude, pressupõe a observação de todos os princípios constitucionais da administração pública, não se podendo considerar eficiente atos ilegais, imorais ou que infrinjam os princípios da publicidade e legalidade.

É indubitável o direito do cidadão à prestação eficiente do serviço. A população deve estar ciente dos seus direitos, a boa qualidade do serviço prestado pela administração não é favor, é um dever, há todo um aparato que assegura isto. A administração deve fornecer meios para que seus operadores tenham condições de atender às reais necessidades da população.

Pode-se concluir que, ao alçar-se à eficiência no plano constitucional, à condição de princípio básico da atividade administrativa, buscou-se dar destaque ao desejo de maximizar-se sempre os resultados em toda e qualquer atuação do serviço público, impondo-se uma atuação dentro de padrões aceitáveis de presteza, perfeição e rendimento.

Todos os princípios, para a garantia da preservação do Estado de Direito, devem ser considerados pelo administrador público e a eficiência deve ser encarada como nova exigência da sociedade, para que os atos não sejam prejudiciais aos interesses públicos. É, pois, mais uma forma de garantir a manutenção da democracia. A eficiência é útil, ademais, à medida que auxilia no controle dos atos administrativos discricionários.

Desta forma, surge a positivação deste princípio, no âmbito constitucional, como forma de garantir a compatibilização da administração gerencial com o ordenamento jurídico brasileiro.

Deve o Estado prestar os seus serviços com a maior eficiência possível. Fator importante para a administração reside na necessidade de, periodicamente, ser feita avaliação sobre o proveito do serviço prestado. Desse modo, poderá ser ampliada a prestação de certos serviços e reduzida em outros casos, procedendo-se à adequação entre serviço e demanda social.

É tanta a necessidade de que a administração atue com eficiência, curvando-se aos modernos processos tecnológicos e de otimização de suas funções, que a Emenda Constitucional n.º 19/98 a incluiu no art. 37 da CF.

Vale então afirmar que o princípio da eficiência é imprescindível para o cidadão, como um meio, um instrumento para possibilitar a população a ver concretizados os direitos que são garantidos na teoria, dentre os quais, o direito à prestação eficiente do serviço.

## 10. REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Reforma Administrativa e Emenda nº 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 213, jul./set. 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

LAUBADERE, André de. **Direito Público Econômico**. Trad. Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 3. ed. São Paulo: RT, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas. 2002

\_\_\_\_\_. **Reforma Administrativa**. 6. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública: Emenda Constitucional 19/98. Repercussão da teoria do Direito Administrativo**. Brasília: TRF 1ª. Região, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Forense, 1974.

SALOMÃO, Ricardo. Emenda Constitucional nº 19/98: o fim da incidência da Lei 8.666/93 sobre as licitações e contratos das sociedades de economia mista. **Jornal Síntese**, São Paulo, n. 18, set. 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.



# DECISÃO MONOCRÁTICA RELATORIAL: ANÁLISE DO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

**Bruno Felipe da Silva Martin de Arribas**

*Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Técnico Judiciário – GJ III do Tribunal de Justiça de Pernambuco.*

## SUMÁRIO

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS; 2. CONSIDERAÇÕES ATRIAIS SOBRE O ARTIGO 557 DO CPC; 3. ANATOMIA DOS TERMOS LEGAIS; 3.1. Inadmissibilidade; 3.2. Prejudicialidade; 3.3. Improcedência; 3.4. Contrariedade do recurso com súmula ou jurisprudência dominante; 4. O JUÍZO MERITÓRIO POSITIVO DO § 1º-A; 5. O AGRAVO INOMINADO DO § 1º; 6. PENALIDADE PELO DESÍGNIO PROCRASTINATÓRIO NO AGRAVO INOMINADO; 7. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, VINCULAÇÃO SUMULAR E EFETIVIDADE PROCESSUAL; 8. CONSIDERAÇÕES; 9. REFERÊNCIAS.

### 1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O estudo posto a lume é pejado de discussão, não só pela adensada matéria que encerra, mas também pelas reflexões que impõe acerca de temas de expressiva relevância.

Não é estranho nem recente no ambiente das Cortes o poder que se outorga ao relator para negar, solitária e alta-neiramente, seguimento ao recurso ou mesmo julgá-lo, positiva ou negativamente, quando constata presente qualquer das premissas que recomendam a sua morte antecipada.

Porém, que se dizer da duplicidade de julgamento pela instância colegiada de superposição, pressuposto inarredável (ou quase) do sistema recursal brasileiro,

quando se extrai do conhecimento dum Turma a apreciação da matéria impugnada, relegando-a a um único juízo, o do relator? Nisto ainda, qual a extensão da força vinculatória que o comando legal tem atribuído não só às súmulas, mas também à jurisprudência dominante das casas pretórias antes mesmo da iminente reforma do judiciário (art. 103-A do PEC 29/00 – Senado).

Por outro lado, sendo o processo apenas um instrumento de pacificação social, num prognóstico menos aprofundado, mercê de que motivo se justificaria o encaminhamento dum pretensão que se prediz, em maior ou menor grau, fadada a sucumbir? Com efeito, inefetividade contradiz com composição de conflitos e há muito se reverbera que justiça tardia não é justiça. É bem por isso que muitos hasteiam a bandeira da celeridade e da efetividade processual e, preterindo a cognição colegiada – a qual se diria despicienda e que por sinal não é explicitamente garantida na Carta Constitucional –, abraçam o comando do artigo 557 como medida inafastável no bojo da reforma que se espera dos sistemas judicante e adjetivo.

Muitos e graves os questionamentos, resta então perscrutar as notas dominantes do dispositivo, balizar-lhe por máximas e regras constitucionais pertinentes, ressaltando então a contribuição que rendeu ao plexo normativo no dirimir as lides em exame superior.

## 2. CONSIDERAÇÕES ATRIAIS SOBRE O ARTIGO 557 DO CPC

Seguindo a esteira da normatização interna do Supremo Tribunal Federal (art. 21, inc. IX e §§ 1º e 2º), o Código de Processo Civil, com a alteração introduzida

pela Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995, seguida pela Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998, prescreve em seu art. 557 e parágrafos, dentro do capítulo referente à ordem dos processos no Tribunal, o conhecimento e decisão liminar de recursos.

Vê-se expressão equivalente no art. 34 inc. XVIII do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, no art. 38 da Lei 8.038/1990 e no art. 74 inc. VIII do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Em sua redação originária, o estatuto processual previa no referido artigo:

*Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferir-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído. Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo.*

Corrigindo e integrando as imperfeições técnicas e omissões da antecessora proposição, com o advento da Lei nº 9.139/95 estendeu-se o comando normativo para cobrir, sob o pálio judicial do relator, semelhante poder para albergar dos demais manejos recursais, pelo que, *verbis*:

*O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior. Parágrafo único. Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia.*

Percebendo o quanto isso era bom, qual a divinda-de que se apraza de seus feitos, fez o legislador abri-rem-se as comportas da regra instrumental para o ras-treio dos espécimes recursais arrolados no art. 496 do CPC, pressupondo-se obviamente a devolutividade, e aprimorando em termos a redação legal para incluir o provimento liminar e ampliar as pedras de toque do agir do relator. Assim se acha anotado no novel dispositivo com as mudanças da Lei nº 9.756/1998:

*Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, preju-dicado ou em confronto com súmula ou com juris-prudência dominante do respectivo tribunal, do Su-premo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.*  
*§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em mani-festo confronto com súmula ou com jurisprudên-cia dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar pro-vido ao recurso.*

*§ 1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.*

*§ 2º. Quando manifestamente inadmissível ou in-fundado o agravo, o tribunal condenará o agra-vante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condi-cionada ao depósito do respectivo valor.*

Vislumbra-se de logo que a norma ali insculpida abrange os recursos de apelação, agravo de instrumen-to, embargos infringentes, recurso extraordinário e es-pecial, recurso ordinário constitucional e embargos de divergência.

Outrossim, não cabe a apreciação liminar nos em-bargos aclaratórios porquanto, nas hipóteses em que não são de competência do Juízo monocrático, deverá o re-lator apresentá-los em mesa na sessão subsequente (art. 537 do CPC). Também é medida inaplicável ao agravo retido, o qual, estaque no processo originário, somen-te será apreciado como matéria prefacial quando da ape-lação (art. 523 *caput*), o que nos faz crer que, qual exem-plar sem corpo próprio, a eventual análise será da ape-lação e seu aditivo de agravo, e não apenas ou isolada-mente deste enquanto tal.

Não é demais lembrar que o poder hipotético não guarda relação com os processos de competência origi-nária dos tribunais ou aos incidentes que ali tramitam<sup>1</sup>, nada obstante balizadas vozes em contrário.<sup>2</sup>

Decerto, a *ratio* daí haurível é que, instaurado o curso do feito no órgão colegiado, não haveria reapre-ciação em tese da matéria cuja composição seria imple-mentada por um único órgão ou já por um de alçada superior, nada obstante o feixe de suas atribuições cons-titucionalmente previstas. Partindo, no entanto, de judi-cialização pretérita, mesmo por Juízo monocrático, o

<sup>1</sup> Neste sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II, p. 141.

<sup>2</sup> Assim percucientemente leciona o Des. Nagib Slaibi Filho (TJRJ). Notas sobre o art. 557 do CPC. Competência do relator de prover e de negar seguimento a recurso. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3792>>. Acesso em: 16 fev. 2004.

reexame do litígio para anulação ou reforma terá es-  
peque fático num conteúdo decisório que, de forma escor-  
reita ou não, dele conheceu e o julgou, advindo então  
um segundo juízo mental precipuamente composto e  
convergente sobre a lide para restabelecê-la ao equilí-  
brio e justiça sociais.

Emprestando uma hermenêutica sistemática ao co-  
mando em tela, especialmente em cotejo com o senso  
reformista da década passada até então, não resta dúvi-  
da de que se trata *in casu* de previsão de forma de ante-  
cipação da cognição jurisdicional. Convertida a decisão  
*a quo* pelo Juízo superior singular, em conformidade  
com o entendimento da Turma do qual o relator é “dele-  
gado”<sup>3</sup>, está-se pondo em prática as mesmas medidas  
de brevidade já apregoadas no art. 330 (“Do julgamen-  
to antecipado da lide”) e, com mais hodierna populari-  
dade, no art. 273 que versa sobre o adiantamento parci-  
al ou total da tutela perseguida, ambos do estatuto pro-  
cessual civil.

### 3. ANATOMIA DOS TERMOS LEGAIS

Antes de se adentrar aos parâmetros propriamente  
da norma, parece oportuno comentar alguns termos e  
idéias dali constantes.

Logo no *caput* do artigo, depara-se o exegeta com  
a proposição de que o relator negará seguimento – ou  
provimento, conforme a situação – ao recurso quando  
manifesto qualquer dos quatro pressupostos listados.

3 Desta forma se o toma correntemente na doutrina. Para isso, vide: CARNEIRO,  
Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. 4. ed. rev. e ampl.  
Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.79.

Surge então a questão: que é *manifesto*? A dificuldade  
reside máxime ao se perscrutar o recurso manifestamente  
improcedente.

Manifesto é adjetivo que significa cristalino, evi-  
dente, claro, de sabença ou percepção pública. Sendo a  
pronúncia da procedência ou improcedência do pleito  
exame do mérito da querela, quando se pode dizer que  
algo assim o é, e qual a medida do entendimento asser-  
tivado pelo relator?

Se é certo que a inadmissibilidade ou a prejudici-  
alidade são duma clareza solar, salvante os casos ex-  
cepcionais, não é menos indubitado que o artigo impõe  
um dever sob subjetividade. Isto porque, entrevedo o  
relator como certa a ocorrência da hipótese processual,  
nada lhe resta (ou lhe restaria, assim no futuro do preté-  
rito) senão decidir o recurso, investigando o manejo e o  
objeto da irresignação, e a correção ou não da decisão  
desafiada. Desta forma, quedaria tolhido o elemento  
volitivo do pronunciamento judicante, coartada que lhe  
foi a liberdade de entendimento diverso, mormente na  
polêmica *infra*-estudada acerca da jurisprudência domi-  
nante e das súmulas.

Contudo, mesmo constituindo a liberdade de con-  
vencimento axioma do sistema judiciário (art. 131 do  
CPC), não se pode olvidar que em semelhante situação  
age o relator como delegado do Colégio primariamente  
competente para a apreciação do recurso. Desta forma,  
ocorre que, constatando o decisor a inadmissibilidade,  
prejudicialidade ou contrariedade do expediente, sobre  
si recai um dever (ou faculdade?) de prestar seu ofício  
liminar, fenecendo desde então o malfadado recurso.

reexame do litígio para anulação ou reforma terá es-  
peque fático num conteúdo decisório que, de forma escor-  
reita ou não, dele conheceu e o julgou, advindo então  
um segundo juízo mental precipuamente composto e  
convergente sobre a lide para restabelecê-la ao equilí-  
brio e justiça sociais.

Emprestando uma hermenêutica sistemática ao co-  
mando em tela, especialmente em cotejo com o senso  
reformista da década passada até então, não resta dúvi-  
da de que se trata *in casu* de previsão de forma de ante-  
cipação da cognição jurisdicional. Convertida a decisão  
*a quo* pelo Juízo superior singular, em conformidade  
com o entendimento da Turma do qual o relator é “dele-  
gado”<sup>3</sup>, está-se pondo em prática as mesmas medidas  
de brevidade já apreçadas no art. 330 (“Do julgamen-  
to antecipado da lide”) e, com mais hodierna populari-  
dade, no art. 273 que versa sobre o adiantamento parci-  
al ou total da tutela perseguida, ambos do estatuto pro-  
cessual civil.

### 3. ANATOMIA DOS TERMOS LEGAIS

Antes de se adentrar aos parâmetros propriamente  
da norma, parece oportuno comentar alguns termos e  
idéias dali constantes.

Logo no *caput* do artigo, depara-se o exegeta com  
a proposição de que o relator negará seguimento – ou  
provimento, conforme a situação – ao recurso quando  
manifesto qualquer dos quatro pressupostos listados.

<sup>3</sup> Desta forma se o toma correntemente na doutrina. Para isso, vide: CARNEIRO,  
Athos Gusmão. *O novo recurso de agravo e outros estudos*. 4. ed. rev. e ampl.  
Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.79.

Surge então a questão: que é *manifesto*? A dificuldade  
reside máxime ao se perscrutar o recurso manifestamente  
improcedente.

Manifesto é adjetivo que significa cristalino, evi-  
dente, claro, de sabença ou percepção pública. Sendo a  
pronúncia da procedência ou improcedência do pleito  
exame do mérito da querela, quando se pode dizer que  
algo assim o é, e qual a medida do entendimento asser-  
tivado pelo relator?

Se é certo que a inadmissibilidade ou a prejudici-  
alidade são duma clareza solar, salvante os casos ex-  
cepcionais, não é menos indubitoso que o artigo impõe  
um dever sob subjetividade. Isto porque, entrevendo o  
relator como certa a ocorrência da hipótese processual,  
nada lhe resta (ou lhe restaria, assim no futuro do preté-  
rito) senão decidir o recurso, investigando o manejo e o  
objeto da irrisignação, e a correção ou não da decisão  
desafiada. Desta forma, quedaria tolhido o elemento  
volitivo do pronunciamento judicante, coartada que lhe  
foi a liberdade de entendimento diverso, mormente na  
polêmica *infra*-estudada acerca da jurisprudência domi-  
nante e das súmulas.

Contudo, mesmo constituindo a liberdade de con-  
vencimento axioma do sistema judiciário (art. 131 do  
CPC), não se pode olvidar que em semelhante situação  
age o relator como delegado do Colégio primariamente  
competente para a apreciação do recurso. Desta forma,  
ocorre que, constatando o decisor a inadmissibilidade,  
prejudicialidade ou contrariedade do expediente, sobre  
si recai um dever (ou faculdade?) de prestar seu ofício  
liminar, fenecendo desde então o malfadado recurso.

Sendo-lhe, noutra banda, patente a improcedência, esta há de ser aferida em consonância com a inteligência agasalhada pela Câmara.<sup>4</sup>

Não poderá ser outra a solução para justificação deste poder/dever. Com efeito, ablando-se do conhecimento colegiado a insurgência recursal, à hasta da celeridade, seria de todo desarrazoado expor a súplica derivante à cognição adstrita do relator e outorgar-se a este o exercício de seu intelecto em detrimento da Assembléia que integra.

Em sendo assim, visualizando o que é manifesto em pura conformidade com a lei ou sentido esposado pela Turma, ou ainda com enunciado sumular ou jurisprudência dominante das Cortes de Justiça, o relator estabelecerá ora um *juízo meritório* (quando manifesta a improcedência do recurso ou a contrariedade da *decisão* atacada com jurisprudência dominante ou sumulada, e ainda quando do confronto do *recurso* com jurisprudência dominante ou sumulada) ora um *juízo de admissibilidade* (manifesta prejudicialidade ou inadmissibilidade do recurso).

Como é consabido, o juízo de admissibilidade dos recursos prepõe-se ao exame do seu fundamento e tem natureza declaratória. Em sítio de tal, encontram-se as matérias *prévias*, subdivididas em *preliminares* e *prejudiciais*<sup>5</sup> que ora condicionam o exame do mérito sem sufragar o seu teor, ora vão influenciar necessariamente na resolução da *quaestio* embora não lhe sejam antecedentes.

4 SALLES, José Carlos de Moraes. *Recurso de Agravo*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 132.

5 NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 45.

Na sede preliminar, inquirir-se-ão os *requisitos de admissibilidade intrínsecos* (cabimento, legitimação para recorrer, interesse, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) e os *extrínsecos* (tempestividade, regularidade formal e preparo).<sup>6</sup> O professor Des. Napoleão Maia Filho toma outra nota de didática, dividindo os *pressupostos recursais gerais* em *objetivos* (existência do recurso, adequação, tempestividade, motivação da impugnação, regularidade procedimental referente ao preparo) e *subjetivos* (capacidade processual recursal, legitimação, interesse e desimpedimento)<sup>7</sup>, sem se deslembrar dos pressupostos específicos a cada espécie.

De outra feita, prejudiciais são os fatos que se superpõem à propositura do feito recursivo, obstaculizando-lhe a regular tramitação, seja por perda do objeto<sup>8</sup> seja pela ocorrência de fato superveniente (art. 462 do CPC), como a verificação da inexistência da relação de parentesco na ação de alimentos.<sup>9</sup>

6 SALLES, J. C. M. Op. cit., p. 43 et seq.

7 MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). *O direito de recorrer – Introdução ao estudo do sistema recursal*. [Fortaleza]: UFC, 2002. p. 137-148.

8 Para Moacyr Amaral dos Santos, é nessa ótica que reside e estanca a análise da questão prejudicial. Cf. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v.III, p. 136.

9 O assunto do caráter preliminar ou prejudicial da questão prévia não se esgota neste breve apontamento. Com efeito, não se pode esquecer de que muitas das matérias prévias vão influenciar diretamente no mérito, importando, conseqüentemente, o provimento ou desprovimento do recurso. Por outro lado, pode haver caso em que a questão prejudicial não se referirá diretamente ao *meritum causae*, mas atingirá alguma condição preliminar que, solapada, implicará o não conhecimento da medida. Em todo caso, as prévias relacionam-se com pontos posteriores, que ora terão sua apreciação condicionada ora serão influenciados por aquelas. Para isso, vide: FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Preliminares, prejudiciais e mérito da causa*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4145>>. Acesso em: 05 abr. 2004.

Juízo de mérito é a perscrutação do objeto da pretensão, por seus fundamentos e razões, derivando a cognição ao provimento ou não da súplica exposta ao crivo judicial, para reforma, integração ou anulação do decisório impugnado.

Feitos esses comentários, calha consignar individualmente as hipóteses desta modalidade de cognição antecipada da relatoria.

### 3.1. Inadmissibilidade

Pelo que já foi dito no ponto acima, constatando a “manifesta” (e nessa situação parece que o adjetivo tem real valia) inadmissibilidade, exercerá o relator assim juízo negativo para embaraçar o seguimento do recurso.

Parecendo-lhe inconformados os requisitos intrínsecos e/ou extrínsecos do exercício da faculdade recursal (ou, noutra perspectiva, os pressupostos recursais gerais e específicos), não há sentido de ordem lógica ou jurídica que o desautorize a reter o curso da medida, conquanto evidente seu insucesso desde o nascedouro. E de tal forma inquina o recurso de mácula, que nos casos em que esse é dirigido ao Juízo *a quo* (vide apelação, art. 514 *caput* do CPC) já o magistrado monocrático exercerá a ponderação ao recebê-lo, para fins de constatação da escorreição do pleito (art. 518 e parágrafo único).

Tal juízo é certamente um dever do julgador e não mera faculdade. Decerto, afigura-se de todo incoerente e contrário ao sistema processual reformista submeter ao órgão colegiado semelhante irresignação, afogando

as sessões de julgamento na apreciação de agravos e apelações nos quais se fizeram ausentes os pressupostos basilares de sua interposição, sendo iniludível o destino de fracasso que lhes espera. Antecipa-se, pois, com sensatez, a cognição unitária das matérias prévias antes que se enverede por seu objeto.

Concernentemente a essa perspectiva, disse bem o legislador que se trata duma obrigação do magistrado a negativa de caminho ao pleito recursal “manifestamente” inadmissível. A diretiva do “negará” aqui é prenhe de efeitos e não deixa espaço para interpretação divergente.

### 3.2. Prejudicialidade

Ao relator incumbe igualmente examinar se a que-rela quedou prejudicada pela ocorrência de fato posterior com pertinência ao cerne do recurso. Conforme visto, nada obstante integrar o rol das questões prévias, às quais se atribuem a pecha do conhecimento ou não do recurso, muitas das questões prejudiciais referem-se diretamente ao mérito da lide. Assim, se não condicionam o julgamento ou apreciação da questão posterior, é bem certo que nela influem, ora para confrontar-lhe o objeto ora para revolver-se a tópico preliminar.

Considera-se ainda prejudicado o recurso em que o Juízo *a quo* reformou inteiramente seu *decisum*<sup>10</sup> e, de um modo geral, aquele cuja perda de objeto é superveniente a sua propositura – visto que, se contemporânea ou anterior a falta, padecerá o recurso de inadmissibilidade por obstáculo preliminar.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> CÂMARA, A.F. *Op. cit.* p. 142.

<sup>11</sup> SLAIBI FILHO, N. *Loc. cit.*

De igual forma, aferida a hipótese, esta deverá ser necessariamente enunciada pelo relator, sem provocação da parte interessada e sem sanhas a exercício mental discricionário.

### 3.3. Improcedência

Alvo de ataque por eventual inconstitucionalidade, mas não tão minado como a previsão do §1º-A, acha-se estampado no *caput* do art. 557 do CPC que o relator negará seguimento quando manifesta a improcedência do recurso. A impropriedade do termo “seguimento” quando da apreciação meritória é discussão menor<sup>12</sup> em vista da perplexidade que a alguns pode causar o *tempo* do litígio pela cognição antecipada e solitária do relator.

O vício da levantada contrariedade aos regramentos constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, por conta da subtração – ao menos em parte – da composição da duplicidade de instância judicante, será mais detidamente investigado em passagem posterior deste estudo.

No momento, cabe assentar que a perquirição da referida análise, em juízo meritório singular superior, toma como paradigma o insucesso que a Câmara provavelmente lhe impingiria. Ora, como delegado desta, ao receber por distribuição o feito e deparando-se o relator com lide reiteradamente decidida pelo órgão colegiado em tal ou qual sentido, será indubiosamente proveitosa para ambas as partes a pronúncia liminar no recurso, dando-lhe o merecimento *ab origine* visível, reconhecendo-lhe a improcedência ou mesmo a procedência se a contrariedade for da decisão, conforme *supra* anotado.

.....

<sup>12</sup> Com efeito, sendo a pronúncia acerca da procedência ou improcedência do pedido recursal questão de mérito, a resolução se dará pelo provimento ou negativa de provimento ao recurso, e não pelo seguimento deste, que está jungido ao juízo de admissibilidade.

De expressiva relevância será decidir se a negativa de provimento é aqui faculdade ou dever do relator. Entendemos, com efeitos que serão adiante explicitados, tratar-se a providência duma possibilidade conferida ao relator que, entendendo configurada situação já dantes dirimida e em lhe sendo razoável e factível, poderá aplicar a inteligência da Turma, mesmo sob reserva de entendimento, ou poderá preferir submetê-la a julgamento pelo órgão normalmente competente para o recurso.

### 3.4. Contrariedade do recurso com súmula ou jurisprudência dominante

É de se ressaltar, de proêmio, que o confronto ora esboçado é do conteúdo, da pretensão e seus fundamentos, e não do recurso enquanto meio formal de insurgência para reforma, integração ou anulação do ato do magistrado anterior, o que terá lugar no juízo de admissibilidade. Considerando isso, por questão de completude, saliente-se que o termo “em confronto” inserido na novel redação não tem outro sentido senão o mesmo de “contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior”, previsto na letra alterada pela Lei nº 9.139/1995.

Não se pode deixar de averbar que, em rigor, tal manifestação de contrariedade subsume-se perfeitamente às hipóteses anteriores do não conhecimento ou improcedência do pleito.<sup>13</sup>

.....

<sup>13</sup> Assim, nessa vertente e amplidão, parece encontrar-se em CARNEIRO, A. G. Op. cit., p. 78 e em SALLES, J. C. M. Op. cit., p. 135. É o que também quer dizer CÂMARA, A. F. Op. cit. p. 142, embora o faça em menores termos, enxergando tão somente a subsunção cingida ao juízo de mérito.



Ora, havendo tranqüilo entendimento pretoriano sobre determinada matéria que constitui o âmago da pretensão recursal, simbolizando pelo improvimento desta, apartado de dúvida terá o relator a faculdade de agir monocraticamente em atendimento ao reclamo da celeridade. Dou tro turno, se a *ratio* suscitada disser com a impossibilidade de admissão por resolução de ponto prévio – preliminar ou prejudicial – no nível das Cortes de Justiça, igualmente será aplicável o comando da extinção prematura por contrariedade com jurisprudência dominante ou sumulada.

Cite-se a hipótese do entendimento, por muitos albergado antes da pacificação instituída pela Lei 9.756 de 17/12/1998, de que a insuficiência do preparo seria causa de deserção. Permanecendo como outrora vigente o art. 511 e seu parágrafo único, tal hermenêutica poderia ensejar corrente de convicção, dentro da Casa, bastante a conformar uma linha jurisprudencial de que o pagamento a menor importaria a mesma consequência do não recolhimento, o que, mirado para a nossa exposição, resultaria na negativa de seguimento por ausência de requisito extrínseco do recurso ou por falta de pressuposto recursal geral objetivo.<sup>14</sup>

Prosseguindo, no escólio de Nagib Slaibi Filho, “súmula é o enunciado decorrente do incidente de uniformização de jurisprudência e cujo conteúdo representa para o juiz (...) *mais do que um conselho e menos do que uma ordem*” (grifo do autor).<sup>15</sup> É definição pacífica e resultante do art. 479 do CPC.

<sup>14</sup> Hoje não cabe mais tal posição. O §2º do artigo 511 do CPC, com a alteração da Lei nº 9.756/1998, impõe que, efetuado a menor o preparo – seja pela não atualização do valor da causa, seja mesmo por lapso ou qualquer outro motivo – o juiz determinará a intimação do recorrente para recolher o valor complementar dentro de cinco dias. Só daí, inobservada a ordem, será aplicada a pena de deserção.

<sup>15</sup> SLAIBI FILHO, N. Loc. cit. Com a reforma do Judiciário, a instituição do art. 103-A na CF/88 contempla expressamente o poder vinculante das súmulas.

Mais do que ao enunciado sumular, a irresignação recursal pode desafiar *jurisprudência dominante*. Por esta se entende a reiterada aplicação feita pelos doutos do direito objetivo aos casos concretos. Não sendo de certo fonte do direito, a interpretação habitual que as Cortes de Justiça venham a emprestar a determinado comando legal serve naturalmente de poderoso indicativo de posições convergentes e resolutivas para as lides de parença ressaltada, não bastando para tanto o esporádico decisório. É imprescindível o apontamento judicial amiudado do bom direito. Dominante é, pois, a jurisprudência comprovada ou notoriamente difundida, adotada, v.g., pelo pleno do Tribunal ou de Corte Superior.

Conseqüentemente, extrai-se da proposição adjetiva que a linha de pensamento sumulada ou não poderá ser, para o exercício do juízo meritório negativo, do “respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior” (art. 557 *caput*), observadas as normas constitucionais de escalonamento de instâncias.

Em arremate, imperativo dizer que o tratamento frente ao juízo exercido pelo relator terá solução semelhante ao resultado do conteúdo do entendimento por ele utilizado. Isto é, se o antagonismo se dá com jurisprudência dominante ou sumulada respeitante a requisito de admissibilidade, sobre o relator recai o dever de emitir-la liminarmente, sendo oposta a ilação se se adentra ao mérito da controvérsia.

#### 4. O JUÍZO MERITÓRIO POSITIVO DO § 1º-A

Do quanto já foi narrado, afeiçoa-se cabente de logo destacar dois pontos: se a *vexata quaestio* referir-se à inadmissibilidade ou prejudicialidade explícitas, ao relator cumpre tão somente, em sua atividade judicante,

reconhecer os sobreditos entraves e negar monocracialmente seguimento à irresignação.

Sendo constatada a improcedência em cotejo com o entendimento esposado pela Turma ou com remansosa ou sumulada convicção pretoriana do respectivo tribunal ou de Corte Superior, embora reze a lei que o relator negará seguimento (*rectius*, provimento), é certo – consoante vimos e ratificaremos mais à frente – que não está obrigado a tanto, podendo, acaso lhe pareça mais sensato, submeter a querela à apreciação do órgão colegiado mesmo que este já se tenha pronunciado variadas vezes sobre o tema.

Em suma, nota-se então que ao relator é outorgada a faculdade de resolver unitariamente o mérito do pleito e de seus fundamentos quando manifesta a improcedência ou contrariedade.

Igual possibilidade se lhe reserva, por outra banda, também se a decisão lategada – e não mais o recurso – se mostrar em nítido confronto com súmula ou jurisprudência majoritária de tribunais superiores ou do STF. É o que dispõe o § 1º-A do art. 557 do Diploma Processual Civil.

Sobrepassando a discussão acerca da atecnia da disposição topológica do juízo meritório positivo após o negativo, bem ainda da inacurácia da solução utilizada pelo legislador para arrolar a proposição normativa (§ 1º-A)<sup>16</sup>, registre-se que no tópico *sub examine* poderá

<sup>16</sup>Para isso, cf. SLAIBI FILHO, N. Loc. cit. Com efeito, consoante assevera esse douto Desembargador do TJRJ, é regra nomográfica comezinha que o positivo localiza-se antes do negativo. Por outro lado, é de se lamentar a má técnica legislativa utilizada ao se introduzir um § 1º-A quando, combatida a prolixidade e a inclareza pelo movimento reformista processual, se constata que a solução patente seria a instauração de ordenação própria ao dispositivo com renumeração dos seguintes. SALLES, J. C. M. Op. cit. p. 135-136.

o relator dar solução diversa, dando-lhe provimento, no que opera em toda hipótese solitariamente, qual modalidade de antecipação preconizada nos artigos 330 e, mais recentemente, 273 do Código Instrumental Civil.

Desta forma, reitere-se, àquela decisão cuja avaria seja a contrariedade ínsita com súmula ou jurisprudência dominante, em face dos quais poderá reconhecer o sucesso do recurso, contrapõe-se a análise unitária do mérito que importará o provimento da insurgência, condicionando-se por evidente que outra sorte não se lhe destine na apreciação da escoreição formal do pedido.

Esta ampliação cognitiva revisora, contudo, encontra-se limitada paradigmaticamente ao enunciado sumular e jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior. Diferentemente da possibilidade de decisão liminar extintiva no sentido da improcedência inculpada no *caput* do art. 557, aqui a medida de aplicação jurídica é restringida ao que já firmaram as Cortes Superiores e o Pretório Excelso.

A consequência prática aqui aduzida é: não é dado ao relator emprestar provimento ao recurso se o *decisum* molestado provocar jurisprudência dominante ou súmula do mesmo tribunal, de tribunal de inferior ou de igual nível. Sendo o afunilamento das querelas dirigidas ao Juízo *ad quem* decorrência normal dos pressupostos prescritos para o recurso, não se atingiria o esperado efeito de unificação da hermenêutica e aplicação do direito *in concreto* se se pudesse fazer conter na letra da lei alargada exegese a permitir o julgamento unipessoal positivo do mérito em conformidade com a interpretação fincada em Casas de Justiça de inferior instância, ou mesmo de igual ou da respectiva Corte, que

sendo muitas e diversas essas poderiam desdizer e reformar o que antes defendiam, sem prejuízo, é claro, das vicissitudes que levaram a isso ou da defensibilidade de tal flutuação.<sup>17</sup>

Válido salientar que a problemática do duplo grau de jurisdição não se escamoteia propriamente pela singularidade da apreciação positiva. Já aqui foi dito que a base fática da decisão relatorial é o conteúdo do ato judicial atacado, sendo certo que a apreciação liminar pelo relator não se pode dizer menos consentânea em vista de que a admissibilidade é ponto prévio a toda postulação e de que não será unicamente o seu o intelecto ali consignado, mas o abraçado pela Câmara que integra, pela respectiva Corte, por Tribunais Superiores ou pelo STF, nas articulações retroexaminadas. Além do que, a duplicidade de instância não implica *necessariamente* avaliação colegiada, porém reexame por órgão outro, mesmo que apresentado por um seu único componente.

É claro, gize-se, que a jurisprudência ou súmula tida como paradigmática para o exercício do juízo meritório positivo ou negativo há de guardar pertinência com a matéria versada no recurso.<sup>18</sup> Assim, *v.g.*, se a lide diz com questão constitucional, cabível obviamente a arguição de contrariedade com a dicção erigida na Corte Constitucional, atentando-se em todo caso à competência originária do órgão para o recurso.

17 Em detrimento do que aqui se arrazoa, tem-se asseverado possível ao relator dar provimento ao recurso com lastro em súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal. A posição é defensável em tese, mas não tem amparo legal.

18 Para o tema, é de grande valia a ensinança exposta em ARAÚJO JÚNIOR, Pedro Dias de. O artigo 557, § 1º-a do CPC e o instituto da pertinência recursal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=854>>. Acesso em: 16 abr. 2004.

## 5. O AGRAVO INOMINADO DO § 1º

Da decisão monocrática do relator que nega seguimento ao recurso, dá-lhe ou lhe nega provimento, caberá agravo qualquer que seja o fundamento do *decisum*. Assim, sem designação outra, essa terceira espécie de agravo é também encontrada em outras situações no CPC.<sup>19</sup> A doutrina e a praxis forense têm nomeado tal insurgência formal de “agravinho”, agravo regimental (porque disciplinado pelos regimentos internos dos tribunais), agravo inominado, agravo interno, por petição etc.

É mister explicitar, antes que se examine a morfologia jurídica, que embora a muitos pareça verdadeiro “recurso”, e assim fosse chamado pela primeira proposição normativa, não colhe prosperidade tal inteligência, e a menor das justificativas é a necessária gênese legal do recurso (art. 22 inc. I da Carta Magna).

Se é bem certo que o agravo em comento arrima-se em previsão legal e desempenha função semelhante a recurso<sup>20</sup>, esta só circunstância não é bastante para assim tomá-lo, inolvidando-se não se achar estampado no elenco do art. 496 do CPC.

De verdade, constituindo forma de impugnação à decisão do relator que em apreciação liminar negou segui-

19 Artigos 532 (que fala da inadmissão dos embargos infringentes) e 545 (tratante da apreciação liminar especificamente do agravo de instrumento interposto contra decisão que nega seguimento a recurso extraordinário ou especial). Leciona Moacyr Amaral dos Santos que tal sistematização é resultado de uma racionalização do sistema recursal, no tanto em que sepulta o outrora recurso inominado e introduz nova modalidade de agravo. (SANTOS, M. A. Op. cit., p. 135.)

20 O escopo da irresignação aqui é o pleito de reexame e reforma de uma decisão. Cf. LOPES, João Batista. Agravo Regimental: recurso ou pedido de reconsideração? In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnações às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. IV, p. 588.

mento ao recurso, acolheu a pretensão ou negou-lhe guarda, desatendendo – ao ver do ingressante – à vontade da lei ou ao entendimento do órgão colegiado, o referido agravo mais se apresentaria como *meio integrativo da vontade do órgão colegiado* do Tribunal,<sup>21</sup> aplicando-se-lhe no entanto as normas gerais pertinentes aos recursos, inclusive quanto à legitimidade (arts. 499 e 509 do CPC).

O sobredito agravo presta-se a instigar a manifestação da Câmara, originariamente competente para sopesar seus fundamentos, que foi amordaçada pela atuação do relator.

Dispõe o prejudicado pela decisão liminar monocrática de cinco dias para atacá-la por meio do agravo, apascentando a redação legal a balbúrdia gerada pela não previsão de lapso para tanto no texto originário do *codex* processual civil.

A competência para apreciação do agravo regimental é do órgão competente para conhecer do recurso e decidirlo, ao qual deverá ser submetida a *quaestio*, acaso o relator não reconsidere o comando liminar. Nesta hipótese, deverá o relator apresentar o processo em mesa para julgamento na sessão subsequente, independentemente de pauta.<sup>22</sup>

21 Nestes termos se refere SLAIBI FILHO, N. Loc. cit. Noutra ótica, crê o prof. João Batista Lopes (Op. cit. p. 588-592) tratar-se, em efetivo, de pleito de reconsideração, com o condão de submeter a matéria à reapreciação do relator, o qual, se não o fizer, deverá pôr o processo em mesa. Assevera ainda, em prol de seu posicionamento, que a não interposição do agravo em tela não acarreta preclusão, vez que a questão será reexaminada pelo órgão colegiado no momento oportuno, alertando para o fato de que, além de não haver contraditório, o relator não proferiria voto em casos que tais, juntando-se a resumir a discussão aos demais magistrados.

22 Pretere-se, pois, a diligência predicada no parágrafo único do art. 557, segundo a Lei nº 9.139/1995, pela qual, em não se retratando, deveria o relator pedir dia. Esta alteração mereceu a reprimenda de alguns juristas, por dificultar a atuação dos advogados. Noutra angulação, enuncia o art. 255 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco (RITJPE) que, verbis: “após o relatório será facultada a defesa oral aos advogados dos interessados, pelo prazo de 15 minutos”.

Não se aplica aqui, obviamente, a possibilidade estam-pada no *caput* porquanto, a uma, não se está a tratar de recurso e, a duas, seria de todo ilógica e aberrativa a rejeição do agravo para correição de eventual erro do *decisum* previsto no art. 557 por fundamento nesse mesmo dispositivo.

Não cogita a lei de preparo, tanto no tocante à obrigatoriedade quanto ao seu *quantum*. A razão disso estaria na semelhança com os embargos de declaração, visto terem igual prazo, e prescindirem de contraditório e da publicação do dia do julgamento<sup>23</sup>, sendo certo que a imprevisão do preparo importaria sua inexigibilidade, não incidente, destarte, a *obligatio* do art. 511 do CPC que se cinge aos recursos enquanto tais. Mais correto contudo é que poderão os Regimentos Internos reger a respeito disso, logo que o faz o art. 252 parágrafo único do RITJPE, dispondo pela sua desnecessidade.

Não se há de ver *in casu* ofensa ao princípio do contraditório como apregoam alguns. Além de imprevisa a intimação do agravado para sua audiência, ressoa incontestemente que não haverá prejuízo para este na hipótese de provimento do agravo, que acarretará tão somente o processamento regular do recurso anteriormente indeferido ou improvido.<sup>24</sup>

Como conseqüência inelutável do improvimento do agravo, posposto à não reforma, ter-se-á por mantida a decisão extintiva monocrática, com a fortuna que lhe dera o relator. De outro modo, “provido o agravo, o recurso terá seguimento” (§2º *in fine*).

23 Esse interessante liame pode ser encontrado em VIANNA, Guilherme Borba. A efetividade do processo pelo julgamento monocrático no Tribunal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2335>>. Acesso em: 16 abr. 2004.

24 SALLES, J. C. M. Op. cit., p. 137. Vigora a máxima do pas de nullité sans préjudice.

Tendo o recurso preteritamente sido julgado em seu mérito ou em seus pressupostos inarredáveis, e havendo discordado a Câmara desta decisão, retomará seu trâmite o recurso para apreciação agora grupal. É importante frisar, todavia, que as razões do provimento do agravo inominado não vinculam os magistrados nem o agravado acerca do recurso extinto. Decerto, este poderá sustentá-los novamente, enquanto àqueles restará o poder de não conhecer do recurso ou mesmo lhe negar albergue pelos mesmos fundamentos antes desprezados.<sup>25</sup>

*De lege ferenda*, não seria inconveniente atribuir ao órgão colegiado o poder de apreciar de pronto, na mesma sessão, o recurso indeferido quando da reforma da decisão relatorial que negou seguimento do pleito recursal pela imprestabilidade de seu manejo ou ausência de qualquer dos pressupostos recursais.<sup>26</sup>

## 6. PENALIDADE PELO DESÍGNIO PROCRASTINATÓRIO NO AGRAVO INOMINADO

O §2º do multicitado art. 557 estabelece sancionamento ao agravante quando seu inconformismo for “manifestamente inadmissível ou infundado” no importe de

25 CARNEIRO, A. G. *Op. cit.*, p. 80. Curiosa a situação. Malgrado o intuito de empregar celeridade ao sistema, permite-se aos componentes da Câmara competente para apreciar o recurso refutar a irresignação contrariamente aos mesmos motivos de que se haviam utilizado para prover o agravo, o que iniludivelmente não contribui para desafogar as Cortes pois assim não se faz mais que, em dadas ocasiões, sobrepor duas decisões (a do agravo e a colegiada do recurso) àquela que já antevira o destino da demanda.

26 A hermenêutica ora traçada se dá em paralelo analógico forte no art. 515 §3º do CPC. De fato, vislumbrando a Turma condições bastantes para o imediato julgamento e consistindo o cerne do recurso questão puramente de direito, não se opõe óbice algum para tanto a não ser a falta de amparo legal ou regimental. Neste sentido, cf. PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v.II, p. 2326.

um a dez por cento do valor corrigido da causa. Mais: a interposição de outro recurso estará na dependência do prévio depósito do montante da multa.

Promoveu o legislador ordem de explanação dúbia. Se manifestos são também os requisitos para a negativa de seguimento, e para o sucesso ou não do recurso anotados no *caput* do artigo, não seria de todo descabida a interpretação de que a qualquer agravo inominado impróspero por juízo de admissibilidade ou de mérito corresponderia a imposição da penalidade. Não é esta, obviamente, a *mens legis*.

Caracterizada a multa como verdadeira sanção – cuja hipótese é a evidente inadmissibilidade ou infundamentação – e não indenização qual conjeturado no art. 18 §2º, sua fixação atenderá aos princípios que exigem a perquirição da inescusabilidade do agravo e não se permite a imputação objetiva. De verdade, a “apenação somente é legítima se ocorrente a situação inculpável que a decisão judicial deverá motivadamente explicitar”.<sup>27</sup>

Infundado será o agravo cujo pretexto seja deslastreado do mais mínimo suporte fático/jurídico; a inadmissibilidade resultará dos mesmos pressupostos requisitados para a interposição dos recursos, apesar de não o ser o regimental.

De relevância, outrossim, é comentar a severidade do importe cominado no estatuto legal. Com efeito, no rastro dos artigos 18 e 538 parágrafo único, v.g., a previsão da sanção pela deslealdade processual aqui fixada não deixa espaço ao juiz para o exame da realidade e

27 Assim, vide: SLAIBI FILHO, N. *Loc. cit.* A afirmativa, porém, merece tempero. Na situação de ser o agravo interno inadmissível por ausentes os requisitos extrínsecos (tempestividade, regularidade formal e preparo – este quando previsto pelo regimento da Corte), não sobeja dúvida que a apuração do intento protelatório não levará preponderantemente em consideração, ao menos dentro do parâmetro legal, qualquer elemento subjetivo.

das circunstâncias espelhadas nos autos, visto lhe entremear a multa, *prima facie*, de um a dez por cento do valor da causa, além de condicionar seu depósito para o manejo de outro recurso logo que constatado o fito de protelação. Prescinde-se, ademais, de qualquer reiteração para tanto, nos moldes alhures consignados.<sup>28</sup>

## 7. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO, VINCULAÇÃO SUMULAR E EFETIVIDADE PROCESSUAL

Não se pode entrever a disposição legal sem atinadas indagações.

A primeira delas reporta-se ao eventual malferimento do princípio constitucional da ampla defesa, enquanto paradigma continente da duplicidade de instância. Por esta, entende-se a possibilidade de revisão das causas julgadas da instância inferior, fruto da natural irresignação humana, instrumentalizada e formalizada já desde o Império Romano com a *appellatio*.

Ora, ao passo em que não se pode esquecer da atribuição constitucional de competência recursiva, é certo também que o princípio não é garantido na *Lex Mater* pátria de modo expresso desde a República.<sup>29</sup> E mesmo se o fosse de forma explícita, não se poderia olvidar

<sup>28</sup>Posta desde logo a problemática das causas em que a atribuição patrimonial não reflete perfeitamente o conteúdo do direito, não se pode deslemburar o quão desarrazoada poderá ser a multa, em certos casos, mesmo fixada no percentual mínimo. Melhor seria deixar ao prudente arbítrio do julgador o estabelecimento do montante, dès que a casuística assim recomenda. Noutro ângulo, a mesma visão não se aplica à desnecessidade de repetição do agravo para o condicionamento, à propositura de nova pretensão recursiva, do depósito da multa: a reiteração injustificada combatida pela Lei já se acha corporificada no tanto em que versa o feito sobre impugnação à decisão que desacolheu antecedente impugnação a decisório do Juízo a quo.

<sup>29</sup>CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 73-75.

que a garantia é (ou seria) do reexame e não da colegialidade da reapreciação, pelo que não há qualquer vulneração à amplitude de defesa e legalidade do processo resguardadas no art. 5º, incisos LIV e LV da CF/1988.

Como já resabiado, não vingam a terna de inconstitucionalidade ao dispositivo. A máxima do duplo grau de jurisdição encerra controle político e jurídico dos decisórios singulares inferiores, constituindo por certo asseguramento de boa justiça, mas não importa um vínculo de necessidade da cognição cameral porquanto, longe de se ter esta por despicienda, será ao menos infrutífera a submissão da *quaestio* à Turma quando antevê cristalinamente o relator que o recurso não preenche a menor possibilidade de sucesso. Não exsurgindo dúvida em seu espírito que justifique o encaminhamento da postulação aos seus pares, a extinção é denodado esforço e medida de bom senso.

Em efetivo, a ampla defesa se acha formalmente abrigada pela conferência e previsão do agravo interno capitulado no § 1º do art. 557, destinado a discutir a prestação monocrática do relator.<sup>30</sup> A ponderação de valores, que em *ultima ratio* configuraria um aparente conflito de normas ou princípios – a que estipula a ampla defesa e a que direciona pela efetividade processual –, é solapada quando se toma por baliza de lidimidade a legalização da insurgência contra o *decisum* do relator, malgrado o que poderá recair o agravante na multa pela manifesta inadmissibilidade ou infundamentação do agravo interposto.

<sup>30</sup>Sobre isso já se pronunciou o STF nos autos do Ag. 151354-3-MG, Rel. Min. Néri da Silveira, 18/02/199, Pleno, que: "Tem legitimidade constitucional disposição regimental que confere ao relator competência para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso, desde que as decisões possam ser submetidas ao controle do colegiado". Cf. SLAIBI FILHO, N. Loc. cit.

Por outro lado, que será do suposto efeito vinculante estatuído no *caput* do dispositivo instrumental para as súmulas e mesmo para a jurisprudência majoritária das Cortes de Justiça?

Consistindo inconcussamente faculdade do relator a provisão de guarida ao pleito recursal estribada em súmula ou entendimento jurisprudencial reiterado do STF ou de Tribunal Superior (§ 1<sup>a</sup>-A), a dificuldade no atinente à hipótese de improcedência por contrariedade ao entendimento da Turma, ou da jurisprudência sumulada ou dominante, resolve-se, similarmente, quando não reconhecida nesta ocasião a obrigatoriedade da “negativa de seguimento” (*rectius*, provimento).<sup>31</sup>

Com efeito, há de se atentar que a matéria ora aventada restringe-se aos casos de exercício do juízo meritório positivo ou negativo, logo que a apreciação das questões prévias é obrigação do relator, o qual deverá antes de desatar a lide, em verificando sem permeios sua imprestabilidade formal, negar-lhe seguimento. Em todo caso, se não conformada em seu aparato gnosiológico a evidência da inadmissibilidade, como matéria prefacial haverá de ser analisada antes do julgamento do *punctum saliens*.

De fato, entendimento dizente com a imperatividade do cotejo, pelo relator, com súmula ou jurisprudência dominante padeceria, nesse caso, de vício vez que as súmulas, mesmo com o efeito vinculatório que lhes foi

31 Com a previsão cristalizada na redação do art. 103-A dado à Carta Política pela PEC 29/00 (SP), que forja a Reforma do Judiciário, não se tem mais que a vinculação da Câmara, enquanto órgão de 2<sup>a</sup> leva de Jurisdição, ao entendimento sedimentado. Ao relator sob nossa ótica, ainda remansa a faculdade de julgar solitariamente ou não o mérito em vista do enunciado sumular cf. CÂMARA, A. F. Op. cit. p. 142. Ainda, SALLES, J. C. M. Op. cit., p. 134.

emprestado pela recente Reforma Constitucional, não têm o condão de exigir a apreciação e julgamento singular – muito embora a decisão colegiada seja sim atacável por Reclamação perante o Excelso Pretório –, o que cercearia a ampla defesa retroaludida.<sup>32</sup>

Assegurada, pois, a ampla defesa por meio da possibilidade de reapreciação da decisão relatorial, calha indagar o valor que se presta a dar base de legitimidade à semelhante reforma.

Encarando, como Bülow, o processo como relação jurídica processual, em que se envolvem as situações jurídicas esgrimidas por Goldschmidt,<sup>33</sup> não existe mais espaço para outra concepção senão a de que o processo é instrumento de pacificação social pela composição dos conflitos. E nesse mister, a prestação jurisdicional há de ser efetiva, reconhecendo a cada um o seu direito em provimento indispensavelmente célere.

A lide instaura na sociedade um estado de desequilíbrio. Para tanto, *a fortiori*, é o Poder Judiciário acionado face à imprescindibilidade da resolução justa da querela. Urge que a controvérsia seja composta e apaziguados os ânimos com a entrega do provimento a que cada litigante faz jus. No tanto quanto tardia, menos efetiva será a prestação, e a Justiça se verá criticada pela morosidade, pela burocratização e por seus intrincados caminhos processuais.

32 SALLES, J. C. M. Op. cit., p. 133. Sem prejuízo da discussão sobre a validade e pertinência da atribuição de força vinculatória a certos enunciados, é importante frisar que a matéria não é estranha ao nosso sistema positivo. Proposição nem um pouco mitigada se encontra no parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868 de 10/11/1999, ao atribuir expressamente “eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal” à pronúncia da Corte Suprema em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade e de Ação Declaratória de Constitucionalidade.

33 CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO C. R. Op. cit., p. 278-280.

O termo efetividade advém do latim *efficere*, significando produzir, realizar, estar ativo de fato<sup>34</sup> e, aplicando-se ao processo, simboliza a superação da pureza conceitual de seus institutos e de seus remédios, para se observar o resultado prático que propiciam.

Inválida e, portanto, execrável a tramitação de irresignação recursal cujos pressupostos foram inatendidos, situação essa liminarmente auferida pelo relator de quem não se apraz deferir-lhe regular curso em detrimento da iniludível extinção que terá mais adiante. De outra banda, mesmo não lhe sendo imposta a apreciação meritória singular, não é menos proveitoso que evite o prosseguimento da insurgência, fadando-lhe brevemente ao que por certo decidiria o órgão colegiado, no entendimento deste ou do quanto desumível da jurisprudência sumulada ou dominante.

Nem sempre quem julga por último o faz melhor. Tampouco irremediavelmente infalível será a cognição grupal por razões contidas nas apresentações suzo expostas. A nota dominante então a ensinar a decisão altaneira, em atribuição facultada ou impingida, rearranja-se no discurso da efetividade, em tônica das verdadeiras razões sociais.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nenhuma alteração no sistema processual em nossos dias pode deixar de se conformar à busca da efetividade e descomplicação do resultado do ofício judicante. Trazendo em seu bojo a forma legal e a insistência da efetividade no âmbito das instâncias superiores da jurisdição, a norma contida no art. 557 do CPC repousa na sólida base da mudança de pensamento difundida pelos juristas modernos.

.....  
34 A origem etimológica foi extraída de: VIANNA, G. B. Loc. cit.

Contudo, em apego à ortodoxia do ritualismo, a criação do agravo inominado como via hábil a provocar o *decisum* do relator, qualquer que seja a fundamentação e o posicionamento deste, causa o risco da reabertura da trilha palmilhada pelo recurso antes decidido, o que profligará a celeridade içada na reforma, ao se ver inclusive a não vinculação dos motivos que levaram ao provimento do agravo em face da insurgência recursal. É certo, porém, que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º inc. XXXV da Carta de República).

Insta, bem por isso, a boa utilização desse instrumento, como forma de aceleração da judicância, sendo certo que a recomendação política para o efeito vinculante e filtrante das súmulas já se faz sentir e perceber com a hodierna reforma do Sistema Judicante, máxime nas causas envolvendo o Estado. Desta feita, em paralelo com os artigos 515 §3º e 544 § 3º do Diploma Instrumental Civil, inexistirá óbice a que se aprecia, na mesma sessão, o recurso indeferido quando da reforma da decisão relatorial que negou seguimento ao pleito recursal pela imprestabilidade de seu manejo ou ausência de qualquer dos pressupostos recursais.

A contribuição da provisão *in focus* – há que se frisar – é efetiva, como efetiva se espera seja a prestação jurisdicional. Sem embargo das pequenas incorreções apontadas neste estudo, superam-lhes a agilidade e o aplainamento dos processos conferidos pela agudeza da norma, que veio em atendimento aos emergentes e sonoros reclamos da sociedade no sentido da pacificação breve e justa das lides.



## 9. REFERÊNCIAS

ARAÚJO JR., Pedro Dias de. O artigo 557, § 1º-a do CPC e o instituto da pertinência recursal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=854>>. Acesso em: 16 abr. 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v.II

CARNEIRO, Athos Gusmão. **O novo recurso de agravo e outros estudos**. 4. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Preliminares, prejudiciais e mérito da causa. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4145>>. Acesso em: 05 abr. 2004.

LOPES, João Batista. Agravo Regimental: recurso ou pedido de reconsideração? In: NERY Júnior, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnações às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.IV

MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). **O direito de recorrer – Introdução ao estudo do sistema recursal**. [Fortaleza]: UFC, 2002.

NERY JR., Nelson. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil Anotado**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. II

SALLES, José Carlos de Moraes. **Recurso de Agravo**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v.III

SLAIBI FILHO, Nagib. Notas sobre o art. 557 do CPC. Competência do relator de prover e de negar seguimento a recurso. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3792>>. Acesso em: 16 fev. 2004.

VIANNA, Guilherme Borba. A efetividade do processo pelo julgamento monocrático no Tribunal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2335>>. Acesso em: 16 abr. 2004.

## 9. REFERÊNCIAS

ARAÚJO JR., Pedro Dias de. O artigo 557, § 1º-a do CPC e o instituto da pertinência recursal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=854>>. Acesso em: 16 abr. 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v.II

CARNEIRO, Athos Gusmão. **O novo recurso de agravo e outros estudos**. 4. ed. rev. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Preliminares, prejudiciais e mérito da causa. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4145>>. Acesso em: 05 abr. 2004.

LOPES, João Batista. Agravo Regimental: recurso ou pedido de reconsideração? In: NERY Júnior, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnações às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.IV

MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). **O direito de recorrer – Introdução ao estudo do sistema recursal**. [Fortaleza]: UFC, 2002.

NERY JR., Nelson. **Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

PAULA, Alexandre de. **Código de Processo Civil Anotado**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. II

SALLES, José Carlos de Moraes. **Recurso de Agravo**. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. v.III

SLAIBI FILHO, Nagib. Notas sobre o art. 557 do CPC. Competência do relator de prover e de negar seguimento a recurso. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3792>>. Acesso em: 16 fev. 2004.

VIANNA, Guilherme Borba. A efetividade do processo pelo julgamento monocrático no Tribunal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2335>>. Acesso em: 16 abr. 2004.

# DESEMPREGO ESTRUTURAL E LEGISLAÇÃO TRABALHISTA – PROBLEMAS E POSSIBILIDADES

Carlos Gonçalves de Andrade Neto

Mestre e Doutorando em Direito Privado pela Universidade  
Federal de Pernambuco – UFPE. Professor da Fadia e da  
UFPE (estágio docente). Advogado.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: 1.FENÔMENOS MODERNOS: MÁQUINA, EMPREGO E DESEMPREGO;  
1.1.Conceitos: desemprego conjuntural e desemprego estrutural; 1.1.1.Desemprego  
conjuntural; 1.1.2.Desemprego estrutural; 1.2.Grandes saltos no desemprego estrutural;  
1.2.1.Revolução Industrial – Séc. XVIII-XIX e suas conseqüências históricas; 1.2.2.Da classe  
proletária ao Estado de Bem-Estar Social; 1.2.3.A Revolução da Informação e repetição da  
História; 2.EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS DE CONTENÇÃO DO DESEMPREGO  
ESTRUTURAL TECNOLÓGICO; 3. DEMOCRACIA E MERCADO ABERTO COMO FATORES  
INIBIDORES DA INTERVENÇÃO NORMATIVA NA ADOÇÃO DE TECNOLOGIAS  
POUPADORAS DE MÃO-DE-OBRA; 3.1.Experiências nacionais: frentistas, cobradores de  
ônibus, etc; 4.CONCLUSÃO: DIREITO, PRAGMATISMO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA;  
4.1.O Direito do Trabalho e seus fins; 4.2.Flexibilização e contexto: porque o novo trabalhador  
da revolução da informação prescinde de regulamentação normativa; 5. REFERÊNCIAS

## INTRODUÇÃO

O encontro entre o ideal e o factual tem sido a melhor fonte de progresso do conhecimento jurídico. Com isto não se está aqui a pregar o empirismo puro e simples, despojado de qualquer consideração axiológica, já que é axiomática a contribuição do universo valorativo na construção do direito aplicável ao caso<sup>1</sup>. Ao reverso, trata-se de inquirir da realidade

1 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 251.

dos fatos os tijolos do edifício jurídico a partir dos quais a *eidos*<sup>2</sup> valorativa vai propor o caminho a seguir.

Contudo, nem toda abordagem das aporias jurídico-sociais tem sido feita por este singelo método. Para os adeptos da análise econômica do direito, a exemplo de Richard Posner e dos teóricos da Escola de Chicago, o Direito pode e deve ser analisado tão-somente pelos efeitos econômicos positivos ou negativos que venha a apresentar. Tal reducionismo economicista não se justifica numa tradição jurídica como a que está imerso o contexto brasileiro, porém culturalmente ajustável à cultura anglo-saxônica por diversos motivos históricos.

Bem diferente é a tentativa, aliás mal-sucedida, de transpor o método reducionista do neoliberalismo às plagas nacionais para explicar as interações entre a norma e os fatos sociais, notadamente a relação entre garantias normativas inerentes à relação de emprego e o fenômeno do desemprego.

Sem mais delongas, veja-se o que já foi sobejamente dito desta relação, sob a ótica de um dos maiores expoentes do liberalismo no Brasil:

*Quanto mais o Congresso inventa leis salariais e conquistas sociais, mais diminuem os assalariados com carteira assinada. Estima Joelmir Beting que, em 1979, na véspera da década perdida, a fatia dos formais era de 48%. No último suspiro da década, em 1990, essa fatia despen-*

2 Aqui em referência ao pensamento platônico, i.e., a forma como as coisas devem ser. Cf. REALE, Giovanni. *História da Filosofia Antiga*. [S.l.]: Edições Loyola, [s.d.], v. V, p. 85.

*para 40%. Hoje é de 38%. Mais uma rodada de leis salariais e algumas conquistas a mais, e o Congresso estará votando leis que beneficiarão apenas a bancada do PT e um punhado de gatos pingados...*<sup>3</sup>

E acrescenta:

*(...) a Constituição é de uma romântica generosidade na concessão de direitos e garantias fundamentais. Na Carta anterior, eram 36; hoje são 77! Pobres dos americanos, mais modestos, que se contentam com os 10 princípios do 'Bill of Rights'... De vez que, após a Carta de 1988, os salários reais baixaram, o desemprego aumentou, piorou a distribuição de renda e os assalariados viram reduzida sua participação na renda nacional, segue-se que, quanto mais garantias sociais nossa legislação oferece, maior o grau de injustiça social.*<sup>4</sup>

O insistente apelo aos fatos tem o condão persuasivo de convencer pelo dado empírico<sup>5</sup>, como se na seara dos fenômenos todo corte analítico não tivesse, ele próprio, o poder de buscar as respostas desejáveis ao pano de fundo ideológico abraçado.

3 CAMPOS, Roberto. *Antologia do bom senso – ensaios*. Rio de Janeiro: Topbooks, Bolsa de Mercadorias & Futuros, 1996. p. 318.

4. *I*den, p. 320

5 Convém lembrar a advertência de Popper quanto à dependência que as observações tem da teoria, i.e., o conhecido conceito de contaminação teórica. Cf. O'HEAR, Anthony (org.). *Karl Popper: filosofia e problemas*. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997. p. 64.

O presente trabalho, longe de ser um opúsculo conclusivo e, fugindo da metodologia dedutivista clássica de abordagem das questões jurídicas característica do *civil law* procura, também a partir dos fatos, impugnar a tese de que o desenvolvimento de garantias e direitos à relação de emprego seja, pura e simplesmente, a causa do desemprego persistente característico das economias ocidentais modernas, notadamente nos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

Para isso, faz-se necessário trazer à colação exposições e análises de casos concretos que induzem à tese de que o desemprego estrutural, conceito também aqui a ser explicitado, é particularmente insensível a qualquer manobra normativa positiva ou negativa por sobre a frágil relação jurídica entre empregador e empregado, nos termos a seguir.

## 1. FENÔMENOS MODERNOS: MÁQUINA, EMPREGO E DESEMPREGO

A relação, se existe, entre intervenção do Estado nas relações trabalhistas e nível de emprego ou de desemprego supõe a reta compreensão do que se entende hoje por desemprego, em suas duas facetas básicas, o desemprego conjuntural, de momento, e o desemprego estrutural, fruto da evolução tecnológica e presente na evolução do capitalismo desde os tempos dos teares e locomotivas.

A transição populacional do campo para a cidade, um dos fenômenos característicos da modernidade ocidental, desde o final da Idade Média até os nossos dias,

pode com certeza ser indicado como o início do fenômeno moderno do emprego – e por consequência do desemprego.

A vida rural, longe de ser romântica, mantinha as massas num patamar de vida não muito distante dos seus ancestrais mais longínquos, não obstante estarem mais ou menos atendidas as necessidades básicas dos indivíduos, consistentes em comida, abrigo e limitados espaços de troca entre os excedentes da produção. Por sobre esta estrutura básica ergueu-se a nobreza e o clero, que formavam os estratos superiores da pirâmide social medieval, eventualmente abalada por um ou outro inverno mais rigoroso ou pelo advento de alguma doença contagiosa. Assim viveu a Europa por mais de mil anos, desde a derrocada do Império Romano no Ocidente, até que a burguesia e o conhecimento tecnológico subverteram este estado de coisas.

A civilização burguesa nascente colheia idéias do passado e delas fez uma releitura de modo a explicar a si mesma em relação ao mundo. Para ele, uma sociedade industrial nascente – uma sociedade que apenas estava começando a impelir para frente a produção em massa de produtos compostos de discretos componentes montados pela máquina – a idéia de um universo reunido, ele mesmo composto de componentes discretos, provavelmente era indispensável. Havia regras políticas e sociais, também, para a aceitação do modelo atômico de realidade. Quando a segunda onda se chocou com as velhas instituições da preexistente primeira onda, ela precisou libertar pessoas da família extensa, da poderosa igreja, da monarquia. O capitalismo industrial precisava de um fundamento lógico para o

individualismo. Quando a velha civilização agrícola decaiu, quando o comércio se expandiu e as cidades se multiplicaram um século ou dois antes do industrialismo, a nascente classe mercantil, exigindo liberdade para negociar, emprestar e expandir seus mercados, gerou uma nova concepção do indivíduo – a pessoa como átomo. A pessoa não era mais apenas um apêndice da tribo, da casta ou do clã, mas sim um indivíduo livre e autônomo. Cada indivíduo tinha o direito à sua propriedade, o direito de adquirir mercadorias, de cuidar de seus interesses, de prosperar ou morrer de fome de acordo com seus esforços ativos, com o correspondente direito de escolher uma religião e procurar a felicidade pessoal<sup>6</sup>.

Os velhos paradigmas do conhecimento, substrato ideológico da Igreja e da Nobreza, ruíram ante a superioridade tecnológica logo abraçada pela burguesia em ascensão. Os meios de produção de bens começavam a se diversificar, afastando do campo para a cidade, de modo definitivo nos próximos séculos, a base das trocas de subsistência da feira para a praça.

Esta nova relação entre o espírito e a matéria – entre o ser humano e os bens – catalizou um dos maiores movimentos migratórios da história da humanidade: as massas, em parte atraídas pelo canto de sereia dos bens em abundância no novo mundo nascente, em parte expulsas de suas terras pela substituição da Igreja pelo proprietário privado como maior latifundiário europeu – e a conseqüente dificuldade de extrair da terra excedentes que não fossem canalizados majoritariamente para,

6 TOFLER, Alvin. **A terceira onda**. 18. ed. Rio de Janeiro: Record, 1992. p. 119.

o titular do meio de produção. Eis em síntese o espírito da revolução burguesa, transformar o agricultor contemplativo em operário e consumidor.

O resto é o que a História recente nos relata. A proletarização causada pela conjunção da sujeição da matéria pelo espírito gerou a guerra de classes e contribuiu como combustível principal para o surgimento dos Estados totalitários e as duas oportunidades em que a humanidade teve que encarar de perto a sua própria destruição, a saber, as Guerras Mundiais do Século XX.

Viveu-se, no pós-guerra, uma busca de equilíbrio instável entre capital e trabalho, mormente com o advento das legislações constitucionais de inspiração socialista, a ampliação da intervenção do Estado nas relações trabalhistas, de uma certa forma, pelo crescimento das economias dos países desenvolvidos e em desenvolvimento, como a comprovar que a antiga equação de produção e consumo, quando regada aqui e ali com alguma dose de socialismo *light* seria fórmula exata para continuar levando a humanidade ao paraíso na terra, cujo representante mais próximo tem sido o chamado Estado de bem-estar social (Welfare State).

E quando o Ocidente parecia estar se adequando à economia de mercado criada com a revolução industrial e lastreada na anterior revolução burguesa, quando as massas experimentavam algum grau da prometida abundância material prometida pelo livre mercado e pelo intervencionismo estatal, eis que surge um novo horizonte de submissão da matéria pelo espírito que mais uma vez promete descaradamente lançar as massas nas fronteiras do mundo de troca de bens materiais.

A revolução tecnológica tem tornado obsoletas milhares de atividades da era industrial e criado um paradoxo sem igual na História recente: o do crescimento econômico com decréscimo permanente do nível de emprego.

### 1.1. Conceitos: desemprego conjuntural e desemprego estrutural

O desemprego pode ser visto em duas perspectivas básicas: conjuntural, i.e., momentâneo, termo utilizado principalmente em relação a fatores que interagem com o nível de emprego do momento, podendo fazê-lo variar significativamente num curto lapso de tempo; e estrutural, i.e., um componente da curva de desemprego resistente a qualquer intervenção nas variáveis componentes do primeiro tipo de desemprego.

#### 1.1.1. Desemprego conjuntural

Além das variáveis tributárias, do nível de abertura do mercado ao comércio exterior e mesmo da motivação da classe empresarial em investir e empreender, o desemprego conjuntural é sensível a mudanças na legislação interventiva do Estado nas relações trabalhistas em geral.

Entretanto, essa sensibilidade também tem se demonstrado conjuntural, não interagindo positivamente para a manutenção do nível de relações trabalhistas a longo prazo.

Desgraçadamente, o efeito no longo prazo tem sido negativo, não como causa única, mas como catalizador do inevitável processo de crescimento do desemprego estrutural a seguir abordado.

#### 1.1.2. Desemprego estrutural

O assim chamado desemprego estrutural é fruto de mudanças no perfil dos meios de produção, mudanças estas que atingem em cheio a medida de necessidade do elemento humano para a consecução dos bens e serviços demandados no mercado de trocas global.

O desemprego estrutural não tem muita sensibilidade às variáveis que integram o desemprego conjuntural, existindo, aliás, à parte de qualquer intervenção normativa na relação entre capital e trabalho, pelo menos se considerada em um meio politicamente democrático e economicamente aberto. Explica-se mais adiante.

### 1.2. Grandes saltos no desemprego estrutural

Mas é preciso elencar as ondas de desemprego estrutural que varreram as massas do Ocidente nos últimos trezentos anos.

#### 1.2.1. Revolução Industrial – Séc. XVIII-XIX e suas conseqüências históricas

A primeira revolução foi dada pela máquina a vapor, que tornou obsoleta a força humana ou animal em um sem número de atividades que a demandavam, tais como a tecelagem e o transporte de cargas e pessoas.

Não é difícil se pensar no desespero das massas ao descobrir que uma máquina ameaçava a sua sobrevivência, tecendo, movendo máquinas muito mais fortes do que qualquer homem, levando e trazendo mercado-

rias e pessoas a velocidades e distâncias até então dificilmente atingíveis pelo homem ou animal em tão pouco tempo.

É razoável se supor ainda que as massas – o proletariado – tenha se sentido engodado com os sonhos de uma vida mais abundante prometida pelo liberalismo que as fez migrar para as cidades, para então se verem substituídas por engenhos autônomos.

Mas a máquina a vapor, a um tempo em que extinguiu as funções de carroceiro e tecelã, criou novas atividades relacionadas com a máquina. O monstro fumegante não podia prescindir de operadores para alimentá-lo e fazê-lo gerar o rio de riquezas ambicionadas pelo proletariado. A abundância de bens realimenta o ciclo de produção e consumo, criando um nível de emprego apropriado para a conjuntura presente. A economia de massa, mito paradisíaco ainda hoje onipresente nos discursos dos políticos e empresários, foi o paradigma que moveu o mundo capitalista de praticamente todo o século XX.

### 1.2.2. Da classe proletária ao Estado de bem-estar social

Um certo progresso material e nível de emprego coexistiram em partes do mundo capitalista, embora o desemprego estrutural era facilmente visto nos territórios que ficaram atrás na corrida tecnológica e econômica que construiu o admirável mundo novo do pós-guerra. Com a abundância, as normas interventivas da relação capital e trabalho tiveram maior margem de manobra e consolidou-se o Estado de bem-estar social. O monstro do desemprego, segunda vez, fora problema de uma geração pretérita.

### 1.2.3. A Revolução da Informação e repetição da História

A Era da Informação pôs em xeque essa aparente segurança estabelecida em boa parte dos países desenvolvidos e em alguns outros bolsões de prosperidade econômica e algumas castas privilegiadas dos países do Terceiro Mundo. A máquina já prescindiu até do operador, recebendo ordens de uma outra máquina – o computador, e empregando outra casta de pessoas, desta vez profissionais do espírito – engenheiros e técnicos cada vez mais distantes da dureza de moldar a matéria para obter os bens da vida. É a terceiro choque de desemprego estrutural, e provavelmente o mais profundo dos três.

## 2. EXPERIÊNCIAS ESTRANGEIRAS DE CONTENÇÃO DO DESEMPREGO ESTRUTURAL TECNOLÓGICO

Que o desemprego estrutural não pode ser a longo prazo freado pela regulamentação trabalhista é experiência mais do que batida. Traz-se à colação exemplo norte-americano, em que a força sindical conseguiu frear o avanço tecnológico nos jornais diários em Nova York por algum tempo, motivando quebra das empresas menos competitivas e fortalecimento das restantes, propiciando práticas monopolistas e a redução de vagas tão apavorante para o setor dos tipógrafos:

*O sindicato nacional dos tipógrafos foi um dos sindicatos mais militantes em relação à automação. Em 1966, em seu setor de Nova Iorque conse-*



guiu garantir um acordo trabalhista com os editores dos jornais que 'dava aos sindicatos autoridade absoluta sobre os tipos de tecnologia que poderiam ser introduzidos na sala de composição.' Durante oito anos o ITU foi capaz de protelar a transição da impressão a quente para a impressão a frio e a automação na composição. Os três grandes jornais – The New York Times, The Daily News e o The New York Post – haviam concordado com o contrato de 1966, que dava a ITU controle sobre a introdução da nova tecnologia, na esperança de que a resistência ao tipo frio acabaria arruinando seus concorrentes. Foi exatamente isso o que aconteceu. Naquela época, os seis menores jornais faliram, em parte porque não puderam mais arcar com os crescentes encargos trabalhistas relacionados à impressão a quente. Em 1974, os sindicatos eram considerados responsáveis pela falência dos jornais menores e pela perda de centenas de empregos. A mídia nacional e a comunidade empresarial acusavam o ITU de ser antiprogressista e, pior ainda, pela perda dos empregos que o próprio sindicato tanto havia lutado para proteger.<sup>7</sup>

Vê-se claramente por esta experiência que o desemprego estrutural, longe de ser freado pelo controle estatal, pode até ser maximizado pela abordagem incorreta da realidade do desemprego.

7 RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001. p. 93-94.

### 3. DEMOCRACIA E MERCADO ABERTO COMO FATORES INIBIDORES DA INTERVENÇÃO NORMATIVA NA ADOÇÃO DE TECNOLOGIAS POUPADORAS DE MÃO-DE-OBRA

A intervenção estatal em matéria de meios de produção numa economia aberta e num Estado democrático é tecnicamente possível, porém apenas se suprimido um dos dois fatores elencados acima, e mais especificamente ambos.

Só suprimido o livre mercado uma economia pode democraticamente impedir, por exemplo, o uso de robôs nas linhas de produção de automóveis, através de um acordo ou convenção coletiva, por exemplo. Entretanto, esse fechamento de mercado é, *per se*, incompatível com a democracia, ambiente no qual os indivíduos expõem e perseguem livremente seus desejos. Logo a demanda por carros mais eficientes e baratos que o protegido nacionalmente levaria a uma pressão social por mais abertura, sem falar na ajuda do empresariado preocupado em não perder o trem da história em matéria de produtividade e custos internacionais.

Tudo isso foi analisado em hipótese, pois praticamente nenhum país do mundo tem resistido à onda globalizante promovida pela OMC em abrir gradativamente o mercado, e mesmo os gigantes protecionistas, em que pese a força dos seus atores sindicais, tem avançado um pouco nesta direção. O fechamento do mercado para a proteção do emprego definitivamente não está na ordem do dia.

A combinação de mercado aberto e governo fechado – autoritário ou totalitário – tem sido experiência efêmera (nazismo) ou recente (comunismo chinês) e de resultados duvidosos na manutenção de baixos níveis de desempre-

go estrutural. A uma porque, ao deixar o mercado de um determinado local aberto às influências estrangeiras – globalizantes – é fato que os meios de produção locais mais e mais se parecerão com os globais, tanto no quesito de produtividade alimentada pela tecnologia da informação quanto em relação ao custo em homem/hora na produção destes bens e serviços. A duas porque num Estado totalitário como o chinês, para não fugir dos exemplos práticos, a pujança econômica de uma minoria da população convive com vários estratos de exclusão social – do proletariado miserável das cidades ao mundo camponês que ainda vive no equivalente da Idade Média Ocidental, tudo sem protestos, crítica ou oposição de espécie alguma. O Ocidente, carreado pelos Estados Unidos da América e pela União Européia, definitivamente estão “pagando pra ver” o que essa experiência chinesa trará em termos de prosperidade material a longo prazo para o seu povo e para o mundo. Por razões menos materiais, é óbvio, o totalitarismo não é uma opção válida para a maioria da civilização ocidental.

O pior dos mundos sem dúvida é o de um totalitarismo político combinado com uma economia fechada à globalização. Exemplos nem tão antigos como a URSS ou mais presentes como a Coreia do Norte desmistificam qualquer especulação em favor desse paradigma.

### **3.1. Experiências nacionais: frentistas, cobradores de ônibus, etc.**

A intervenção legislativa parece não ter impedido a diminuição dos postos de trabalho entre os frentistas, o que não significa, *ipso facto*, que foi a sua causa:

*No início da década de 90, os donos de postos de gasolina realizaram um movimento em prol do auto-atendimento. Quem fosse abastecer teria que manusear a bomba de gasolina e o atendimento realizado pelo frentista representaria um serviço adicional. A intenção seria a de reduzir os custos operacionais, mas em nenhum momento surgiram comentários de que isso possibilitaria uma diminuição no preço do combustível nessas bombas.*

*A mobilização do sindicato da categoria foi imediata. Através de lobby político, criou-se a Lei 9.956, de janeiro de 2000, proibindo o funcionamento do auto-serviço nos postos de gasolina. O argumento? Desemprego. Tal justificativa está baseada no sistema da Lei das Sociedades por Ações, a qual determina que “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”, ou seja, uma função social importante das empresas. No caso dos postos, os frentistas têm uma baixa empregabilidade e poucas chances de recolocação a curto prazo.*

*Quem conhece um pouco da realidade dos donos de postos sabe que a margem de lucro vem principalmente de serviços e produtos vendidos além da venda de combustível. Portanto, é fundamental*

go estrutural. A uma porque, ao deixar o mercado de um determinado local aberto às influências estrangeiras – globalizantes – é fato que os meios de produção locais mais e mais se parecerão com os globais, tanto no quesito de produtividade alimentada pela tecnologia da informação quanto em relação ao custo em homem/hora na produção destes bens e serviços. A duas porque num Estado totalitário como o chinês, para não fugir dos exemplos práticos, a pujança econômica de uma minoria da população convive com vários estratos de exclusão social – do proletariado miserável das cidades ao mundo camponês que ainda vive no equivalente da Idade Média Ocidental, tudo sem protestos, crítica ou oposição de espécie alguma. O Ocidente, carregado pelos Estados Unidos da América e pela União Européia, definitivamente estão “pagando pra ver” o que essa experiência chinesa trará em termos de prosperidade material a longo prazo para o seu povo e para o mundo. Por razões menos materiais, é óbvio, o totalitarismo não é uma opção válida para a maioria da civilização ocidental.

O pior dos mundos sem dúvida é o de um totalitarismo político combinado com uma economia fechada à globalização. Exemplos nem tão antigos como a URSS ou mais presentes como a Coreia do Norte desmistificam qualquer especulação em favor desse paradigma.

### 3.1. Experiências nacionais: frentistas, cobradores de ônibus, etc.

A intervenção legislativa parece não ter impedido a diminuição dos postos de trabalho entre os frentistas, o que não significa, *ipso facto*, que foi a sua causa:

*No início da década de 90, os donos de postos de gasolina realizaram um movimento em prol do auto-atendimento. Quem fosse abastecer teria que manusear a bomba de gasolina e o atendimento realizado pelo frentista representaria um serviço adicional. A intenção seria a de reduzir os custos operacionais, mas em nenhum momento surgiram comentários de que isso possibilitaria uma diminuição no preço do combustível nessas bombas.*

*A mobilização do sindicato da categoria foi imediata. Através de lobby político, criou-se a Lei 9.956, de janeiro de 2000, proibindo o funcionamento do auto-serviço nos postos de gasolina. O argumento? Desemprego. Tal justificativa está baseada no sistema da Lei das Sociedades por Ações, a qual determina que “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”, ou seja, uma função social importante das empresas. No caso dos postos, os frentistas têm uma baixa empregabilidade e poucas chances de recolocação a curto prazo.*

*Quem conhece um pouco da realidade dos donos de postos sabe que a margem de lucro vem principalmente de serviços e produtos vendidos além da venda de combustível. Portanto, é fundamental*

*que sejam bem administrados e qualquer oportunidade de ganho é importante. Isso quer dizer que mesmo sem o auto-serviço muitos postos possuem, hoje, menos funcionários do que há dez anos atrás e, por vezes, vemos filas em alguns devido à demora dos frentistas em atender, mesmo havendo bombas livres.<sup>8</sup>*

Os cobradores de ônibus também têm em mente uma drástica intervenção legislativa para frear o avanço tecnológico sobre suas atividades, tendo sido objeto até de projeto de lei no Congresso nacional:

*“PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 8, DE 2001  
Proíbe a utilização de catraca eletrônica em ônibus urbanos.*

(...)

### **JUSTIFICAÇÃO**

*As inovações tecnológicas são, em geral, concebidas com o objetivo de propiciar o aumento da eficiência dos serviços e a melhoria dos níveis de conforto e segurança da população.*

*No setor dos transportes coletivos urbanos, uma das inovações que se pretende implantar é a utilização de catracas eletrônicas, destinadas a permitir a arrecadação automatizada das tarifas.*

<sup>8</sup> <http://www.militelli.com.br/biblioteca/clipping/clipping15.htm>, Acesso em: 04 set.2004.

*Com as novas catracas espera-se alcançar maior eficiência no controle operacional, além de promover maior facilidade de integração entre diferentes serviços de transporte.*

*A implantação de sistema de catracas eletrônicas, num contexto marcado por altos índices de desemprego e subemprego, entretanto, pode gerar impactos altamente negativos para a sociedade, como a eliminação dos postos de emprego dos cobradores e a inadaptação de antigos empregados para o desempenho de novas funções.*

*Em vista dessa situação, apresentamos projeto de lei, que visa evitar que a introdução de novos equipamentos gere aumento do desemprego e crie uma perspectiva assustadora para a classe dos cobradores. Assim, além de estabelecer condições conjunturais adequadas para a introdução das inovações tecnológicas – qual seja, a redução dos níveis de desemprego –, a proposta centrou o foco na duração profissional, como medida compensatória à perda do emprego, e na utilização das linhas de recursos e das instituições de formação profissional existentes.*

*Pelo exposto, solicitamos a colaboração dos nobres Parlamentares para a aprovação da presente iniciativa.*

Sala das Sessões,  
Senador VALMIR AMARAL<sup>9</sup>

<sup>9</sup> [http://www.valmiramaral.com.br/pl8\\_01.htm](http://www.valmiramaral.com.br/pl8_01.htm), Acesso em: 04 set.2004.

Ainda assim, a intervenção estatal tem se mostrado, como é o caso dos frentistas, inócua a longo prazo para evitar o gradativo desaparecimento de certas funções que exigem pouca ou nenhuma formação, reforçando a tese de que o desemprego estrutural não responde, nem positiva nem negativamente, no longo prazo, às intervenções estatais, excluídas as mais radicais e que visem mudar o próprio perfil dos meios de produção, o que não é o caso nem a práxis nas economias de mercado aberto.

#### 4. CONCLUSÃO: DIREITO, PRAGMATISMO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

À guisa de conclusão, faz-se uma abordagem das finalidades da própria intervenção do Estado nas relações privadas, em especial nas relações laborais, para a seguir elucidar-se o confronto entre esta intervenção e o seu substrato fático apurado das experiências anteriormente narradas.

##### 4.1. O Direito do Trabalho e seus fins

É sobejamente reconhecido pelos teóricos do direito que se está diante de um produto histórico da tensão entre emprego e desemprego, sendo esta a gênese da própria existência do Direito do Trabalho e, de modo mais amplo, do Estado Interventivo nas relações econômicas. Assim:

*Os motivos que levaram o Estado a dar esse passo decisivo na história dos destinos humanos podem ser sumariados, didaticamente, da seguinte maneira: 1) os vícios e as conseqüências da liberdade econômica e do liberalismo político;*

*2) o maquinismo; 3) a concentração de massas humanas e de capitais; 4) as lutas de classes, as conseqüentes rebeliões sociais; 5) os livres acordos entre grupos profissionais; 6) a encíclica papal 'Rerum Novarum'; 7) a guerra (1914-1918).<sup>10</sup>*

Atacar, portanto, o Direito do Trabalho sob o fundamento duvidoso de algumas experiências fáticas (com o perdão da ênfase redundante), é ignorar os *atos mesmos* que originaram este gigantesco arcabouço e direitos e garantias do trabalhador nas relações de emprego.

E mais ainda, é de se concluir, à base de toda a argumentação exposta, que o fenômeno do desemprego estrutural é particularmente insensível, principalmente a longo prazo, a qualquer concessão da norma à planilha de custos do empregador.

Há aqui uma advertência toda especial para reflexão dos teóricos da abordagem economicista do direito e das demais relações humanas. O despojamento axiológico do ser humano, transformando-o em mero objeto de um jogo de mercado<sup>11</sup>, alija e confronta uma das maiores conquistas da civilização ocidental nos últimos decênios, a afirmação categórica de que o ser humano vale em si e por si, independentemente do que possui ou de qualquer outro atributo exterior. Tal construção va-

<sup>10</sup> MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: Ltr, 1995. p. 74.

<sup>11</sup> Sobre a relação entre ética e capitalismo, já pontificava Miguel Reale: "Pois bem, o que ousou afirmar é que, na situação atual da economia globalizada, já é tempo de se ir alternando a mentalidade de economismo estrito que ainda prevalece nos meios internacionais, reconhecendo-se que uma preocupação extremada, que não vise senão à retribuição maior possível, implica não apenas conseqüências eticamente criticáveis mas também economicamente nocivas." [REALE, Miguel. *Crise do Capitalismo e crise do Estado*. São Paulo: Editora Senac, 2000, p. 25.]

lorativa extrema encontra-se justamente no cerne dos assim chamados direitos humanos e em seu subproduto mais importante, os direitos fundamentais<sup>12</sup>, com desdobramentos claros na seara das relações jurídicas trabalhistas, a teor do art. 7º de nossa Carta Magna.

#### 4.2. Flexibilização e contexto: por que o novo trabalhador da revolução da informação prescinde de regulamentação normativa

Não obstante, não se deve erigir as conclusões acima como justificativa para o não enxergar as mudanças do devir histórico nas relações de emprego, ou mesmo na própria subsistência dela.

Emerge uma nova geração de trabalhadores, os “analistas simbólicos”, cujo valor econômico é medido como que pelo seu próprio peso em ouro:

*Abaixo dos super-ricos está uma classe ligeiramente maior, formada por 4% da população trabalhadora dos Estados Unidos. Suas fileiras constituem-se principalmente dos novos profissionais, os analistas simbólicos altamente treinados, ou os trabalhadores do conhecimento, que gerenciam a nova economia da informação de alta tecnologia. Esse pequeno grupo, que não chega a 3,8 milhões de indivíduos, ganha tanto quanto os 51% de menor salário, que totalizam mais 49,2 milhões de indivíduos.<sup>13</sup>*

12 Sobre uma distinção anatacável entre direitos humanos e direitos fundamentais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 38.

13 RIFKIN, Jeremy. *O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001. p. 191.

Diante desta constatação, conclui-se de igual modo que nasce uma nova casta de trabalhadores que prescindem da tutela estatal para receberem um tratamento ético e digno dos seus empregadores. A nova economia simbólica cria uma elite nunca vista antes de trabalhadores desde os tempos medievais, época em que o clero formava uma casta à parte, sujeita inclusive a leis diferenciadas, mantida pelas massas e intocada, a princípio pela nobreza detentora dos meios de produção. Este “sacerdócio do conhecimento” impõe-se tão-somente pela demanda de profissionais e pelo custo de produzi-los. Isto porque o conhecimento não é matéria que possa ser vendida em grande escala: um PhD é uma construção demorada, custosa e, em última análise, individual. Compreende fatores ambientais e pessoais cuja combinação propicia o desenvolvimento desta rara entidade humana hipercapacitada. São estes os detentores dos meios de produção do futuro, a se referir a uma linguagem bem marxista.

Entretanto, para a maioria dos trabalhadores moldados durante a era industrial, as regras protetivas trabalhistas serão cada vez mais necessárias para a manutenção do mínimo existencial digno nas relações de emprego. O objetivo a que se propôs o presente opúsculo é tão-somente dissimular a falácia de que tais institutos protetivos impactam substancialmente no desemprego estrutural típico de nossa época. Quando muito influencia na componente menor do desemprego, i.e., no de viés conjuntural, e os eventuais benefícios ou malefícios advindos das proposições trabalhistas são a médio e longo prazo absorvidos como ondas de choque nas relações de capital e trabalho, seja pela mudança no

perfil do profissional, seja pela revolução nos meios de produção cada vez mais dependentes de conhecimento e tecnologia e cada vez menos dependentes do trabalhador braçal.

Por outro lado, o rol de garantias laborais também não tem por finalidade assegurar o emprego ao trabalhador, visto que se sabe bem ser inócua essa experiência. Os caminhos do desemprego e sua mitigação não passam pelas mudanças alijadoras das garantias constitucionais e legais ao trabalhador, porém pelo incentivo ao crescimento dos incluídos, o que bem se sabe, é um trabalho que engloba investimentos públicos em educação, infraestrutura e outras variáveis, e privados na produção e distribuição de bens e serviços, pouco ou nada influenciado pelos avanços ou retrocessos da legislação estritamente trabalhista.

## 5. REFERÊNCIAS

### Livros

MORAES FILHO, Evaristo. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Ltr, 1995.

O'HEAR, Anthony (Org.). **Karl Popper: filosofia e problemas**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1997.

REALE, Giovanni. **História da Filosofia Antiga**. São Paulo: Edições Loyola, 1995. v.V

REALE, Miguel. **Crise do Capitalismo e crise do Estado**. São Paulo: Editora Senac, 2000.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. **O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia Jurídica dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TOFLER, Alvin. **A terceira onda**. 18. ed. Rio de Janeiro: Record, 1992.

## Artigos coletados na Internet

[http://www.valmiramaral.com.br/pl8\\_01.htm](http://www.valmiramaral.com.br/pl8_01.htm). Acesso em: 04 set.2004.

<http://www.militelli.com.br/biblioteca/clipping/clipping15.htm>, Acesso em 04 set.2004.

# DA RECLAMAÇÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Cláudia Oliveira Pachú

Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Professora Assistente da Universidade Federal de Campina Grande - UFCG

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. NOÇÕES INICIAIS; 3. ORIGEM HISTÓRICA; 4. IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO; 5. NATUREZA JURÍDICA; 6. (IM)POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO PELOS TRIBUNAIS ESTADUAIS; 7. LEGITIMIDADE ATIVA PARA INTERPOSIÇÃO; 8. FINALIDADES DO INSTITUTO; 9. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS GERAIS DO PROCESSO DE RECLAMAÇÃO; 10. CONCLUSÕES; 11. REFERÊNCIAS

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar o instituto da reclamação, previsto nos arts. 13 a 18 da Lei 8.038 de 25.5.1990, art. 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem como nos arts. 102, I, “I”, e 105, I, “F”, da Constituição Federal de 1988, delimitando seus caracteres e permitindo, assim, a compreensão do mesmo.

Aqui serão discutidos a natureza jurídica desse instituto, seus objetivos, requisitos para interposição do mesmo e, ainda, a sua origem histórica.

A necessidade de se estudar tal instituto justifica-se pela importância de seu objetivo primordial, que é garantir a competência e a autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

O método, para elaboração deste trabalho, foi o histórico-dogmático, em virtude de se ater o mesmo aos



aspectos históricos e legais que envolvem o tema. Desde já, é bom alertar para o fato de que não se pretende esgotar o assunto, mas tão-somente, ministrar noções básicas que permitam uma familiarização com mencionado instituto.

## 2. NOÇÕES INICIAIS

Preliminarmente, é preciso lembrar que o termo “reclamação” é polissêmico, o que, torna necessário fazer uma breve digressão sobre o assunto.

Assim é que se fala de Reclamação Administrativa, que, segundo Nunes (1994: 716), se constitui no “meio pelo qual a parte interessada promove a interrupção da prescrição quinquenal de uma dívida passiva da União, bem como de todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a natureza, e de todo direito correspondente a prestações e pensões vencidas e por vencerem, ao meio solido e ao montepio, civil ou militar, ou a quaisquer restituições ou diferenças”. Há, também, segundo o mesmo autor (s/d: 292), a reclamação restitutória, prevista no Direito Falimentar, consistente no pedido de restituição, bem como a reclamação do Direito do Trabalho, definida por Naufel, como “ato, escrito ou verbal, reduzido a termo, em duas vias, pelo qual o empregado reclama contra ato do empregador, perante o órgão competente da Justiça do Trabalho, pedindo o restabelecimento ou a reparação de seus direitos lesados em face da legislação trabalhista”.

Não se pode deixar de mencionar a correção parcial, denominada por algumas leis de organização judi-

ciária e tribunais de alguns Estados, de “reclamação”, constituindo-se, segundo SILVA (1991:571), “... na diligência procedida pelo corregedor no exercício de suas atribuições para fiscalizar os cartórios e escriturinhas de sua jurisdição, examinando processos e livros (...) E, no desempenho de semelhantes atribuições, o corregedor ou qualquer outro órgão a quem estejam afetas as correições, pode mesmo sindicatar sobre os erros, abusos, desrespeito e inversões tumultuárias de atos e forma legal dos processos, *ex officio* ou em virtude de reclamações, provendo sobre estes casos o que for de Direito e de sua competência”.

Lima (1994:500) afirma que a correção parcial não é recurso, aludindo a sua proliferação perniciosa nas leis de organização judiciária e tribunais dos Estados, exce-tuando o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, já que, segundo Lima, o mesmo possuía autorização legal para tanto. Ressalte-se, todavia, que a referência de Lima é ao anterior Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, a reclamação tratada neste ensaio é a prevista na Constituição Federal de 1988, nos seus arts. 102, I, “l”, e 105, I, “f”. Todavia, vale ressaltar que, embora se trate de um mesmo instituto, limitar-nos-emos a estudar a reclamação perante o STF, deixando de estudar esta, no âmbito do STJ.

## 3. ORIGEM HISTÓRICA

O objetivo deste item será fazer uma breve retrospectiva histórica do instituto da reclamação constitucional. Pacheco (1989:19-123; 1998: 566-574) delimita o

aspectos históricos e legais que envolvem o tema. Desde já, é bom alertar para o fato de que não se pretende esgotar o assunto, mas tão-somente, ministrar noções básicas que permitam uma familiarização com mencionado instituto.

## 2. NOÇÕES INICIAIS

Preliminarmente, é preciso lembrar que o termo “reclamação” é polissêmico, o que, torna necessário fazer uma breve digressão sobre o assunto.

Assim é que se fala de Reclamação Administrativa, que, segundo Nunes (1994: 716), se constitui no “meio pelo qual a parte interessada promove a interrupção da prescrição quinquenal de uma dívida passiva da União, bem como de todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a natureza, e de todo direito correspondente a prestações e pensões vencidas e por vencerem, ao meio soldo e ao montepio, civil ou militar, ou a quaisquer restituições ou diferenças”. Há, também, segundo o mesmo autor (s/d: 292), a reclamação restitutória, prevista no Direito Falimentar, consistente no pedido de restituição, bem como a reclamação do Direito do Trabalho, definida por Naufel, como “ato, escrito ou verbal, reduzido a termo, em duas vias, pelo qual o empregado reclama contra ato do empregador, perante o órgão competente da Justiça do Trabalho, pedindo o restabelecimento ou a reparação de seus direitos lesados em face da legislação trabalhista”.

Não se pode deixar de mencionar a correção parcial, denominada por algumas leis de organização judi-

ciária e tribunais de alguns Estados, de “reclamação”, constituindo-se, segundo SILVA (1991:571), “... na diligência procedida pelo corregedor no exercício de suas atribuições para fiscalizar os cartórios e escriturinhas de sua jurisdição, examinando processos e livros (...) E, no desempenho de semelhantes atribuições, o corregedor ou qualquer outro órgão a quem estejam afetas as correções, pode mesmo sindicatar sobre os erros, abusos, desrespeito e inversões tumultuárias de atos e forma legal dos processos, *ex officio* ou em virtude de reclamações, provendo sobre estes casos o que for de Direito e de sua competência”.

Lima (1994:500) afirma que a correção parcial não é recurso, aludindo a sua proliferação perniciosa nas leis de organização judiciária e tribunais dos Estados, exce-tuando o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, já que, segundo Lima, o mesmo possuía autorização legal para tanto. Ressalte-se, todavia, que a referência de Lima é ao anterior Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

No entanto, a reclamação tratada neste ensaio é a prevista na Constituição Federal de 1988, nos seus arts. 102, I, “f”, e 105, I, “f”. Todavia, vale ressaltar que, embora se trate de um mesmo instituto, limitar-nos-emos a estudar a reclamação perante o STF, deixando de estudar esta, no âmbito do STJ.

## 3. ORIGEM HISTÓRICA

O objetivo deste item será fazer uma breve retrospectiva histórica do instituto da reclamação constitucional. Pacheco (1989:19-123; 1998: 566-574) delimita o

estudo da reclamação em quatro fases, a saber: “1ª) a primeira vai desde a criação do STF até 1957; 2ª) a segunda começa em 1957, com a inserção da medida no RISTF, até 1967; 3ª) a terceira, a partir do disposto na CF de 1967, art. 115, parágrafo único, ‘c’, que foi reproduzido na EC 1/69, art. 120, parágrafo único, ‘c’ e, posteriormente, após a EC 7, de 13.4.77, com o disposto no art. 119, I, ‘o’, sobre a advocatória, e no § 3º, ‘c’, autorizando que o RISTF estabelecesse ‘o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da argüição de relevância da questão federal’; 4º) a quarta, com o advento da CF de 5.10.88, cujos arts. 102, I, ‘l’, e 105, I, ‘f’ prevêm, expressamente, a reclamação como da competência originária do STF e do STJ.”

O instituto foi fruto de construção pretoriana, tendo sido proposto, oficialmente, pelo Ministro Ribeiro da Costa, na sessão de 2.10.57, e sendo incluído no Regimento Interno daquela Corte, por iniciativa deste mesmo Ministro, na sessão de 19.7.63, segundo nos informa Santos (1990: 546). À época da sua propositura, pelo Ministro Ribeiro da Costa, houve discussões em torno da sua constitucionalidade, haja vista que a Constituição de 1946, então em vigor, não concedia autorização ao Supremo Tribunal Federal para legislar sobre processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal, fato que somente iria acontecer com a Constituição de 1967, no seu art. 115, parágrafo único, letra c, abaixo reproduzido:

“Art. 115. O Supremo Tribunal Federal funcionará em plenário ou dividido em turmas.

Parágrafo Único. O regimento interno estabelecerá:  
(...)

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso.”

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, reproduziu o texto da Constituição anterior, acrescida de pequena modificação pertinente à matéria ora objeto de estudo. O parágrafo terceiro do art. 119 tinha a seguinte redação:

“§ 3º. O regimento interno estabelecerá:

(...)

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da argüição de relevância da questão federal.”

Como se vê, a Emenda Constitucional nº 1/69 concedeu competência ao órgão superior da hierarquia judiciária brasileira para legislar sobre os feitos de sua competência.

Neste sentido é a afirmação do Ministro Djaci Falcão (1971: 506), em relatório à Representação nº 1.092-DF, de 31.10.1984:

“Não é mais de discutir-se sobre a inconstitucionalidade do instituto, matéria que serviu de campo para dissertação polêmica, de alto interesse doutrinário e prático. O texto, no artigo 115, parágrafo único, letra c, da Constituição de 1967, reproduzido pelo artigo 120, parágrafo único, letra c da mesma Constituição, segundo a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, na inteligência que lhe deu este *Tribunal*, afasta de vez a questão”.

No entanto, é preciso ressaltar que o instituto da reclamação foi, quando da vigência das codificações estaduais do processo, denominado, em alguns Estados,

de correção parcial. Tal instituto, de acordo com o Ministro Néri da Silveira (*idem*: 549), se “enraizou nos regimentos internos dos tribunais e nas leis de organização judiciária, sobrevivendo ao embate com as críticas por vezes acerbas de autorizados processualistas. Assim, já em 1911, o Decreto nº 9.623, que regulou a organização judiciária do antigo Distrito Federal, estabeleceu, no artigo 142, que ‘sempre que chegar ao conhecimento do Conselho Supremo (da então Corte de Apelação) ou do Procurador-Geral, fato grave que exija correção parcial em qualquer ofício de justiça, deverá aquele efetuá-la imediatamente, qualquer que seja a época do ano’”.

Mencionado instituto parece ter sua origem mais remota ligada ao Direito Português, quando este previa, nas *Ordenações*, Liv. 3; Tít. 20, § 6º, o *agravo de ordenação não guardada*, que servia para corrigir defeitos extrínsecos do processo, ao lado do *agravo no auto do processo*, o qual era utilizado para apreciar questões de mérito surgidas no curso do processo (cf. *ibidem*: 548). Santos (*idem*: 547-548), porém, vislumbra as origens da reclamação no *agravo por dano irreparável*, destinado a impugnar as decisões interlocutórias que contivessem dano irreparável. Lisboa (1952), em trabalho intitulado “Da Reclamação”, apresentado ao Instituto dos Advogados da Bahia, defendeu a natureza jurídica de medida disciplinar do referido instituto. Cabe, no entanto, lembrar que, nesse caso, se tratava de verdadeira medida disciplinar, já que utilizada para corrigir abuso de autoridade no âmbito do foro. Tratava-se, desse modo, de verdadeira correção parcial.

Logo, percebe-se a intrínseca relação entre o instituto da reclamação, previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e a correção parcial (ou reclamação), prevista em algumas leis de organização judiciária e regimentos internos dos Tribunais de Justiça de alguns Estados. É preciso, de certo, visualizar as diferenças que circundam institutos com igual denominação.

Pontes de Miranda (1974:382), aduzindo a tal instituto afirma: “Em leis de organização judiciária ou em regimentos internos, aludiu-se, de certo tempo para cá, à *reclamação* contra atos dos juízes, em caso de erro judiciário, se não cabe recurso. Não faltou reação na doutrina e na jurisprudência; mas o ambiente ditatorial e, ainda depois da ditadura, a mentalidade de juízes formados durante a ditadura foram propícios à medida correcional. O Supremo Tribunal Federal pô-la, finalmente, no seu Regimento Interno. Hoje, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, estão nos arts. 7º, I, h, e 161, e arts. 85-88”.

A correção parcial (ou reclamação), prevista nas leis de organização judiciária e nos regimentos internos dos tribunais dos Estados, muito se diferencia do instituto da reclamação, previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Isso porque, segundo Neri da Silveira (*idem*: 552) aquela se destina a “corrigir excessos, abusos e irregularidades derivados de atos de autoridades judiciárias, ou de serventuários que lhes sejam subordinados”, enquanto, nesta, há a finalidade específica de preservar a integridade da competência do STF ou assegurar a autoridade de seus julgados, conforme o disposto no art. 102, I, “I”, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I. processar e julgar, originariamente:

(...)

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões”.

Logo, percebe-se que um e outro instituto possuem finalidades diversas, não podendo, assim, haver confusão entre ambos. A origem pode ser a mesma, no entanto, podemos afirmar que o instituto da reclamação, previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, reveste caráter distinto das “reclamações” previstas nos Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça e nas leis de organização judiciária dos Estados. Nestes, a reclamação possui a natureza jurídica de sucedâneo de recurso, o que não ocorre com aquela. Amaral Santos (1971:539) aduz “Não se pode, assim, atribuir-se à correição parcial uma posição definida entre os institutos processuais. Mas, não obstante isso, a verdade é que *existe* como instituto processual e exerce função equiparável à de recurso. Parece acertado, por isso seguindo Frederico Marques, dar à correição parcial o caráter de *sucedâneo de recurso*”.

Tal não ocorre com a reclamação inserida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e na Constituição Federal de 1988, nos arts. 102, I, “l” e 105, I, “f”, uma vez que a mesma não possui a natureza jurídica de recurso, conforme será visto no decorrer deste trabalho.

Pacheco (1956:865), após definir a reclamação como “a invocação do Tribunal ou do Conselho de Justiça do Tribunal para o acertamento do processo, quando o juiz estiver na direção do feito, praticando atos que importem

na inversão tumultuária da ordem processual”, afirma, logo adiante, que esta não é recurso, sendo denominada também de correição parcial. A função diferenciada desta “reclamação” e a prevista no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal é ressaltada por Pacheco (1956:866), ao afirmar que “no Supremo Tribunal Federal tem sido acolhida a reclamação para fazer cumprir acórdãos seus, violados ou descumpridos pelo juízo da execução.” Portanto, a diferença entre ambos se mostra patente.

Djaci Falcão, na Representação nº 1.092 - (1971:522) também faz menção à diferença entre a correição parcial, também denominada reclamação, pelas Leis de Organização Judiciária dos Estados, e a reclamação prevista no RISTF. Nestes termos afirma: “Observo que a reclamação, pela sua natureza e finalidade não se confunde com a correição parcial (...). Esta, destina-se a corrigir irregularidade de abuso de poder de direção processual exercitada pelo juiz; enquanto aquela visa. (...) a resguardar a competência do Supremo Tribunal ou garantir a autoridade de suas decisões.”

#### 4. IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO

Não se precisa falar muito da importância do mencionado instituto para garantir a harmonia do Poder Judiciário, uma vez que se faz patente sua relevância ao garantir que as decisões tomadas pelo Órgão superior daquele poder sejam acatadas e cumpridas pelos demais órgãos do Judiciário, bem como ao assegurar a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, constitucionalmente definidas. Sem a previsão desse instituto ficaria o Direito brasileiro lacunoso no que pertine à

efetividade das decisões do STF e do STJ, uma vez que, diante de órgão inferior do Judiciário que se recusasse a cumprir, até mesmo, decidir da maneira como foi decidida pelo STF ou pelo STJ, ficariam aqueles órgãos sem um instrumento legal para enfrentar tal situação jurídica.

Ressalte-se que, as decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade e, portanto, sem a presença de partes propriamente ditas, têm sido reconhecidas como não ensejadoras da interposição da reclamação para asseguramento da efetividade das decisões tomadas no âmbito dessas ações, uma vez que o artigo 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal somente a admitia para o maltrato de suas decisões tomadas em casos concretos e, não assim, em tese, porém, as necessidades de garantia de eficácia de suas decisões fizeram com que o Supremo Tribunal Federal revisse aquele posicionamento. Neste sentido é a afirmação de Clève (1995:161, nota nº 156): “É necessário relativizar a afirmação. Já vimos que o STF, ultimamente, vem admitindo a reclamação no caso de descumprimento frontal de decisões proferidas em ações diretas (Reclamação 173. RTJ 131/11).”

Assim, anteriormente a tal mudança de posicionamento, por parte do STF, somente seria possível o ajuizamento de outra representação ou de outra ação direta para afastar as decisões renitentes dos órgãos inferiores do Poder Judiciário, o que implicava numa delonga da prestação jurisdicional, afrontando, ainda, o princípio da economia processual. Para coibir tais incongruências, é que tem havido uma transmutação de posicionamento daquele órgão supremo. Hodiernamente, a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999,

no seu artigo 13, prevê, expressamente, o cabimento da reclamação contra o descumprimento da decisão proferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental pelo Supremo Tribunal Federal, na forma disciplinada no seu Regimento Interno.

## 5. NATUREZA JURÍDICA

Aqui caberá discutir a natureza jurídica do instituto da reclamação. É preciso deixar claro que não se trata de recurso, tanto em virtude dos aspectos formais, como também dos ontológicos que dizem respeito ao mesmo. Pelo princípio da taxatividade, segundo Nery Junior (1997:46), somente serão considerados como recursos aqueles designados, em *numerus clausus*, pela lei federal. Logo, o art. 496 do Código de Processo Civil enumera os seguintes recursos: I. apelação; II. agravo; III. embargos infringentes; IV. embargos de declaração; V. recurso ordinário; VI. recurso especial; VII. recurso extraordinário; XVIII. embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. Logo, como se percebe, não se encontra prevista a reclamação. E, como afirma Maximiliano (*apud ibidem*: 46-47), é preciso que o intérprete da lei verifique se se encontra diante de elenco exemplificativo ou exaustivo. E adiante afirma, *in verbis*: “Se a enumeração for exaustiva, a interpretação é estrita; se houver mera enunciação exemplificativa, aquela se faz de modo mais amplo e genérico. Pois bem. Quando o legislador quer tornar evidente que a enumeração constante da lei é taxativa, utiliza-se de expressões com a finalidade de restringir o limite de abrangência da norma legal. As expressões mais empregadas para indicar que a

norma refere hipótese em *numerus clausus* são: apenas, unicamente, só e seguinte, entre outras, precedendo o elenco dos casos”.

E, lembra Nery Junior (1997: 47) que o art. 496 do CPC utiliza o termo *seguinte*, fornecendo ao intérprete a inuidosa escolha pelo princípio da taxatividade dos recursos: “somente aqueles meios de impugnação ali descritos é que são considerados pela lei como sendo recursos”. Porém, existem os “sucedâneos dos recursos”, assim denominados por possuírem as mesmas finalidades dos recursos, porém não fazendo parte do rol taxativo do art. 496 do CPC. Os mais importantes são, segundo Nery Júnior (*idem*: 53): pedido de reconsideração, correição parcial, remessa obrigatória (art. 485, CPC), os embargos de terceiro (art. 1.046, CPC), a medida cautelar inominada (arts. 798-799, CPC), os agravos regimentais, o *habeas corpus* contra o decreto de prisão civil e o mandado de segurança contra ato judicial. E logo adiante aduz que os incidentes de uniformização da jurisprudência, previstos no art. 476 do CPC e o de declaração de inconstitucionalidade (art. 480 CPC), bem como o *habeas data* (art. 5º, LXXII, CF), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF) e a reclamação para o STF, previstos no art. 156 do RISTF, não são sucedâneos de recursos. Logo, afastada se encontra a possibilidade de se falar na reclamação como recurso. E assim, resta a indagação para sabermos qual a natureza jurídica que reveste a reclamação.

Para nós, trata-se de uma ação, visando assegurar a competência do tribunal ou a autoridade de suas decisões. Não é recurso, em virtude das dessemelhanças entre esta e aquela. Os recursos se caracterizam por um pedido de reexame de uma decisão, enquanto que, nesta, tal não

ocorre. Como afirma Buzaid (1982:43), o “recurso é o meio pelo qual a parte impugna, dentro do mesmo processo, a decisão com a qual não se conforma, pedindo ao órgão jurisdicional hierarquicamente superior que a reforme nos termos que postula”.

Santos (1992:82) define recurso nos seguintes termos: “Recurso é, pois, o poder de provocar o reexame de uma decisão pela mesma autoridade judiciária, ou por outra hierarquicamente superior, visando a obter a sua reforma ou modificação”.

Portanto, claro se mostra que para se poder falar em recurso é mister a existência de um pedido de reexame de uma decisão. Neste sentido afirma Mendonça Lima, citado por Medeiros (1980:4): “O recurso, do ponto de vista técnico, diferencia-se dos demais institutos processuais pelo alvo visado: o ataque a uma decisão, seja qual for a modalidade desta. É o característico específico dos recurso”.

Logo, pelo aspecto teleológico do instituto da reclamação, não se pode falar nela como recurso, nem tampouco pelo aspecto formal, haja vista a sua não previsão no rol do art. 496 do CPC.

Ferreira Filho (1992:222), no entanto, adota posição diversa ao afirmar, categoricamente, que o instituto da reclamação, embora apresente semelhanças com os *Writs*, não deixa de possuir feição de recurso. Neste sentido: “O direito constitucional anterior não previa esta ‘reclamação’. Trata-se de instituto complexo, cujo perfil mal transparece do texto em exame. Em face da legislação infraconstitucional (Lei nº 8.038/90, arts. 13 a 18), apresenta semelhanças com os *Writs*, especialmente

com o mandado de segurança. *Não deixa, porém, de ter uma feição de recurso*". [grifo nosso]

O trecho acima transcrito também alerta para o fato de que a reclamação, prevista na atual Constituição, e a reclamação que era prevista no Código de Processo Civil de 1939, não se tratavam do mesmo instituto, muito embora se identificassem terminologicamente. A reclamação prevista no CPC de 1939 tratava de "sucedâneo de recurso", o que não ocorre com a prevista na Constituição Federal de 1988, como já foi exposto acima.

Sobre a reclamação do Código de Processo Civil de 1939, afirma Buzaid (1982:45) que tal era utilizada para fazer às vezes de recurso, tendo em vista a limitada previsão destes, posta à disposição das partes para impugnar as decisões, especialmente porque enumerava as decisões interlocutórias passíveis de impugnação via agravo de instrumento. Logo, se viam os advogados privados de meios de impugnação de decisões judiciais que não estavam previstas como decisões interlocutórias nem como sentença. Daí lançarem mão de outros remédios, como correição ou *reclamação*, bem como mandado de segurança, quando não havia recurso específico ou este não era admitido senão em seu efeito devolutivo.

Dessa forma é que podemos afirmar que a reclamação, prevista no Código de Processo Civil de 1939, apresentava natureza recursal, o que já não ocorre com a reclamação ora objeto de estudo, prevista na Constituição Federal de 1988. Não se pode olvidar que a reclamação não é recurso, mas sim uma *ação*, endereçada ao STF e com o intuito de garantir sua competência ou a autoridade de suas decisões.

Bem elucidativa é a afirmação de MEDEIROS (1980:69) de que existem duas espécies de reclamação, a saber: a reclamação-recurso e a reclamação disciplinar. Neste sentido: "Há, fundamentalmente, duas espécies de reclamação: a *reclamação-recurso* ('um verdadeiro recurso, anômalo, mas recurso'); e a reclamação disciplinar, engendrada para fins correccionais (autêntica ação de conteúdo processual). Frente ao CPC de 73 - que deu elasticidade máxima *ao agravo de instrumento (ou retido)* no combate às decisões interlocutórias - desapareceu, por falta de objeto, a *reclamação-recurso*. Mas, sem dúvida, persiste a *reclamação correccional*, na luta contra as *omissões* (e não os atos!) do juiz".

No entanto, vale ressaltar que, muito embora o instituto da reclamação aqui tratado tenha fins disciplinares, a mesma não se identifica com a reclamação correccional, utilizada para combater as omissões judiciais, e que se encontra prevista em alguns Regimentos Internos de Tribunais de Justiça.

Fazendo alusão aos recursos no Código de Processo Civil de 1939, Assis (1977:162) se refere à reclamação como um recurso impróprio. Assim afirma "No sistema de 1939 eram variados os recursos, tanto impróprios, como próprios. Entre os primeiros, a carta testemunhável, o reexame da Lei nº 4.665, o prejudgado, o *ex-officio*, a correição, a *reclamação*; entre os segundos, os agravos, a apelação, os embargos, o ordinário constitucional, a revista, o extraordinário" [grifo nosso].

Pacheco (1998:587) afirma que a reclamação reveste a natureza de ação, aduzindo ao fato de que na mesma inexistente previsão de pressupostos recursais da sucumbência e da revisibilidade, ou dos prazos, bem



como da necessidade de que haja sentença ou decisões e que se pugne pela reforma ou modificação daquelas, sendo necessário, apenas, que haja interesse na correção de eventual desvio de competência ou se afaste qualquer investida contra a eficácia dos julgados do STF e STJ.

Ribeiro Dantas (2000: 463) também afirma a natureza jurídica de ação da reclamação, afirmando tratar-se de uma ação de conhecimento, uma vez que “a espécie de tutela que se busca nela é cognitiva, isto é, uma sentença (*rectius*, um acórdão, já que se trata de ação da competência originária de tribunais)”.

## 6. (IM)POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO PELOS TRIBUNAIS ESTADUAIS

Vale ressaltar, ainda, o problema da possibilidade de previsão nos regimentos internos dos tribunais estaduais do instituto da reclamação constitucional. Teriam os mesmos competência para legislar sobre o referido assunto? Ribeiro Dantas (2000:277;314;315) se posiciona contrariamente à mencionada possibilidade. Preleciona que apenas o STF, STJ, STM e TSE possuem competência para inserção nos seus regimentos do instituto constitucional. Neste sentido afirma: “... além dos casos estabelecidos na própria Constituição (reclamação perante o STF e o STJ), entendem-se admissíveis aquelas (e.g., junto ao STM e o TSE) instituídas por força de legislação resguardada pelo Texto Magno. A atribuição de competência a uma corte, para processar e julgar reclamação, fora das duas hipóteses previstas no próprio texto da Carta Magna, não poderá, salvo melhor juízo:

- a) ser estabelecida por legislação estadual, em face da exclusividade que detém a União para legislar sobre processo;
- b) ser instituída exclusivamente no âmbito da Justiça do Distrito Federal e Territórios, porquanto isso atentaria contra a desejável simetria constitucional, criando discrepância quanto a órgãos análogos dos Estados, ou mesmo entre tribunais de segunda instância da Justiça Comum da União;
- c) contrariar nem desbordar os limites gizados pela Constituição à referida medida, pena de sua completa desnaturação, levando aí ou ao surgimento de remédios administrativos ou processuais que apenas nominalmente se qualifiquem como reclamações, ou à pura e simples inconstitucionalidade.”

No entanto, não se admitindo a instituição da reclamação nos moldes da Constituição de 1988, como serão solucionadas processualmente as questões atinentes ao desrespeito às decisões dos tribunais estaduais e dos tribunais de segunda instância da Justiça Comum da União? Ou, ainda, a usurpação de suas competências?

Assim, depreende-se um conflito, posto que se faz necessário garantir a efetividade do processo, sem descuidar, no entanto, da legalidade da competência. Questão que, sobremodo, leva-nos a refletir sobre a importância da efetividade do próprio Direito.

Sobre ser a reclamação constitucional um valioso instrumento para a defesa da competência do STF e do STJ não resta dúvida. No entanto, fica a indagação de como dar efetividade às decisões tomadas pelos demais

órgãos jurisdicionais, uma vez que se encontra ausente previsão constitucional para sua instituição por esses órgãos. É preciso, antes de tudo, sopesar os valores e procurar soluções que conduzam à efetividade do processo. Tais considerações foram tecidas em virtude da previsão da reclamação, nos moldes traçados na Constituição Federal de 1988, por diversos tribunais, nos seus regimentos internos, como o Tribunal de Justiça da Paraíba, do Ceará, de Alagoas e do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, dentre outros.

Apesar de haver questionamentos sobre a constitucionalidade da inserção de tal instrumento nos regimentos internos dos tribunais, não se pode olvidar da funcionalidade do próprio Direito. Afinal, garantir a efetividade do processo deve ser uma preocupação de qualquer sistema jurídico.

O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, se posicionou pela constitucionalidade da inserção do referido instituto nos regimentos internos dos tribunais de justiça. Assim se encontra redigida a ementa do Acórdão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL - PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO - INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO

XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA - 1. A natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em conseqüência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade improcedente (STF - ADI 2212 - CE - TP - Relª Min. Ellen Gracie, publicado no DJU de 14.11.2003 - p. 00011).

Assim, na mencionada decisão, adotou-se um posicionamento assente com a funcionalidade do Direito, descaracterizando o instituto da reclamação como uma ação, dando-lhe o caráter de um direito de petição e, dessa forma, legitimando sua inserção nos regimentos internos dos Tribunais de Justiça e nas Constituições estaduais.

## 7. LEGITIMIDADE ATIVA PARA INTERPOSIÇÃO

Questão que merece ser abordada neste trabalho é a da legitimação ativa para interposição da reclamação no Supremo Tribunal Federal. De acordo com o disposto no artigo 13 da Lei nº 8.038, de 28-5-, 1990, *in fine*, “caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.”

É importante ressaltar este ponto, porque não têm sido poucas as reclamações ajuizadas e não conhecidas, em virtude da ausência da legitimidade ativa para interposição.

Trazemos à colação a ementa do acórdão proferido na reclamação nº 397, de 25.11.1992, neste sentido:

**EMENTA: RECLAMAÇÃO – GARANTIA DA AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE-EXCEPCIONALIDADE DO SEU CABIMENTO-AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE ATIVA – PEDIDO NÃO CONHECIDO.**

– O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, faz instaurar processo objetivo, sem partes, no qual inexistente litígio referente a situações concretas ou individuais.

A natureza eminentemente objetiva do controle normativo abstrato afasta o cabimento do instituto da reclamação por inobservância de decisão proferida em ação direta (Rcl. 354, Rel. Min. Celso de Mello). Coloca-se, contudo, conveniência de que se atenuem o rigor dessa vedação jurisprudencial, notadamente em face da notória insubmissão de alguns tribunais judiciários às

teses jurídicas consagradas nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações diretas de inconstitucionalidade.

– A expressão ‘parte interessada’, constante na Lei nº 8.038/90, embora assumam conteúdo amplo no âmbito do processo subjetivo, abrangendo, inclusive, os terceiros juridicamente interessados, deverá, no processo objetivo de fiscalização normativa abstrata, limitar-se apenas aos órgãos ativa ou passivamente legitimados a sua instauração (CF, art. 103). Reclamação que não é de ser conhecida, eis que formulada por magistrados, estranhos ao rol taxativo do art. 103 da constituição.

Foi relator o Min. Celso de Mello.

O acórdão, além de levantar a instigante discussão em torno da possibilidade ou não da interposição do instituto da reclamação para garantir a efetividade e exequibilidade das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, questão que já foi abordada neste trabalho, alerta também para o amplo rol de pessoas legitimadas para interpor reclamação, devido à expressão “parte interessada”, contida no art. 13, da Lei nº 8.038/90.

Portanto, prevalecendo tal entendimento, só restaria aos prejudicados, por descumprimento de decisões emanadas do STF, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, o recurso extraordinário. Já no que se refere às decisões proferidas em ações diretas de constitucionalidade, poderia ser intentada a reclamação, segundo entendimento do Min. Moreira Alves, em relatório emitido na ADC nº 1-1-DF. Neste sentido afirma: “... força vinculante da ação declaratória de constitucionalidade que, nesse terreno, como já foi salientado, apenas possibilita

aos concretamente prejudicados com o desrespeito de sua decisão pelos demais órgãos do Poder Judiciário ao prestarem jurisdição que se valham da reclamação ao Supremo Tribunal Federal, meio mais rápido de desconstituir esse desrespeito do que o recurso extraordinário que lhes resta quando ela se dá com relação à decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade". (In: Silva Martins e Mendes, 1994:198).

Como se percebe pela assertiva acima do Ministro Moreira Alves, há, de certa forma, uma incongruência no que se refere às hipóteses de cabimento da reclamação. Isso porque a ação direta de constitucionalidade também se dá por processo objetivo, sem partes, tal como ocorre na ação direta de inconstitucionalidade. Portanto, que motivo plausível existiria para não ser cabível o ajuizamento de reclamação, quando do desrespeito das decisões do STF tomadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade?

Parece-nos que existe uma tese consagrada no STF que precisa ser modificada, em razão de os fatos pedirem essa mudança. O Direito não pode permanecer estagnado quando se encontra em jogo o valor segurança jurídica, tão importante para a plena realização da ordem jurídica como um todo.

Decisões do STF existem, no entanto, que apontam para esta direção. Podemos citar a decisão tomada na Reclamação de nº 397, que teve como Relator o Ministro Celso de Mello, cuja ementa já foi transcrita neste trabalho anteriormente, e a Reclamação de nº 467, de 10.10.1994, publicada no Diário da Justiça de 09.12.94, pp. 34081, sendo também relator o Ministro Celso de Mello.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal proferiu decisão acatando a tese da possibilidade de reclamação para assegurar a eficácia dos seus julgados, proferidos nas ações diretas de inconstitucionalidade, tão somente, todavia, no concernente aos atos concretos advindos do descumprimento de decisões tomadas em sede de tais ações. Nesse sentido:

RECLAMAÇÃO – GOVERNADOR DO ESTADO – LEGITIMIDADE ATIVA – PRECATÓRIO – PAGAMENTO – OBSERVÂNCIA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP – PRETERIÇÃO – SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA – HIPÓTESE DE CABIMENTO DA MEDIDA CONSTRITIVA – 1.

Reclamação por descumprimento de decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Governador do Estado. Legitimidade ativa para sua proposição, tendo em vista sua capacidade postulatória para o ajuizamento de idêntica ação direta. Precedentes. 2. Reclamação. Pressupostos. Conhecimento da causa em relação ao ato concreto praticado em desacordo com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Admissibilidade da via processual eleita contra qualquer ato concreto que resulte afronta à competência desta Corte ou à autoridade de suas decisões. Precedente. Não-conhecimento da ação quanto à pretensão de inibir a autoridade reclamada de expedir novas ordens de seqüestro de verbas públicas, por exigir o procedimento da reclamação a existência de fato concreto, contrário à decisão do Supremo Tribunal Federal. 3. Precatário alimentar. Vencimento do prazo para o seu pagamento e não-inclusão, pela entidade estatal, da verba necessária à satisfação do débito, não se

equiparam à quebra da ordem cronológica dos precatórios e, por isso, não legitimam a ordem de seqüestro. A efetivação do pagamento do precatório, com quebra da ordem de precedência dos títulos, é a única hipótese constitucional a autorizar a medida constritiva. 4. Precatório. Pagamento. Quebra da ordem de precedência. Preterição. Não-ocorrência. Seqüestro. Não-cabimento. Observância à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação parcialmente conhecida e, na parte conhecida, julgada parcialmente procedente. (STF – Rcl 1948 – RO – TP – Rel. Min. Maurício Corrêa – publicada no DJU do dia 06.02.2004 – p. 00033).

## 8. FINALIDADES DO INSTITUTO

O instituto constitucional da reclamação, previsto nos arts. 102, I, “I” e 105, I, “F”, possui, exclusivamente, as seguintes finalidades: preservação da competência do STF e do STJ, bem como garantir a autoridade das decisões jurisdicionais proferidas por estes órgãos. No entanto, como fizemos menção no início deste trabalho, limitar-nos-emos a estudar a reclamação perante o STF.

O art. 13, *caput* da Lei 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos nela especificados, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, estatue:

“Art. 13. Para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público”.

O art. 156 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal também especifica as finalidades deste instituto, nestes termos, *in verbis*:

“Art. 156. Caberá reclamação do Procurador-Geral da República ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões”.

Neste sentido foi o julgamento proferido no agravo regimental em Reclamação nº 502, tendo como relator o Min. Paulo Brossard, publicado no Diário da Justiça do dia 27.10.94, na página 29.165 e cuja ementa transcrevemos abaixo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO: CABIMENTO. MEDIDA CAUTELAR. Cabe reclamação em duas hipóteses: quando há usurpação da competência ou desrespeito à autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal, art. 156 do Regimento Interno e art. 13 da Lei nº 8038/90. Para deflagrar o processo que preserva a competência do Tribunal é preciso que a sua jurisdição privativa esteja sendo exercida por órgão ilegítimo, não bastando a simples possibilidade; a usurpação da competência deve ser contemporânea ao ajuizamento da reclamação. O mesmo ocorre com o processo de reclamação contra o desrespeito de decisão do Supremo Tribunal Federal: é preciso que a decisão tenha sido prolatada nos autos do processo em que foi desrespeitada. O pedido cautelar no processo de reclamação destina-se a antecipar os efeitos do que provavelmente será decidido no próprio processo reclamatório, e não em outro. Não cabe reclamação para antecipar os efeitos da futura decisão em recurso extraordinário que, no caso, não foi sequer admitido.

Agravo regimental não provido.

Portanto, percebe-se que o cabimento da reclamação se mostra possível quando houver usurpação da competência privativa do STF. Tal competência se encontra explícita nos arts. 102 e 103 da Constituição Federal de 1988. Porém, como ressalta a ementa do julgado acima transcrita, mister é a contemporaneidade da usurpação da competência do STF ou do desrespeito de suas decisões com o ajuizamento da reclamação.

Abaixo transcreveremos a ementa, proferida na Reclamação de nº 510, publicada no Diário da Justiça da União do dia 05.05.95, na página 11904, tendo como relator o Ministro Ilmar Galvão:

**EMENTA: RECLAMAÇÃO DESPACHO DE JUIZ SINGULAR QUE NEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO DEZUZIDO CONTRA DECISÃO QUE NÃO ADMITIU RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANIFESTADO CONTRA SENTENÇA EM CAUSA DE ALÇADA.**

“A CF/88, no art. 102, III, admite recurso extraordinário nas causas decididas em única instância, conceito que abrange, obviamente, as decisões proferidas por juiz de primeiro grau em causa de alçada. De outra parte, o indeferimento, pelo juiz de agravo interposto contra decisão denegatória do apelo extremo, caracteriza usurpação de competência do STF, passível de reparo por meio da medida prevista no art. 102, I, ‘I’, da CF/88.

Procedência da reclamação.”

## 9. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS GERAIS DO PROCESSO DE RECLAMAÇÃO

De acordo com o parágrafo único do art. 156 do RISTF, a reclamação deverá ser instruída com prova documental, que comprove a usurpação da competência privativa do Supremo Tribunal Federal ou o desrespeito às decisões proferidas pelo mesmo. O relator do processo requisitará informações da autoridade a quem for imputada a prática do ato impugnado, que as prestará no prazo de dez dias (art. 14, I, da Lei nº 8.038/90). Este poderá ordenar, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado (art. 14, II, do mesmo diploma legal retro-mencionado).

Faculta-se a qualquer interessado a impugnação do pedido do reclamante (art. 15, Lei 8.038/90 e art. 159 do RISTF).

O Ministério Público terá vista do processo, mesmo nas reclamações que não tenham sido intentadas pelo mesmo, pelo prazo de cinco dias, logo após o decurso do prazo para informações, conforme o disposto no art. 16 da Lei nº 8.038/90 e no art. 160 do RISTF.

Se a reclamação for julgada procedente, o Tribunal terá as seguintes opções, conforme o caso: cassar a decisão exorbitante de seu julgado ou determinar medida adequada à preservação de sua competência, bem como ordenar que lhe sejam remetidos, em caráter de urgência, os autos do recurso para ele interposto (art. 17 da Lei nº 8.038/90 e art. 161 do RISTF).

Caberá ao Presidente do STF determinar o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão a *posteriori* (art. 18 da Lei 8.038/90 e art. 162 do a RISTF).

A Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, que regulamentou o instituto da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), previsto no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal de 1988, também previu, expressamente, no seu artigo 13, o mencionado instituto.

## 10. CONCLUSÕES

1. Podemos verificar pelo breve estudo feito do instituto da reclamação que sua natureza jurídica é controvertida, afirmando alguns doutrinadores que se trata de medida processual; outros, de ação; enquanto existem aqueles que dizem tratar-se de recurso. Para nós, a reclamação é ação, tal como defendido por Pontes de Miranda (1974:384). Não se trata de recurso, em virtude das diferenças de natureza teleológicas e formais que dizem respeito ao mencionado instituto.
2. É indiscutível sua natureza constitucional-processual, uma vez que previsto na Constituição Federal de 1988, no seu art. 102, I, "I", bem como na Lei nº 8.038/90, que institui normas procedimentais para os processos nela previstos, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.
3. A duplicidade de funções desempenhadas pelo mesmo, quais sejam: jurídica e política, lhe concede um lugar de destaque no cenário jurídico hodierno.

## 11. REFERÊNCIAS

ASSIS Jacy de. Sistemática dos recursos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia**, Uberlândia, v. 6, a.1, p. 167-176, 1977.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 831 - DF, de 1970, Rel. Min. Amaral Santos. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 133, n. 56, p.539-550, agos.1990.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 1.092 - DF. Rel. Ministro Djaci Falcão. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, Brasília, v. 56, n. 112, p. 504-562, maio, 1971.

BUZAID, Alfredo. Teoria geral dos recursos. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Uberaba, v. 35, p. 43-54, set./out. 1982.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2 (arts. 44 a 103).

LISBOA, Barachisio. **Da reclamação**. Bahia: Tipografia Naval, 1952.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Dicionário do código de**

**processo civil brasileiro.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Ação declaratória de constitucionalidade.** São Paulo: Saraiva, 1994.

MEDEIROS, Hortêncio Catunda de. **Recursos atípicos.** Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil.** Rio de Janeiro. Forense, 1974. T. V (arts. 444-475).

NAUFEL, José. **Novo Dicionário Jurídico Brasileiro.** Rio de Janeiro: José Konfino Editor, [s.d.]. v. VIII.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos.** 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

NUNES, Pedro dos Reis. **Dicionário de tecnologia jurídica.** 12. ed. rev., ampl. e atual. 3. tiragem. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

PACHECO, José da Silva. A 'reclamação' no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição. **Revista dos Tribunais**, v. 646, a. 78, ago. p.19-30, 1989.

PACHECO, José da Silva. **Curso teórico-prático do processo civil.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1956. Tomo II. \_\_\_\_\_ . **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1998.

RIBEIRO DANTAS, Marcelo Navarro. **Reclamação constitucional no direito brasileiro.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SANTOS, Moacy Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. III e IV.

## 1. INTRODUÇÃO



# PLURALISMO JURÍDICO: UMA QUESTÃO DE FATO OU DE DIREITO?

Daniela Madruga Rego Barros

Bacharela em Direito. Licenciada em História pela Universidade Federal de Pernambuco; Ex-monitora da cadeira de Direito Administrativo I pela Universidade Católica de Pernambuco; Aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. O PLURALISMO JURÍDICO COMO NOVO PARADIGMA; 2.1 Retrospectiva histórica; 2.2 Pluralismo Jurídico: uma discussão conceitual; 2.3 O Pluralismo Jurídico na Teoria Jurídica Brasileira; 2.3.1 Joaquim de Arruda Falcão e a convivência contraditória entre o direito legal estatal e o direito social não-estatal; 2.3.2 Antonio Carlos Wolkmer e a defesa de um novo paradigma cultural de validade para o Direito: o pluralismo jurídico comunitário-participativo; 2.3.3 Edmundo L. Arruda Jr. e o ordenamento jurídico estatal como “instituído” e o extra-estatal como “instituinte”; 2.3.4 Luciano Oliveira e o Pluralismo Jurídico como mito; 2.4 Afinal, em que consiste a tese pluralista aqui adotada; 3. O PLURALISMO JURÍDICO FACE À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA; 3.1 A concretização dos Direitos Fundamentais Sociais como lema das práticas jurídicas alternativas. 3.2 O direito à moradia como exemplo de uma previsão constitucional não concretizada: uma possível crítica a partir da teoria pluralista; 4. CONCLUSÃO; 5. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

É fato, é notícia. A Revista Época estampa, no dia 31 de maio de 2004, a seguinte matéria: “*Sob as leis do tráfico: à margem do Estado, criminosos estabelecem códigos de conduta para os moradores das favelas cariocas*”. A reportagem de Rafael Pereira revela um fato: “*existem regras não-escritas, que fazem parte de um código de conduta incorporado ao cotidiano de 1,4 milhão de pessoas que vivem em favelas no Estado do Rio de Janeiro e dos milhares que freqüentam diariamente essas áreas*” (PEREIRA, 2004, p. 74).

A matéria de Rafael Pereira (2004, p.74 s.) foi realizada com base em entrevistas com moradores, visitantes das favelas, policiais e traficantes, que revelaram uma lista de leis impostas pela criminalidade. Nas favelas do Comando Vermelho algumas leis são: não se fala a palavra “três” ou “terceiro”, pois é o número da facção rival, mas sim “dois mais um”. Não é recomendável usar roupas da grife TCK, assumida pelo grupo rival Terceiro Comando. Já nas favelas do Terceiro Comando, as leis são: para entrar de carro convém piscar faróis três vezes; o número “dois” (assumido pela facção rival) é substituído por “um mais um”; não é recomendável o uso de roupas da cor vermelha, principal símbolo da facção rival, nem da grife Cyclone, a preferida pelo CV.

A existência de leis extra-estatais no nosso ordenamento jurídico estatal é um fato, como demonstrado no exemplo supramencionado; no entanto, será que esta questão pode estar atrelada a uma questão de direito? Ou melhor, será que este fato pode ser objeto de estudo do Direito?

Óbvio que sim. Este fato é chamado de Pluralismo Jurídico, fruto da coexistência de várias ordens jurídicas no mesmo espaço geopolítico e surgiu da necessidade de uma abordagem crítica, inovadora, em relação a um Direito que não atende mais, como deveria, a uma tão complexa demanda social. É um novo referencial teórico que busca, através de práticas plurais, atender às necessidades sociais.

A partir de então, o objetivo deste trabalho é fomentar a discussão sobre a possibilidade de introduzir, no ordenamento jurídico estatal, as juridicidades alternativas produzidas pelos novos sujeitos sociais e fazer,

como o próprio título do trabalho sugere, do Pluralismo Jurídico um aliado da Constituição Federal na manutenção do pacto social.

No entanto, faz-se necessário esclarecer que o exemplo citado da existência de leis do tráfico não configura o nosso objeto de estudo, este exemplo tem o condão de apenas constatar a existência de produção jurídica extra-estatal e da necessidade de um reordenamento jurídico em direção a uma maior aproximação entre o Estado e as comunidades carentes, e não de defender a sua validade.

A proposta aqui adotada remete-se a um pluralismo jurídico que olha o Estado como único mediador possível entre os direitos previstos, ou não previstos, na Constituição, e a concretização destes direitos, reivindicados pelos novos sujeitos sociais. O pluralismo jurídico deve ser entendido como um aliado da Constituição e não como inimigo, pois a sua bandeira é uma radical e fundamental mudança no pacto social.

## 2. O PLURALISMO JURÍDICO COMO NOVO PARADIGMA

### 2.1. Retrospectiva histórica

A problemática sobre a existência de direitos paralelos, isto é, de ordenamentos jurídicos extra-estatais, não é nova na teoria jurídica, vem sendo discutida na Sociologia Jurídica há décadas, por autores como Durkheim, Ehrlich e Weber. Podemos afirmar que o fenômeno da positivação, que marca o Direito a partir do século XIX, traz consigo, implicitamente, uma tensão com a diversidade jurídica existente na sociedade.

Iniciaremos a discussão com a análise do monismo jurídico, tendo como referencial o estudo de Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 46-66), o qual vincula a criação do paradigma do monismo jurídico ao advento do modo de produção capitalista. Essa associação irá corresponder a um período histórico que vai do século XVI aos dias atuais. Essa periodização compreenderá quatro grandes “ciclos”, correspondentes à formação, sistematização, apogeu e crise do paradigma do monismo jurídico e dos modos de produção capitalista, configurando-se um cenário de centralização jurídica, de unidade do Direito com o direito positivo estatal.

O primeiro grande “ciclo” corresponderia ao advento do monismo jurídico coincidindo com a formação do Estado Moderno e o desenvolvimento do capitalismo mercantil. Esse período ocorreu entre os séculos XVI e XVII, no auge do absolutismo, cujo Direito se limitava ao Direito Estatal.

No segundo grande “ciclo”, a sistematização do paradigma do monismo jurídico se estendeu da Revolução Francesa até o século XIX, com as principais codificações. É uma época marcada pela concorrência no sistema capitalista, pela ascensão social da classe burguesa, pelo liberalismo econômico, pela defesa mínima da intervenção estatal.

O terceiro grande “ciclo” teve sua vigência entre os anos vinte e sessenta do século passado, sob a influência da obra “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen. Essa obra defendia a teoria do positivismo jurídico, tendo como símbolo a defesa do monopólio do Estado em relação à produção das normas jurídicas. Kelsen, com sua orientação positivista fundamentava a validade do Direito exclusivamente na legalidade.

Por fim, o quarto “ciclo” do monismo jurídico está situado entre os anos 60 e 70 e corresponde ao período de capitalismo avançado e de enfraquecimento do Estado do Bem-Estar Social. O projeto neoliberal traz crise no campo do trabalho, da política, da economia e, principalmente, no campo social. Daí advém a crise do Estado como a única forma de resolução das novas demandas político-econômicas e sociais e, conseqüentemente, do paradigma do monismo jurídico, bem como do positivismo, da “razão” Ocidental, da modernidade.

Mas, historicamente, mesmo antes de fechar esses quatro ciclos referentes ao monismo jurídico, o direito positivo estatal conviveu com diversas outras normas presentes, tanto na sociedade feudal, com formulações jurídicas comunitárias, como na sociedade capitalista. Desta forma, o predomínio do paradigma positivista não conseguiu excluir a existência de correntes de pensamento e práticas pluralistas contrárias à pretensão de reduzir o Direito à norma estatal. Como exemplo destas correntes teóricas, a Sociologia Jurídica teve um papel diferencial, por tratar de compreender as inter-relações entre o Direito e a sociedade; e foi no seio destas correlações que a hipótese do pluralismo jurídico foi se afirmando com o reconhecimento de direitos estatais, infra-estatais e supra-estatais.

Como observa Marcelo Neves:

*É na Sociologia do Direito que o pluralismo vai tomar uma posição de destaque. A própria disciplina vai ser confundida inicialmente com a abordagem pluralista do Direito. A discussão temática dirige-se em torno da pluralidade de*

*“fontes” de produção social do Direito, que seriam bem mais amplas do que o poder do Estado (...) A desconfiança no poder do Estado e na legalidade como mecanismos de emancipação social conduz, então, a um discurso que superestima a “força jurídica” das “esferas jurídicas” extra-estatais (...) Combate-se, portanto, o legalismo como forma de hipertrofia jurídica do Estado em detrimento da construção de esferas jurídicas autônomas no seio da sociedade civil (NEVES, 1993, p. 317).*

Assim, desde suas origens, a Sociologia Jurídica se distanciou do culto ao direito estatal que trazia em seu bojo uma concepção de norma abstrata, geral e impessoal; e abriu espaço para a complexidade jurídica da sociedade, continente de diversos centros geradores de Direitos.

No mesmo sentido, Cláudio Souto observa: *“a fonte produtiva do Direito não é monística e necessariamente o Estado”* (SOUTO, 1996, p. 39).

A partir desta premissa, constata-se a estreita e necessária relação do Direito com a Sociologia; bem como do Direito com os primórdios do pluralismo jurídico. E identifica-se a impossibilidade de termos um pacto social equilibrado, se permanecermos arraigados às leis codificadas, não levando em consideração as práticas plurais, as necessidades do nosso povo.

Antes de aprofundarmos a discussão a respeito do pluralismo jurídico, faz-se necessário voltar ao quarto “ciclo” do monismo jurídico, que remete ao desencadear da crise do positivismo jurídico, tão presente na

nossa cultura, mas que por excessivo apego a uma legalidade formal, ao monopólio estatal da produção jurídica e ao descaso com os conflitos sociais que surgem a cada dia, arruinou-se frente ao novo paradigma de concretização dos anseios da população.

Assim, como bem disse Eliane Junqueira:

*Ao contrário, o direito só é produzido de forma alternativa, paralela, em razão do profundo vazio de poder derivado da ausência de um Estado regulamentador que, independentemente de sua tendência megalomaniaca, nunca se preocupou em se fazer presente nas áreas socialmente marginalizadas, a não ser através da polícia, ou seja, de seu braço repressor (JUNQUEIRA, 1992, p. 110).*

Essas foram algumas das razões do aparecimento de iniciativas populares de resolução de conflitos, através de práticas pluralistas: a ineficácia e a distância das leis vigentes, bem como, a ausência de outras normas necessárias aos novos sujeitos coletivos.

Diante do contexto brasileiro, da presença de um Estado de Direito que se diz democrático, com desigualdades sociais, marginalização dos segmentos sociais subalternos, dificuldades de constituição de um povo verdadeiramente cidadão, é visível as fissuras entre ordenamento jurídico estatal e sociedade.

Desta forma, o presente trabalho objetiva contribuir para a introdução na máquina estatal das demandas e interesses dos grupos que estão se formando à margem do Brasil legal, formalizando e positivando as suas juridicidades alternativas através do novo paradigma – o Pluralismo.

## 2.2. Pluralismo Jurídico: uma discussão conceitual

A crise do modelo normativo estatal – paradigma jurídico até então hegemônico – propiciou o surgimento de novas teorias e práticas paralelas que desprezaram este modelo positivista cujas bases não mais correspondiam às necessidades humanas fundamentais e aos conflitos sociais emergentes. O pluralismo jurídico aparece como uma tentativa de redescobrir um novo referencial teórico que atenda à nossa pós-modernidade na virada do séc. XX e no início do novo milênio. Pois, segundo Wolkmer (2001, p. 170), “*os alicerces de fundamentação, tanto das Ciências Humanas quanto da Teoria Geral do Direito, não mais conseguem acompanhar as constantes e profundas transformações sociais e econômicas por que passam as sociedades capitalistas modernas*”.

É preciso repensar o papel do Estado Moderno como detentor da produção das normas jurídicas face a uma nova organização social que está se formando. Ao contrário da visão centralizadora do monismo jurídico, a teoria do pluralismo jurídico vem trazer esta nova perspectiva epistemológica, tão necessária na conjuntura atual.

Uma primeira conceituação de pluralismo jurídico é dada por Antonio Carlos Wolkmer:

*é a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si (WOLKMER, 2001, p. 171s.).*

Para Boaventura Santos, o pluralismo jurídico é definido pela existência, no mesmo espaço geopolítico, de mais de uma ordem jurídica. Contudo esta definição não mais abarca a complexidade atual do fenômeno. Assim, para o autor é preciso:

*ampliar o conceito de pluralismo jurídico, de modo a cobrir situações susceptíveis de ocorrer em sociedades, cuja homogeneidade é sempre precária porque definida em termos classistas, isto é, nas sociedades capitalistas. Nestas sociedades, a “homogeneidade” é, em cada momento histórico, o produto concreto das lutas de classes e esconde, por isso, contradições (...). Essas contradições podem assumir diferentes expressões jurídicas (...). Uma dessas expressões (...) é precisamente a situação de pluralismo jurídico e tem lugar sempre que as contradições se condensam na criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos (SANTOS, 1988, p. 76).*

A partir destas conceituações é preciso reconhecer que o Direito não se limita mais a dizer como funcionam as relações jurídicas; ao contrário, inclui um vasto número de possibilidades para os próprios sujeitos sociais dizerem qual será o Direito ou os Direitos. O Direito Pós-Moderno já não pode mais evitar a reintegração da dimensão social, pois os grupos sociais estão direcionando seus empenhos na construção da norma ou, pelo menos, assegurando a sua aplicação.

O Pluralismo Jurídico muitas vezes é confundido com o Direito Alternativo, porém, este último tem várias formas de manifestação, sendo elas: o positivismo de combate, o pluralismo jurídico e o uso alternativo do Direito.

A perspectiva aqui adotada tem como escopo entender o Pluralismo Jurídico não como inserido nas perspectivas do Direito Alternativo, mas o inverso. Estas perspectivas são entendidas aqui como parte da construção da teoria pluralista.

A pretensão de fundar um direito radicalmente diferente do atual é rara e utópica. Querer construir um Direito sem a interferência do Estado é desencadear o caos na sociedade. Portanto, corroboramos com o entendimento de Joaquim Falcão: “*a pretensão maior dos que pautam suas condutas por essas manifestações normativas não-estatais é justamente transformá-las posteriormente em “direito estatal”*” (FALCÃO, 1984, p. 83).

A proposta trabalhada neste artigo visa à defesa da necessidade de se trazer os direitos criados ou almejados pelos particulares para o Estado legislar. Esta mudança de paradigma tem como fundamento a própria falta, insuficiência e inacessibilidade da lei estatal. O Estado, ao controlar toda a produção jurídica, jamais conseguiu alcançar a massa da população, seja por falta de vontade política ou por ineficiência na interpretação das leis.

Não interessa a defesa de um pluralismo dito como puro, sem máscaras, como mencionou Wolkmer, mas de difícil aplicabilidade, a questão é compartilhar os interesses do Estado e da sociedade, de equilibrar competências. Apenas desta forma conseguiremos um pluralismo jurídico plausível, palpável e possível.

Faz-se mister ressaltar o nosso objetivo de efetuar a discussão de um pluralismo jurídico que vai da adequação das práticas informais, semi-autônomas, ao reconhecimento, incorporação pelo Estado. É uma “batalha” teórica, que passa pela denúncia, pela contestação, pela destruição e construção de “novos” Direitos ou pelas diferentes maneiras de aplicar a mesma norma.

### 2.3. O Pluralismo Jurídico na Teoria Jurídica Brasileira

#### 2.3.1. Joaquim de Arruda Falcão e a convivência contraditória entre o direito legal e o direito social não-estatal

Em seu artigo “*Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas*”, Arruda Falcão explica a natureza das relações entre o direito estatal e as manifestações normativas não-estatais. Segundo o autor, o pluralismo jurídico não defende o direito não-estatal. Na verdade, seu objetivo é “*explicar a convivência contraditória, por vezes, consensual e por vezes conflitante, entre os vários direitos observáveis numa mesma sociedade*” (FALCÃO, 1984, p. 83).

Na perspectiva de Arruda Falcão, numa sociedade como a nossa, o direito estatal tem a pretensão de se constituir na única forma jurídica da sociedade; porém, esta ambição parece diante dos múltiplos conflitos existentes entre os vários grupos sociais. No máximo, o direito estatal é considerado dominante, mas não exclusivo.

Esta pretensão de exclusividade do direito estatal, no entanto, esbarra, para a sua concretização, no nível de eficácia de suas normas. O direito estatal não consegue mais absorver ou neutralizar as manifestações não-estatais, pois a dinâmica destes conflitos renasce a cada dia.

Desta forma, cabe ao Estado, no entender de Joaquim Falcão (1984, p. 84), absorver tais manifestações sem descaracterizar o pacto político dominante, ou seja, o estado de direito vigente. A questão passa pela “transferência” parcial de legitimidade do Estado para os movimentos sociais.

Segundo Falcão (1984, p. 100s.), o surgimento destas manifestações normativas não-estatais encontra fundamento na crise de legitimidade por que passa a legalidade estatal, dando ensejo a alternativas diferentes para a solução dos conflitos. Estas manifestações, para o autor, servem como “válvulas de escape” capazes, inclusive, de viabilizarem a posição hegemônica do direito estatal; ou melhor, com o pluralismo surge uma nova legitimidade, mais eficaz, que dá sustentação, equilíbrio, ao pacto social.

Assim, a tese abordada tem como problematização a coexistência de dois direitos no seio da nossa sociedade: um direito legal estatal, referente ao direito positivo vigente, que prima pela justiça estritamente legal e o direito social não-estatal, que se refere ao pluralismo jurídico, que almeja a real concretização dos direitos fundamentais sociais, cumprindo verdadeiramente a justiça social.

### 2.3.2. Antônio Carlos Wolkmer e a defesa de um novo paradigma cultural de validade para o Direito: o pluralismo jurídico comunitário-participativo

Wolkmer (2001, p. 219) trabalha com a problemática da reinvenção do pluralismo jurídico. Como novo paradigma tem por pressuposto adotar uma democracia comunitária participativa cujos interesses estejam representados em consonância com as necessidades existenciais, materiais e culturais dos mais variados grupos sociais.

O novo pluralismo jurídico, no entendimento do referido autor, partindo da premissa de que existe, há muito tempo, pluralismo nas sociedades mais diversas, é concebido de forma participativa e procura a redefinição da racionalidade e de uma nova ética, a partir:

*de novos sujeitos – os coletivos; de novas sociedades desejadas – os direitos construídos pelo processo histórico; e pela reordenação da sociedade civil – a descentralização normativa do centro para a periferia; do Estado para a sociedade; da lei para os acordos, os arranjos, a negociação. É portanto, a dinâmica interativa, e flexível de um espaço público aberto, compartilhado e democrático (WOLKMER, 2001, p. 171).*

Segundo Wolkmer (2001, p. 224), em sua tese de um pluralismo jurídico comunitário, existe um outro modelo de pluralismo jurídico, o estatal, no qual o Estado admite a presença de “campos sociais semi-autônomos”, tendo a ordem jurídica estatal uma maior positividade.

Já o pluralismo jurídico comunitário atua de forma independente do controle estatal, podendo este até ser excluído. Conforme a visão do referido autor, o direito produzido pelo povo não está isento de manipulação por parte do Estado, cujo interesse está em apenas solucionar os conflitos existentes. No entanto, a partir do momento em que essas práticas normativas extra-estatais ganham legitimidade e passam a ser tuteladas pelo Estado mediador fundamental, ganham o teor de normas legais, e assim cumprem o seu papel social, apesar dessas normas serem “manipuladas” ou readaptadas.

Desta forma, a tese de um pluralismo jurídico comunitário fundamentado na total independência das práticas pluralistas em relação ao Estado paira em um nível utópico.

A tese de Wolkmer (2001, p. 270s.) prioriza o novo pluralismo como paradigma de uma cultura político-jurídica diferenciada, bem como visa romper com o velho paradigma e introjetar as bases para uma nova sociedade, um novo comportamento, um novo conhecimento, um novo homem, fundamentos pautados na filosofia da libertação. Sua tese deseja ampliar os horizontes do poder societário e viabilizar, desta maneira, uma outra cultura de validade para o Direito.

Contudo, após defender profundamente um pluralismo jurídico autêntico, para não dizer puro, acaba por reconhecer que pensar em pluralismo hoje:

*é pensar um pluralismo difuso de novo tipo, marcado por uma perspectiva participativa e interdisciplinar, um pluralismo ampliado que no contexto da complexidade periférica latino-americana*

*na e brasileira não rompe de todo com a presença do poder estatal, e muito menos a exclui (WOLKMER, 2001, p. 343).*

A partir deste momento, deste reconhecimento por parte do autor de que a presença do Estado é necessária para reger as complexidades da nossa sociedade atual, tem-se, assim, a problemática da adoção da tese pluralista na sua “real” dimensão.

### 2.3.3. Edmundo L. de Arruda Jr. e o ordenamento jurídico estatal como ‘instituído’ e o extra-estatal como ‘instituinte’

Esta breve discussão será construída a partir do livro “*Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa*”, de Arruda Jr. Nesse livro, Arruda (1993, p. 184s.) observa o fenômeno jurídico em dois planos: o instituído e o instituinte. O primeiro estaria relacionado à ordem jurídica intra-estatal; o segundo corresponderia ao pluralismo jurídico, ou seja, à existência de ordens jurídicas paralelas ao Estado. Ainda dentro desta análise, existiria uma subdivisão conceitual em três planos: o instituído sonegado, o instituído relido e o instituinte negado.

O plano do *instituído sonegado* trata da questão da concretização dos direitos fundamentais, tais como direito à vida, à saúde, à educação, etc, princípios elencados na Carta Magna e que não se realizam no mundo dos fatos.

O plano do *instituído relido* trata de utilizar-se da hermenêutica numa interpretação mais extensiva das leis, tornando-as mais próximas da realidade social.



O plano do *instituinte negado* abarcaria o pluralismo jurídico, a produção de direitos não positivados pela ordem jurídica estatal.

Para o autor existe um direito alternativo extra-estatal, paralelo ao Estado, e que no seu entendimento não caberia a inserção deste no ordenamento jurídico estatal, apenas deveria haver uma inter-relação entre os planos do instituído e do instituinte. Seria necessário inserir, institucionalmente, os movimentos sociais na construção da cidadania, pois, através do direito instituído, os movimentos sociais iriam garantir as “regras do jogo democrático” e, em particular, as suas próprias conquistas.

### 2.3.4. Luciano Oliveira e o pluralismo jurídico como mito

Luciano Oliveira (199?, p. 01s.) afirma que estamos convivendo com diversos tipos de mitos no campo do pluralismo jurídico. O primeiro deles seria o “*mito da legitimidade local*”, uma forma de pluralismo jurídico interno que, através de formas autônomas de legitimidade dos novos grupos, estes manteriam o controle social, ao contrário das leis oficiais, que teriam “perdido” esta legitimidade.

O segundo mito seria a do “*pobre coletivista*”, que estaria amparado na idéia de que os movimentos sociais teriam uma mentalidade coletivista, antiindividualista e antiburguesa, uma espécie de “fachada”, diante de uma sociedade capitalista cujo interesse prevalecente é o particularizado.

No que diz respeito às discussões sobre o critério de legitimidade, Oliveira (199?, p. 10) menciona que as melhores contribuições remontam das tradições da

Escola Histórica de Savigny, da Escola do Direito Livre de Kantorowicz, do Direito Livre de Ehrlich, que trataram de colocar a vida social como única fonte de direito. Daí adveio o caráter de maior eficiência e adequação atribuídas às práticas jurídicas alternativas.

A crítica de Luciano Oliveira ao poder jurisdicional dado à autoridade comunitária é que no seio de determinadas comunidades foram identificados casos de perversão do pluralismo jurídico como forma de conter os indivíduos, desta forma, comprometendo a garantia da aplicação dos direitos fundamentais.

Diante desta situação, o ponto contestado pelo autor é a questão da legitimidade atribuída a qualquer tipo de movimento social. No entanto, estamos trabalhando com a mesma perspectiva de Wolkmer, a de que nem todos os movimentos sociais devem ter ou têm esta legitimidade devido ao problema das necessidades fundamentais desses sujeitos e ao princípio maior do pluralismo jurídico: formar uma sociedade mais democrática, igualitária.

Outra problemática apontada por Oliveira (1996, p. 207), é a existência de diferenciações no interior do ordenamento jurídico oficial em relação aos direitos humanos, divididos em: direitos civis e políticos, de inspiração liberal; e direitos socioeconômicos, de inspiração socialista. Segundo Oliveira, o discurso crítico não faz esta diferenciação que deve ser observada.

Para o autor, “*em relação às demandas sócio-econômicas, trata-se de criar novos direitos; enquanto que em relação aos direitos civis e políticos trata-se, ao contrário, de fazê-los respeitar*” (OLIVEIRA, 1996, p. 208). Ele mesmo justifica a confusão epistemológica

ca alternativa a partir da enormidade da questão social, imersa num caos jamais visto, às beiras de uma revolta civil.

Por fim, Oliveira (1997, p. 23) discute a questão da transposição do conceito de pluralismo jurídico para a América Latina, cada vez mais capitalista, urbana e favelada. E conclui que os movimentos sociais não têm a clareza necessária para implementar a prática pluralista e quem deve viabilizar esse processo são os intelectuais que serviriam como interlocutores dessas classes excluídas; trazendo até eles o ideal de construção de uma sociedade livre, justa e fraterna.

Contudo, mesmo que este ideal não esteja “claro” para os movimentos sociais, eles já são os precursores do novo paradigma que está em voga atualmente. Esse mérito não cabe aos intelectuais, nem à classe dominante; e sim ao povo.

#### **2.4. Afinal, em que consiste a tese pluralista aqui adotada?**

A tese de Arruda Falcão é a que mais se aproxima da realidade do trabalho presente. O Direito Estatal não está sozinho e tem que aprender a conviver com outros direitos produzidos pelos mais variados sujeitos sociais.

Devido à saturação do Direito Estatal, este não está conseguindo mais abarcar por inteiro as demandas sociais, ocasionando uma onda de descontentamentos. Diante desta situação, o Estado tem o dever de absorver as novas práticas plurais dando, inclusive, legitimidade para atuarem no ordenamento jurídico estatal. Desta

forma favorecem a manutenção do pacto social. O pluralismo jurídico proposto tem a função de um “escudo” protetor da permanência pacífica da sociedade.

No entanto, Wolkmer parte para uma proposta mais radical: a de um Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo, como novo paradigma do Direito. Através deste novo paradigma a ser implantado, o Estado perde o seu “status” de único produtor de juridicidade e os novos sujeitos coletivos passam de meros consumidores a produtores de normatividade. No entanto reconhece, posteriormente, que o Estado ainda é o único alicerce de sustentação de uma sociedade democrática. Contudo, a tese pluralista adotada não propõe o rompimento com o poder estatal. Ela aparece como uma aliada na construção de uma sociedade mais justa.

No que se refere à posição de Edmundo Arruda e a sua classificação em planos do instituinte e do instituído, subdividido em instituído sonogado, relido e negado, o autor trabalha com o pluralismo jurídico apenas no plano do instituído negado. Na verdade, a proposta abraçada neste artigo entende que o pluralismo jurídico está presente nestes três tipos de plano. Os novos sujeitos coletivos querem a concretização dos direitos fundamentais sociais, utilizam-se de uma interpretação mais livre e aberta da norma jurídica, além de propor a produção de novos direitos como uma estratégia de englobar melhor as necessidades da população.

Para Edmundo Arruda, não caberia a inserção do pluralismo no ordenamento jurídico estatal, bastaria um contato superficial onde houvesse a troca de influências entre os planos do instituído e do instituinte. Mas, ao mesmo tempo, propõe uma certa distância entre estes

planos, admite a inserção dos movimentos sociais como sujeitos implementadores de seus interesses e responsáveis pela construção da cidadania.

Assim tem-se uma contradição. Na verdade é impossível continuar mantendo uma postura de indiferença e desprezo em relação à presença de práticas pluralistas. O Estado precisa reconhecer que a união destes “planos” está cada vez mais inevitável.

No que tange à tese de Luciano Oliveira, este traz para discussão a existência de mitos no pluralismo jurídico. Tem uma visão um tanto realista demais, em relação ao pluralismo. Não acredita que os novos sujeitos sociais possam ou tenham capacidade de ter legitimidade no campo do Direito Oficial e tem receio que esta autonomia conferida às autoridades comunitárias tome um rumo contrário à idéia de democracia. No entanto, este medo não se sustenta devido ao cuidado que o Estado deve ter ao dar o poder de legitimidade a esses grupos sociais. Deve-se primar antes de tudo pela manutenção do Estado Democrático de Direito.

Com relação ao mito do pobre coletivista, Oliveira também não acredita no caráter mobilizador dos movimentos sociais, como se não fosse possível atuar em coletividade, com a finalidade do bem comum. É uma crença justificada pela sociedade individualista em que vivemos, mas com a adoção de práticas plurais pode-se alterar este quadro de desigualdades.

Por fim, Oliveira afirma que os movimentos sociais sequer têm a consciência dos seus pleitos. Para o autor, os intelectuais são os verdadeiros responsáveis por esta tentativa de mudança de paradigma.

No entanto, não entendemos desta forma, até mesmo porque o que estamos vivendo não está arraigado ao plano teórico, muito pelo contrário, é bastante real. Os novos movimentos sociais estão nas ruas, estão nos meios de comunicação, perversos ou benevolentes; egoístas ou coletivistas; autoritários ou democratas. E precisam ter vez e voz no palco do ordenamento jurídico estatal. É no Estado que os movimentos sociais e os cidadãos poderão confrontar democraticamente os seus interesses e negociar soluções para os seus impasses. O Estado deixa de apenas outorgar leis para a sociedade civil e passa a mediar a discussão dos problemas sociais e a implementar as soluções que a sociedade civil deseja e reivindica.

### 3. O PLURALISMO JURÍDICO FACE À CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

#### 3.1. A concretização dos direitos fundamentais sociais como lema das práticas jurídicas alternativas

No que se refere às conquistas institucionalizadas na Constituição Federal com relação aos direitos fundamentais sociais, para que tenhamos o reconhecimento concreto da cidadania, da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais, os novos sujeitos sociais devem lutar pela efetiva prestação destes direitos públicos subjetivos.

Como amostra de “garantias” alternativas, temos a redação do art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, que é a seguinte: “*Todo o poder emana do*

povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”; representando a democracia direta, o art. 1º, inciso V; o pluralismo político, os arts. 10º; 14, I e II; 29, XII; 31, § 3º; 204, II, todos garantindo a participação da população na administração das leis elencadas na CF/88, bem como disposições que garantem à sociedade propor “novos” direitos, como os arts. 14, III; 29, XIII; 61, § 2º, da CF/88.

No quadro da legislação estatal brasileira, como podemos constatar, existem vários dispositivos em que a interpretação pode ser menos rígida e nos quais se encontram várias lacunas, contradições da lei que dão margem a uma interpretação judicial pluralista, atendendo ao bem comum. Não é por acaso que o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Determinação mais extensa não poderia ter. Outras situações de interpretações extensivas são encontradas nos arts. 8º da CLT; arts. 108, IV, 172, IV, do Código Tributário Nacional de 1966 e o art. 6º da Lei 9.099/95.

A existência da possibilidade de manifestação dessas práticas pluralistas na legislação estatal demonstra tanto a fragilidade do modelo rígido de juridicidade estatal, como também, comprova a necessidade de uma reestruturação deste modelo em busca de um equilíbrio maior entre a sociedade e o Estado.

No que se refere à existência de leis voltadas para a concretização dos direitos do “povo”, percebemos o problema da sua não efetivação, ou seja, da ineficácia dessas leis. Quem muito bem tratou desta questão foi João Maurício Adeodato quando disse que:

*os próprios representantes do Estado não parecem comprometidos com o cumprimento da lei e o povo fala dela como de vacinas contra a varíola: umas “pegam” e outras não. Algumas normas jurídicas não são aplicadas porque não são levadas a sério (...) Mas há aquelas que não são aplicadas porque não podem sê-lo, devido à inviabilidade econômica, ausência de coercitividade ou qualquer outro imperativo. É o caso de muitos dos “direitos subjetivos” listados nos incisos do artigo quinto da Constituição Federal em vigor (ADEODATO, 1992, p. 172).*

Desta feita, a existência por si só de leis não garante que as necessidades e os interesses do povo estejam supridos. Por isso a ironia de Adeodato “umas pegam, outras não.” Nem sempre a lei representa ou corresponde à identidade do povo e esta distância precisa ser diminuída. O povo, como novo sujeito histórico, luta pela legitimidade de produzir, ou pelo menos, conhecer as normas que deverão ser cumpridas efetivamente.

Não poderíamos falar em direitos fundamentais e deixar de mencionar a propriedade, considerada pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como direito inviolável e sagrado. Em nossa Constituição Federal, no art. 5º, XXII, ela é um dos principais temas; como também no Código Civil de 2002, em seus arts. 1.228 e seguintes. A partir destas previsões legais, constatamos o quanto a nossa legislação positiva é protetora e conservadora do direito de propriedade, delegando ao Estado o papel de guardião e mantenedor.

Segundo Graça Belov, existe uma diferença em se utilizar a expressão “direito à propriedade” ou “direito de propriedade”, e que não se limita ao campo da gramática ou semântica. Ganha importância a sua interpretação. Para a autora, quando o legislador utilizou a expressão *direito de propriedade* fez referência, apenas, às pessoas que já são proprietárias; é o direito de quem já tem propriedade. Muito diferente, se o legislador tivesse utilizado a expressão *direito à propriedade*, pois, assim, estaria privilegiando aqueles que não têm propriedade, mas que deveriam ou deverão tê-la (BELOV, 2003).

Contudo, diante das previsões constitucionais, o Estado jamais poderá ser neutro na condução das questões envolvendo os cidadãos, porque a proteção dos bens e a segurança do domínio destes é muito mais importante do que a natureza humana. O objeto da atuação do Estado é o patrimônio e não o homem. Segundo João Batista Mendes (1994, p. 37), o sentimento que domina o ordenamento jurídico é o da primazia do material sobre o social.

Ainda no que se refere à propriedade, o inciso XXIII do mesmo artigo 5º diz: “*a propriedade atenderá a sua função social*”. Mas qual a função social da propriedade? Por se tratar de princípio informador, as normas sobre propriedade podem ter interpretação extensiva e podem ganhar sentido diferenciado conforme o entendimento de cada intérprete.

A Constituição não diz que em alguns casos se atenderá à função social como algo externo à propriedade, o que diz é que inexistente propriedade sem função social. Hoje não basta ter o título para ser considerado proprietário, mas também atender à função social. A função

social da propriedade relaciona-se com o uso socialmente construtivo desta, com os direitos do proprietário e os deveres que lhes são impostos pela legislação, ou seja, tem que prevalecer o interesse público, pois a função social da propriedade, como um dos princípios sociais, tem a finalidade de “*assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*”.

Para Miguel Baldez:

*Enquanto para o direito oficial (o direito burguês) será proprietário quem tiver com a terra o vínculo jurídico da propriedade, embora não ocupe a terra, para o direito do trabalhador destituído, sem terra (insurgente contra o direito oficial), será proprietário quem ocupe a terra para habitar e produzir. É direito concreto porque rasga, afrontando a ordem social (na verdade burguesa), o invólucro imobilizante das formulações conceituadas da norma (abstrata e comprometida com o capital). É direito coletivo porque é concreto (tem vida), quer dizer: está nos movimentos sociais, e não no indivíduo subjetivado e invisibilizado na norma jurídica (BALDEZ, 1994b, p. 23s.).*

Desta forma, a contradição existente entre propriedade e posse, bem como a função social da propriedade como garantia constitucional, aguçou, admitiu em torno dos limites da propriedade, uma posse transformadora da própria propriedade, posse fundada, além da função social, nos princípios da isonomia e no estado social de necessidade.

Neste sentido, o conflito que se estabelece hoje em torno da posse da terra improdutiva pode não ser ilícito se tivermos em mente a caracterização do estado de necessidade, por parte dos trabalhadores e suas famílias. Como não possuem meios de prover a própria subsistência, a posse pode não ser legal, mas é lícita. Assim, tem-se um exemplo de interpretação da lei buscando o seu sentido maior: fazer justiça.

Quando se faz referência ao direito de propriedade como direito fundamental, temos infelizmente a noção do conceito atrelada aos ditames do capital, do poder, da riqueza, das necessidades do mercado, e não da população como um todo. Cabe aos novos movimentos sociais procurar o verdadeiro sentido do texto constitucional de modo a satisfazer aos seus interesses. Em relação à forma “legal” de ação para esta concretização, consiste em outra discussão.

Contudo, diante da falta de concretização dos ditos direitos públicos subjetivos, que sentido faz o direito de propriedade para quem nunca possuiu ou possuirá propriedade? Como acreditar na veracidade da lei, se esta privilegia interesses de alguns? Que significado tem a Constituição diante da falta de concretização de suas normas programáticas?

Como podemos constatar nestas perguntas, o texto legal não é cumprido quando se trata de estender à sociedade algum benefício. Nessa caminhada torna-se substancial a exigência, por parte da sociedade, não só do cumprimento da lei, que deve alcançar a sociedade como um todo, mas da criação de novas leis buscando uma maior aproximação da lei com a justiça no caso concreto através de práticas jurídicas alternativas.

Desta forma, o objetivo maior da implementação das práticas pluralistas, através dos novos sujeitos sociais, é tornar a lei, a norma, algo sólido, material, real, realizável, enfim, transformar a teoria em prática. A Constituição precisa ser concretizada, pois existe um enorme fosso entre a existência dos direitos fundamentais sociais (DFS), denominação dada pelo autor Andréas Krell (2000, p. 25), e a sua concretização.

A construção do texto constitucional referente aos direitos fundamentais sociais não possui forma e conteúdo homogêneos, causando uma certa obscuridade. Será que é um “pretexto” para a má interpretação que está sendo atribuída a estes direitos? Ou depende do “olhar” que o intérprete queira dar ao texto? A norma não é sinônimo de texto legal. No texto, o intérprete busca avaliar os dados lingüísticos e os dados da realidade. Através dos dados lingüísticos extrai-se o programa normativo da Constituição, o que ela procura proteger, e através dos dados da realidade, o intérprete define a solução desse impasse.

Existe um verdadeiro conflito entre a ideologia de quem produziu o texto constitucional e a ideologia do aplicador desta norma. Para Krell (2000, p.47), um dos motivos da falta de proteção e concretização dos direitos fundamentais sociais é a forte presença do formalismo jurídico na interpretação da norma constitucional sempre dando ênfase a conceitos abstratos.

É com base neste quadro que o pluralismo jurídico adentra no modelo posto, trazendo conceitos “esquecidos”, como ética, moral, igualdade, pluralidade, proporcionando mudança social sempre na busca de tornar possível a alteridade entre Estado e sociedade.

Desta forma, podemos apreender que a Constituição de um Estado não é um texto jurídico “seco”; é antes de tudo expressão do desenvolvimento cultural de um povo, do seu anseio por uma real ponte entre o público e o privado.

### 3.2. O direito à moradia como exemplo de uma previsão constitucional não concretizada: uma possível crítica a partir da teoria pluralista

A problemática do direito à moradia será tratada neste ponto como um exemplo da falta de concretização dos direitos fundamentais sociais. Os conflitos coletivos ganham projeção a partir das carências materiais dos sujeitos coletivos, bem como pela ausência dos direitos fundamentais básicos, corporificados, neste caso, no direito à posse, à moradia, ao solo urbano, à propriedade.

Cabe ressaltar nesta discussão a contradição existente entre o direito de propriedade e o direito à moradia. O direito insurgente da moradia entra em conflito com o direito de propriedade quando encaramos os problemas das invasões de propriedades. E neste ínterim, o direito de morar, considerado um novo direito, tem predominado como portador de uma demanda de justiça que encontra eco, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A situação socioeconômica do nosso país aparece como uma das causas da proliferação destas invasões. Os movimentos sociais pressionam como uma forma de alcançar direitos que lhes são dados pela Constituição. Estes novos sujeitos não almejam ser invasores, mas possuidores. Querem ter o direito à moradia digna, à

propriedade. Daí a existência de um contrasenso: os invasores querem ser proprietários. Isto é fruto da forte presença do direito positivo no mundo capitalista, onde o que vale é a propriedade privada. Esta é uma questão de inclusão social, pois para os invasores não basta a posse e a implementação de medidas paliativas, como a concessão de direito real de uso (CDRU), mas sim a garantia da propriedade.

Joaquim de Arruda Falcão descreve, em “*Conflito de Direito de Propriedade: invasões urbanas*”, depoimentos de invasores que justificam a invasão, pois acreditam que o direito à moradia deve prevalecer sobre o direito de propriedade. O autor transcreve algumas falas:

*As leis nunca disseram que os pobres têm que ter mocambo para viver, só diz que a terra tem proprietário e que ninguém pode tomar de ninguém... E eu sem ter onde morar. É errado ter terra aí aos montes e nós sem casa.(...) Não vou dizer que tá certo invadir, mas a terra tava deserta... Se essa é uma necessidade de quem não tem casa própria acho que a gente fez um direito (FALCÃO, 1984, p. 95).*

No entendimento de Arruda Falcão (1984, p. 96), para os invasores não se trata de agir legal ou ilegalmente, mas sim de resolver o problema. Neste sentido, passam a acreditar terem direito contra a lei. É uma situação paradoxal, pois, judicialmente, não têm direitos; porém, no âmbito do social, estão legitimados.

Mas a relação entre o direito de propriedade e o direito de moradia não é apenas de confrontos. Existe

uma ligação íntima e necessária, pois o direito à moradia não deixa de ser um direito à propriedade, propriedade de uma casa, de um objeto ou bem imóvel. Segundo José Reinaldo Lopes (1993, p. 126), ter direito à casa (enquanto mercadoria) é tarefa do Estado. No entanto, como o Estado está amarrado pelo sistema capitalista, com uma visão individualista, é incapaz de solucionar o problema da moradia, que é um bem comum; conseqüentemente, as cidades são transformadas em aglomerados de gente, onde as pessoas são transformadas em mercadorias e as cidades, em indústrias e serviços. O cidadão perde o direito às condições que tornam o espaço ocupado, um local de moradia, ou seja, tornam-se favelados.

Para Wolkmer (2001, p. 166s.), o direito de morar como um direito “novo” faz com que os novos sujeitos ampliem suas práticas de mobilização pelo direito à moradia; na verdade, o objetivo dessas articulações e resistências é alcançar o pleno exercício do direito à cidadania.

A descrição dessas situações conflitivas, abrangendo reivindicação por direitos que envolvem a questão de ter onde morar, não parece uma situação simples, pois o sentido concreto dado pelos movimentos sociais é de viabilizar o seu destino histórico: o direito de viver e habitar. Quando os novos sujeitos coletivos lutam pela concretização destes direitos, eles têm a consciência do caráter histórico dessas reivindicações, que as suas carências e necessidades transcendem este direito de morar. Passa pelo desejo de uma vida mais digna, com segurança, com um mínimo de subsistência para a sua família.

O fenômeno social e político das invasões de propriedade, urbana ou rural, deve ser analisado com muita cautela, diante do atual quadro de exclusão social, no entanto, não é nosso objeto.

Apenas ratificando a discussão da atual perspectiva do direito à moradia, como idéia de direito à vida digna e à integração social, não podemos perder de vista que o cerne do problema está na crescente exclusão social, na marginalidade econômica que redunde na marginalidade geográfica. E esta exclusão espacial não se reduz à ausência de “abrigo” contra as intempéries, significa negar o direito de moradia a enormes parcelas de nossa população.

No entanto, quando a questão do direito à moradia é analisada por outro prisma, vale ressaltar o entendimento de Shirley Silveira Andrade:

*Não estamos discutindo que não possuímos meios previstos na legislação do exercício do direito à moradia, não afirmamos que a nossa Constituição Federal vigente tem um texto que inibe a efetivação desse direito, mas que a presença de uma legislação organizada, evoluída e democrática não significa a viabilização de uma habitação digna, mas a interação entre as normas elaboradas pela sociedade e as do aparelho estatal podem encaminhá-la (ANDRADE, 2003, p. 142s.).*

Desta feita, mesmo com a previsão no texto constitucional, o direito à moradia como preceito fundamental não é concretizado.



O enfoque à defesa do direito à moradia serviu apenas como exemplo de um direito, também, à cidadania, que só poderá ser conquistado com o avanço do processo de democratização, através de práticas pluralistas voltadas para a democracia econômica e, sobretudo, social. O pluralismo jurídico como aliado da Constituição poderá trazer o equilíbrio necessário para a convivência pacífica da sociedade perante o aparelho jurídico-político-estatal.

#### 4. CONCLUSÃO

Esta temática do pluralismo jurídico conduz a dois extremos: a aceitação ou a discordância. Ou se aceita a convivência de mais um direito num mesmo ordenamento jurídico ou aceita-se apenas a existência de um. Como observamos, não se admite mais a negativa do fenômeno do pluralismo jurídico, pois a presença cada vez maior destas práticas pluralistas no interior da própria ordem jurídico-estatal oficial serve para mostrar a necessidade de uma transformação gradual deste modelo jurídico estatal vigente, como também, para constatar que o Estado, através de sua Constituição Federal, já está admitindo, paulatinamente, práticas pluralistas, admitindo a consciência da insuficiência de seu modelo de regulamentação social.

O objetivo deste artigo foi entender o pluralismo jurídico como um possível aliado da Constituição, como o elo da sociedade com o Estado e, conseqüentemente, com o Direito. A tese pluralista adotada neste contexto não almeja negar, muito menos abolir, as práticas normativas estatais. Pelo contrário, busca, através dos di-

reitos já consagrados na Constituição Federal, alcançar a satisfação das necessidades dos mais diversos grupos sociais: além da garantia de participação destes, na produção de novos direitos, pois o direito é algo dinâmico e sempre deve acompanhar as constantes mudanças do meio social.

A partir deste entendimento, rompe-se com a idéia de que o Direito só pode advir de normas estatais. Inaugura-se um pensamento renovado, no qual o Direito é visto como acordo, consenso e produto das necessidades essenciais da sociedade.

Ressaltamos neste artigo a incapacidade do Estado Democrático de Direito de assumir sua verdadeira função social e atender, democraticamente, aos conflitos transindividuais. O Direito proposto hoje, portanto, não está preparado para resolver sozinho os problemas sociais, como: a moradia, as ocupações, a segurança, o crime organizado, etc.

Abordamos a Constituição Federal como materialização do pacto social travado entre o povo e o Estado. Discutimos que para a real inserção dos direitos, no ordenamento jurídico estatal, é mister que eles sejam consagrados não somente na legislação, mas na própria prática cotidiana do povo. É a questão da identidade da norma com a situação real. À medida que a norma deixar de ser só forma e se enquadrar nos fatos aos quais se dirige (e não ao contrário), talvez a legalidade comece a se confundir com a prática da justiça.

Assim, entendemos que a existência do direito não-estatal pode ter duas motivações: pode ser tanto indicador das insuficiências, da ineficácia ou da injustiça da ordem jurídica oficial, como elemento de sua abertura

O enfoque à defesa do direito à moradia serviu apenas como exemplo de um direito, também, à cidadania, que só poderá ser conquistado com o avanço do processo de democratização, através de práticas pluralistas voltadas para a democracia econômica e, sobretudo, social. O pluralismo jurídico como aliado da Constituição poderá trazer o equilíbrio necessário para a convivência pacífica da sociedade perante o aparelho jurídico-político-estatal.

#### 4. CONCLUSÃO

Esta temática do pluralismo jurídico conduz a dois extremos: a aceitação ou a discordância. Ou se aceita a convivência de mais um direito num mesmo ordenamento jurídico ou aceita-se apenas a existência de um. Como observamos, não se admite mais a negativa do fenômeno do pluralismo jurídico, pois a presença cada vez maior destas práticas pluralistas no interior da própria ordem jurídico-estatal oficial serve para mostrar a necessidade de uma transformação gradual deste modelo jurídico estatal vigente, como também, para constatar que o Estado, através de sua Constituição Federal, já está admitindo, paulatinamente, práticas pluralistas, admitindo a consciência da insuficiência de seu modelo de regulamentação social.

O objetivo deste artigo foi entender o pluralismo jurídico como um possível aliado da Constituição, como o elo da sociedade com o Estado e, conseqüentemente, com o Direito. A tese pluralista adotada neste contexto não almeja negar, muito menos abolir, as práticas normativas estatais. Pelo contrário, busca, através dos di-

reitos já consagrados na Constituição Federal, alcançar a satisfação das necessidades dos mais diversos grupos sociais: além da garantia de participação destes, na produção de novos direitos, pois o direito é algo dinâmico e sempre deve acompanhar as constantes mudanças do meio social.

A partir deste entendimento, rompe-se com a idéia de que o Direito só pode advir de normas estatais. Inaugura-se um pensamento renovado, no qual o Direito é visto como acordo, consenso e produto das necessidades essenciais da sociedade.

Ressaltamos neste artigo a incapacidade do Estado Democrático de Direito de assumir sua verdadeira função social e atender, democraticamente, aos conflitos transindividuais. O Direito proposto hoje, portanto, não está preparado para resolver sozinho os problemas sociais, como: a moradia, as ocupações, a segurança, o crime organizado, etc.

Abordamos a Constituição Federal como materialização do pacto social travado entre o povo e o Estado. Discutimos que para a real inserção dos direitos, no ordenamento jurídico estatal, é mister que eles sejam consagrados não somente na legislação, mas na própria prática cotidiana do povo. É a questão da identidade da norma com a situação real. À medida que a norma deixar de ser só forma e se enquadrar nos fatos aos quais se dirige (e não ao contrário), talvez a legalidade comece a se confundir com a prática da justiça.

Assim, entendemos que a existência do direito não-estatal pode ter duas motivações: pode ser tanto indicador das insuficiências, da ineficácia ou da injustiça da ordem jurídica oficial, como elemento de sua abertura

ou democratização pela incorporação das manifestações jurídicas heterogêneas da sociedade.

Pudemos apreender com isto que o reconhecimento da produção jurídica pluralista não é condição de exclusão das normas estatais, como já foi afirmado, pelo contrário, é o desejo da convivência harmônica entre o direito estatal e o não-estatal em prol dos cidadãos.

No entanto, a partir do que foi analisado, será que práticas pluralistas particulares podem alterar o poder do Estado? Esta é uma pergunta a ser respondida no futuro. Se este direito é viável, se é melhor ou pior que os anteriores, dependerá das pessoas que o criam e o vivem. Só a união entre o Estado e a sociedade dará às relações sociais conteúdos e valorações renovadas.

Assim, é inapropriado, como bem disse João Maurício Adeodato (1992, p. 174), definir o direito dogmático, estatal, como “mau”, e o pluralismo jurídico, como “bom”. Como todo direito, o pluralismo pode assumir conteúdos nefastos. Pode servir para burlar e desacreditar toda e qualquer regra e, inclusive, prejudicar a legitimação do direito como um todo. O direito, seja dogmático ou não, é “apenas” um instrumento poderoso de organização social, sendo, por si só, incapaz de transmitir a voz do bem e do mal.

Desta forma, o Pluralismo Jurídico não deseja ser o “Salvador da Pátria”, e sim ser apenas uma possibilidade de mudança. No entanto, dentro desta possibilidade de mudança, o Estado é quem vai impor os limites à produção jurídica extra-estatal. De fato, existe um limite tênue entre o poder de reprimir uma manifestação antidemocrática como o narcotráfico e reprimir o movimento dos sem-terra numa invasão. Nisto reside o peri-

go, pois é o Estado quem vai definir os critérios de julgamento dos “novos” movimentos sociais. Se o movimento social é do mundo da barbárie ou da civilização é uma questão que caberá ao Estado decidir de forma arbitrária ou na base do arbitramento, ambas as alternativas estão ao seu alcance.

Verificamos que este cenário de crescentes formas de “particularização” da justiça revela a ineficácia do Direito Estatal. É a prova da existência do Brasil real versus o Brasil ideal. O fruto desta crise de legitimidade do Direito Estatal está na aplicação seletiva das leis. A presença na sociedade de novos movimentos sociais é algo que devemos começar a nos acostumar, diante de uma sociedade que privilegia o consumo destrutivo e supérfluo, ao mesmo tempo que impossibilita que os verdadeiros produtores da riqueza social dela façam parte, conduz a ações e frases como esta, de um participante do movimento dos sem-teto do Rio de Janeiro: “se somos nós quem construímos os shoppings, por que não podemos se quer (sic) visitá-lo?” Esta é a problemática que está em aberto.

Assim, a contribuição deste trabalho consiste em alertar aos interessados, estudantes, intelectuais, legisladores, governantes, que a lógica que preside a sociedade atual é a de que quem a constrói sequer participa nem mesmo de parte de seus resultados. Estamos imersos numa sociedade dos sem-trabalho, sem-teto, sem-terra, sem-consumo, sem-nada. Ou melhor, quase nada, pois o que esses movimentos sociais estão a nos mostrar é que eles vieram para ficar, vieram para mostrar à sociedade que o pacto social pode ser reestruturado e que a “reconquista” da cidadania é possível.

## 5. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. Para uma conceituação do direito alternativo. **Revista de Direito Alternativo**, São Paulo, n.1, p. 157-174, 1992.

ANDRADE, Shirley Silveira. **O Movimento popular como sujeito criador de direitos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFPE. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2003.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. Direito alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de Direito Alternativo 2**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 159-177.

\_\_\_\_\_. **Introdução à sociologia jurídica alternativa: ensaios sobre o Direito numa sociedade de classes**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. A função social da propriedade. Alguns aspectos. **Cadernos de Direito Social**, Rio de Janeiro, a. I, n. 01, p. 57-68, 1994a.

\_\_\_\_\_. Anotações sobre Direito Insurgente. **Cadernos de Direito Social**, Rio de Janeiro, a.I, n. 02, p. 07-26, 1994b.

BELOV, Graça. Direitos Fundamentais e a Constituição Federal de 1988. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL: A EFETIVIDADE DO PROCESSO CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO DE CIDADANIA “EM HOMENAGEM AO PROFESSOR FRIEDRICH MULLER,” IV. Recife: Faculdade Maurício de Nassau, 2003.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. Justiça Social e Justiça Legal: conflitos de propriedade no Recife. In: FALCÃO, Joaquim Arruda. **Conflito de direito de propriedade: invasões urbanas**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 79-101.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. O alternativo regado a vinho e à cachaça. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de Direito Alternativo 2**. São Paulo: Acadêmica, 1992. p. 95-114.

KRELL, Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. IN: MORAIS, José Luis Bolzan de *et al.* **Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Cidadania e propriedade perspectiva histórica do direito à moradia. **Revista de Direito Alternativo**, São Paulo, n. 02, p. 114-136, 1993.

MENDES, João Batista Peterson. Ordem justa e legitimidade. **Cadernos de Direito Social**, Rio de Janeiro, a. I, n. 02, p. 27-49, 1994.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta de identidade da(s) esfera(s) de juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina. **Anuário do Mestrado em Direito**, Recife, n. 6, p. 313-357, 1993.

OLIVEIRA, José Luciano. **O pluralismo jurídico como signo de uma nova sociedade na América Latina: mitos e realidade**. Recife, 199?. p. 1-27.

..... . Ilegalidade e Direito alternativo: notas para evitar alguns equívocos. In: ENSINO JURÍDICO: PERSPECTIVAS E PROPOSTAS. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. p. 203-214.

PEREIRA, Rafael. Sob as leis do tráfico: à margem do Estado, criminosos estabelecem códigos de conduta para os moradores das favelas cariocas. *Época*, Rio de Janeiro, n. 315, p. 74-78, maio 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SOUTO, Cláudio. Direito alternativo: em busca de sua tese sociológica. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco*, Recife, n. 01, p. 16-73, jun. 1996.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-ômega, 2001.

## A FINALIDADE DA PENA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Danúbia Fabiana Silva de Andrade

Advogada. Aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMape.

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. ORIGEM DA PENA E SUA EVOLUÇÃO. 1.1. A Pena. 2. A PENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 2.1. Pena e Garantias Criminais Repressivas. 3. AS ESCOLAS PENAIAS. 3.1. Escola Clássica. 3.2. Escola Positiva. 3.3. Escolas Ecléticas. 4. FUNDAMENTOS E FINS DA PENA. 4.1. O Direito de punir. 4.2. Razão da sanção penal. 4.3. Principais Teorias sobre os Fins da Pena. 4.3.1. Teorias Absolutas. 4.3.2. Teorias Relativas. 4.3.2.1. Prevenção Geral. 4.3.2.2. Prevenção Especial. 4.3.3. Teorias Mistas. 4.3.4. Teoria da Prevenção Geral Positiva. 4.4. Fins da Pena. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

### INTRODUÇÃO

De todos os ramos do Direito, tomando-se este como ciência, o penal se mostra como o carecedor de maior cuidado em razão do papel que lhe é incumbido, qual seja a preservação dos bens jurídicos mais preciosos.

Apresenta o Direito Penal um problema árduo e complexo: a pena, principalmente no que se refere à delimitação de seus fundamentos e fins, malgrado tal tema haver sido amplamente discutido, ainda hoje persiste um sentimento de frustração em torno dos resultados práticos obtidos.

Diante da atual problemática vivenciada, não apenas pelo sistema penal brasileiro, como também pelo mundial, onde se constata que a pena não vem sendo o meio idôneo a resolver o problema da criminalidade, especialmente diante da “falência”, ou até da “pré-fa-

lência”, para alguns, do sistema penitenciário, urge questionarmos as bases de um instituto que é tão antigo quanto o próprio homem.

## 1. ORIGEM DA PENA E SUA EVOLUÇÃO

O surgimento da pena é atribuído ao surgimento do próprio homem e com ele os agrupamentos humanos. O nascimento da mesma sucede-se da necessidade de disciplina e de coação impostas à manutenção da própria espécie humana.

Foi o sentimento de *vendetta*<sup>1</sup> o inspirador da idéia de pena nas relações primárias, a punição era instintiva e emocionalmente desregrada, revestida não apenas de um direito, mas, sobretudo, de um dever instintivo e moral, já que esta última impõe o que é útil à conservação da espécie.<sup>2</sup>

Inicialmente atribuída a seres sobrenaturais (Totens), os quais puniam e castigavam a sociedade de acordo com o seu comportamento, tinha a pena uma função puramente reparatória, possuindo um caráter estritamente sacral. Duas espécies de penas eram conhecidas: a expulsão da paz e a vingança de sangue. A primeira constituía-se em banimento<sup>3</sup>. A segunda tratava-se de uma guerra movida contra o grupo do ofensor, culminando com a eliminação completa de um dos grupos.<sup>4</sup> Essa fase foi marcada pela desproporcionalidade entre a reação e a ofensa.

1 *Vindita*.

2 FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999. p. 34.

3 HENTING, Hans von apud ANTUNES, Ruy da Costa. *Problemática da Pena*. Recife: Mousinho, 1958. p. 61.

4 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. I, p. 35.

Objetivando evitar o enfraquecimento do grupo, sobreveio a imposição de normas limitativas da *vindita*. Essas limitações são, primeiro o **talião**, depois, a **composição**.

O Talião, hodiernamente visto como sinônimo de barbárie, representou um progresso moral e jurídico da humanidade primitiva, uma vez que impôs um limite à reação desmedida pela vingança. Surge a preocupação com a justa retribuição, ao prescrever a máxima **olho por olho, dente por dente**, o que representou uma verdadeira evolução social, evitando a dizimação dos grupos.<sup>5</sup>

Logo em seguida, observa-se o surgimento da Composição, sistema pelo qual era substituído o cumprimento da pena pelo pagamento em moeda, gado, armas, etc., proporcionando a reparação do dano causado. Era desta forma que o ofensor se resgatava da vingança do ofendido. A Composição representa a “origem remota das formas modernas de indenização do Direito Civil e da multa do Direito Penal”.<sup>6</sup>

A fase da vingança divina, cuja pena tinha um cunho sacral, foi desaparecendo com a evolução das civilizações. Com o surgimento do Estado nasce uma nova visão da pena. Surge, então, a fase da vingança pública, na qual a pena passa a ser aplicada pelo poder público (poder do soberano). É no período medieval que surge a privação da liberdade como substituto da pena capital,<sup>7</sup> apesar da perduração de penas infamantes e cruéis.

5 SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição: Aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 18.

6 *Id.*, p. 36.

7 A igreja para punir clérigos faltosos aplicava como penalidade a reclusão em celas ou internação em mosteiros.

Mas o Estado Absolutista, representado na figura do soberano, vai dar lugar, por influência das idéias do Contrato Social de Rousseau, ao Estado Burguês. Não se concebe mais a concentração dos poderes nas mãos no monarca. Nesse neo-Estado, a pena é considerada como retribuição à perturbação da ordem adotada pelos homens e consagrada pela lei, não mais aquela lei divina da fase da vingança dos deuses, mas a lei dos homens.

A finalidade utilitária da pena só surge com o Iluminismo, através das idéias liberais e humanizantes de César Bonesana, Marquês de Beccaria. A pena torna-se um problema filosófico e jurídico.<sup>8</sup> É nessa época que se inicia o Período Humanitário do Direito Penal.

A pena também foi tratada pelo médico italiano Cesare Lombroso, expoente máximo da fase criminológica do Direito Penal. Preocupou-se Lombroso, além de comprovar sua tese ulteriormente desmentida do criminoso nato, com a adequação da pena à personalidade do criminoso, sendo o primeiro a abordar o fim de ressocialização da pena.

No curso dessa laboriosa e angustiante evolução, constata-se que as formas de punir têm variado ao longo dos anos e apesar da redução dos meios cruéis aplicados e de uma inegável tendência de humanização da pena, não se pode negar que ainda hoje persista o caráter aflitivo da pena, “continuando a ser o padecimento para quem a suporta”.<sup>9</sup>

8 MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. 1, p. 38.

9 GOULART, Henny. *A Individualização da Pena no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 2.

## 1.1. A Pena

A expressão “pena” deriva do grego “*poine*” e do latim “*poena*”, sua origem filológica exprime idéia de dor, castigo, aflição, punição e padecimento.

Juridicamente o vocábulo trazido à baila significa a sanção imposta pelo poder público ao agente da conduta reprovável, consistente na privação de alguns bens jurídicos (liberdade ou patrimônio), em face da prática de atos definidos na lei como crime, o qual não é apenas um fato individual reprovável, mas também um fato social revelador do desequilíbrio da sociedade que o produz.

É notório que a pena não constitui o ressarcimento de um dano, nem se presta a reconstituir o *status quo ante* da vítima.<sup>10</sup> Ela é principalmente a “reafirmação da autoridade do Estado, ferida no que tem de mais particular: a frustração das normas penais destinadas à tutela dos valores sociais”.<sup>11</sup>

A pena consiste em um dever de tutelar a luta contra o delito, este que ainda é o anseio do Estado moderno, porque o crime, fato típico, antijurídico e culpável, complexo que é, representa uma ameaça aos fundamentos da organização social.

Apesar da evolução pela qual passou a pena, ainda hoje conservam-se seus caracteres primários: é aflitiva, retributiva e preventiva. É aflitiva porque constitui a privação de bens jurídicos essenciais, sendo o mal que o Estado opõe ao mal praticado. É retributiva pela es-

10 Ressalte-se a possibilidade de extinção da punibilidade, prevista pelo art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95, através da conciliação, que é a figura da reparação do dano.

11 GOULART, Henny. *A Individualização da Pena no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 2.

treita relação com a gravidade da infração, e é preventiva porque é utilizada como meio de combate à criminalidade.<sup>12</sup>

Não obstante a pena ser arma impotente nas mãos do homem no combate ao crime, continua sendo empregada e considerada útil, o que consiste num atestado de que a sociedade não encontrou um idôneo substituto.

## 2. A PENA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal vigente institui limites às normas punitivas que venham a ser erigidas pelo legislador ordinário, trazendo em seu bojo a previsão de direitos e garantias fundamentais, os quais se constituem numa vedação às ações do Poder Público.<sup>13</sup>

Buscando-se o fim colimado por este trabalho, merecerão maior consideração os princípios constitucionais que são intrínsecos à pena. São eles: os princípios da legalidade, personalidade, inderrogabilidade e proporcionalidade.

O princípio da legalidade, tendo sua consagração no ideário iluminista do séc. XVIII, representou um dos esforços máximos do liberalismo contra o absolutismo político e judicial, visando proteger mais o indivíduo que o Estado. Constitui ele corolário lógico de que a lei é a única fonte formal do direito penal. O princípio da legalidade representa autolimitação ao poder punitivo do Estado, vinculando-se o mesmo exclusivamente às rígidas imposições legais.<sup>14</sup>

12 RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. *ABC do direito penal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 156.

13 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 251.

14 ALVES, Roque de Brito. *Direito Penal*. 3. ed. Recife: Inojosa, 1977. v. I, p. 215.

Tal princípio possui três conseqüências: a) qualquer conduta só poderá ser considerada delituosa para o fim de imposição de pena em virtude de lei prévia que a estatua; b) a única pena aplicável é a fixada especificamente na lei; e, c) a conduta ensejadora da imposição da pena é prevista individualmente, proibida a dedução de outras normas reguladoras de fatos diversos. Configura-se numa proteção ao cidadão contra o despotismo daqueles que governam.

O princípio da personalidade (art. 5º, LV, CF/88) se refere à impossibilidade de imposição da medida penal a terceiros, só atingindo o autor do crime. Tal princípio será melhor analisado no item 2.1.2.

O princípio da inderrogabilidade diz respeito à certeza de aplicação da sanção, quando da prática do delito. Essa imposição deve ser certa e a pena cumprida, conforme a lei penal, sendo por vezes suavizada pelas benesses da suspensão condicional, do livramento condicional, do perdão judicial, da extinção da punibilidade, etc. Por fim, o princípio da proporcionalidade, ou também chamado de princípio da proibição do excesso, prega que a pena deve ser proporcional ao crime, cada crime deve ser reprimido com uma sanção proporcional ao mal por ele causado.

### 2.1. Pena e Garantias Criminais Repressivas

Primeiramente cumpre-nos mencionar que as garantias criminais se dividem em preventivas e repressivas. As primeiras abrangem aspectos formais, tais como “a legalidade da prisão, a afiançabilidade do delito, a comunicabilidade da prisão, a plenitude da defesa, a inexistência de foro privilegiado e de tribunais de exce-



ção, a legalidade do processo e da sentença, o *habeas corpus* e o júri”.<sup>15</sup> As últimas dizem respeito à individualização, personalização e humanização da pena.

As garantias criminais repressivas são princípios fundamentais da pena imprescindíveis para que o direito penal alcance os objetivos a que se propõe, uma vez que asseguram ao delinqüente o tratamento mais justo possível.

### 2.1.1. Individualização da Pena

Hoje consagrada em vários países, a individualização da pena encontra previsão constitucional (art. 5º, XLVI, CF/88), estabelecendo que “a lei regulará a individualização da pena”. Trata-se de princípio que abraça a liberdade individual do cidadão.

A individualização da pena é, portanto, um direito do réu que o Direito Penal abraçou. Decorre do princípio de dar a cada um o que é seu.<sup>16</sup> A individualização da sanção consiste em mensurar a pena de acordo com o caso concreto. O transgressor da norma penal tem o direito a uma pena adequada ao ilícito por ele praticado. Essa adequação se trata de um verdadeiro direito personalíssimo e não apenas de uma mera faculdade dada ao aplicador da sanção penal.

A individualização da pena ocorre em três planos: legislativo, judicial e executório. A individualização legislativa ocorre por ocasião da tipificação do delito.<sup>17</sup> A individualização judicial, por sua vez, decorre da legislativa e se dá quando da fixação da pena (art. 59, CPB).

15 FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 133.  
16 SOUSA SILVA, José Carlos. *Garantias Criminais Repressivas*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 82, v. 698, dez. 1993, p. 311.  
17 Id., p. 312.

No plano executório, a individualização se opera no cumprimento da pena imposta pelo juiz, mediante tratamento penitenciário, onde normas específicas adotarão medidas adequadas individualmente (Lei nº 7.210/84).

### 2.1.2. Personalização da Pena

A pena tem como pressupostos o crime e a responsabilidade penal de seu autor. Para que ela seja justa e atinja seus objetivos se faz necessário não ultrapassar seus limites.

Hoje, entendida como uma garantia constitucional, consoante previsão na Magna Carta de 1988 (art. 5º, inciso XLV), a personalização da pena, também chamada de princípio da pessoalidade, impossibilita que a atuação estatal se estenda a terceiros que não incorreram com a prática criminosa. Segundo tal dispositivo, nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Os efeitos da pena limitam-se exclusivamente à pessoa do delinqüente. Esta terá como pressuposto a culpabilidade do mesmo, do que decorre a sua responsabilidade penal, a qual, no sistema penal brasileiro, é subjetiva. Culpabilidade é juízo de reprovação pela realização de um fato contrário à lei.

A garantia constitucional da personalidade, ou da responsabilidade pessoal, constitui uma conquista do cidadão frente à ação estatal. É de suma importância, pois repugna-nos a lembrança de execuções e infâmias serem atribuídas a toda a família do sentenciado, impondo-se muitas vezes o castigo a várias gerações.<sup>18</sup>

18 SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição: Aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30.

### 2.1.3. Humanização da Pena

Conforme predito (item 1), a pena possui características diferentes de acordo com a época, variando no tempo e no espaço em face da cultura humana.

Tal princípio veda a imposição de penas truculentas, tendo como fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, CF/88) e o respeito à integridade física dos condenados (art. 5º, CF/88), não se admitindo, em pleno século XXI, a existência de penas que firam a dignidade da pessoa humana, já que o homem é sujeito de direitos fundamentais invioláveis.

Urge consignar que o princípio da humanização da pena deve ser observado antes do processo, durante este e na execução da pena.<sup>19</sup>

A observância deste e dos outros princípios configuram uma barreira à atuação estatal, visando prover a segurança jurídica imposta pelo próprio Estado Democrático de Direito.

## 3. AS ESCOLAS PENAIS

As leis penais da Europa, no início do século XVIII, ensejaram uma reação dos pensadores da época que se insurgiram contra o Direito de então. Suas reivindicações culminaram com o movimento reformista<sup>20</sup>, movimento filosófico que foi assentado em dois novos princípios: razão e humanidade, cujo aspecto mais relevante é o fato de que a pena perde o caráter de instrumento de opressão de uma minoria.

19 JESUS, Damásio de. *Direito Penal*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. I, p. 11.  
20 ANTUNES, Ruy da Costa. *Problemática da Pena*. Recife: Mousinho, 1958. p. 179.

Não podemos dizer que tal reforma foi apenas humanitária, quando também inspiraram o movimento à utilização econômica do condenado e não à compaixão pelo mesmo. Por outro lado, a reforma penal foi, essencialmente, um movimento de bases políticas. Amenizar o rigor punitivo, eliminar o arbítrio judicial, cercar de garantias o incriminado, significava para a burguesia, classe ascendente, privar a realeza de uma de suas armas de maior poderio destrutivo.

No século XIX, surgem correntes estruturadas do pensamento jurídico-filosófico em matéria penal, a que se convencionou denominar Escolas Penais.

### 3.1. Escola Clássica

Não se pode afirmar a existência de uma Escola Clássica propriamente, no sentido de um corpo de idéias homogêneo. Tal denominação foi dada com conotação pejorativa<sup>21</sup> pelo positivista Enrico Ferri, pois, para o mesmo, os clássicos não estavam afinados com as "novas idéias".<sup>22</sup> A Justiça penal da Idade Média fez surgir na consciência pública anseios por um regime de ordem de segurança que pusesse termo ao cruel e arbitrário Direito punitivo.

Entre os signatários da escola em epígrafe, destacam-se Francesco Carrara, por ser ele o representante máximo da mesma, e Feuerbach, este último que concebía a pena como uma medida preventiva, elaborando

21 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 77.

22 FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999. p. 57.

a teoria da coação psicológica, segundo a qual o Direito Penal atua de acordo com a coação que exerce mediante a ameaça da lei.

Em síntese apertada, pode-se dizer que são princípios fundamentais da escola clássica: 1. o crime não é ente de fato, é um ente jurídico; 2. livre arbítrio como fundamento da punibilidade; 3. a pena como meio de tutela jurídica e retribuição da culpa moral (distinção entre imputabilidade e imputabilidade); 4. princípio da reserva legal; e, 5. método dedutivo, lógico abstrato, de conteúdo especulativo.

Em resumo, os clássicos concebiam a pena como uma medida afliativa, repressiva e pessoal, que visava à ressocialização, aplicada ao autor do fato capaz de querer e entender a ilicitude do ato. Afastou-se, outrossim, o alvitre do judiciário, transformando o magistrado em mero executor legislativo.

A Escola Clássica alcançou conquistas na legislação e justiça penais, mas se olvidou dos problemas sociais de sua época (Revolução Industrial), os quais ocasionaram vultuoso crescimento da criminalidade face às condições subumanas da maior parte da população.

A via unicamente repressiva mostrou-se ineficaz, gerando a transmutação de um Estado liberal abstencionista para um Estado social intervencionista. O que culminou com o surgimento da Escola Positiva.

### 3.2. Escola Positiva

A Escola Positivista surge influenciada pelo positivismo metodológico então vigente (Séc. XIX).

Admitiam o delito e o delinqüente como patologias sociais, dispensando a necessidade de os conceitos morais fundarem a responsabilidade criminal.

Entre seus adeptos estão Cesare Lombroso, Rafael Garofalo e Enrico Ferri. Lombroso desenvolveu uma tipologia de delinqüentes, defendendo a existência de um criminoso nato, o verdadeiro criminoso, que seria aquele indivíduo que já nascia com uma predisposição ao crime, um ser atávico. Garofalo acreditava que o critério medidor da sanção penal seria a **temibilidade**, que deu origem ao conceito hodierno de periculosidade criminal.<sup>23</sup> Ferri defendia uma “tríplice série de causas do crime”<sup>24</sup>, que seriam psíquicas ou individuais, físicas e sociais, atuando como forças condicionantes do crime.

Na Escola Clássica a imputabilidade é moral, advém da vontade livre do homem. Já na Escola Positiva, afasta-se o conceito de livre arbítrio humano, chegando-se a admitir a possibilidade de imposição de sanções aos anômalos psíquicos. Para estes a vontade não seria livre, mas sim fruto de um resultado de fenômenos ligados entre si.

Em resumo, são os seguintes os aspectos principais da Escola Positiva: 1. o Direito Penal é produto social; 2. a responsabilidade social deriva do determinismo; 3. o delito é um fenômeno natural e social, não um “ente jurídico”; 4. a pena é meio de defesa social; 5. o método é o indutivo ou experimental; e, 6. os objetos do estudo do Direito Penal são o crime, o delinqüente, a pena e o processo.<sup>25</sup>

23 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. I, p. 118.

24 FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999. p. 62.

25 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 88.

### 3.3. Escolas Ecléticas

Em meio às extremas e filosoficamente bem definidas posições das Escolas Clássica e Positivista, surgiram correntes que buscavam uma conciliação entre aquelas. Nessas escolas penalistas intermediárias reuniam-se aqueles que estavam inclinados a novas idéias, mas não almejando romper algumas exigências tradicionais das escolas anteriores.

A primeira das correntes ecléticas foi a *terza scuola italiana*, também conhecida como escola crítica, haja vista ter marcado o prelúdio do positivismo crítico. Essa escola acolhe da Escola Clássica o princípio da responsabilidade moral, entretanto, não a fundamenta no livre arbítrio, substituindo-o pelo determinismo psicológico, que seria a capacidade para sentir a coação psicológica. Para eles o crime é um fenômeno individual e social, condicionado pelos fatores determinantes de Ferri<sup>26</sup>. O fim da pena é a defesa social, embora não perca o seu caráter aflitivo e possui natureza distinta da medida de segurança.

A mais notável das correntes ecléticas é a de Franz von Liszt, a qual ficou conhecida como Escola Moderna Alemã.<sup>27</sup> Von Liszt defendia que o Direito Penal deve sempre apresentar uma utilidade. Sobre a pena, acreditava que justa era a pena necessária.<sup>28</sup>

Possuía uma postura jurídico-científica, que o levava a conceber o Direito Penal como política criminal,

26 Fatores psíquicos ou individuais, físicos e sociais.

27 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. I, p. 125.

28 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91.

desenvolvendo a teoria da pena de fim (*Zweckstrafe*) para substituir a pena retributiva dos clássicos (*Vergeltungstrafe*).<sup>29</sup> A pena para ele tinha um fim duplice: prevenção especial e prevenção geral (intimidação).

Esse movimento também foi conhecido como Escola de Política Criminal ou Escola Sociológica Alemã, que teve como conquistas: o tratamento tutelar dos menores delinqüentes, defendendo o que hoje seriam as medidas socioeducativas, que não são medidas punitivas; o livramento condicional e a suspensão condicional da pena (*sursis*).<sup>30</sup>

As características principais da Escola de Política Criminal podem ser sintetizadas: 1. adoção do método lógico-abstrato e indutivo-experimental; 2. distinção entre imputabilidade e inimputabilidade; 3. concepção de crime como fenômeno humano e social e fato jurídico; 4. função finalística da pena; e, 5. eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração,<sup>31</sup> o que representa o início da busca de alternativas à pena de cárcere privado.

A Escola Técnico-Jurídica, fundada por Arturo Rocco, teve como mérito a conceituação de crime como fenômeno jurídico. Sem negar, porém, a importância das pesquisas causal-explicativas do crime, possui o método técnico-jurídico ou lógico-abstrato, que inspirou o nome pelo qual, por sugestão do próprio Rocco, passou a ser designada.<sup>32</sup>

29 ANTUNES, Ruy da Costa. *Problemática da Pena*. Recife: Mousinho, 1958. p. 297.

30 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, [1963?]. t. I, p. 110.

31 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 92.

32 *Id.*, p. 93.

### 3.3. Escolas Ecléticas

Em meio às extremas e filosoficamente bem definidas posições das Escolas Clássica e Positivista, surgiram correntes que buscavam uma conciliação entre aquelas. Nessas escolas penalistas intermediárias reuniam-se aqueles que estavam inclinados a novas idéias, mas não almejando romper algumas exigências tradicionais das escolas anteriores.

A primeira das correntes ecléticas foi a *terza scuola italiana*, também conhecida como escola crítica, haja vista ter marcado o prelúdio do positivismo crítico. Essa escola acolhe da Escola Clássica o princípio da responsabilidade moral, entretanto, não a fundamenta no livre arbítrio, substituindo-o pelo determinismo psicológico, que seria a capacidade para sentir a coação psicológica. Para eles o crime é um fenômeno individual e social, condicionado pelos fatores determinantes de Ferri<sup>26</sup>. O fim da pena é a defesa social, embora não perca o seu caráter aflitivo e possui natureza distinta da medida de segurança.

A mais notável das correntes ecléticas é a de Franz von Liszt, a qual ficou conhecida como Escola Moderna Alemã.<sup>27</sup> Von Liszt defendia que o Direito Penal deve sempre apresentar uma utilidade. Sobre a pena, acreditava que justa era a pena necessária.<sup>28</sup>

Possuía uma postura jurídico-científica, que o levava a conceber o Direito Penal como política criminal,

26 Fatores psíquicos ou individuais, físicos e sociais.

27 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. I, p. 125.

28 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91.

desenvolvendo a teoria da pena de fim (*Zweckstrafe*) para substituir a pena retributiva dos clássicos (*Vergeltungstrafe*).<sup>29</sup> A pena para ele tinha um fim duplice: prevenção especial e prevenção geral (intimidação).

Esse movimento também foi conhecido como Escola de Política Criminal ou Escola Sociológica Alemã, que teve como conquistas: o tratamento tutelar dos menores delinquentes, defendendo o que hoje seriam as medidas socioeducativas, que não são medidas punitivas; o livramento condicional e a suspensão condicional da pena (*sursis*).<sup>30</sup>

As características principais da Escola de Política Criminal podem ser sintetizadas: 1. adoção do método lógico-abstrato e indutivo-experimental; 2. distinção entre imputabilidade e inimputabilidade; 3. concepção de crime como fenômeno humano e social e fato jurídico; 4. função finalística da pena; e, 5. eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração,<sup>31</sup> o que representa o início da busca de alternativas à pena de cárcere privado.

A Escola Técnico-Jurídica, fundada por Arturo Rocco, teve como mérito a conceituação de crime como fenômeno jurídico. Sem negar, porém, a importância das pesquisas causal-explicativas do crime, possui o método técnico-jurídico ou lógico-abstrato, que inspirou o nome pelo qual, por sugestão do próprio Rocco, passou a ser designada.<sup>32</sup>

29 ANTUNES, Ruy da Costa. *Problemática da Pena*. Recife: Mousinho, 1958. p. 297.

30 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, [1963?]. t. I, p. 110.

31 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 92.

32 Id., p. 93.

Os primeiros representantes dessa corrente expurgaram a idéia do livre arbítrio, admitindo a pena como simples meio de defesa do Estado, com função preventiva geral e especial, aplicável aos inimputáveis. Num segundo momento retornam à responsabilidade moral e ao livre arbítrio como fundamentos da pena, cujos fins era retribuição e expiação.

Outra Escola é a Correlacionista de Karl Roeder. Para os correlacionistas, o fim único e exclusivo da pena é a emenda do delinqüente, não se dirigindo ao homem abstrato, mas àquele homem real responsável pelo crime, revelador de uma determinação defeituosa de vontade. Acreditavam ser o delinqüente um ser anormal, um perigo para o convívio social, sendo indiferente ser ele imputável ou não. Não fundamentaram a pena no livre arbítrio. Para eles a responsabilidade penal era coletiva, solidária e difusa.<sup>33</sup>

Ao terminar a Segunda Grande Guerra, iniciou-se uma reação ao sistema unicamente retributivo. Surge a Escola do Neodefensivismo Social, liderada por Marc Ancel e por Filippo Grammatica. Rechaçam a idéia de um Direito Penal repressivo, o qual deve ser substituído por sistemas preventivos e por intervenções educativas e reeducativas, postulando não uma pena para cada delito, mas uma medida certa para cada pessoa. Defendem uma nova postura diante do delinqüente, embasada na filosofia humanitarista, a qual prega a reação social objetivando a proteção do ser humano e da garantia dos direitos do cidadão, na análise crítica do sistema existente e na valorização das ciências humanas.<sup>34</sup>

33 *Id.*, p. 95.

34 *Id.*, p. 96.

Pode-se dizer que a Defesa Social possuía objetivo tríplice: 1. a pena não tem apenas caráter expiatório, visa também à prevenção; 2. a pena se presta à reeducação do delinqüente; e, 3. deve o tratamento penal ser humano.

#### 4. FUNDAMENTOS E FINS DA PENA

##### 4.1. O Direito de punir

No intuito de garantir a vida em sociedade, e porque não dizer a própria existência humana, o Direito atua como forma de controle social, regulando as condutas humanas. Tutelando um dever-ser, a norma de direito, que traz a dialética proibido/permitido, é a linha limítrofe estabelecida. Aqueles que, a despeito do preceito ultrapassam tais barreiras, transgridem a norma, suportam, em razão disso, uma sanção, a qual não pode se aplicada arbitrariamente. Sendo assim, surge um direito penal objetivo, que é o conjunto de normas que regulam a ação estatal, tipificando os crimes e cominando as respectivas sanções.

Do direito objetivo surge o direito subjetivo de punir, o qual pode ser analisado sob dois aspectos: abstrato e concreto. Surge o direito abstrato de punir do dever de abstenção da prática do crime que é imposta a todos para conservação e defesa dos valores fundamentais da vida social. O *jus puniendi* transforma-se de abstrato em concreto quando da prática da ação ou omissão considerada delituosa pelo preceito penal.<sup>35</sup> Sendo assim, pode-se afirmar que “a conseqüência do crime

35 MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 165-167.

Os primeiros representantes dessa corrente expurgaram a idéia do livre arbítrio, admitindo a pena como simples meio de defesa do Estado, com função preventiva geral e especial, aplicável aos inimputáveis. Num segundo momento retornam à responsabilidade moral e ao livre arbítrio como fundamentos da pena, cujos fins era retribuição e expiação.

Outra Escola é a Correlacionista de Karl Roeder. Para os correlacionistas, o fim único e exclusivo da pena é a emenda do delinqüente, não se dirigindo ao homem abstrato, mas àquele homem real responsável pelo crime, revelador de uma determinação defeituosa de vontade. Acreditavam ser o delinqüente um ser anormal, um perigo para o convívio social, sendo indiferente ser ele imputável ou não. Não fundamentaram a pena no livre arbítrio. Para eles a responsabilidade penal era coletiva, solidária e difusa.<sup>33</sup>

Ao terminar a Segunda Grande Guerra, iniciou-se uma reação ao sistema unicamente retributivo. Surge a Escola do Neodefensivismo Social, liderada por Marc Ancel e por Filippo Grammatica. Rechaçam a idéia de um Direito Penal repressivo, o qual deve ser substituído por sistemas preventivos e por intervenções educativas e reeducativas, postulando não uma pena para cada delito, mas uma medida certa para cada pessoa. Defendiam uma nova postura diante do delinqüente, embasada na filosofia humanitarista, a qual prega a reação social objetivando a proteção do ser humano e da garantia dos direitos do cidadão, na análise crítica do sistema existente e na valorização das ciências humanas.<sup>34</sup>

<sup>33</sup>Id., p. 95.

<sup>34</sup>Id., p. 96.

Pode-se dizer que a Defesa Social possuía objetivo tríplice: 1. a pena não tem apenas caráter expiatório, visa também à prevenção; 2. a pena se presta à reeducação do delinqüente; e, 3. deve o tratamento penal ser humano.

#### 4. FUNDAMENTOS E FINS DA PENA

##### 4.1. O Direito de punir

No intuito de garantir a vida em sociedade, e porque não dizer a própria existência humana, o Direito atua como forma de controle social, regulando as condutas humanas. Tutelando um dever-ser, a norma de direito, que traz a dialética proibido/permitido, é a linha limítrofe estabelecida. Aqueles que, a despeito do preceito ultrapassam tais barreiras, transgridem a norma, suportam, em razão disso, uma sanção, a qual não pode se aplicada arbitrariamente. Sendo assim, surge um direito penal objetivo, que é o conjunto de normas que regulam a ação estatal, tipificando os crimes e cominando as respectivas sanções.

Do direito objetivo surge o direito subjetivo de punir, o qual pode ser analisado sob dois aspectos: abstrato e concreto. Surge o direito abstrato de punir do dever de abstenção da prática do crime que é imposta a todos para conservação e defesa dos valores fundamentais da vida social. O *jus puniendi* transforma-se de abstrato em concreto quando da prática da ação ou omissão considerada delituosa pelo preceito penal.<sup>35</sup> Sendo assim, pode-se afirmar que “a consequência do crime

<sup>35</sup>MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 165-167.

não é a pena, mas sim o direito subjetivo de punir<sup>36</sup>, cujo único e exclusivo titular é o Estado (Estado-Administração), que possui a *percutio-criminis*.

## 4.2. Razão da Sanção Penal

Ruy Antunes justifica a pena como um dos “**universais** da cultura” (grifo do autor)<sup>37</sup>, assim como a língua ou a instituição da família, que sempre irá existir.

A pena como instituição social evidencia a evolução cultural e moral de uma determinada sociedade. É instituição porque se insere em um conjunto coerente de normas que regulam e punem fatos sociais definidos como crimes pelo mesmo conjunto de normas.

A existência de uma comunidade estável só se viabiliza mediante um poder compulsor que torne efetiva a obediência às normas comportamentais essenciais à manutenção de paz e disciplina. De fato, é essa a razão de ser da pena. Sem ela para conter os impulsos egoístas, que culminam com a prática delituosa, ter-se-ia a instalação de um verdadeiro caos. Assim sendo, pena assegura o respeito aos valores sociais, de cuja proteção depende a vida. A justificação da pena é a sua necessidade.<sup>38</sup>

Destarte, o fundamento da sanção penal é a necessidade de sua imposição. Tal atribuição é exclusiva do poder público, pois se não existisse a intervenção estatal, instalar-se-ia a luta de todos contra todos e a organi-

36 GOLDSCHMIDT apud MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Bookseller, 1997. v. I, p. 69.

37 ANTUNES, Ruy da Costa. *Problemática da Pena*. Recife: Mousinho, 1958. p. 338.

38 BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 11.

zação social findaria por desagregar-se na anarquia, já que é a pressão mediadora do Estado e sua força que apóiam a ordem de Direito.

## 4.3. Principais Teorias sobre os Fins da Pena

O tema finalidade da pena tem sido abordado desde os tempos de Platão e Aristóteles. Entretanto, foi apenas com von Liszt, no início do século XX, com a chamada “pena finalística”,<sup>39</sup> visando à readaptação social do delinqüente, que se começou a dar um objetivo à pena, pelo menos em seu aspecto principal.

É quase pacífico, na ciência do Direito Penal, atribuir-se a justificação da pena à sua necessidade, sendo ela mecanismo necessário à convivência entre os homens.

Abordar os fins da pena conduz necessariamente à análise das teorias penais, uma vez que através delas surgiu o embate entre a justificação da sanção penal, tema que ainda hoje perdura.

### 4.3.1. Teorias Absolutas

A concepção da pena em sentido absoluto é melhor compreendida quando da análise do Estado que a faz nascer, neste caso, o Estado absolutista, o qual é caracterizado pela identidade entre o soberano e o Estado e pela unidade entre moral e Direito. A pena era imposta a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se contra Deus. Nesse sentido a pena era vista como um castigo.

39 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 92.



Com o mercantilismo ocorre a ascensão da burguesia ao poder, ocasionando uma reavaliação da concepção de Estado. Surge, então, o Estado liberal, no qual a pena passa a ser a retribuição à perturbação da ordem. A expiação do castigo por imposição divina é substituída pela imposição estatal, da mesma forma que a lei divina é suprimida pela lei dos homens.

De acordo com o sistema absolutista, também chamado de retribucionista, a pena é uma exigência de justiça, e como o Estado é o guardião da mesma, instrumento apaziguador de conflitos, deve estar cingido à proteção das liberdades individuais. Para os adeptos dessa corrente, a pena não possui qualquer finalidade utilitária, sendo vista apenas como uma expiação do crime (*punitur quia peccatum est*) e uma retaliação, cujos fins eram aflitivos e retributivos.

Os defensores mais expressivos das teses absolutas foram os alemães Immanuel Kant e Georg W. Friedrich Hegel. O primeiro fundamenta o caráter retributivista da pena como de ordem ética, já o último, como de ordem jurídica.

Para Kant a lei era um imperativo categórico, o qual seria uma espécie de mandamento universal cuja demonstração se fazia desnecessária. Repudia a idéia de utilidade social da pena, cujo objetivo é única e exclusivamente fazer justiça.

Para Hegel a pena é retribuição jurídica, não se prestando a prevenção. Seria ela a negação da negação do Direito, uma vez que “o crime é a negação do Direito, e a pena, que é a negação do crime, é a reafirmação do Direito”.<sup>40</sup> A justificação da pena encontra-se na

40 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. I, p. 108.

necessidade de restabelecer a “vontade geral” representada pela ordem jurídica. Visa a pena, destarte, retribuir ao delinqüente o delito praticado. Tal retribuição encontra-se cingida à intensidade da negação do Direito, já que, como se disse, a pena é a reafirmação do mesmo. Devem essas negações ser iguais, para que a segunda (a pena) anule a primeira (o crime).

A idéia de retribuição da pena demonstra um certo sentimento de vingança, porque representa uma satisfação àqueles atingidos pelo delito. A sanção, assim posta, arrefece o ressentimento da agressão sofrida e elimina o desejo de vingança pelas próprias mãos.

As doutrinas absolutas tiveram o mérito irrecusável de ter “erigido o princípio da culpabilidade em princípio absoluto de toda a aplicação da pena”.<sup>41</sup> Entretanto, não pode ser verdadeiramente uma teoria dos fins da pena, pois pretende ela diametralmente o contrário, considerando a pena como uma entidade desprovida de fins.<sup>42</sup>

### 4.3.2. Teorias Relativas

A partir do século XVIII, a teoria retribucionista foi sobrepujada pela concepção utilitarista da pena. Surgem, então, as teorias relativas também chamadas de finalistas. Para elas, a pena não representa retribuição justa do mal injusto que o criminoso praticou, mas sim uma necessidade de segurança social, cuja razão de ser está na prevenção do crime.

41 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 93.

42 Id., p. 94.

Nas teorias absolutas, a pena representa um castigo cuja razão de ser está no passado. Nas teorias relativas, a pena é vista como um dever do Estado de prevenir, e sua razão de ser está no futuro, ou seja, na profilaxia criminal.

Para as teorias de justiça (absolutas), como dissemos, o crime não é só um pressuposto da punição, mas sua própria razão de ser. Já para as teorias relativas (utilitaristas), o crime é apenas um pressuposto, a razão de ser da punição está no fim que se lhe atribua.

Ambas as teorias consideram a pena como um mal necessário, entretanto, para as teorias relativas, a necessidade da pena não reside na realização da justiça, como ocorre nas teorias absolutas, mas na função de inibir a prática de novos crimes, função que, a partir de Feuerbach, foi dividida em duas direções distintas: prevenção geral e prevenção especial.

#### 4.3.2.1. Prevenção Geral

A pena para essa corrente representa defesa social fundamentada nas idéias de intimidação e de ponderação da racionalidade do homem. E é sobre seus alicerces que se fazem veementes críticas, entre as quais: a impossibilidade de demonstração da racionalidade humana e o fato de a mesma ter desconsiderado um aspecto relevante da psicologia do criminoso: o fato de confiar não ser descoberto.

Dentre estes, o de contribuição mais expressiva foi Feuerbach, que formulou a “teoria da coação psicológica”, segundo a qual a pena é uma ameaça que deve ter a

suficiente entidade para configurar uma coação psicológica capaz de afastar do delito todos os possíveis autores.<sup>43</sup>

Para Feuerbach, a prevenção geral ocorre através da intimidação, e nesta o que realmente importa é a ameaça penal. A execução é apenas “um corolário em que ela se reafirma e em que se demonstra que não se trata de uma ameaça vã”.<sup>44</sup>

As teorias da prevenção geral fazem da pena instrumento violador da dignidade humana, quer porque não determina o *quantum* da pena, quer porque, não erradicando o crime, conduz à aplicação de penas mais severas e desumanas, ao ponto de transformar o direito penal, num “direito penal do terror”.<sup>45</sup>

#### 4.3.2.2. Prevenção Especial

Assim como a teoria da prevenção geral, a teoria da prevenção especial procura inibir a prática do delito. Entretanto, esta distingue-se daquela pelo direcionamento que é dado à prevenção, dirigida exclusivamente ao delinqüente para que este não volte a delinquir. É por isso que se fala com razão de que a finalidade das teorias da prevenção especial é a “prevenção da reincidência”.<sup>46</sup>

Surgem por ocasião da passagem de um Estado guardião para um Estado intervencionista. Os defensores dessa teoria conceituam o delito não apenas como a

43 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 121.

44 BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 23.

45 DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 101.

46 Id., p. 102.

violação da norma de Direito, mas também um *dano social*, e o delinqüente é considerado um anormal, diferente do indivíduo normal, isto é, um *perigo social*. Eles preferem o termo medida à pena, uma vez que, para eles, o delinqüente é visto como um doente.

Foi bastante criticada por ser inadmissível que a pena tenha por objeto retribuir a culpabilidade e que esta seja o único limite da pena.<sup>47</sup> E também seria ela ineficaz nos delitos que, apesar da gravidade, não necessitam de ressocialização pelo fato de não haver probabilidade de reincidência.<sup>48</sup>

Malgrado tais argumentos, mister ressaltar o caráter humanista da mesma, uma vez que, por sua atuação específica, permite o aperfeiçoamento do trabalho de reinserção social.<sup>49</sup>

Por fim, constata-se na atualidade que a reeducação não passa de um mito, pois o convívio com a população carcerária, ao invés de produzir a ressocialização desejada, vem provocando uma *reformatio in pejus* na pessoa do recluso.<sup>50</sup>

### 4.3.3. Teorias Mistas

As teorias mistas ou ecléticas surgiram na Alemanha com Adolf Merkel, do embate travado entre as teorias absolutas e relativas. Buscando reunir em um con-

47 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 117.

48 PUIG, Mir apud BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 115.

49 SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição: Aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 100.

50 COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Comentários ao código penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 141.

ceito único o fim da pena, as teorias unificadoras, como também são chamadas, sustentam o “caráter retributivo da pena, mas juntam a essa função a de reeducação e inocuidade do criminoso”.<sup>51</sup>

Se, de um lado, os retribucionistas acreditavam ser a pena justa (*punitia quia peccatum*), e, do outro lado, os utilitaristas concebiam a pena como útil (*punitur ne peccetur*), os unificadores, por sua vez, concebiam a pena como necessária segundo um critério de utilidade.

O fundamento da pena, para os unificadores, é o delito, afastando-se, assim, a intimidação da prevenção geral e o argumento das teorias preventivo-especiais no que concerne a atribuir ao delinqüente características anormais, o que representa uma afronta à dignidade humana, pois o reduz a mero doente biológico ou social.<sup>52</sup>

As teorias mistas sobre o fim da pena surgiram em razão da constatação da ineficácia do regime punitivo tradicional, na sua função ora de reprimir ora de prevenir crimes, demonstrada pela ascendência da criminalidade.

Essa é a posição adotada pelo Código Penal Brasileiro, que orientada para a reconquista social do criminoso, não exclui da concepção da pena seu caráter retributivo.<sup>53</sup>

51 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. I, p. 94.

52 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 115.

53 BRUNO, Aníbal. *Das Penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 25.

#### 4.3.4. Teoria da Prevenção Geral Positiva

As teorias unificadoras não obtiveram êxito junto à doutrina, pois não se mostravam suficientes para consolidar uma teoria doutrinária. Surge, então, a teoria da prevenção geral positiva, que é assim chamada para distinguir-se da teoria da prevenção geral, tida como negativa. Sendo assim, representa a teoria da prevenção geral positiva um resgate à teoria da prevenção geral.

Essa nova teoria abandona a função instrumental da pena, adotando uma função simbólica. A pena, para a teoria em epígrafe, não se dirige nem aos infratores atuais nem aos potenciais, mas ao cidadão que se absteve da prática delitiva. A pena não visa prevenir delitos, mas reafirmar a validade das normas.<sup>54</sup>

A teoria da prevenção geral positiva, também chamada de integração, subdivide-se em duas correntes: teoria da prevenção geral positiva fundamentadora e teoria da prevenção geral positiva limitadora. A primeira visa, apenas, a afirmação de vigência da norma perante a sociedade. Já para a segunda, a prevenção geral deve expressar-se no sentido de limitar o poder punitivo estatal.

A teoria da prevenção geral fundamentadora é defendida por Welzel e Jacobs, entre outros. Para o primeiro, o Direito, cumprindo uma função ético-social, visa apenas garantir a real vigência dos valores de ação da atitude jurídica. Para ao segundo, cumpre ao Direito manter a ordem jurídica, visando garantir a função orientadora das normas jurídicas.

54 BARATTA, Alessandro apud TELES, Ney Moura. *Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. 1, p. 34.

A teoria da prevenção geral limitadora defende um Direito Penal de controle social. Como o Direito punitivo é caracterizado pela formalização, deve o mesmo estar vinculado às normas, objetivando limitar a intervenção estatal em atenção aos direitos individuais do cidadão. Caso isso não ocorra, estaremos diante de um Estado totalitarista e não democrático de Direito.

#### 4.4. Fins da pena

A pena visa prevenir e reprimir as condutas delituosas culpáveis. Tais finalidades estão expressamente previstas no Código Penal Brasileiro, em seu artigo 59, parte final, ao dispor que o juiz estabelecerá a pena “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.<sup>55</sup> Tal prevenção atua ora contra toda a coletividade, ora age diretamente sobre a pessoa do delinqüente.

O fim precípua da pena é, assim, a defesa social, pela proteção dos bens jurídicos essenciais, voltada à manutenção da vida em comum. É este o fim mesmo do Direito Penal, e o instrumento de que este se vale para atingi-lo é a pena.

Além dos fins acima atribuídos à pena (repressão e prevenção de delitos), pode-se atribuir ainda à mesma o fim de ressocialização do preso (art. 1º, Lei 7210/84), entendendo-se a ressocialização não no sentido de reeducar o condenado, mas sim de reinseri-lo, de reincorporá-lo à sociedade, possibilitando ao delinqüente as condições para retornar ao convívio social sem traumas nem seqüelas.<sup>56</sup>

55 DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 433.

56 HANSSEMER, Winfried apud SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Pena e Constituição: Aspectos relevantes para sua aplicação e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 44.

O aumento da criminalidade e dos altos índices de reincidência reflete a incompetência do Estado frente à questão penitenciária. Questiona-se se a pena vem cumprindo com o seu desiderato.

A população, na maioria das vezes, clama por penas mais severas, tendo a falsa ilusão de que se livraram do problema. Ocorre que ao ingressar no sistema penitenciário, o infrator vai se adaptando aos padrões da prisão, pela necessidade de se manter vivo e de ser aceito pelo grupo. Portanto, não está sendo ressocializado, mas sim socializado para viver na prisão.<sup>57</sup> É mister consignar que a penitenciária representa, para grande maioria de presos, uma escola do crime, onde muitos presos são corrompidos, deformados e levados a reincidir em seus delitos.

Há muito a se fazer para abrandar o efeito devastador no apenado dos presídios e penitenciárias, mormente no que se refere à superpopulação carcerária, onde os presos estão desprovidos das garantias constitucionais a que têm direito, vivendo em condições subumanas.

É por isso que atualmente é crescente a aplicação de penas alternativas, pelo menos para crimes considerados menos graves, uma vez constatada a ineficácia do sistema carcerário na ressocialização dos apenados. Tais penas não perdem o seu caráter retributivo, nem preventivo, e proporciona muito mais uma ressocialização porque não retira aquele que incorreu na prática delitosa do convívio em sociedade.

<sup>57</sup> É o que se convencionou chamar de fenômeno da **prisonização**, onde o encarcerado apresenta um bom comportamento por temor à morte, o que não implica dizer que está apto ao retorno social.

## 5. CONCLUSÃO

A sociedade reclama resultados práticos no combate à criminalidade ainda não alcançados pelo Direito Penal. Para a compreensão dessa questão, urge identificar os fins da pena, já que a última constitui o mais complexo problema enfrentado pelo Direito Punitivo.

Hodiernamente constatamos que a pena é um mecanismo de autoconstatação do Estado, servindo para reafirmação de sua existência e constituindo-se em uma *conditio sine qua non* para a própria sobrevivência do mesmo. Disto se infere a função que é atribuída à pena: proteção dos bens jurídicos.

Da análise do presente trabalho chega-se à conclusão de que a pena possui fins plúrimos: retribuição, prevenção e defesa social.

É incontestável que a essência da pena é retributiva, pois exprime uma punição justa e proporcional, entretanto não possui ela um caráter exclusivamente retributivo, porque também visa prevenir e ressocializar, demonstrando assim uma indissociável idéia de utilidade.

Com efeito, constata-se na prática uma verdadeira antinomia entre o desejo do legislador e a realidade evidenciada. Os fins determinados na cominação legal não são alcançados por ocasião da aplicação e execução da sanção. O que ocorre principalmente por não existirem no processo criminal elementos necessários para uma correta aferição da culpabilidade, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, das circunstâncias e conseqüências do crime. O que não possibilita uma real individualização da pena, descumprindo, assim, preceito infraconstitucional e a própria Magna

Carta, consagrada de tal direito subjetivo público, o qual se reveste como uma verdadeira cláusula pétrea.

Entende-se que a pena como vem sendo aplicada não espelha a justa retribuição preconizada pelo legislador, mas sim representa apenas e tão-somente expiação, pois não se trata apenas de um problema do ponto de vista do Direito Penal, mas também do ponto de vista social.

Com efeito, esta é uma questão essencialmente social, não apenas do ponto de vista econômico, que tem como vetor maior a desigualdade socioeconômica, mas também do modo como as pessoas encaram o transgressor da norma.

Destarte, a pena, como é cumprida hoje, não ressocializa, o que se busca é meramente dar uma satisfação à sociedade que se sente, frente ao autor do delito, desprotegida. Nesse diapasão conclui-se que no atual sistema penitenciário brasileiro a pena tem uma finalidade meramente retributiva, malgrado os esforços no sentido de torná-la ressocializadora.

A pena deve ser utilizada aferindo-se sua real necessidade e eficácia. Para isto, o juiz ao aplicar a pena deve atentar para os princípios norteadores em um Estado Democrático de Direito, especialmente na cominação da pena privativa de liberdade que, não obstante seja a de maior utilização, é a que menos tem auferido resultados no sentido de satisfazer as aspirações de um moderno Direito Penal.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Programa de Direito Penal: Parte Geral**. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches – FASA, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal**. 3. ed. Recife: Inojosa Editores, 1977. v. I.

ANTUNES, Ruy da Costa. **Problemática da Pena**. Recife: Mousinho, 1958.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Hermes – Livraria Editora, 1974.

BETTIOL, Guiseppe. **Direito Penal**. Trad. Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966. v. I.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRUNO, Aníbal. **Das Penas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. t. I.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal: Parte Geral. Pena e Medida de Segurança**. Rio de Janeiro, São Paulo: Forense, 1967. t. III.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao código**

penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.  
DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime**. Trad. Paolo Capitanio. 2. ed. Campinas: Bookseller, 1999.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, [1963?]. t. I.

GOULART, Henny. **A Individualização da Pena no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1990.

JESUS, Damázio E. **Direito Penal**. 23. ed. São Paulo:

Saraiva, 1999. v. I.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. I.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. I.

RODRIGUES, Maria Stella Villela Souto Lopes. **ABC do Direito Penal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Pena e Constituição: Aspectos relevantes para sua aplicação e execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998. v. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

#### ARTIGOS DE REVISTAS:

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. Teorias Atuais da Pena e o Projeto de Reforma Penal Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 22, n. 22, p. 186-200, 1985.

SANT'ANNA DE ANDRADE, Ricardo Luís. Visão Panorâmica da Pena. **Pensar: Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza**, Fortaleza, v. III, n. 3, p. 165-180, jan. 1995.

SOUSA SILVA, José Carlos. Garantias Criminais Repressivas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 82, v. 698, p. 311-315, dez. 1993.

#### INTERNET:

MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. Rediscutindo os fins da pena. *Escritorioonline*. Disponível em: <[http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia/php?id\\_noticia=2567&](http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia/php?id_noticia=2567&)>. Acesso em: 03 set. 2004.

## OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA ABORDAGEM DIANTE DAS LEIS DO CONCUBINATO E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL\*

Dayana Navarro Nóbrega

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogada. Aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

### SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR; 3. O ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 EM COTEJO COM OS DIREITOS INSTITUÍDOS PELOS DIPLOMAS ANTERIORES – EVOLUÇÃO OU RETROCESSO?; 4. A DISCREPÂNCIA ENTRE OS REGIMES SUCESSÓRIOS DOS CÔNJUGES E DOS COMPANHEIROS E SUA INCONSTITUCIONALIDADE FACE À PROTEÇÃO DEFERIDA IGUALMENTE ÀS ENTIDADES FAMILIARES; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS.

### 1. INTRODUÇÃO

A união estável, relação monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, caracterizada pela convivência duradoura, contínua, notória e estável, com o escopo de constituição de família, foi erigida pela Constituição Federal ao *status* de entidade familiar, a ser protegida pelo Estado em condições de igualdade com a família fundada no casamento.

\* Artigo inspirado na monografia final apresentada pela autora como requisito para obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, elaborada sob orientação do Prof. Dr. Silvio Neves Baptista.



SOUSA SILVA, José Carlos. Garantias Criminais Repressivas. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 82, v. 698, p. 311-315, dez. 1993.

**INTERNET:**

MARCÃO, Renato Flávio; MARCON, Bruno. Rediscutindo os fins da pena. *Escritorioonline*. Disponível em: <[http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia/ php?id\\_noticia=2567](http://www.escriorioonline.com/webnews/noticia/php?id_noticia=2567)>. Acesso em: 03 set. 2004.

# OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS COMPANHEIROS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA ABORDAGEM DIANTE DAS LEIS DO CONCUBINATO E DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL\*

Dayana Navarro Nóbrega

Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogada. Aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMape.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR; 3. O ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 EM COTEJO COM OS DIREITOS INSTITUÍDOS PELOS DIPLOMAS ANTERIORES – EVOLUÇÃO OU RETROCESSO?; 4. A DISCREPÂNCIA ENTRE OS REGIMES SUCESSÓRIOS DOS CÔNJUGES E DOS COMPANHEIROS E SUA INCONSTITUCIONALIDADE FACE À PROTEÇÃO DEFERIDA IGUALMENTE ÀS ENTIDADES FAMILIARES; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS.

### 1. INTRODUÇÃO

A união estável, relação monogâmica entre o homem e a mulher desimpedidos, caracterizada pela convivência duradoura, contínua, notória e estável, com o escopo de constituição de família, foi erigida pela Constituição Federal ao *status* de entidade familiar, a ser protegida pelo Estado em condições de igualdade com a família fundada no casamento.

\* Artigo inspirado na monografia final apresentada pela autora como requisito para obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, elaborada sob orientação do Prof. Dr. Silvio Neves Baptista.

No entanto, o mero reconhecimento do companheirismo como espécie de família pela Lei Maior não foi capaz de conferir real eficácia ao conteúdo da norma. Entendeu-se, ressalvadas algumas posições mais avançadas, que, para a outorga de efeitos patrimoniais e sucessórios no âmbito da união estável, era imprescindível a edição de norma infraconstitucional que regulasse o disposto no art. 226, § 3º da Constituição.

As Leis 8.971/94 e 9.278/96 vieram suprir tal expectativa de normatização dos direitos dos companheiros, instituindo de forma inovadora, embora maculadas por lacunas e falhas técnicas, direitos pessoais e patrimoniais na esfera da união estável. No âmbito do direito sucessório, conferiram tais diplomas ao companheiro sobrevivente, o direito de usufruto, o direito hereditário de propriedade e o direito real de habitação, guardando estrita similitude com o regime sucessório do Código de 1916, aplicável ao cônjuge.

Com o advento do novo Código Civil, contudo, verificou-se um retrocesso quanto aos direitos sucessórios dos conviventes, tendo em vista a supressão dos direitos reais de habitação e de usufruto, sendo ainda constatada redução em seu direito sucessório de propriedade, passando o companheiro a participar da sucessão apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união e a concorrer na herança com colaterais de até 4º grau, de forma a privilegiar-se um parente longínquo em detrimento daquele companheiro de longos anos.

Ora, semelhante normatização não se coaduna com a atual concepção de família e representa verdadeiro retrocesso aos direitos conquistados pelos com-

panheiros, restando patente o anacronismo do “novo” diploma e a sua prejudicialidade em relação ao companheirismo.

De forma diversa foi tratado o cônjuge, sofrendo notável melhoria e incremento em seu regime jurídico sucessório, o que denota nítida discriminação entre duas espécies de entidade familiar igualmente tuteladas pela Constituição, quais sejam a família fundada no casamento e a decorrente de união estável.

Ora, esta acentuada desproporcionalidade entre os direitos sucessórios conferidos ao companheiro e ao cônjuge sobreviventes pelo legislador de 2002 não se afigura em consonância com a proteção constitucional deferida à união estável, porquanto a sucessão tem por fundamento a proteção e o amparo da família, como núcleo de solidariedade e afeto, e tanto a família matrimonializada como a formada pela união estável são reconhecidas como entidades familiares à luz da Constituição, razão pela qual não podem ser regidas por normas tão díspares como as introduzidas no âmbito do Direito das Sucessões pelo vigente diploma legal.

## 2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

O artigo 226, §3º da Constituição Federal de 1988, reconheceu de forma inovadora a união estável como entidade familiar, isto é, como espécie de família apta a dispor da proteção jurídica do Estado, tal qual a união oriunda do casamento e a família monoparental. O mesmo dispositivo relegou à lei ordinária a incumbência de facilitar a conversão da união estável em casamento.

No entanto, o mero reconhecimento do companheirismo como espécie de família pela Lei Maior não foi capaz de conferir real eficácia ao conteúdo da norma. Entendeu-se, ressalvadas algumas posições mais avançadas, que, para a outorga de efeitos patrimoniais e sucessórios no âmbito da união estável, era imprescindível a edição de norma infraconstitucional que regulasse o disposto no art. 226, § 3º da Constituição.

As Leis 8.971/94 e 9.278/96 vieram suprir tal expectativa de normatização dos direitos dos companheiros, instituindo de forma inovadora, embora maculadas por lacunas e falhas técnicas, direitos pessoais e patrimoniais na esfera da união estável. No âmbito do direito sucessório, conferiram tais diplomas ao companheiro sobrevivente, o direito de usufruto, o direito hereditário de propriedade e o direito real de habitação, guardando estrita similitude com o regime sucessório do Código de 1916, aplicável ao cônjuge.

Com o advento do novo Código Civil, contudo, verificou-se um retrocesso quanto aos direitos sucessórios dos conviventes, tendo em vista a supressão dos direitos reais de habitação e de usufruto, sendo ainda constatada redução em seu direito sucessório de propriedade, passando o companheiro a participar da sucessão apenas quanto aos bens adquiridos onerosamente durante a união e a concorrer na herança com colaterais de até 4º grau, de forma a privilegiar-se um parente longínquo em detrimento daquele companheiro de longos anos.

Ora, semelhante normatização não se coaduna com a atual concepção de família e representa verdadeiro retrocesso aos direitos conquistados pelos com-

panheiros, restando patente o anacronismo do “novo” diploma e a sua prejudicialidade em relação ao companheirismo.

De forma diversa foi tratado o cônjuge, sofrendo notável melhoria e incremento em seu regime jurídico sucessório, o que denota nítida discriminação entre duas espécies de entidade familiar igualmente tuteladas pela Constituição, quais sejam a família fundada no casamento e a decorrente de união estável.

Ora, esta acentuada desproporcionalidade entre os direitos sucessórios conferidos ao companheiro e ao cônjuge sobreviventes pelo legislador de 2002 não se afigura em consonância com a proteção constitucional deferida à união estável, porquanto a sucessão tem por fundamento a proteção e o amparo da família, como núcleo de solidariedade e afeto, e tanto a família matrimonializada como a formada pela união estável são reconhecidas como entidades familiares à luz da Constituição, razão pela qual não podem ser regidas por normas tão díspares como as introduzidas no âmbito do Direito das Sucessões pelo vigente diploma legal.

## 2 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR

O artigo 226, §3º da Constituição Federal de 1988, reconheceu de forma inovadora a união estável como entidade familiar, isto é, como espécie de família apta a dispor da proteção jurídica do Estado, tal qual a união oriunda do casamento e a família monoparental. O mesmo dispositivo relegou à lei ordinária a incumbência de facilitar a conversão da união estável em casamento.

Desde a promulgação da Carta Magna surgiram algumas divergências doutrinárias e jurisprudenciais no que pertine à aplicabilidade do referido preceito constitucional. Parcela dos juristas defendia ser a citada norma de eficácia plena, portanto, de aplicabilidade imediata, outros, a exemplo de Humberto Theodoro Júnior<sup>1</sup> e Eduardo de Oliveira Leite<sup>2</sup>, a tinham como de eficácia limitada, dependente, pois, de norma infraconstitucional ulterior para que operasse seus efeitos, havendo ainda os que lhes atribuíam eficácia contida, como Carlos Alberto Direito.<sup>3</sup>

Neste ponto, Francisco José Cahali<sup>4</sup> adota posicionamento peculiar e, com propriedade, define a norma em tela como de eficácia limitada, em relação à necessidade de edição de lei para que haja conversão da união estável em casamento, e dotada de eficácia plena no aspecto da proteção estatal à união estável enquanto entidade familiar, justificando que “a Constituição expressa e objetivamente quis e consignou a proteção do Estado, nada mais sendo necessário à efetivação desse abrigo, em igualdade de condições com o casamento”. Acrescenta, ainda, com maestria que **“os efeitos da união estável são idênticos aos efeitos do casamento, sempre que a situação versar sobre regras de proteção da família, pelo Estado, assim entendido Executivo, Legislativo e Judiciário”**. (*Grifos nossos*)

1 THEODORO JR, Humberto. *Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil*. RT, 662, p. 7.

2 LEITE, Eduardo de Oliveira. *O concubinato frente à nova constituição: hesitações e incertezas*. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito de Família aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: RT, 1993. v. 1. p. 101.

3 DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Da união estável como entidade familiar*. RT, São Paulo, n. 667, p. 22, maio 1991.

4 CAHALI, Francisco José. *União estável e alimentos entre companheiros*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 26.

A doutora Maria Berenice Dias, na defesa da auto-aplicabilidade do art. 226, § 3º da Lei Fundamental, foi ainda mais enfática, assim se posicionando:

*O reconhecimento da ocorrência deste fenômeno [união estável], por si só evidencia independência de qualquer regramento infraconstitucional a imediata eficácia da norma constitucional. O exaustivo material legislativo que disciplina os direitos e deveres das relações decorrentes do casamento, sua dissolução, as obrigações alimentares, bem como as conseqüências no âmbito do direito sucessório, autoriza a imediata aplicação destes institutos com referência às nominadas uniões estáveis, proclamadas pela Carta Magna como entidades familiares, dentro das disposições que trata da família, à qual outorga especial proteção.*<sup>5</sup>

Não obstante, ainda que se pretenda atribuir à norma em questão eficácia contida ou limitada, cumpre recordar o duto ensinamento do festejado constitucionalista José Afonso da Silva, que, após discorrer sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, na sua tríplice classificação, ensina que “todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis nos limites dessa eficácia”.<sup>6</sup>

5 Trecho de voto proferido na Apelação Cível nº 590.069.308, da 8ª Câmara do TJRS.

6 Apud CELSO RIBEIRO BASTOS. *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 91.

Destarte, há de se reconhecer alguma eficácia ao comando da Lei Maior ao chancelar a união estável como família. Ora, não se poderia esperar que a *Lex Legum* esmiuçasse em detalhes os efeitos jurídicos deste reconhecimento. Na verdade, ao elevar a união estável ao *status* de família, imediatamente realizou a transposição deste instituto do Direito das Obrigações para o Direito de Família e é por este que deve ser regulado, não em separado e de forma discriminante como fez o Novo Código, mas de forma isonômica e proporcional às demais espécies de família.

Outrossim, reconhecendo-se o mínimo de eficácia à disposição constitucional que protege a união estável como entidade familiar, não há como se admitir tratamento tão díspare no que pertine aos direitos sucessórios dos cônjuges em comparação com os outorgados aos conviventes pelo Código de 2002, mormente quando normas infraconstitucionais anteriores já haviam consolidado os efeitos jurídicos patrimoniais e pessoais da proteção constitucional, representando evolução na regulamentação legal do companheirismo, agora barrada pelo novel diploma legal.

### 3. O ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 EM CONTEJO COM OS DIREITOS INSTITUÍDOS PELOS DIPLOMAS ANTERIORES – EVOLUÇÃO OU RETROCESSO?

A primeira crítica tecida, em uníssono, pela doutrina, acerca do Código Civil de 2002 é quanto à localização do art. 1.790, único dispositivo do novel diploma a tratar do direito sucessório na união estável, que, de forma

atécnica, foi situado no capítulo das *Disposições Gerais* do título *Da Sucessão em Geral*. Ora, decerto a disciplina jurídica da sucessão dos companheiros não consiste em disposição geral do direito das sucessões e, em benefício da boa técnica, seria de melhor alvitre ter situado o dispositivo em comento no capítulo *Da Ordem de Vocação Hereditária*, inserto no título *Da Sucessão Legítima*.

Neste sentido opina Zeno Veloso, ressaltando, todavia, que tal falha legislativa, de natureza formal, é irrisória, diante das deficiências de fundo presentes no dispositivo, *in verbis*:

*Não devia o artigo 1.790 estar nas “Disposições Gerais” porque de disposições gerais não trata. O artigo 1.790 tinha de ficar no Capítulo que regula a ordem de vocação hereditária. Mas este é um problema menor. O artigo 1.790 merece censura e crítica severa porque é deficiente e falho, em substância. Significa um retrocesso evidente, representa um verdadeiro equívoco.*<sup>7</sup> (Grifos nossos)

Consoante exposto, as Leis 8.971/94 e 9.278/96, em sintonia com a Carta Magna, instituíram, em benefício do companheiro, um sistema sucessório equivalente ao já outorgado aos cônjuges. Não obstante o digno objetivo, tais diplomas trouxeram algumas falhas e imprecisões, ocasionando divergências de interpretação e até insinuações de inconstitucionalidade.

<sup>7</sup> VELOSO, Zeno. *Do Direito Sucessório dos Companheiros*. In: PEREIRA, Maria Berenice Dias; CUNHA, Rodrigo da. (Coord.). *Direito de Família e o Novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 249.

Apesar do árduo trabalho jurisprudencial no sentido de harmonizar tais normas com o Código Civil de 1916, então vigente, e a igualitária proteção constitucional às entidades familiares, a obscuridade e a dubiedade das normas legais exigiam a feitura de novo diploma que tratasse da situação jurídica dos companheiros de maneira sistemática e coerente, suprimindo as lacunas e corrigindo a má técnica das leis anteriores, porém mantendo os direitos já conquistados no âmbito da união estável. Era o que se esperava fosse feito pelo novo *codex*.

As expectativas de aprimoramento, contudo, não foram levadas a efeito pelo legislador de 2002, que suprimiu boa parte dos direitos sucessórios dantes conferidos aos companheiros, colocando-os em situação nitidamente inferior em relação à ostentada pelo cônjuge, cujas prerrogativas em matéria sucessória foram, ao revés, aumentadas à luz do novel diploma.

É o ensinamento do mestre Zeno Veloso, que lucidamente esclarece:

*A doutrina propugnava por uma alteração legislativa que estabelecesse o equilíbrio, a paridade de situações. O conserto dependia de uma moderada intervenção; o ajuste carecia de pequena modificação. Contrariando estas expectativas, o novo Código Civil promove um recuo notável. O panorama foi alterado, radicalmente. Deu-se um grande salto para trás. Colocou-se o companheiro em posição nitidamente inferior com relação à que ostenta o cônjuge.<sup>8</sup>*

8 *Idem. Ibidem*, p. 250.

De fato, o direito sucessório de usufruto instituído pela Lei 8.971/94 foi, com o advento do Código de 2002, integralmente substituído pelo direito sucessório de propriedade, alteração que já era ansiada e amparada pela doutrina pátria, porém não nos moldes apresentados pelo art. 1.790, *in litteris*:

**Art. 1790.** *A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:*

- I – *se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;*
- II – *se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;*
- III – *se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;*
- IV – *não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.*

A primeira falha a ser destacada no citado dispositivo consiste na limitação de incidência dos direitos sucessórios do companheiro tão somente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união.

É o que atesta o douto desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, vislumbrando a injustiça do dispositivo e as graves conseqüências de sua implantação em prejuízo do convivente, agora, mais do que antes, sujeito a privações e ao desamparo ante a morte do seu companheiro, *verbis*:

*Em incompreensível restrição, o companheiro, de acordo com o caput do art. 1.790, passa a herdar somente o conjunto de bens adquiridos na vigência da união estável, enquanto no sistema anterior (Lei 8.971/94), por não existir tal limitação, poderia herdar a integralidade do acervo, inexistindo descendentes ou ascendentes. Há grave equívoco aqui, que pode conduzir a situações de injustiça extrema.*<sup>9</sup>

Tal restrição não constava da proposta original de inclusão, no Código Civil, de direitos sucessórios aos companheiros, através da Emenda n. 358, do senador Nelson Carneiro, tampouco tendo sido ventilada nas subemendas apresentadas pelo senador Josaphat Marinho. Na verdade, a limitação da participação do companheiro na sucessão do outro, prevista no caput do art. 1.790 do CC, apenas “quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” foi fruto de proposta do ilustre Relator do código projetado, deputado Ricardo Fiúza, que, no entanto, não apresentou qualquer alteração para os incisos, dando ensejo a flagrante antinomia.

De fato, os incisos I, II estabelecem para o companheiro sobrevivente a participação na sucessão em *quantum* igual aos descendentes, caso forem comuns, e pela metade da quota dos descendentes, se forem estes exclusivos do *de cuius*. Ocorre que os descendentes, assim como os demais parentes sucessíveis, para efeitos

9 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no Novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 22 out.2003.

do inciso III, participam da sucessão em relação a todo o patrimônio do falecido, o que não ocorre, conforme o caput do art. 1.790 do CC, com o companheiro supérstite.

Mais flagrante ainda a incongruência entre o caput do art 1.790 com o seu inciso IV, que defere ao cônjuge a “totalidade da herança” na inexistência de parentes sucessíveis. Ora, ao teor do disposto no caput, ainda que não haja parentes sucessíveis, o companheiro herdará tão somente os bens que tiverem sido adquiridos durante a união estável, que pode não corresponder à totalidade da herança. Ademais, ao se referir o novel diploma à “totalidade da herança”, repete a já criticada dicção da Lei 8.971/94 no tocante ao direito de usufruto, isto é, parece olvidar a possibilidade de serem nomeados herdeiros ou legatários em testamento, hipótese em que, sendo o companheiro herdeiro facultativo, pode não vir a ser contemplado.

Pode-se, por conseguinte, antever, em relação ao Código de 2002, as mesmas dificuldades de interpretação que pairavam no regime jurídico anterior, contrariando as expectativas de melhoria na situação dos conviventes, tanto que doutrinadores já começam a fazer elucubrações, na tentativa de minimizar os prejuízos trazidos ao direito sucessório dos conviventes. É o que se percebe na lição de Luiz Felipe Brasil Santos, que, reconhecendo o grave equívoco de limitar-se a sucessão do companheiro aos bens amealhados na constância da união, propõe:

*Para evitar tal situação de flagrante injustiça, creio que a interpretação deverá aproveitar-se de uma antinomia do dispositivo em exame.*

Ocorre que, enquanto o caput do artigo 1.790 diz que o companheiro terá direito de herdar apenas os bens adquiridos no curso do relacionamento, o seu inciso IV dispõe que, não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. Ora, a expressão totalidade da herança não deixa dúvida de que abrange todos os bens deixados, sem a limitação contida no caput. Evidente a antinomia entre a cabeça do artigo e o seu inciso. Entretanto, uma interpretação construtiva, que objetive fazer acima de tudo justiça, pode extrair daí a solução que evite a injustiça e o absurdo de se deixar um companheiro, em dadas situações, no total desamparo.<sup>10</sup>

A despeito da louvável intenção e do apurado sentido de justiça que lastreiam o pensamento do magistrado acima citado, entendemos que tal interpretação já nasce irremediavelmente contaminada pela expressão limitadora e sem ressalvas do caput do artigo 1.790. Ademais, quanto à locução “totalidade da herança” constante do inciso IV, a doutrina, à época da Lei 8.971/94, já havia se manifestado contrariamente ao seu significado literal, pela possibilidade de ser limitado o quinhão do companheiro, em virtude de deixa testamentária.

Neste sentido, aduz Zeno Veloso estar o intérprete adstrito ao conteúdo imperativo do dispositivo, não lhe cabendo jamais o papel de criação normativa, *in verbis*:

10 Idem. *Ibidem*.

O operador do direito tem de compreender a sucessão dos companheiros diante do comando imperativo, da regra geral do artigo 1.790, caput, que subordina todas as demais prescrições a respeito do tema. A não ser que, para escapar da esdrúxula e injusta solução do novo Código Civil, dê-se ao assunto um entendimento que desborde da interpretação – mesmo construtiva –, que é admissível e até louvável, ingressando no campo da criação normativa, o que é ao intérprete vedado.<sup>11</sup>

Diante disto, o que se infere é uma situação de flagrante injustiça para com o companheiro sobrevivente, que, ao teor do art. 1.790, cujo comando é expresso e incontornável, apenas poderá ser beneficiado na sucessão legítima com bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Considere-se a hipótese de uma união estável de vários anos – até décadas – entre uma mulher e um homem, este extremamente abastado e proprietário de inúmeros imóveis adquiridos, sem a participação da companheira, antes da constituição da mencionada entidade familiar. Vindo tal sujeito a falecer, de acordo com o novo regime sucessório dos conviventes, ainda que inexistam descendentes, ascendentes e, até mesmo na improvável inexistência de colaterais até quarto grau, não logrará a sua companheira, já que nenhum bem foi amealhado após a união, qualquer participação na sucessão legítima do *de cuius*.

11 VELOSO, Zeno. *Op. cit.* p. 252.



Nesta hipótese, restaria tão somente à companheira supérstite torcer para que tenha sido contemplada em testamento pelo seu companheiro de longos anos, tal qual qualquer estranho poderia ser. Do contrário, na hipótese mais presumível de não ter o *de cujus* feito testamento, será submetida a supérstite ao desamparo e à penúria, passando os bens do falecido para o domínio do Município ou do Distrito Federal, onde se localizarem, ou da União, se situados em Território.

Ora, submeter o companheiro sobrevivente a tal situação é algo irrazoável e injustificável diante do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar. Nestes termos, o Estado-legislador não está cumprindo, nos termos do art. 226, *caput*, da CF/88, a sua obrigação de oferecer “especial proteção” à família, mas, ao revés, o que faz é instituir tratamento díspare e discriminatório entre as espécies de entidade familiar, tanto que inclui o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, de modo que não mais pode ser excluído da sucessão mediante instituição de testamento que não o contemple.

O artigo 1.790 do Código de 2002 substituiu o direito de usufruto previsto na Lei 8.971/94 pelo direito sucessório de propriedade, passando o companheiro a herdeiro concorrente, a título de propriedade, em todas as posições da ordem de vocação hereditária do convivente falecido, isto é, partilhando a herança não apenas com os descendentes, mas com qualquer parente sucessível do *de cujus*.

Novamente de forma injustificada e dissociada da experiência normativa anterior, o legislador de 2002 estabeleceu ao companheiro sobrevivente regime sucessório

diverso, a depender da sua concorrência com descendentes exclusivos do *de cujus* ou comuns. Assim, de acordo com os incisos I e II do art. 1.790 do CC, o supérstite, “se concorrer com filhos comuns”, terá direito a quota equivalente a do filho, já se concorrer com descendentes exclusivos do *de cujus*, fará jus à metade da quota atribuída a cada um.

Observe-se, preliminarmente, a manutenção pelo novo Código da má técnica legislativa já observada nos diplomas anteriores, ao referir-se no inciso I a “filhos” e não a “descendentes”, como o fez no inciso II. Ora, imaginemos a situação de, no momento da sucessão do companheiro, já haver falecido o seu único filho com a companheira, remanescendo, porém, como descendente, seu neto, filho daquele pré-morto. Por óbvio, também neste caso, deverá o supérstite fazer jus a quota equivalente àquela atribuída ao neto.

Repise-se, ainda, a desarmonia entre o *caput* do dispositivo e seus incisos. Ao interpretarmos isoladamente o inciso I, por exemplo, poderíamos imaginar que o valor da herança cabível ao companheiro seria igual ao do filho comum, já que estabelece como direito do convivente supérstite “quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”. Porém, esta seria uma falsa conclusão, porquanto o companheiro apenas terá participação no patrimônio adquirido onerosamente e amealhado na constância da união, ao passo que os descendentes têm legitimidade sucessória em relação a todos os bens do *de cujus*.

Diferenciando as situações sucessórias do companheiro supérstite e dos filhos comuns deste com o *de cujus*, exemplifica a advogada Mariana Tannus Freitas:

Nesta hipótese, restaria tão somente à companheira supérstite torcer para que tenha sido contemplada em testamento pelo seu companheiro de longos anos, tal qual qualquer estranho poderia ser. Do contrário, na hipótese mais presumível de não ter o *de cujus* feito testamento, será submetida a supérstite ao desamparo e à penúria, passando os bens do falecido para o domínio do Município ou do Distrito Federal, onde se localizarem, ou da União, se situados em Território.

Ora, submeter o companheiro sobrevivente a tal situação é algo irrazoável e injustificável diante do reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar. Nestes termos, o Estado-legislador não está cumprindo, nos termos do art. 226, *caput*, da CF/88, a sua obrigação de oferecer “especial proteção” à família, mas, ao revés, o que faz é instituir tratamento díspare e discriminatório entre as espécies de entidade familiar, tanto que inclui o cônjuge no rol dos herdeiros necessários, de modo que não mais pode ser excluído da sucessão mediante instituição de testamento que não o contemple.

O artigo 1.790 do Código de 2002 substituiu o direito de usufruto previsto na Lei 8.971/94 pelo direito sucessório de propriedade, passando o companheiro a herdeiro concorrente, a título de propriedade, em todas as posições da ordem de vocação hereditária do convivente falecido, isto é, partilhando a herança não apenas com os descendentes, mas com qualquer parente sucessível do *de cujus*.

Novamente de forma injustificada e dissociada da experiência normativa anterior, o legislador de 2002 estabeleceu ao companheiro sobrevivo regime sucessório

diverso, a depender da sua concorrência com descendentes exclusivos do *de cujus* ou comuns. Assim, de acordo com os incisos I e II do art. 1.790 do CC, o supérstite, “se concorrer com filhos comuns”, terá direito a quota equivalente a do filho, já se concorrer com descendentes exclusivos do *de cujus*, fará jus à metade da quota atribuída a cada um.

Observe-se, preliminarmente, a manutenção pelo novo Código da má técnica legislativa já observada nos diplomas anteriores, ao referir-se no inciso I a “filhos” e não a “descendentes”, como o fez no inciso II. Ora, imaginemos a situação de, no momento da sucessão do companheiro, já haver falecido o seu único filho com a companheira, remanescendo, porém, como descendente, seu neto, filho daquele pré-morto. Por óbvio, também neste caso, deverá o supérstite fazer jus a quota equivalente àquela atribuída ao neto.

Repise-se, ainda, a desarmonia entre o *caput* do dispositivo e seus incisos. Ao interpretarmos isoladamente o inciso I, por exemplo, poderíamos imaginar que o valor da herança cabível ao companheiro seria igual ao do filho comum, já que estabelece como direito do convivente supérstite “quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho”. Porém, esta seria uma falsa conclusão, porquanto o companheiro apenas terá participação no patrimônio adquirido onerosamente e amealhado na constância da união, ao passo que os descendentes têm legitimidade sucessória em relação a todos os bens do *de cujus*.

Diferenciando as situações sucessórias do companheiro supérstite e dos filhos comuns deste com o *de cujus*, exemplifica a advogada Mariana Tannus Freitas:

*Assim, por exemplo, no caso de existirem dois filhos comuns, os bens adquiridos na constância da união estável, após realizada a meação, serão divididos em três quotas iguais em relação ao patrimônio adquirido onerosamente. Quanto ao patrimônio gratuito, o companheiro não tem participação hereditária, sendo, pois, no exemplo dado, dividido em apenas duas quotas iguais.<sup>12</sup>*

Relativamente ao inciso II do artigo em comento, constata-se ter estabelecido incompreensível discriminação em relação ao companheiro que concorre com descendentes exclusivos do *de cuius*, apenas lhe outorgando direito à sucessão no reduzido percentual de 50% da quota do descendente exclusivo. A mesma limitação não é feita quanto ao vínculo matrimonial, concorrendo os cônjuges em igualdade com os descendentes.

Ao revés, ao cônjuge viúvo, é ainda conferida, nos moldes do art. 1.832, a garantia ao quinhão mínimo de um quarto da herança, quando concorrer com descendentes comuns seus e do *de cuius*. Assim, além de ter sempre o cônjuge assegurada participação hereditária igual a dos descendentes (comuns ou exclusivos), ainda há possibilidade de herdar mais do que cada um dos próprios descendentes. A situação é nitidamente vislumbrada no exemplo de Luiz Felipe Santos:

12 FREITAS, Mariana Cavalcante Tannus. *Direitos Sucessórios do convivente supérstite no novo código civil: inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.juspodium.com.br>>. Acesso em: 15 jan.2004

*Em outro ponto se manifesta o tratamento discriminatório em relação ao companheiro. É que o cônjuge, quando concorre com filhos comuns, tem assegurada, no mínimo, uma quarta parte da herança (art. 1.832). Assim, sendo, v. g., cinco (5) filhos comuns, o cônjuge receberá mesmo assim 1/4 da herança, sendo os outros 3/4 divididos entre os cinco (5) filhos. Esse direito de quinhão mínimo, entretanto, não é estendido ao companheiro.<sup>13</sup>*

Sem embargo da inconsistente distinção estabelecida pelo novo diploma, diferenciando o quinhão do companheiro de acordo com a origem dos filhos (comuns ou exclusivos), ainda que tal diferenciação se mantenha na ordem jurídica, remanesce a omissão do Código em relação à existência de filhos comuns e exclusivos do *de cuius*, hipótese cada vez mais corriqueira na sociedade contemporânea.

Neste tema, já se tornou praxe a menção ao estudo empreendido pela respeitável doutrinadora Giselda Hironaka, que, reconhecendo inexistir no *codex* uma disposição que regulamente essa situação híbrida, aponta quatro propostas de interpretação do art. 1.790, I e II:

*Restou inafastavelmente a dúvida: ou bem se fazia o convivente supérstite concorrer com os descendentes de ambas as condições (comuns e exclusivos) como se fossem todos descendentes comuns aos dois, herdando, portanto a mesma quota*

13 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Op. Cit.

*Assim, por exemplo, no caso de existirem dois filhos comuns, os bens adquiridos na constância da união estável, após realizada a meação, serão divididos em três quotas iguais em relação ao patrimônio adquirido onerosamente. Quanto ao patrimônio gratuito, o companheiro não tem participação hereditária, sendo, pois, no exemplo dado, dividido em apenas duas quotas iguais.*<sup>12</sup>

Relativamente ao inciso II do artigo em comento, constata-se ter estabelecido incompreensível discriminação em relação ao companheiro que concorre com descendentes exclusivos do *de cuius*, apenas lhe outorgando direito à sucessão no reduzido percentual de 50% da quota do descendente exclusivo. A mesma limitação não é feita quanto ao vínculo matrimonial, concorrendo os cônjuges em igualdade com os descendentes.

Ao revés, ao cônjuge viúvo, é ainda conferida, nos moldes do art. 1.832, a garantia ao quinhão mínimo de um quarto da herança, quando concorrer com descendentes comuns seus e do *de cuius*. Assim, além de ter sempre o cônjuge assegurada participação hereditária igual a dos descendentes (comuns ou exclusivos), ainda há possibilidade de herdar mais do que cada um dos próprios descendentes. A situação é nitidamente vislumbrada no exemplo de Luiz Felipe Santos:

.....  
12 FREITAS, Mariana Cavalcante Tannus. *Direitos Sucessórios do convivente supérstite no novo código civil: inconstitucionalidade*. Disponível em: <<http://www.juspodium.com.br>>. Acesso em: 15 jan.2004

*Em outro ponto se manifesta o tratamento discriminatório em relação ao companheiro. É que o cônjuge, quando concorre com filhos comuns, tem assegurada, no mínimo, uma quarta parte da herança (art. 1.832). Assim, sendo, v. g., cinco (5) filhos comuns, o cônjuge receberá mesmo assim 1/4 da herança, sendo os outros 3/4 divididos entre os cinco (5) filhos. Esse direito de quinhão mínimo, entretanto, não é estendido ao companheiro.*<sup>13</sup>

Sem embargo da inconsistente distinção estabelecida pelo novo diploma, diferenciando o quinhão do companheiro de acordo com a origem dos filhos (comuns ou exclusivos), ainda que tal diferenciação se mantenha na ordem jurídica, remanesce a omissão do Código em relação à existência de filhos comuns e exclusivos do *de cuius*, hipótese cada vez mais corriqueira na sociedade contemporânea.

Neste tema, já se tornou praxe a menção ao estudo empreendido pela respeitável doutrinadora Giselda Hironaka, que, reconhecendo inexistir no *codex* uma disposição que regulamente essa situação híbrida, aponta quatro propostas de interpretação do art. 1.790, I e II:

*Restou inafastavelmente a dúvida: ou bem se fazia o convivente supérstite concorrer com os descendentes de ambas as condições (comuns e exclusivos) como se fossem todos descendentes comuns aos dois, herdando, portanto a mesma quota*

.....  
13 SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Op. Cit.

cabível a cada um dos filhos, ou bem se fazia o convivente supérstite concorrer com os mesmos herdeiros como se fossem todos descendentes exclusivos do autor da herança, percebendo, portanto, a metade dos bens que couber a cada qual. Não bastassem essas duas modalidades exegéticas para a apreciação da circunstância híbrida (existência de filhos comuns e de filhos exclusivos, em concorrência com o convivente sobrevivente), outras duas, aos menos, se apresentaram na consideração doutrinária inaugural: uma que buscou compor as disposições contidas nos incisos I e II do art. 1.790, atribuindo uma quota e meia ao convivente sobrevivente – equivalente à soma das quotas que a ele seriam deferidas, na hipótese de concorrer com filhos comuns (uma) e com filhos exclusivos (meia) –, e outra que igualmente buscou compor as duas regras, dividindo proporcionalmente a herança em duas sub-heranças, atribuíveis a cada um dos grupos de filhos (comuns ou exclusivos) incorporando, em cada uma delas, a concorrência do convivente sobrevivente.<sup>14</sup>

No entanto, após detalhada análise, conclui a autora não haver solução adequada, seja através das ficções jurídicas utilizadas nas duas primeiras propostas, seja através de cálculos matemáticos, para compatibilizar a

14 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima: dois pontos de irrealização da expectativa jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em: 22 out. 2003.

distinção prevista no art. 1.790, I e II com a situação híbrida de existência de filhos comuns e exclusivos, com os quais deva concorrer o convivente supérstite.

Assim, a despeito do esforço interpretativo e compatibilizador da autora, culmina a mesma por descartar as alternativas propostas, concluindo, com pesar: “seja qual for a formulação ou critério que se escolha, contudo, a verdade é que parece torna-se impossível conciliar, do ponto de vista matemático, as disposições dos incisos I e II deste artigo 1.790”.<sup>15</sup>

O retrocesso do dispositivo é ainda notado por estabelecer a concorrência do companheiro com outros parentes sucessíveis, sendo apenas conferida ao convivente supérstite a quota de um terço da herança, enquanto aos referidos parentes caberão os dois terços restantes. Os parentes sucessíveis são aqueles constantes da ordem de vocação hereditária, art. 1.829 do CC, isto é, afora os descendentes, mencionados nos incisos I e II do art 1.790, os ascendentes e colaterais.

Concorrendo com ascendentes do *de cuius*, o companheiro sobrevivente fará jus, portanto, a um terço da herança, enquanto o ascendente, ainda que haja apenas um sobrevivente e independentemente do grau, terá direito a dois terços. Embora na concorrência do companheiro sobrevivente com o ascendente do *de cuius* não resida injustiça ou prejuízo ao convivente, o legislador cuidou de estabelecer também aqui maior esfera de proteção ao cônjuge viúvo.

De fato, como se infere do art. 1.837 do código vigente, o quinhão do cônjuge sobrevivente somente será

15 Idem, *Ibidem*.

de um terço da herança se concorrer com pai e mãe do *de cuius* (ascendentes em primeiro grau). Diversamente, se o cônjuge viúvo concorre com um só ascendente ou se maior o grau, beneficia-se de metade da herança. Ora, concessão semelhante não é feita aos companheiros, o que denota mais uma diversidade injustificável de tratamento entre famílias oriundas do casamento e da união estável.

Para efeito de concorrência com o companheiro supérstite, os colaterais, por sua vez, são considerados “parentes sucessíveis”, até o quarto grau (art. 1.839). É, também, nitidamente prejudicial ao companheiro o comando legal, porquanto atribui a um longínquo colateral de quarto grau (primo, tio-avô, sobrinho-neto) prevalência na sucessão e maior fração da herança em detrimento do supérstite.

Neste ponto, o anacronismo do Código é patente, afinal, na sociedade atual, não mais persiste o laço de afetividade entre parentes distantes, apto a ensejar direito de sucessão tão extensivo em graus. A noção de família é cada vez mais reduzida, consubstanciada no núcleo formado pelo casal e filhos e, algumas vezes avós, que convivem sob o mesmo teto.

A injustiça afigura-se ainda com maior flagrância se comparado o artigo 1.790 do CC com o sistema sucessório anterior no âmbito da união estável, no qual os companheiros, em igualdade com os cônjuges, eram herdeiros facultativos, situados em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, e, na ausência de descendentes e ascendentes ou sucessores testamentários, herdavam a totalidade da herança.

No novo Código Civil a situação ficou assim delimitada: enquanto os companheiros herdavam, em concorrência com os colaterais, metade do quinhão a eles deferido, ocupando ainda posição inferior na ordem de vocação hereditária, os cônjuges passam a ser herdeiros necessários (art. 1.845) e continuam em terceiro lugar na ordem de vocação hereditária, apenas precedendo-lhes descendentes e ascendentes do *de cuius*.

É precisamente este tratamento desproporcional entre cônjuge e companheiro que mais assombra, tendo em vista as experiências legislativas e jurisprudenciais anteriores, e desencadeia questionamentos como o de Zeno Veloso:

*Ainda que se queira prestigiar os cônjuges, enaltecer o casamento, privilegiar as famílias matrimonializadas, tem algum sentido, alguma razão, alguma base econômica, social, cultural ou moral estatuir que o companheiro sobrevivente vai concorrer com colaterais até o 4º grau do de cuius, e só tendo direito a um terço da herança?*<sup>16</sup>

Da mesma indignação compartilha a advogada Mariana Tannus Freitas:

*De acordo com o aludido inciso [inc. III do art. 1.790 do CC], os parentes sucessíveis do falecido até o quarto grau, tais como primos, tios-avós ou sobrinhos-netos, terão direito a 2/3 (dois terços) da herança, enquanto que o companheiro*

<sup>16</sup> VELOSO, Zeno. *Op.cit.* p. 254.

*sobrevivente, com que o decujo convivia diariamente e estabelecia uma relação de afeto e entre-ajuda, terá somente direito a 1/3 (um terço) da herança!*<sup>17</sup>

Finalmente, o direito real de habitação deferido ao companheiro pela Lei 9.278/96, não foi repetido como direito sucessório do convivente supérstite pelo novo Código Civil. No entanto, não tardou o legislador ordinário em deferi-lo em favor do cônjuge viúvo. Agora, conforme preceitua o art. 1.831 do CC, qualquer que seja o regime de bens, o cônjuge sobrevivente fará jus ao direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Note-se que a novel legislação não previu, como causa extintiva do direito real de habitação em favor do cônjuge sobrevivente, a constituição de união estável ou novo matrimônio, tal como o fizera o Código de 1916, pelo que se conclui ter se tornado o referido direito sucessório vitalício. Embora não haja qualquer óbice legal à supressão da mencionada causa extintiva, cremos que a configuração do direito real de habitação como vitalício representa retrocesso no sistema sucessório brasileiro, afinal o instituto tem finalidade protetiva do cônjuge viúvo, presumidamente desamparado e vulnerável ante o falecimento do seu consorte. Ora, ao constituir nova união o viúvo, presume-se finda a situação de desamparo, dado o dever de assistência material entre os membros do novo casal.

17 FREITAS, Mariana Cavalcante Tannus. *Op.Cit.*

Ademais, podendo o direito real de habitação conviver com o direito sucessório de outros herdeiros, ante a constituição de nova família pelo cônjuge sobrevivente e a conseqüente assistência material prestada pelo novo consorte, o referido direito de habitação constituir-se-ia em injusto ônus para o proprietário do imóvel, a quem se estaria restringindo o pleno exercício do direito de propriedade, embora não mais remanescesse o desamparo do sobrevivente.

Em relação ao sistema sucessório dos companheiros, condensado em um único dispositivo pelo novo Código, resta saber se teria revogado *in totum* os diplomas anteriores, porquanto o novo diploma, ao arripio da boa técnica, não optou pela revogação expressa.

Quanto à Lei 8.971/94, no que se refere aos direitos sucessórios de usufruto e propriedade, tem-se que tais dispositivos foram revogados pelo Código de 2002, sendo regulada inteiramente a forma pela qual se estabelece o direito hereditário do companheiro no art. 1.790.

A respeito do direito real de habitação, instituído pela Lei 9.278/96, a doutrina diverge quanto à sua manutenção no atual sistema normativo. Adeptos do entendimento de que teria sido revogado tacitamente, face à omissão do Código, apresentam-se Segismundo e Juliana Gontijo,<sup>18</sup> além de Inácio de Carvalho Neto, para quem “a nova lei regula por completo a sucessão do companheiro e, embora possamos ver nisto um grande

18 GONTIJO, Segismundo; GONTIJO, Juliana. *Sucessão – regras gerais do novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 14 out. 2003.

defeito da lei, o fato é que não lhe concede o direito real de habitação, pelo que parece estar tacitamente revogada a Lei da União Estável.”<sup>19</sup>

Não obstante os doutos entendimentos nesta linha, pugnamos pela permanência do direito real de habitação no sistema sucessório dos conviventes, na esteira do renomado Sílvio Venosa:

*É perfeitamente defensável a manutenção desse direito no sistema do Código de 2002. Esse direito foi incluído na referida lei [Lei 9.278/96] em parágrafo único de artigo relativo à assistência material recíproca entre os conviventes. A manutenção do direito de habitação no imóvel residencial do casal atende às necessidades de amparo do sobrevivente, como um complemento essencial ao direito assistencial de alimentos. Esse direito mostra-se em paralelo ao mesmo direito atribuído ao cônjuge pelo novo Código no art. 1.831.<sup>20</sup>*

No mesmo sentido, defendendo a manutenção do direito real de habitação no atual ordenamento, manifesta-se Giselda Hironaka: “Não estabelece o Código Civil atual o direito real de habitação previsto pela Lei 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.”<sup>21</sup>

19 CARVALHO NETO, Inácio de. *A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 out. 2003.

20 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 121.

21 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Op. Cit.*

De fato, esta se afigura como solução mais adequada diante da omissão do Código de 2002 quanto ao direito real de habitação do companheiro, mormente se verificada a manutenção deste em prol do cônjuge, e ainda em bases mais abrangentes do que previa o Código de 1916.

#### 4. A DISCREPÂNCIA ENTRE OS REGIMES SUCESSÓRIOS DOS CÔNJUGES E DOS COMPANHEIROS E SUA INCONSTITUCIONALIDADE FACE À PROTEÇÃO DEFERIDA IGUALMENTE ÀS ENTIDADES FAMILIARES

Com o advento das Leis 8.971/94 e 9.278/96, restou delineado o sistema sucessório dos companheiros no direito brasileiro. A despeito das lacunas e imperfeições técnicas dos mencionados diplomas é clarividente a sua tentativa de instaurar, no âmbito da união estável, direitos sucessórios equivalentes aos concedidos aos cônjuges pelo Código Civil de 1916, tanto assim que os mencionados diplomas trouxeram, para o convivente supérstite, o direito sucessório de usufruto, de propriedade e o direito real de habitação à semelhança dos mesmos direitos outorgados ao cônjuge viúvo.

Porém, as falhas na legislação da união estável, embora mitigadas através da interpretação e da integração das normas que vinham sendo empreendidas pela jurisprudência, ainda ensejavam críticas e denúncias de inconstitucionalidade por parte de alguns. Diante disso, esperava-se que, com a aprovação do Código Civil de 2002, tais imprecisões e lacunas presentes no diploma



anterior fossem corrigidas e supridas, mantendo-se a proteção de fundo outorgada ao companheiro em matéria sucessória.

Neste sentido, dispõe Zeno Veloso acerca da modificação empreendida:

*No direito brasileiro estava assentada, pacificamente, a posição do companheiro sobrevivente similar à do cônjuge supérstite. Salvo a necessidade de alguns ajustes, não se via na doutrina pátria nenhuma objeção mais profunda sobre a forma como a matéria foi disciplinada. Não há, portanto, razão jurídica, motivo histórico, causa sociológica que justifique mudança tão radical.*<sup>22</sup>

Além da disparidade do novo regime com o direito sucessório estatuído anteriormente, o prejuízo do convivente no novo diploma é ainda mais flagrante se comparada sua situação com a do cônjuge viúvo, desmesuradamente privilegiado pelo legislador de 2002.

Conforme mencionado, o cônjuge foi guindado à posição de herdeiro necessário, não mais podendo ser excluído da sucessão legítima, o que não foi deferido ao companheiro. O cônjuge, ao concorrer na sucessão legítima com descendentes, herda em igualdade com estes, ao passo que o companheiro sobrevivente apenas herdará em igualdade se o descendente for comum; se for exclusivo do *de cujus* o descendente, o companheiro herda apenas a metade. O cônjuge, ademais tem direito

<sup>22</sup> VELOSO, Zeno. *Op.cit.* p. 253.

ao quinhão mínimo de 1/4 da herança, caso concorra à sucessão apenas com descendentes comuns, direito que não é assegurado ao companheiro.

No que pertine à ordem de vocação hereditária, o cônjuge está posicionado em terceiro lugar, cabendo-lhe na ausência de descendentes e ascendentes, e não havendo de deixar testamentária a outrem, a totalidade da herança. Já o companheiro supérstite concorre até com ascendentes e colaterais de até 4º grau na sucessão legítima e, ainda nesta hipótese, caber-lhe-á tão somente 1/3 da herança – isto é, dos bens amealhados na constância da união e a título oneroso –, enquanto o colateral ou ascendente fará jus aos 2/3 restantes. É manifesta a desproporção, acentuada, antes mesmo da aprovação do novo *codex*, por Guilherme Calmon:

*Constata-se que haverá um retrocesso no que pertine ao direito sucessório de propriedade em favor do companheiro, comparativamente ao sistema introduzido pela*

*Lei 8.971/94, sendo que poder-se-á cogitar-se da inconstitucionalidade da mudança, à luz da Constituição de 1988, pois o Projeto não estaria protegendo especialmente o companheirismo, mas, ao contrário, deixando de protegê-lo no campo sucessório, ao menos com a extensão da proteção dada pela Lei 8.971/94. O ideal seria equiparar, como já havia ocorrido, o companheirismo e o casamento no segmento do direito à sucessão.*<sup>23</sup> (Grifos nossos)

<sup>23</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *O companheirismo: uma espécie de família*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 464.

Igualmente com relação ao direito real de habitação, salta aos olhos a desproporção com que foram tratados cônjuge e companheiro sobreviventes. Tal direito sucessório não foi sequer ventilado em favor do companheiro. Ao revés, ao cônjuge, o direito de habitação foi deferido inclusive sem as limitações presentes no código revogado, isto é, independentemente do regime de bens e, agora, com caráter vitalício. Ora, é patente a discriminação no tratamento jurídico da união estável, contrariando o comando constitucional que a erigiu como entidade familiar em igualdade com a família matrimonializada.

É o que atesta Maria Berenice Dias: “A supressão do direito real de habitação, que surgiu porque a família existiu e o imóvel foi utilizado como seu abrigo, **constitui ofensa à norma da Constituição de tratamento isonômico à entidade familiar, fere frontalmente o princípio constitucional da igualdade**”.<sup>24</sup> (*grifos nossos*)

É, portanto, evidente o retrocesso advindo na situação jurídica dos conviventes no que tange ao direito à sucessão, tanto que a doutrina em peso vem se insurgindo contra as normas discriminatórias estabelecidas pela atual legislação. A distinção entre os regimes sucessórios aplicáveis ao cônjuge e ao companheiro é anacrônica, irrazoável e quebra completamente o sistema sucessório anterior, negando eficácia ao disposto no art. 226, § 3º da Constituição.

E não será nova norma legal que irá apagar os maléficis efeitos trazidos pela vigente legislação, afinal,

24 DIAS, Maria Berenice. *O novo Código Civil – direitos sucessórios*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 out. 2003.

ainda que diploma futuro venha a corrigir as desigualdades ora estabelecidas, não terá efeitos retroativos, de modo que urge seja declarada a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC e adotada pela jurisprudência interpretação conforme a Constituição, a fim de restabelecer a correta simetria entre os direitos sucessórios dos companheiros e dos cônjuges.

O art. 226, § 3º da Carta de 1988 prevê que “*para efeito da proteção do Estado é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento*”. Ao teor do citado dispositivo, determinando fosse facilitada a conversão da união estável em casamento, firmou-se entendimento que teria o constituinte estabelecido a diferenciação entre o casamento e a união estável, dando preferência àquele, daí não ser possível que deles resultassem os mesmos efeitos.

No entanto, faz-se mister esclarecer que embora constituam casamento e companheirismo realidades diversas, o fato do constituinte incentivar a conversão da união de fato em união formal não autoriza a conclusão de que, assim, estaria garantindo aos cônjuges maiores direitos sucessórios que aos conviventes.

Conforme alerta Mariana Tannus Freitas, a preferência pelo casamento dá-se “tão somente em razão da maior segurança jurídica que o matrimônio confere; a proteção do Estado em relação à família, na qualidade de instituição na qual o indivíduo se desenvolve, terá que ser isonômica seja ela constituída por união estável ou casamento”.<sup>25</sup>

25 FREITAS, Mariana Cavalcante Tannus. Op.Cit.

Igualou-se, portanto, o casamento e a união estável *como formadores de família*, deles decorrendo, por conseqüência, os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais, desde que inerentes à entidade familiar. Assim, não de ser diferenciados os efeitos legais que decorrem do ato solene, formal do casamento daqueles que, ao contrário, têm seu nascedouro e sua *ratio essendi* na própria instituição familiar, a fim de determinar a sua aplicabilidade ou não ao companheirismo.

No entendimento de Gustavo Tepedino, este é precisamente o cerne da questão:

*Os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que às relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de ratio. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio.<sup>26</sup> (Grifos nossos)*

26 TEPEDINO, Gustavo. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. Temas de Direito Civil. 2.ed.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 341.

Diante disto, resta aferir se o direito à sucessão é efeito jurídico decorrente da solenidade do casamento, no sentido de ato formal, ou se é inerente à entidade familiar, como unidade solidária de assistência e afeto.

Exemplificativamente, pode-se citar, como decorrência do ato formal casamento, a necessidade de outorga uxória para venda de bem imóvel. Por outro lado, como implicações da própria relação familiar, apresentam-se os direitos de alimentos e moradia, os quais devem ser aplicados tanto na esfera do casamento como do companheirismo, já que, se as entidades familiares devem ser igualmente protegidas, os direitos que têm por base a experiência familiar também devem guardar rígida proporcionalidade.

Ora, os direitos sucessórios, igualmente, surgem com o objetivo de proteção à família, sendo outorgados na ordem de sucessão legítima, aos parentes, ao cônjuge ou ao companheiro, em virtude da ligação de solidariedade e afeto existente entre eles e o *de cujus*.

Sílvio Venosa, por seu turno, esclarece qual seria “a idéia central do Direito das Sucessões”, *in verbis*:

*O Estado, ao regular o direito à sucessão (agora como princípio constitucional, art. 5º, XXX, da Carta de 1988), está também protegendo a família e ordenando a sua própria economia. Se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, que não teria interesse em poupar e produzir, sabendo que a sua família não seria alvo do esforço.<sup>27</sup> (Grifos nossos)*

27 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões. 3. ed.* São Paulo: Atlas, 2003. p. 18.

Igualou-se, portanto, o casamento e a união estável *como formadores de família*, deles decorrendo, por conseqüência, os mesmos efeitos pessoais e patrimoniais, desde que inerentes à entidade familiar. Assim, não de ser diferenciados os efeitos legais que decorrem do ato solene, formal do casamento daqueles que, ao contrário, têm seu nascedouro e sua *ratio essendi* na própria instituição familiar, a fim de determinar a sua aplicabilidade ou não ao companheirismo.

No entendimento de Gustavo Tepedino, este é precisamente o cerne da questão:

*Os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que às relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de ratio. À união estável, como entidade familiar, aplicam-se, em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio.<sup>26</sup> (Grifos nossos)*

26 TEPEDINO, Gustavo. *Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 341.

Diante disto, resta aferir se o direito à sucessão é efeito jurídico decorrente da solenidade do casamento, no sentido de ato formal, ou se é inerente à entidade familiar, como unidade solidária de assistência e afeto.

Exemplificativamente, pode-se citar, como decorrência do ato formal casamento, a necessidade de outorga uxória para venda de bem imóvel. Por outro lado, como implicações da própria relação familiar, apresentam-se os direitos de alimentos e moradia, os quais devem ser aplicados tanto na esfera do casamento como do companheirismo, já que, se as entidades familiares devem ser igualmente protegidas, os direitos que têm por base a experiência familiar também devem guardar rígida proporcionalidade.

Ora, os direitos sucessórios, igualmente, surgem com o objetivo de proteção à família, sendo outorgados na ordem de sucessão legítima, aos parentes, ao cônjuge ou ao companheiro, em virtude da ligação de solidariedade e afeto existente entre eles e o *de cuius*.

Sílvio Venosa, por seu turno, esclarece qual seria “a idéia central do Direito das Sucessões”, *in verbis*:

*O Estado, ao regular o direito à sucessão (agora como princípio constitucional, art. 5º, XXX, da Carta de 1988), está também protegendo a família e ordenando a sua própria economia. Se não houvesse direito à herança, estaria prejudicada a própria capacidade produtiva de cada indivíduo, que não teria interesse em poupar e produzir, sabendo que a sua família não seria alvo do esforço.<sup>27</sup> (Grifos nossos)*

27 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 18.

Clarividente, portanto, a natureza de proteção à família que baliza o direito sucessório. O seu fundamento consiste, pois, na manutenção dos bens, amealhados durante toda uma vida, dentro da mesma comunidade familiar, dentro da qual o falecido conviveu e compartilhou afeto e solidariedade. O direito à sucessão legítima tem por escopo garantir, além da proteção econômica, a própria unidade e continuidade da família, e, com esta finalidade, lhe é assegurado.

Ora, se a essência do direito sucessório está na proteção da família, refletindo a preocupação Estatal com esta célula da sociedade, e tendo sido a união estável reconhecida constitucionalmente como entidade familiar a ser protegida em igualdade com a família matrimonializada, conclui-se inexoravelmente pela aplicação aos companheiros, em igualdade com cônjuges, dos mesmos direitos sucessórios a eles deferidos, posto que tais direitos têm fundamento na convivência familiar e não no ato formal do casamento.

Isto é, a *ratio* do direito sucessório está na família e na tutela dos seus componentes, devendo, pois, ser deferido no âmbito da união estável nas mesmas bases em que foi estabelecido para os cônjuges, sob pena de violação da isonomia constitucional entre as entidades familiares.

Como é cediço, o Código Civil em vigor, em matéria sucessória, tratou o companheiro de forma manifestamente discriminatória com relação ao cônjuge viúvo, reduzindo injustificadamente os direitos do convivente supérstite já consagrados pela legislação anterior e aumentando, de forma desmedida e desproporcional o direito à sucessão em favor dos cônjuges, a ponto de

justificar o inconformado posicionamento do renomado Zeno Veloso, para quem “as concepções atuais do povo a respeito da sociedade familiar, que a Constituição reconheceu, avocou e subscreveu em normas de hierarquia máxima, não estão minimamente atendidas na acanhada posição a que o companheiro sobrevivente está relegado no novo Código Civil”.<sup>28</sup>

Destarte, há de ser reconhecida pelos tribunais a inconstitucionalidade do art. 1.790 do CC, a fim de abolir o desautorizado *discrimen* instituído pelo novel diploma em prejuízo dos companheiros e, finalmente, restabelecer a isonomia constitucional entre as entidades familiares fundadas no casamento e no companheirismo, deferindo-lhes iguais direitos sucessórios.

Corroborando tal entendimento, dispõe Mariana Tannus Freitas: “o aludido dispositivo é inconstitucional, já que o Estado, através do seu Poder Legislativo, não está garantindo a mesma proteção ao núcleo familiar decorrente da união estável e do casamento, conforme prescreve o *caput* do art. 5º e o parágrafo 3º do artigo 226 da Carta Magna”.<sup>29</sup>

No sentido da inconstitucionalidade da norma, também se posiciona, com a percuciência que lhe é peculiar, o doutrinador Zeno Veloso:

*Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e*

<sup>28</sup> VELOSO, Zeno, *Op. Cit.* p. 254.

<sup>29</sup> FREITAS, Mariana Cavalcante Tannus. *Op. Cit.*

*as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.*<sup>30</sup> (Grifos nossos)

## 5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível afirmar, sem receio, a flagrante violação constitucional perpetrada pelo *codex* vigente, instituindo indevida distinção entre cônjuge e companheiro sobreviventes para efeitos sucessórios, o que não se coaduna com o princípio da igualdade entre as espécies de família, nem tampouco com a proteção estatal a elas deferida nos termos do art. 226 da Lei Maior.

Ora, estando o direito sucessório lastreado na proteção à família, o companheirismo não pode ser discriminado em detrimento do casamento, devendo ser considerada inconstitucional qualquer norma conducente a isto.

Na verdade, o legislador de 2002, conquanto elogiável em outros pontos, no tocante ao direito sucessório, laborou na contramão dos ditames constitucionais, porquanto não cumpriu sua função de proteger a família, mas, ao revés, cuidou de instituir odioso privilégio de uma entidade familiar em relação à outra. Tal discrepância é inaceitável e deve ser urgentemente expurgada

30 VELOSO, Zeno. *Op.Cit.* p. 249.

do ordenamento jurídico pátrio, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código vigente e ampliando-se, na via interpretativa, os direitos sucessórios do convivente, de modo que seja este alçado à exata situação sucessória do cônjuge sobrevivente. Apenas mediante tais providências será restabelecida a eficácia do comando constitucional que defere igual proteção e reconhecimento às entidades familiares.

## 6. REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

CAHALI, Francisco José. **União estável e alimentos entre companheiros**. São Paulo: Saraiva, 1996.

CARVALHO NETO, Inácio de. **A sucessão do cônjuge e do companheiro no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 out. 2003.

DIAS, Maria Berenice. **O novo Código Civil – direitos sucessórios**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 22 out. 2003.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da união estável como entidade familiar. **RT**, São Paulo, n. 667, maio 1991.

FREITAS, Mariana Cavalcante Tannus. **Direitos Sucessórios do convivente supérstite no novo código civil: inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.juspodium.com.br>>. Acesso em: 15 jan. 2004.

GONTIJO, Segismundo; GONTIJO, Juliana. **Sucessão – regras gerais do novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 14 out. 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **O companheirismo: uma espécie de família**. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima: dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br>>. Acesso em: 22 out. 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O concubinato frente à nova constituição: hesitações e incertezas. In: PINTO, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito de Família aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: RT, 1993. v. 1.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão dos companheiros no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.gontijo-familia.adv.br>>. Acesso em: 22 out. 2003.

TEPEDINO, Gustavo. Novas formas de entidades familiares: efeitos do casamento e da família não fundada no matrimônio. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil. **RT**, São Paulo, n. 662.

VELOSO, Zeno. Do Direito Sucessório dos Companheiros. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

# 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.\*\* \*\*\*

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka

Doutora e Livre Docente pela Faculdade de Direito da USP, Professora Associada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Diretora da Região Sudeste do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

## SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES DE PREÂMBULO RELATIVAMENTE À SUCESSÃO EM GERAL, SOB A ANÁLISE DE ALGUNS DISPOSITIVOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL: ARTS. 1784, 1786, 1788, 1789, 1845. 2. 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: 2.1. A sucessão do companheiro – arts. 1790 e 1834, 2.2. A sucessão do cônjuge – arts. 1829, 1, 1831, 1832 e 1834. 3. SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. 4. REFERÊNCIAS

.....  
\* *Palestra proferida no IV Congresso Brasileiro de Direito de Família, em 26 de setembro de 2003.*

\*\* *Parte das considerações aqui desenvolvidas pela autora deste trabalho foram destacadas dos seus originais destinados à produção do volume 20 da obra de coleção, organizada e coordenada pelo Professor Antonio Junqueira de Azevedo, para a Editora Saraiva, denominada: "Comentários ao Código Civil Brasileiro" (São Paulo: Saraiva, 2003). A autora contou com a colaboração inestimável – ao tempo da revisão do presente trabalho e das sugestões legislativas apresentadas – do Dr. Euclides de Oliveira, cujas anotações e correções deixaram o texto muito mais adequado e precioso, razão pela qual a ele muito agradeço, publicamente.*

\*\*\* *A autora deste trabalho acolheu a recomendação do Dr. Euclides de Oliveira e utilizou a expressão **companheiro**, ao invés da expressão **convivente**, embora pessoalmente prefira esta àquela. Mas acolheu a recomendação tendo em vista principalmente os argumentos do ilustre jurista paulista, uma vez que este termo (companheiro) é o usado na CF/1988 (art. 201, V) e no CC/2002 (arts. 1.724, 1.725 e outros), além de ser o termo mais utilizado na doutrina e na jurisprudência. Contudo, motivou a acolhida deste termo*



# 1. CONSIDERAÇÕES DE PREÂMBULO RELATIVAMENTE À SUCESSÃO EM GERAL, SOB A ANÁLISE DE ALGUNS DISPOSITIVOS DO NOVO CÓDIGO CIVIL: ARTS. 1784, 1786, 1788, 1789, 1845.

A sucessão que vem disciplinada no Livro V do Código Civil pressupõe, intrínseca e invariavelmente, a morte da pessoa natural. Quer se trate de morte real ou de morte presumida, por conseqüência normal e como decorrência do princípio da *saisine*, o patrimônio deixado pelo morto seguirá o destino que se estampa nas regras sucessórias do direito civil positivado.

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

A sucessão considera-se aberta no instante mesmo ou no instante presumido da morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e operando a substituição do falecido por seus sucessores a título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava. Não se confundem, todavia. A morte é antecedente lógico, é pressuposto e causa. A transmissão é conseqüente, é efeito da morte. Por força de ficção legal, coincidem em termos cronológicos,<sup>1</sup> presumindo a lei que o próprio *de cuius* investiu seus herdeiros<sup>2</sup> no domínio e na posse indireta<sup>3</sup> de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo. Esta é a fórmula do que se convencionou denominar *droit de saisine*.

(companheiro), e não do termo convivente (como foi a escolha terminológica em seu livro - volume 20 - nos *Comentários ao Código Civil*, Saraiva: 2003), o fato de que a autora ofereceu, também, durante o IV Congresso Brasileiro de Direito de Família (setembro/2003) sugestões de alterações legislativas ao Código Civil, e entendeu, assim, que deveria respeitar a escolha terminológica do legislador brasileiro, neste mister.

1 GOMES, Orlando. *Sucessão*, p. 11.

2 MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*; - Direito das Sucessões, v. 6 p. 14.

3 RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. v. 7, p. 13.

O Código Civil de 1916 foi instituído com a seguinte regra, esculpida no art. 1572: “*Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*”. Já a nova codificação civil traz a seguinte redação para traduzir o mesmo princípio: Art. 1784 – “*Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*”.

A expressão “*aberta a sucessão*”, que vem repetida em ambas as codificações, faz referência ao momento em que surgem os direitos sucessórios, sem fazer referência, entretanto, aos titulares desses direitos. A atribuição desses mesmos direitos aos sucessores traduz-se pelos vocábulos *devolução*<sup>4</sup> ou *delação*, que nada mais representam do que o mesmo fenômeno visto pelo prisma da sucessibilidade.<sup>5</sup>

Pelo princípio da *saisine*, a lei considera que no momento da morte, o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros. Ora, o direito atual suprimiu da regra a expressão “o domínio e a posse da herança”, passando a prever a transferência pura e simples *da herança*. Mas é óbvio que tal supressão não vai representar diminuição do alcance objetivo do princípio. Vale dizer, o objeto da transmissão continua sendo a herança, que como já se disse, é o patrimônio do defunto, compreendendo todos os direitos que não se extinguem com a morte, sendo dela integrantes bens móveis e imóveis, débitos e créditos.

Segundo a norma, enfim, a herança transmite-se aos herdeiros legítimos e testamentários, o que é dizer que ela

4 CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Interpretado*. Direito das Sucessões. v. XXII, p. 7.

5 GOMES, Orlando. *Ob. cit.*, p. 11.

se transmite por meio do condomínio a todos aqueles que foram contemplados com a atribuição de uma quota parte ideal instituída pelo autor da herança por meio de testamento (herdeiro testamentário), ou aqueles que receberão a quota parte ideal determinada por lei (herdeiro legítimo).

Convém lembrar que o sucessor legítimo será, nessa condição, sempre herdeiro e nunca legatário. Esse princípio faz com que a ressalva final do atual art. 1784 inclua na transmissão decorrente do princípio da *saisine* aqueles indivíduos que, beneficiados por testamento, o foram com quota parte ideal e nunca por meio de um bem especificado ou passível de especificação, uma vez que esta forma de disposição testamentária constitui legado e a aquisição do bem sucessível vem disciplinada pelas regras da sucessão testamentária.

Em suma: o herdeiro recebe, desde o momento da morte do autor da herança, o domínio e a posse dos bens, em condomínio com os demais; o legatário receberá o domínio desde logo e a posse quando da partilha, se beneficiado com coisa certa e receberá o domínio e a posse no momento da partilha, se beneficiado com coisa incerta.<sup>6</sup> Era assim no Código de 1916, prossegue assim no Código de 2002.

6 Walter Moraes deixa claro que: "Vale para os legados o princípio geral da aquisição imediata. A regra básica é a de que o legatário adquire a coisa desde a morte do testador. O que impede a instantaneidade da aquisição são as seguintes circunstâncias: 1) existência de condição suspensiva; 2) a indeterminação do objeto; 3) a inexistência do objeto no patrimônio deixado; 4) a inexistência da personalidade do legatário" (MORAES, Walter. *Programa de Direito das Sucessões. Teoria Geral e Sucessão Legítima*, p. 48). A primeira hipótese determina que se aguarde a verificação da condição que, em não ocorrendo, acarreta a devolução do bem aos herdeiros legítimos. A segunda obriga que se espere o final da partilha. A terceira possibilita a aquisição do bem quando da partilha com posterior entrega ao legatário, sempre que possível tal providência, sendo que, se impossível, dá-se por caduca a disposição. A quarta hipótese, por fim, refere-se à instituição de prole eventual de terceiro como legatário, determinando-se que se aguarde sua superveniência.

Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

Este artigo equivale ao anterior 1573 (Código de 1916), onde era possível ler que "a sucessão dá-se por disposição de última vontade, ou em virtude de lei".

Os dispositivos, se não são idênticos, trazem as mesmas conseqüências práticas. A inversão das formas de sucessão no elenco legal não modifica os institutos nem traz prevalência diversa, relativamente à codificação anterior, de uma forma sucessória sobre a outra em virtude do quanto disposto no restante do Livro. Prevalence, por força do atual art. 1788, a sucessão testamentária sobre aquela que deriva de lei, até o montante que resguarde a parte indisponível – em certas circunstâncias – a fim de se dar, a esta parte, a destinação previamente determinada por lei.

A legislação anterior, ao determinar que a sucessão se dava por disposição de última vontade, indicava já a prevalência da vontade do testador e, apenas subsidiariamente, na falta de disposição desse jaez, operava-se em virtude de lei. Mas esta última forma de suceder sempre foi a mais difundida no Brasil. "Na verdade, via de regra as pessoas passam pela vida, e dela se vão, intestadas; o reduzido número daquelas que testam, o faz porque não tiveram filhos, ou porque desejam beneficiar, quem sabe, o cônjuge, em desfavorecimento dos ascendentes, ou, ainda, porque desejam beneficiar certas pessoas, por meio de legados, ou, simplesmente, porque desejam reconhecer filhos havidos fora do casamento.

"Poucos são os que, possuindo herdeiros necessários, testam relativamente à parte disponível, sem prejudicar, com isso, os descendentes ou os ascendentes.

“Essa espécie de aversão à prática de testar, entre nós, é devida, certamente, a razões de ordem cultural ou costumeira, folclórica, algumas vezes, psicológica, outras tantas.

*O brasileiro não gosta, em princípio, de falar a respeito da morte, e sua circunstância é ainda bastante mistificada e resguardada, como se isso servisse para ‘afastar maus fluídos e más agruras...’. Assim, por exemplo, não se encontra arraigado em nossos costumes o hábito de adquirir, por antecipação, o lugar destinado ao nosso túmulo ou sepultura, bem como não temos, de modo mais amplamente difundido, o hábito de contratar seguro de vida, assim como, ainda, não praticamos, em escala significativa, a doação de órgãos para serem utilizados após a morte. Parece que estas atitudes, no dito popular, ‘atraem o azar...’*

“Mas, a par destas razões que igualmente poderiam estar a fundamentar a insignificante prática brasileira do costume de testar, talvez fosse útil relatar, como o faz Zeno Veloso, que há certamente outra razão a ser invocada para justificar a pouca freqüência de testamentos entre nós. Esta razão estaria diretamente direcionada à excelente qualidade de nosso texto legislativo que ainda vige – o Código Civil de 1916 – a respeito da sucessão legítima. Quer dizer, o legislador brasileiro, quando produziu as regras gerais relativas à sucessão *ab intestato*, o fez de maneira muito primorosa, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cuius* elencaria se, na ausência de regras, precisasse produzir testamento.

Poder-se-ia dizer, como o fez antes, na França, Planiol, que a regulamentação brasileira a respeito da sucessão *ab intestato* opera assim como se fosse um ‘testamento tácito’ ou um ‘testamento presumido’, dispondo exatamente como o faria o *de cuius*, caso houvesse testado.

*Se assim for, compreende-se, então, a escassez de testamentos no Brasil, pois estes só seriam mesmo utilizados quando a vontade do de cuius fosse distinta daquela naturalmente esculpida na diagramação legislativa.<sup>7</sup>*

Seja por qual motivo for, fato é que a sucessão opera-se, na prática, primordialmente em decorrência da lei. Talvez por isso a inversão operada pelo último legislador civil, arrolando a sucessão legítima antes da testamentária no artigo 1786.

Para além disso, registre-se que o novo Código, se não alterou a ordem de vocação hereditária, fez o cônjuge supérstite passar à classe de herdeiro necessário (art. 1845, CC) e determinou que concorra com os herdeiros das classes descendente e ascendente (art. 1829, incs. I e II, CC). Assim faz parte da primeira classe de vocação em concorrência com os descendentes; da segunda, em concorrência com os ascendentes; e da terceira, com exclusividade, tendo, portanto, retirado o legislador pátrio uma das hipóteses que antes se formulava, a justificar a facção de um testamento, que era exatamente a intenção do testador de privilegiar o seu cônjuge, para depois de sua morte.

7 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (e CAHALI, Francisco José). Curso Avançado de Direito Civil. v. 6, p. 277-278.

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Antes de analisarmos o dispositivo, cabe fazer menção ao fato de que o Projeto de Código Civil, quando aprovado pelo Senado Federal, trazia já a locução “*transmite a herança*”, o que fez com que Antônio Cláudio da Costa Machado e Juarez de Oliveira chamassem a atenção em sua obra<sup>8</sup> para a necessidade de substituição por “*transmite-se a herança*”, o que não ocorreu na Câmara dos Deputados. Assim sendo, a interpretação literal do dispositivo pode querer forçar o entendimento de que quem transmite a herança aos herdeiros legítimos é a pessoa que morreu sem testamento. A herança deixa de transmitir-se de forma reflexiva, como ocorria sob a vigência da Lei de 1916, para ser transmitida, passivamente, pelo autor da herança... Certamente não é essa a intenção do legislador de 2002. Portanto, urge a alteração já antes proposta, incluindo-se o pronome reflexivo “*se*”.

O artigo citado é resultado da união dos artigos 1574 e 1575 do Código de 1916, que tratavam, como trata o atual art. 1788, das hipóteses em que, não existindo testamento ou, existindo este, dever-se-ia operar a sucessão legítima, por se verificar a *ausência de possibilidade de produção de efeitos* do testamento.

Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança.

8 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa; OLIVEIRA, Juarez de. *Novo Código Civil*, p. 363.

A herança do *de cuius*, a que o artigo se refere, é composta pelos bens patrimoniais que a ele pertencem de forma exclusiva ou da quota parte que lhe couber, o que equivale a dizer que é composta por seus bens pessoais, bem assim pela parte que lhe cabia no patrimônio do casal, sendo ele casado, e admitindo seu regime de bens matrimonial tal situação, e, ainda, pela parte dos bens que possuísse em condomínio. Dessa forma, para que se verifique se as disposições testamentárias que o *de cuius* deixou consignadas, para valerem após sua morte, respeitaram o quanto disposto no art. 1789, há de se proceder à divisão decorrente do rompimento dos laços matrimoniais ocasionado por sua morte, bem assim, avaliar a quota parte dos bens condominiais. Somados os valores, chegar-se-á ao valor total do patrimônio transmissível pelo *de cuius*, reservando-se a metade desse valor aos herdeiros determinados pela lei, coibindo-se a liberdade do testador para dispor de seu patrimônio, sendo certo que, se inexistentes estes últimos, poderá a disposição recair sobre a totalidade da herança.

Apenas cinquenta por cento<sup>9</sup> do patrimônio total poderá ser entregue por disposição testamentária sempre que possuir, o testador, descendentes e ascendentes, além de – à luz do novo Código Civil – possuir, o testador, cônjuge sobrevivente e na constância, por óbvio, do casamento.

9 “Perante o nosso direito positivo, a porção disponível é fixa, invariável. Em qualquer hipótese, seja qual for a qualidade e o número dos herdeiros, compreenderá sempre a metade dos bens do testador. Assim não acontece, todavia, em outras legislações.” (MONTEIRO, Washington de Barros. *Ob. cit.*, p. 10) E elenca, o saudoso escritor, ali, uma série de hipóteses verificáveis na legislação comparada.

O legislador nacional, portanto, sempre buscou preservar os herdeiros necessários que não podem ser afastados da sucessão, exceto se presente uma das causas que determine sua deserção ou sua exclusão, por indignidade. Mas nem por isso retirou do testador a liberdade de dispor de seus bens, confeccionando testamento, salvo se lhe faltasse, de forma perene, capacidade para a facção da cédula respectiva.

O novo Código Civil traz, no art. 1.845, o elenco daquelas pessoas que o legislador selecionou para que ocupassem a categoria de herdeiros necessários. Diz o dispositivo:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Entende-se por herdeiros necessários aqueles herdeiros que não podem ser afastados da sucessão pela simples vontade do sucedido. Quer isso significar que apenas quando fundamentado em fato caracterizador de ingratidão por parte de seu herdeiro necessário, poderá o autor da herança dela afastá-lo, e, ainda assim, apenas se tal fato estiver previsto em lei como autorizador de tão drástica consequência.

A nova legislação não se refere ao fato de serem, tais herdeiros, sucessíveis efetivos, no que anda bem. Com efeito, tanto o excluído por indignidade quanto o deserdado são herdeiros sucessíveis que, tendo cometido ato atentatório previsto em lei, vêm-se, posteriormente, afastados da sucessão. Mas até que sejam afastados, são herdeiros sucessíveis e gozam

da proteção legal da reserva dos bens que comporão a legítima.<sup>10</sup>

Mas, nesta sede agora em exame, isto é, a categoria dos herdeiros necessários, certamente a modificação de maior monta que deve ser referida, e que já há muito tempo era reivindicada pela doutrina nacional<sup>11</sup> é, indubitavelmente, a inclusão do cônjuge na classe dos herdeiros obrigatórios.<sup>12</sup> E nem poderia ser diferente, diante da nova ordem de vocação hereditária instituída pelo legislador civil e que traz o cônjuge concorrendo tanto na primeira quanto na segunda classe dos chamados a suceder. Assim, consequência lógica de tal modificação era a proteção da legítima também em seu favor, impedindo que a simples feitura de um testamento que dispusesse sobre a totalidade do acervo viesse a prejudicá-lo.

Apesar destas benéficas modificações, perdeu o legislador a oportunidade de prever, de forma expressa, tal proteção também para o *companheiro supérstite*, já que garantira a este, por força do art. 1.790 do Código Civil atual, a concorrência com os filhos do *de cujus*; na falta destes, com os ascendentes e colaterais do mesmo; e, por fim e na falta de parentes

<sup>10</sup> Na deserção, o herdeiro é "privado de uma vocação legitimária, por meio da vontade imperial do testador", ao passo que a exclusão por indignidade resolve "uma vocação hereditária existente no momento da abertura da sucessão" (CAHAL, Francisco José [e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes]. *Curso avançado de direito civil*, v. 6, p. 384).

<sup>11</sup> Em especial por Caio Mário da Silva Pereira, como este relata à p. 17 de seu *Instituições de Direito Civil*, v. VI, em perspectiva histórica.

<sup>12</sup> "Compreendido o fenômeno da sucessão como uma exigência social de busca do melhor continuador da personalidade patrimonial do de cujus, conforme a sua vontade, e baseado o critério dessa busca em presuntiva proximidade pessoal do sucessível com o sucedido, justifica-se e explica-se o iter ascendente da vocação do cônjuge, dada a natural intimidade que da união do casal se espera resultar. Tal visão e tal critério estão a sugerir, ao mesmo tempo, que a evolução da ordem de vocação ainda está a obrar à procura de uma situação definitiva para o cônjuge, que satisfaça socialmente, sob todos os aspectos" (MORAES, Walter. *Ob. cit.*, p. 138).

sucessíveis, o recolhimento do total da herança. Tal ordem de vocação, especial para as hipóteses de abertura da sucessão no decorrer de união estável, em muito se assemelha à ordem de vocação do cônjuge supérstite, não se vislumbrando motivo para que as condições do cônjuge e do companheiro não se equiparassem também na proteção da legítima, como, aliás, seria de bom alvitre em face das disposições constitucionais a respeito da equivalência entre o casamento e a união estável.

## 2. 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:

### 2.1. A concorrência do companheiro com descendentes comuns e com descendentes só do autor da herança – art. 1790, I e II e art. 1834.

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Quando da aprovação do projeto pelo Senado Federal, foi acrescido ao Capítulo I do Título I do Livro V um artigo que não constava do Anteprojeto de 1975, por força da Emenda nº 358. Este artigo, ora sob comentário, dispõe acerca da sucessão em caso de união estável, sendo certo que o projeto finalmente aprovado modificou a redação original e atribuiu ao artigo o nº 1790, que encerra o presente capítulo.

Não obstante sua importância, parece, todavia, que a regra está topicamente mal colocada. Trata-se de verdadeira regra de vocação hereditária para as hipóteses de união estável, motivo pelo qual deveria estar situado no capítulo referente à ordem de vocação hereditária.

Sem firmar atenção ao histórico por que passou a união estável ao longo das últimas décadas em busca de reconhecimento social, judicial e legal, de resto cabível em outra sede, qual seja, a relativa ao direito de família, parece ser mais condizente e necessária uma análise das relações sucessórias entre o companheiro falecido e o supérstite, sem, no entanto, deixar de fazer referências outras que se tornem necessárias à elucidação do tema.

Assim é que, anteriormente a 1988, quando ainda se falava em concubinato e a reação social era no sentido, ainda que cada vez mais tímido, de se recriminar as uniões de fato entre homens e mulheres desimpedidos de contrair matrimônio, a jurisprudência foi, aos poucos e com base na lei 6858/80, garantindo a companheiro supérstite direito sucessório (tratava-se, em ver-

dade de reconhecer o estatuto de *dependente*) sobre os bens de origem previdenciária, bem como sobre os bens de pequeno valor.

Quando a atual Constituição Federal entrou em vigor e garantiu, legitimando, uma verdadeira revolução de costumes em que as uniões de fato passaram a ser cada vez menos recriminadas, para serem, já hoje, uma constante, da qual muitas vezes, nem se pergunta a origem da relação entre os membros da família – tudo como parece ter querido o constituinte –, não era demasiado propugnar uma ampla e total igualdade de direitos e deveres entre os companheiros relativamente aos direitos e deveres exigidos dos membros de um casal unido pelo matrimônio.

No campo do direito sucessório essa igualdade, se não se operou totalmente, chegou muito próximo disso em alguns pontos e avançou muito, inclusive, em outros.<sup>13</sup> Daí porque o companheiro adquiriu não só direito à meação dos bens comuns para os quais tenha contribuído para a aquisição de forma direta ou indireta, ainda que em nome exclusivo do falecido (art. 3º), como também adquiriu direito a um usufruto em tudo muito semelhante ao usufruto vidual, isso sem se falar na sua colocação na terceira ordem de vocação hereditária logo após os descendentes e os ascendentes, tudo isto por força da lei 8.971, de 29.12.1994, que em seu art. 2º, assim estabeleceu:

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos deste ou comuns;

13 O que foi motivo para acerbadadas críticas por parte da doutrina. Veja-se, por último, VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. In *Direito de Família e o novo Código Civil*, p. 225-237.

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes ou de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Tendo se esquecido, o legislador infraconstitucional – sempre no que se refere ao direito sucessório – de garantir o direito real de habitação relativo ao imóvel que servia de residência para a família, sendo o único desta natureza, editou a lei 9278/96 que em seu art. 7º, parágrafo único, assim redigido, o previu:

*dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.*

Assim como a posição do cônjuge sobrevivo melhorou, naquilo que respeita aos problemas de ordem sucessória, nas previsões do novo Código Civil, ampliando-se os direitos que lhe assistem, era de se esperar que o companheiro supérstite tivesse sua condição privilegiada, relativamente àquela condição anteriormente descrita, e tivesse garantido a igualdade de direitos relativamente ao cônjuge sobrevivente, fazendo-se, assim, valer o dizer constitucional em sua amplitude.

Todavia, não foi isto o que aconteceu.

O anteprojeto de Código Civil elaborado em 1972, bem assim o Projeto apresentado para discussão em 1975

dade de reconhecer o estatuto de *dependente*) sobre os bens de origem previdenciária, bem como sobre os bens de pequeno valor.

Quando a atual Constituição Federal entrou em vigor e garantiu, legitimando, uma verdadeira revolução de costumes em que as uniões de fato passaram a ser cada vez menos recriminadas, para serem, já hoje, uma constante, da qual muitas vezes, nem se pergunta a origem da relação entre os membros da família – tudo como parece ter querido o constituinte –, não era demasiado propugnar uma ampla e total igualdade de direitos e deveres entre os companheiros relativamente aos direitos e deveres exigidos dos membros de um casal unido pelo matrimônio.

No campo do direito sucessório essa igualdade, se não se operou totalmente, chegou muito próximo disso em alguns pontos e avançou muito, inclusive, em outros.<sup>13</sup> Daí porque o companheiro adquiriu não só direito à meação dos bens comuns para os quais tenha contribuído para a aquisição de forma direta ou indireta, ainda que em nome exclusivo do falecido (art. 3º), como também adquiriu direito a um usufruto em tudo muito semelhante ao usufruto vidual, isso sem se falar na sua colocação na terceira ordem de vocação hereditária logo após os descendentes e os ascendentes, tudo isto por força da lei 8.971, de 29.12.1994, que em seu art. 2º, assim estabeleceu:

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos deste ou comuns;

13 O que foi motivo para acerbadadas críticas por parte da doutrina. Veja-se, por último, VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. In *Direito de Família e o novo Código Civil*, p. 225-237.

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes ou de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Tendo se esquecido, o legislador infraconstitucional – sempre no que se refere ao direito sucessório – de garantir o direito real de habitação relativo ao imóvel que servia de residência para a família, sendo o único desta natureza, editou a lei 9278/96 que em seu art. 7º, parágrafo único, assim redigido, o previu:

*dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.*

Assim como a posição do cônjuge sobrevivo melhorou, naquilo que respeita aos problemas de ordem sucessória, nas previsões do novo Código Civil, ampliando-se os direitos que lhe assistem, era de se esperar que o companheiro supérstite tivesse sua condição privilegiada, relativamente àquela condição anteriormente descrita, e tivesse garantido a igualdade de direitos relativamente ao cônjuge sobrevivente, fazendo-se, assim, valer o dizer constitucional em sua amplitude.

Todavia, não foi isto o que aconteceu.

O anteprojeto de Código Civil elaborado em 1972, bem assim o Projeto apresentado para discussão em 1975



dade de reconhecer o estatuto de *dependente*) sobre os bens de origem previdenciária, bem como sobre os bens de pequeno valor.

Quando a atual Constituição Federal entrou em vigor e garantiu, legitimando, uma verdadeira revolução de costumes em que as uniões de fato passaram a ser cada vez menos recriminadas, para serem, já hoje, uma constante, da qual muitas vezes, nem se pergunta a origem da relação entre os membros da família – tudo como parece ter querido o constituinte –, não era demasiado propugnar uma ampla e total igualdade de direitos e deveres entre os companheiros relativamente aos direitos e deveres exigidos dos membros de um casal unido pelo matrimônio.

No campo do direito sucessório essa igualdade, se não se operou totalmente, chegou muito próximo disso em alguns pontos e avançou muito, inclusive, em outros.<sup>13</sup> Daí porque o companheiro adquiriu não só direito à meação dos bens comuns para os quais tenha contribuído para a aquisição de forma direta ou indireta, ainda que em nome exclusivo do falecido (art. 3º), como também adquiriu direito a um usufruto em tudo muito semelhante ao usufruto vidual, isso sem se falar na sua colocação na terceira ordem de vocação hereditária logo após os descendentes e os ascendentes, tudo isto por força da lei 8.971, de 29.12.1994, que em seu art. 2º, assim estabeleceu:

I – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos deste ou comuns;

13 O que foi motivo para acerbadadas críticas por parte da doutrina. Veja-se, por último, VELOSO, Zeno. *Direito sucessório dos companheiros*. In *Direito de Família e o novo Código Civil*, p. 225-237.

II – o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do *de cujus*, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III – na falta de descendentes ou de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.

Tendo se esquecido, o legislador infraconstitucional – sempre no que se refere ao direito sucessório – de garantir o direito real de habitação relativo ao imóvel que servia de residência para a família, sendo o único desta natureza, editou a lei 9278/96 que em seu art. 7º, parágrafo único, assim redigido, o previu:

*dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação, enquanto viver ou não constituir nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.*

Assim como a posição do cônjuge sobrevivo melhorou, naquilo que respeita aos problemas de ordem sucessória, nas previsões do novo Código Civil, ampliando-se os direitos que lhe assistem, era de se esperar que o companheiro supérstite tivesse sua condição privilegiada, relativamente àquela condição anteriormente descrita, e tivesse garantido a igualdade de direitos relativamente ao cônjuge sobrevivente, fazendo-se, assim, valer o dizer constitucional em sua amplitude.

Todavia, não foi isto o que aconteceu.

O anteprojeto de Código Civil elaborado em 1972, bem assim o Projeto apresentado para discussão em 1975

e aprovado na Câmara dos Deputados em 1984, não previam qualquer regra relativamente à sucessão de pessoas ligadas entre si apenas pelos laços do afeto. Foi o Senador Nelson Carneiro, em sua incessante luta pela modernização das relações familiares brasileiras, quem apresentou emenda no sentido de se garantir direitos sucessórios aos companheiros. Como lembra Zeno Veloso,<sup>14</sup> a emenda foi claramente inspirada no Projeto de Código Civil elaborado por Orlando Gomes nos idos da década de 60 do século XX, antes portanto da igualdade constitucionalmente garantida. Bem por isso, o artigo em que resultou, este de nº 1790, é de caris retrógrado referente à legislação anteriormente sumariada.

Diferentemente do que ocorre com o cônjuge, que herda quota parte dos bens exclusivos do falecido quando concorre com os descendentes deste, percebendo, quanto aos bens comuns, apenas a meação do condomínio até então existente (e não mais do que isso), o companheiro que sobreviver a seu par adquire não apenas a meação dos bens comuns (e aqui em igualdade relativamente ao cônjuge supérstite), como herda quota parte destes mesmos bens comuns adquiridos onerosamente pelo casal, nada recebendo, no entanto, relativamente aos bens exclusivos do hereditando, solução esta que, para adaptar uma expressão de Zeno Veloso a uma outra realidade, “não tem lógica alguma, e quebra todo o sistema”.<sup>15</sup>

Não estabelece o Código Civil atual o direito real de habitação previsto pela lei 9.278/96, devendo-se, por

14 Ob. cit., passim.

15 VELOSO, Zeno. Ob. cit., passim.

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.

Por fim, andou ainda mal o legislador ao aprovar o dispositivo, da forma como está, por recriar o privilégio dos colaterais até o quarto grau, que passam a concorrer com o companheiro supérstite na 3ª classe da ordem de vocação hereditária. Assim, morto alguém que vivia em união estável, primeiros a herdar serão os descendentes em concorrência com o companheiro supérstite. Na falta de descendentes, serão chamados os ascendentes em concorrência com o companheiro sobrevivente. Na falta também destes e inexistindo, como é óbvio, cônjuge que amealhe todo o acervo, serão chamados os colaterais até o quarto grau ainda em concorrência com o companheiro, uma vez que, afinal, são também os colaterais parentes sucessíveis. E só na falta destes será chamado o companheiro remanescente para, aí sim, adquirir a totalidade do acervo. É flagrante a discrepância.

Bem por isto pede-se autorização para reproduzir neste tópico um trecho de extrema lucidez, tão comum na obra de Zeno Veloso:

*Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de 4º grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro, que vai começar a vigorar no 3º milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família,*

*manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4º grau do de cujus. Temos de convir. Isto é demais! [...]*

“Haverá alguma pessoa, neste país, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a este extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos do amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau tão longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?”

“Sem dúvida, neste ponto o C.C. não foi feliz. A lei não está imitando a vida, nem se apresenta em consonância com a realidade social, quando decide que uma pessoa que manteve a mais íntima e completa relação com o falecido fique atrás de parentes colaterais dele, na vocação hereditária. O próprio tempo se incumbe de destruir a obra legislativa que não seguiu os ditames do seu tempo, que não obedeceu às indicações da histórica e da civilização.

“Aproveitando que o C.C. está na *vacatio legis*, urge que seja reformado na parte que foi objeto deste estudo.

*Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, cam- a convivência pública, contínua e duradoura en-*

*tre o homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais.<sup>16</sup>*

No que diz respeito à sucessão do companheiro, em concorrência com os herdeiros de primeira vocação, isto é, os descendentes, observa-se que o legislador civil atual pretendeu, *efetivamente*, dar distinto tratamento a essa sucessão concorrente, aplicando distintas imposições matemáticas se os descendentes fossem filhos do companheiro supérstite e do companheiro falecido, ou se, por outro lado, fossem descendentes exclusivos do autor da herança (incisos I e II do art. 1790 NCC, respectivamente), fazendo-o herdar a mesma porção deferida aos filhos comuns e metade da porção cabível aos descendentes exclusivos do *de cujus*.

Deu, portanto, *tratamento preferencial* ao companheiro sobrevivente, quando se trata de concorrência com filhos comuns a ele e ao morto. Esta foi a opção do legislador civil brasileiro e passa ela a valer como paradigma para a exegese do regramento, pelo futuro doutrinador, bem como pelo futuro aplicador do direito, tudo em prol de uma sadia consolidação jurisprudencial do porvir.

A atividade do intérprete deve restar, desde já, entregue a uma consideração muito rígida, exatamente para que não reste da tentativa (ou tentativas) de concreção da nova ordem jurídica senão uma inacreditável fonte de desconsi-

16 VELOSO, Zeno. *Ob. cit.*, ps. 236-237.

deração do *espírito do legislador*, da *formulação axiológica* de suas leis ou da *principiologia* que se pretende seja paradigmática do novo Texto Civil Brasileiro<sup>17</sup>.

Tudo isso porque – infelizmente, e mais uma vez – não previu, o legislador, a tormentosa hipótese de serem herdeiros do falecido pessoas que guardem relação de parentesco (filiação) com o sobrevivente, em concorrência com outras que fossem parentes apenas dele, autor da herança.

Vale dizer, o legislador se olvidou mais uma vez da comum hipótese que abarca aqueles que, tendo sido casados em primeiras núpcias, ou tendo mantido uma união estável precedente, tenham se separado, se divorciado ou assistido à morte do companheiro da primeira fase de suas vidas, resolvendo, assim, reconstruir sua trajetória afetiva com terceiro, hipótese esta que se qualifica, ainda, pela especial condição de ter advindo prole de ambos os relacionamentos vividos.

Não há, na nova Lei Civil, uma disposição que regulamente esta *situação híbrida* quanto à condição dos filhos do falecido (comuns e exclusivos), com os quais deva concorrer o companheiro supérstite.

17A respeito, vale a pena recuperar a cuidadosa lição de Gustavo Tepedino na mais recente obra sob sua coordenação e intitulada A Parte Geral do novo Código Civil: Estudos na Perspectiva civil-constitucional (verificar “*Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*”, p. XXI): “Volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos. Nesta direção, parece indispensável, embora não suficiente, a definição de princípios de tutela da pessoa humana [...], bem como sua transposição na legislação infraconstitucional. O legislador percebe a necessidade de definir modelos de conduta (standards) delineados à luz dos princípios que vinculam o intérprete, seja nas situações jurídicas típicas, seja nas situações não previstas pelo ordenamento. Daqui a necessidade de descrever nos textos normativos (e particularmente nos novos códigos) os cânones hermenêuticos e as prioridades axiológicas, os contornos da tutela da pessoa humana e os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, ao lado de normas que permitem, do ponto de vista de sua estrutura e função, a necessária comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto”.

Neste caso, restou inafastavelmente a dúvida: ou bem se fazia o companheiro supérstite concorrer com os descendentes de ambas as condições (comuns e exclusivos) *como se fossem todos descendentes comuns aos dois*, herdando, portanto a mesma quota cabível a cada um dos filhos, ou bem se fazia o companheiro supérstite concorrer com os mesmos herdeiros *como se fossem todos descendentes exclusivos do autor da herança*, percebendo, portanto, a metade dos bens que couber a cada qual.

Não bastassem essas duas modalidades exegéticas para a apreciação da *circunstância híbrida* (existência de filhos comuns e de filhos exclusivos, em concorrência com o companheiro sobrevivente), *outras duas*, ao menos, se apresentaram na consideração doutrinária inaugural: uma que buscou *compor* as disposições contidas nos incisos I e II do art. 1.790, atribuindo *uma quota e meia* ao companheiro sobrevivente – equivalente à soma das quotas que a ele seriam deferidas, na hipótese de concorrer com filhos comuns (uma) e com filhos exclusivos (meia) –, e outra que igualmente buscou *compor* as duas regras, *dividindo proporcionalmente a herança em duas sub-heranças*, atribuíveis a cada um dos grupos de filhos (comuns ou exclusivos) incorporando, em cada uma delas, a concorrência do companheiro sobrevivente.

Seja qual for a formulação ou critério que se escolha, contudo, a verdade é que parece torna-se impossível conciliar, do ponto de vista matemático, as disposições dos incisos I e II deste artigo 1.790.

Parece mesmo *não haver fórmula matemática* capaz de harmonizar a proteção dispensada pelo legislador ao companheiro sobrevivente (fazendo-o receber o

mesmo quinhão dos filhos que tenha tido em comum com o autor da herança) e aos herdeiros exclusivos do falecido (fazendo-os herdar o dobro do quanto dispensado ao companheiro que sobreviver).

Dessa forma, na realidade, são quatro as propostas de tentativas de composição dos dispositivos do Código Civil envolvidos no assunto relativo à *sucessão de filhos* (comuns ou exclusivos) *em concorrência com o companheiro sobrevivente*.

- *1ª proposta*: identificação dos descendentes como se todos fossem *filhos comuns*, aplicando-se exclusivamente o inciso I do art. 1.790 do Código Civil:

Por esta via, a divisão patrimonial obedeceria à simples regra de igualar os filhos de ambos os grupos, tratando-os como se fossem filhos comuns a ambos os companheiros.

Certamente não pode prosperar essa solução simplista, pois se, por um lado, trata de manter iguais as quotas hereditárias atribuíveis aos filhos (de qualquer grupo), conforme determina o art. 1.834 do Código, por outro lado, fere na essência o *espírito* do legislador do Código Civil que quis dar tratamento diferenciado às hipóteses de concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes do *de cuius* de um ou de outro grupo (comuns ou exclusivos).

- *2ª proposta*: identificação dos descendentes como se todos fossem *filhos exclusivos* do autor da herança, aplicando-se, neste caso, apenas o inciso II do art. 1.790 do Código Civil:

Da mesma forma com a qual se cuidou de refutar a proposta anterior, também aqui, por via desta divisão patrimonial, chegar-se-ia à mesma conclusão, vale dizer, o *espírito* do legislador do Código Civil restaria magoado, tendo em vista a inobservância da diferença que quis dar às hipóteses de concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes do *de cuius* de um ou de outro grupo (comuns ou exclusivos).

Nessa hipótese por segundo considerada – e como é possível observar – privilegiar-se-iam os filhos em detrimento do companheiro sobrevivente, que seria tido, sob todos os aspectos, como não ascendente de nenhum dos herdeiros, recebendo, então, apenas a metade do que aqueles herdariam. Por outro lado, naquela primeira proposta formulada, o companheiro sobrevivente acabaria por ser privilegiado, na medida em que participaria da herança recebendo quota absolutamente equivalente às quotas atribuíveis aos descendentes de qualquer grupo.

- *3ª proposta*: composição dos incisos I e II pela atribuição de uma quota e meia ao companheiro sobrevivente:

Por esta via, a divisão patrimonial obedeceria à seguinte regra: somar-se-ia o número total de filhos comuns e de filhos exclusivos do autor da herança, acrescentar-se-ia mais um e meio (uma quota deferida ao companheiro sobrevivente, no caso de concorrência com filhos comuns, e meia quota deferida ao mesmo sobrevivente, no caso de concorrência com filhos exclusivos do falecido), dividindo-se, depois, a herança por esse nú-

mero obtido, entregando-se quotas de valores iguais aos filhos (comuns e exclusivos), o que atenderia ao comando de caráter constitucional do art. 1834 NCC (que determina que descendentes da mesma classe tenham os mesmos direitos relativamente à herança de seu ascendente), e uma quota e meia ao companheiro sobrevivente, o que atenderia aos comandos dos incisos I e II do art. 1790.

Pode parecer, à primeira vista, que esta solução resolveria – com exemplar facilidade – o problema da partilha, aparentemente atendendo a todas as regras do NCC de regência sobre o assunto.

Contudo, a pergunta difícil de responder que fica é a seguinte: se esta for a solução buscada, onde residiria, dentro dela, aquele princípio que norteou o *espírito* do legislador, ao dar *diferentes variáveis* de concorrência do companheiro sobrevivente com descendentes de um e de outro grupo (comuns ou exclusivos)? Porque, afinal, o que se vê das quotas hereditárias e partilháveis entre os filhos todos é que efetivamente elas são iguais, mas a *quantia que se abateu da herança*, para compor a quota do companheiro concorrente, foi retirada do monte-mor *a todos eles* idealmente atribuível, sem atentar para a diferença entre os filhos (como pretendeu diferenciá-los, para esse efeito, o legislador de 2002, nos incisos I e II do art. 1790), diminuindo, igualmente, o quinhão de cada um deles, afinal de contas, para compor a quota hereditária do companheiro concorrente.

O que restou a considerar, num caso como esse, e sob essa solução, é que o tratamento dado ao companheiro sobrevivente foi muito mais privilegiado que em qualquer das duas hipóteses singulares (incisos I e II do

art. 1790) previstas pelo legislador e vistas cada uma *per se*. Confira-se: a) se concorresse apenas com filhos comuns, o companheiro sobrevivente herdaria *quota igual* à que coubesse a cada um deles; b) se concorresse apenas com descendentes exclusivos do autor da herança, o companheiro sobrevivente herdaria *quota equivalente à metade* da que coubesse a cada um deles; c) mas, nessa derradeira, problemática e não prevista hipótese de concorrência com filhos de ambos os grupos (comuns e exclusivos), o companheiro se beneficiaria, por herança, com *maior quinhão*, qual seja o quinhão equivalente a *uma quota e meia*, enquanto que cada um dos filhos (comuns ou exclusivos) herdaria uma única quota, cada um deles.

Não me parece que seja isto que tenha querido o legislador, uma vez que diferenciou as espécies de herdeiros descendentes, para efeito dessa concorrência e, em nenhuma das formulações legislativas, deferiu, ao companheiro sobrevivente, uma quota hereditária *maior* do que a que coubesse a qualquer dos herdeiros com quem concorresse. Na melhor das hipóteses (inciso I), o legislador pensou em igualar o quinhão do companheiro sobrevivente ao quinhão do herdeiro, desde que fosse filho seu e do autor da herança, mas nunca pensou em privilegiar o companheiro com quota maior do que a deferida ao herdeiro.

Assim – segundo quer me parecer – se aplicado esse critério aqui desenhado, o resultado obtido ao final de uma partilha seria um resultado *absolutamente dissociado* do *espírito* do legislador de 2002.

Penso não ser possível produzi-lo assim simplesmente, *tout court*.

- 4ª proposta: composição dos incisos I e II pela subdivisão proporcional da herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo:

Por esta via, a divisão patrimonial obedeceria à seguinte regra: primeiro, dividir-se-ia a herança a ser partilhada entre filhos comuns e filhos exclusivos em duas partes (subheranças) proporcionais, cada uma delas, ao número de filhos de um ou de outro grupo. A seguir introduzir-se-ia, em cada uma dessas subheranças, a concorrência do companheiro, conforme a determinação do inciso I ou do inciso II do art. 1790, respectivamente. Depois disso, somar-se-iam as quotas do companheiro supérstite – obtidas em cada uma dessas subheranças – formando o quinhão a ele cabível. Aos filhos herdeiros caberia a quota que houvesse resultado da aplicação das regras legais em cada uma das subheranças, conforme proposto.

É fácil verificar, se esse fosse o critério a ser utilizado, que os quinhões dos filhos de um grupo seriam proporcionalmente maiores que os quinhões dos filhos do outro grupo. Quinhões desiguais equivalem, entretanto, ao desatendimento do art. 1834 NCC, dispositivo de caráter constitucional.

*Além disso, a atribuição ao companheiro de uma quota relativa à subherança dos filhos comuns e de meia quota da subherança dos filhos exclusivos do falecido, acabaria por resultar numa somatória de valor superior ao que caberia ao companheiro, se estivesse a concorrer somente com filhos comuns (por exemplo: herança de 50,*

*com 2 herdeiros filhos, sendo um, em comum e outro, exclusivo; cada filho teria a sub-herança de 25; concorrendo com o primeiro, o companheiro concorrente teria uma quota igual à do filho, ou seja, 12,5; concorrendo com o segundo, o companheiro concorrente teria a metade de sua quota, ou seja, 8,3; a soma das quotas do companheiro sobrevivente resulta em 20,8, superior, portanto, à quota de 16,6 à qual ele teria direito, se estivesse concorrendo com dois filhos, havidos em comum com o falecido).<sup>18</sup>*

Assim – segundo quer me parecer, nesta nova proposta de partição da herança<sup>19</sup> – se aplicado o critério matemático aqui desenhado, o resultado obtido ao final de uma partilha seria um resultado *absolutamente dissociado*, não apenas do *espírito* do legislador de 2002, mas também da *principiologia* constitucional de fundo<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Esta passagem é de Euclides de Oliveira e se contém em correspondência pessoal que manteve com a autora deste trabalho acerca deste artigo. Sua reprodução, neste viés, está devidamente autorizada.

<sup>19</sup> Euclides de Oliveira, na correspondência mencionada em nota anterior, deixou consignado que é possível se levar em conta "uma variante da 3a. proposta, supra, considerando-se que a lei manda atribuir ao companheiro sobrevivente cota igual à do filho comum e só meia quota do filho exclusivo do falecido, seria aplicar a média desses valores, chegando-se à quota de 0,75%, para as situações de filhos de híbrida origem. Seria mais justo e adequado à mens legis, pois, em tal circunstância, estaria sendo preservada a quota do companheiro, ainda que proporcional, e os filhos não sofreriam desigualação em seus quinhões". (reprodução autorizada pelo jurista em comento). Tal pensamento deve ser levado em consideração, sem dúvida.

<sup>20</sup> O legislador brasileiro, de alguma forma, já se apercebeu da inviabilidade de conexão entre o enunciado genérico contido no art. 1790, I e II e a norma descritiva de valores que descreve o art. 1834, todos do novo Código Civil Brasileiro. O Projeto de Lei nº 6960/2002 (do Deputado Ricardo Fiúza) intenta uma nova redação para o art. 1790, deixando-o com a seguinte sugestão de redação: Art. 1790. 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

## 2.2 A concorrência do cônjuge com descendentes – arts. 1829, I, 1832 e 1834.

Depois de tratar das regras gerais respeitantes à sucessão, no sentido de serem regras que se aplicam tanto à sucessão testamentária, quanto àquela que se processa tendo falecido o *de cujus ab intestato*, passa o legislador a editar regras especialmente desenhadas para aqueles casos em que a morte se dá com ausência de testamento ou de testamento válido, com testamento incompleto, enquanto um testamento que não abrange a totalidade do acervo hereditário disponível, ou mesmo com um testamento que, não obstante completo, encontra limitação na existência de herdeiros necessários, que são aqueles que necessariamente devem ser chamados a herdar ou, ao menos, deliberar a respeito da quota que lhes é deferida.

Esta chamada se organiza, em níveis de preferência por certas classes de pessoas consoante a regra do art. 1829 do novo Código Civil:

companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória (art. 1.641); [...] A alteração de fundo é significativa, pois todo o contorno e conteúdo do dispositivo é alterado. Mas não esteve preocupado o legislador do substitutivo em compor matematicamente a possibilidade de aplicação dos dispositivos do Código Civil tal como estão, hoje. Na substanciosa obra denominada **Novo Código Civil Comentado**, coordenada pelo próprio Deputado Ricardo Fiúza (Editora Saraiva, 2002, 1843 ps.), o jurista encarregado de comentar esse art. 1790 e de demonstrar a sugestão legislativa de alteração que o acompanha (Projeto de Lei 6960/2002) foi exatamente o insigne Zeno Veloso, que assim descreveu a razão da sugestão legislativa sob comentário: "Consciente disso [referia-se aos inúmeros problemas originais do dispositivo], e considerando o posicionamento assumido no Congresso Nacional, em vez de oferecer ao Deputado Ricardo Fiúza minha própria proposta, vou apresentar – com algumas alterações, a meu ver necessárias – a que foi oferecida pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, colocando-a de acordo com as limitações à concorrência dos cônjuges com os descendentes (art. 1829) e com a emenda que estou propondo ao art. 1831, que regula o direito real de habitação. Transjio, enfim, para que o art. 1790 não fique como está."

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

Impõe o legislador uma ordem de vocação hereditária, em que divide os chamados a herdar em classes, impondo entre eles uma "relação preferencial"<sup>21</sup> em que uns excluem os outros, segundo a ordem estabelecida no ordenamento.

O novo Código Civil, apesar de manter a ordem de vocação hereditária tradicionalmente aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro,<sup>22</sup> garante ao cônjuge supérstite uma dada posição de igualdade, e por vezes até de primazia, relativamente aos descendentes e ascendentes – que continuam a compor a primeira e segunda classes de vocação hereditária – chamados a herdar.

Outra consequência trazida pela nova legislação foi a revogação, por falta absoluta de previsão neste sentido, bem assim por perda de necessidade prática, da instituição

<sup>21</sup> RODRIGUES, *Silvio*. **Direito Civil – Direito das Sucessões**, p. 61. Ou, ainda, como deixou consignado Itabaiiana de Oliveira, tratar-se-ia de verdadeira "coordenação preferencial dos grupos sucessíveis" (ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Tratado de Direito das Sucessões**. v. I, p. 169).

<sup>22</sup> É a seguinte a redação do art. 1603 do Código Civil de 1916: "A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes; II – aos ascendentes; III – ao cônjuge supérstite; IV – aos colaterais; V – aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União".



em favor do cônjuge sobrevivido do direito real de usufruto, uma vez que este passa a herdar sempre que não lhe faltar legitimidade para tanto. Assim, se herda, adquire o direito de propriedade sobre uma parte do acervo, direito real este de amplitude quase ilimitada, e isto torna desnecessária a herança de direitos reais limitados. Manteve-se, entretanto o direito real de habitação sobre a residência familiar, limitado ao fato de ser este o único bem com esta destinação.

O cônjuge sobrevivido encontra-se, por força desta listagem preferencial de chamamento a herdar, em terceiro lugar, mas posiciona-se favorecido também nas duas primeiras e antecedentes classes, já que o novel legislador dispôs que ele *concorre* com aqueles primeiros chamados a herdar, isto é os descendentes e os ascendentes

A imissão do cônjuge nas classes anteriores à terceira, se faz de forma gradativa e proporcional à importância que o legislador empresta aos descendentes e aos ascendentes em relação ao apreço e carinho que o morto presumidamente guardaria para cada qual. Por isso é que a quota do cônjuge vai aumentando dependendo da classe em que se encontre, como se verá.

Por força do art. 1845 do novo Código Civil, o cônjuge sobrevivido – já se o mencionou, antes – passa à categoria de *herdeiro necessário*, tornando-se impossível ao cônjuge que primeiro falecer afastar o supérstite de sua sucessão, o que antes era possível pela simples facção de cédula testamentária que abrangesse todo o patrimônio do *de cujus*, inexistindo descendentes e ascendentes do testador. Tornar o sobrevivente herdeiro necessário da pessoa com quem conviveu e convivia

até período próximo ao da morte deste é medida que se coaduna com a colocação daquele nas duas primeiras classes de vocação sucessória, em concorrência com descendentes e ascendentes. Com efeito, seria ilógico fazer do sobrevivente herdeiro preferencial, concorrente dos necessários e, ao mesmo tempo, negar-lhe tal condição. Daí a regra do art. 1845 referido.

Todavia, a aquisição de fração da herança pelo cônjuge supérstite depende da verificação de certos pressupostos que garantam, do ponto de vista social, a harmonia e a continuidade da vida em comum, como que a legitimar a presunção de que o cônjuge participou da construção do patrimônio familiar, “seja pela cooperação direta de trabalho, seja pela participação direta de apoio, de economias, da harmonia, e até de sacrifícios”<sup>23</sup>, apenas para ficarmos na enumeração expendida por Caio Mário da Silva Pereira, um dos maiores defensores do reconhecimento do cônjuge não só como herdeiro preferencial, mas também como herdeiro necessário.

O primeiro destes pressupostos exigidos pela lei é o do *regime matrimonial de bens*. Bem por isso o inc. I do art. 1829, anteriormente reproduzido, faz depender a vocação do cônjuge supérstite do regime de bens escolhido pelo casal, quando de sua união, uma vez que o legislador enxerga nessa escolha uma demonstração prévia dos cônjuges no sentido de permitir ou não a confusão patrimonial e em que profundidade querem ver operada tal confusão.

Assim, não será chamado a herdar o cônjuge sobrevivido se casado com o falecido pelo *regime da comunhão universal de bens* (arts. 1667 a 1671 do atual

23 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Ob. cit.*, p. 76.

em favor do cônjuge sobrevivido do direito real de usufruto, uma vez que este passa a herdar sempre que não lhe faltar legitimidade para tanto. Assim, se herda, adquire o direito de propriedade sobre uma parte do acervo, direito real este de amplitude quase ilimitada, e isto torna desnecessária a herança de direitos reais limitados. Manteve-se, entretanto o direito real de habitação sobre a residência familiar, limitado ao fato de ser este o único bem com esta destinação.

O cônjuge sobrevivido encontra-se, por força desta listagem preferencial de chamamento a herdar, em terceiro lugar, mas posiciona-se favorecido também nas duas primeiras e antecedentes classes, já que o novel legislador dispôs que ele *concorre* com aqueles primeiros chamados a herdar, isto é os descendentes e os ascendentes

A imissão do cônjuge nas classes anteriores à terceira, se faz de forma gradativa e proporcional à importância que o legislador empresta aos descendentes e aos ascendentes em relação ao apreço e carinho que o morto presumidamente guardaria para cada qual. Por isso é que a quota do cônjuge vai aumentando dependendo da classe em que se encontre, como se verá.

Por força do art. 1845 do novo Código Civil, o cônjuge sobrevivido – já se o mencionou, antes – passa à categoria de *herdeiro necessário*, tornando-se impossível ao cônjuge que primeiro falecer afastar o supérstite de sua sucessão, o que antes era possível pela simples facção de cédula testamentária que abrangesse todo o patrimônio do *de cujus*, inexistindo descendentes e ascendentes do testador. Tornar o sobrevivente herdeiro necessário da pessoa com quem conviveu e convivia

até período próximo ao da morte deste é medida que se coaduna com a colocação daquele nas duas primeiras classes de vocação sucessória, em concorrência com descendentes e ascendentes. Com efeito, seria ilógico fazer do sobrevivente herdeiro preferencial, concorrente dos necessários e, ao mesmo tempo, negar-lhe tal condição. Daí a regra do art. 1845 referido.

Todavia, a aquisição de fração da herança pelo cônjuge supérstite depende da verificação de certos pressupostos que garantam, do ponto de vista social, a harmonia e a continuidade da vida em comum, como que a legitimar a presunção de que o cônjuge participou da construção do patrimônio familiar, “seja pela cooperação direta de trabalho, seja pela participação direta de apoio, de economias, da harmonia, e até de sacrifícios”<sup>23</sup>, apenas para ficarmos na enumeração expendida por Caio Mário da Silva Pereira, um dos maiores defensores do reconhecimento do cônjuge não só como herdeiro preferencial, mas também como herdeiro necessário.

O primeiro destes pressupostos exigidos pela lei é o do *regime matrimonial de bens*. Bem por isso o inc. I do art. 1829, anteriormente reproduzido, faz depender a vocação do cônjuge supérstite do regime de bens escolhido pelo casal, quando de sua união, uma vez que o legislador enxerga nessa escolha uma demonstração prévia dos cônjuges no sentido de permitir ou não a confusão patrimonial e em que profundidade querem ver operada tal confusão.

Assim, não será chamado a herdar o cônjuge sobrevivido se casado com o falecido pelo *regime da comunhão universal de bens* (arts. 1667 a 1671 do atual

23 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Ob. cit.*, p. 76.

Código Civil), ou pelo *regime da separação obrigatória de bens* (arts. 1687 e 1688, combinado com o art. 1641).

Por fim, aqueles casais que, tendo silenciado quando do momento da celebração do casamento, optaram de forma implícita pelo *regime da comunhão parcial de bens*, fazem jus à meação dos bens comuns da família, como se de comunhão universal se tratasse, mas passam agora a participar da sucessão do cônjuge falecido, na porção dos bens particulares deste.

Pode-se concluir, então, no que respeita ao regime de bens reitor da vida patrimonial do casal, que o cônjuge supérstite participa por *direito próprio* dos bens comuns do casal, adquirindo a meação que já lhe cabia, mas que se encontrava em propriedade condominial dissolvida pela morte do outro componente do casal e *herda*, enquanto herdeiro preferencial, necessário, concorrente de *primeira classe*, uma quota parte dos *bens exclusivos* do cônjuge falecido, sempre que não for obrigatória a separação completa dos bens.

De outra feita, se concorrer na *segunda classe*, tirante a meação que lhe couber, herda não apenas fração dos *bens particulares* do *de cujus* como também fração dos *bens comuns ao casal*, uma vez que o inciso II do art. 1829 não faz quaisquer das ressalvas feitas no inciso I do mesmo artigo em clara demonstração de que as exceções deste último inciso só servem para proteger os descendentes do falecido e não os ascendentes deste, sempre que em concorrência com o cônjuge supérstite.

Outro pressuposto para a participação do cônjuge sobrevivente na herança do falecido é a constância jurídica e fática do casamento (art. 1830).

Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

A primeira classe a ser chamada à sucessão será a dos descendentes do *de cujus*, em concorrência com o cônjuge supérstite que satisfaça às exigências relativas ao regime matrimonial de bens (quanto a este tema, veja-se, *supra*, os comentários ao art. 1830).

A regra geral é a de que o cônjuge supérstite e os descendentes recebem a mesma quota hereditária. Todavia, esta regra encontra exceção na parte final do artigo reproduzido sempre que a concorrência se der entre o cônjuge supérstite e quatro ou mais dos descendentes que teve em comum com o *de cujus*.

A sucessão que se resolve na vocação da primeira classe para receber a parte disponível, ou mesmo a totalidade da herança, verá o acervo hereditário ser dividido em tantas partes quantos forem os filhos, netos, bisnetos ou demais descendentes do *de cujus*, sempre que todos sucedam por direito próprio, o que equivale a dizer que todos os descendentes devem guardar, relativamente ao morto, o mesmo grau de parentesco, e mais uma parte, esta destinada ao cônjuge supérstite.

Todavia, se a quota parte cabível a este último for menor do que a quarta parte do monte-mor e se todos os chamados a suceder forem também seus herdeiros, então a lei reserva ao cônjuge supérstite este montante, que será então descontado do acervo hereditário, repartindo-se os outros setenta e cinco por cento entre os descendentes que com este concorrem à sucessão.

Por outro lado, se à sucessão concorrerem descendentes apenas do *de cuius*, então a reserva da quarta parte ao sobrevivente não prevalecerá e a herança dividir-se-á em tantas partes quantos forem os descendentes, mais uma a ser entregue ao cônjuge.

Questão mais tormentosa de se buscar solucionar, relativamente a essa concorrência prevista pelo dispositivo em comento, é aquela que vai desenhar uma hipótese em que são chamados a herdar os *descendentes comuns* (ao cônjuge falecido e ao cônjuge sobrevivente) e os *descendentes exclusivos* do autor da herança, todos em concorrência com o cônjuge sobrevivente. O legislador do Código Civil de 2002, embora inovador na construção legislativa de hipótese de concorrência do cônjuge com herdeiros de convocação anterior à sua própria, infelizmente não fez a previsão da hipótese agora em apreço, de chamada de descendentes dos dois grupos, quer dizer, os *descendentes comuns* e os *descendentes exclusivos*. É bastante curioso, até, observar essa lacuna deixada pela nova Lei Civil, uma vez que em nosso país a situação descrita é comuníssima, envolvendo famílias constituídas por pessoas que já foram unidas a outras, anteriormente, por casamento ou não, resultando, dessas uniões, filhos (descendentes, enfim) de origens diversas.

A dúvida que remanesce, à face da ausência de previsão legislativa para a hipótese, diz respeito, afinal, ao fato de se buscar saber se prevalece, ou não, a *reserva da quarta parte dos bens a inventariar*, a favor do cônjuge sobrevivente, em concorrência com os descendentes herdeiros.

Ora, a maneira que escolheu o legislador para redigir o art. 1832 não deixa qualquer dúvida acerca da inten-

ção de se dar *tratamento preferencial* ao cônjuge sobrevivente, quando se trata de concorrência com descendentes do *de cuius* que sejam também seus descendentes, exatamente reservando-lhe esta quarta parte da herança, como quinhão mínimo a herdar, por concorrência com aqueles. Observe-se que não fez idêntica referência, o legislador, para a hipótese distinta, vale dizer, de serem os herdeiros, com quem concorre o cônjuge sobrevivente, descendentes exclusivos do falecido. Logo, essa foi a opção do legislador civil brasileiro – a de privilegiar o cônjuge concorrente com a reserva da quarta parte da herança, *apenas* no caso de concorrência com herdeiros dos quais fosse ascendente – e, por essa razão, essa opção passa a valer como paradigma para a exegese do regramento, pelo futuro doutrinador, bem como pelo futuro aplicador do direito, tudo em prol de uma sábia consolidação jurisprudencial do porvir.<sup>24</sup>

Se este foi o *espírito* que norteou a concreção legislativa no novo Código Civil – e trata-se de uma formulação bastante elogiável – entendo que ele deva ser preservado, ainda quando se instale, na vida real, a *hipótese híbrida* antes considerada, de chamamento de descendentes a herdar, de ambos os grupos, isto é, de descendentes que também o sejam do cônjuge concorrente, e de descendentes exclusivos do autor da herança. Qualquer solução que pretenda deitar por terra essa postura diferencial consagrada pelo legislador deveria estar consignada em lei, ela também, exatamente para evitar a variada gama de soluções que terão que ser,

24 Esta mesma consideração – com a mesma natureza argumentativa – já foi levantada pela autora em comentários anteriores (art. 1790), relativamente à sucessão, por concorrência, do companheiro sobrevivente.

obrigatoriamente, organizadas pelo aplicador e pelo hermeneuta, formulando paradigmas jurisprudenciais que não guardem qualquer correlação com aquele *espírito* do legislador, claramente registrado no artigo em comento (1832).

Mas porque não há, na nova Lei Civil, uma disposição específica para a hipótese híbrida (descendentes comuns e descendentes exclusivos), soluções alternativas poderão ser levantadas para os casos que se apresentarem nesse interregno de tempo que se estenderá entre a entrada em vigor do Código e a necessária alteração legislativa, no porvir.

Se assim for, então, parecem ser três as mais prováveis propostas de solução para as *ocorrências híbridas* de sucessão de descendentes dos dois grupos (comuns e exclusivos) em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

- *1ª proposta*: identificação dos descendentes (comuns e exclusivos) como se todos fossem também descendentes do cônjuge sobrevivente.

Por esta via, que considera todos os descendentes do *de cuius* como sendo descendentes *também* do cônjuge sobrevivente, a solução possível seria apenas aquela de reservar a quarta parte da herança para ser amealhada pelo cônjuge que sobreviveu.

Solução desse jaez representaria, no entanto, um certo prejuízo aos descendentes exclusivos do falecido, os quais, por não serem descendentes do cônjuge com quem concorrem, restariam afastados de parte mais ou menos substancial do patrimônio exclusivo de seu ascendente morto.

Contudo, essa solução poderá ser objeto de crítica, por parte de certo segmento hermeneuta, sob a alegação de que, aplicando-a, não se satisfará o *espírito* do legislador do novo Código Civil, uma vez que este pretendeu privilegiar o cônjuge supérstite – dirão estes críticos – nestas condições de reserva de parte ideal, tão somente quando tal cônjuge fosse também ascendente dos herdeiros de primeira classe com quem concorresse. Ora, se sujeita a essa crítica, tal proposta não deveria prevalecer como possível, não obstante garanta quinhões iguais aos filhos de ambos os grupos (comuns e exclusivos) e ao cônjuge sobrevivente.

- *2ª proposta*: identificação dos descendentes (comuns e exclusivos) como se todos fossem descendentes exclusivos do cônjuge falecido.

Da mesma forma com a qual se cuidou de refutar a proposta anterior, também aqui se pode chegar à mesma conclusão de inobservância do *espírito* do legislador do Código Civil. Mas, aqui, tal inobservância se verifica na exata medida em que o tratamento de todos os descendentes do *de cuius* como seus descendentes exclusivos, acabaria por afastar a reserva da quarta parte do monte partível garantida ao cônjuge sobrevivente, como forma de lhe garantir um maior amparo em sua viuvez.

Tratá-los, aos descendentes todos, como se fossem descendentes exclusivos do falecido representa solução que fecha os olhos a uma verdade natural (descendentes por laços biológicos) ou civil (descendentes em razão de uma adoção verificada) que é a única verdade que o legislador tomou como autorizadora de uma maior proteção dispensada ao cônjuge que sobreviver.

- 3ª proposta: composição pela solução híbrida, subdividindo-se proporcionalmente a herança, segundo a quantidade de descendentes de cada grupo.

Por esta via de raciocínio (que bem poderia ser intentada pelo intérprete, à face da lacuna do legislador), a divisão patrimonial do acervo hereditário obedeceria às seguintes regras: primeiro, dividir-se-ia a herança em duas subheranças, proporcionalmente ao número de descendentes de cada um dos grupos (comuns e exclusivos). A subherança que fosse destinada a compor os quinhões hereditários dos *descendentes exclusivos* seria dividida em tantas quotas quantos fossem os herdeiros desta classe, *mais uma* (correspondente à quota do cônjuge concorrente, conforme determinação do art. 1832, 1ª parte), entregando-se a cada um dos herdeiros o seu correspondente quinhão hereditário. A seguir, dividir-se-ia, da mesma maneira, a subherança destinada a compor os quinhões hereditários dos *descendentes comuns*, pelo número deles, *mais uma*, destinada ao cônjuge que com eles concorre. Supondo que a *somatória* desta quota deferida ao cônjuge sobrevivente (em concorrência com descendentes comuns) e da quota igualmente deferida a ele (em concorrência com descendentes exclusivos) fosse *menor* que uma quarta parte da herança, então reorganizaria-se-ia a divisão, para que esse preceito do legislador ordinário pudesse ser observado. Para tanto, a sugestão seria a de se abater da subherança atribuível aos *descendentes comuns* o quanto fosse necessário para – somando-se ao quinhão do cônjuge obtido já da subherança de-

ferida aos *descendentes exclusivos* – consolidar o equivalente a 25% do total da herança (atendendo, assim, ao que dispõe a segunda parte do mesmo dispositivo legal em comento, o art. 1832).

Ora, é muito fácil observar que, senão em circunstância real excepcionalíssima, essa composição matemática não conseguiria atender aos preceitos legais envolvidos (art. 1829, I e 1832), e não garantiria a igualdade de quinhões atribuíveis a cada um dos descendentes da mesma classe, conforme determina o art. 1834, de caráter constitucional. Quer dizer, nem se conseguiria obter – por esta proposta imaginada *conciliatória* – iguais quinhões para os herdeiros da mesma classe (comuns ou exclusivos), nem seria razoável que a quarta parte garantida ao cônjuge fosse complementada por subtração levada a cabo tão-somente sobre a parte do acervo destinada aos *descendentes comuns*.

De qualquer das formas, ao que parece, na ocorrência de uma hipótese real de sucessão de descendentes que pertencessem aos dois distintos grupos (comuns e exclusivos) em concorrência com o cônjuge sobrevivente, não haveria solução matemática que pudesse atender a todos os dispositivos do Código Civil novo, o que parece reforçar a idéia de que, para evitar uma profusão de *inadequadas soluções* jurisprudenciais futuras, o ideal mesmo seria que o legislador ordinário revisse a construção legal do novo Diploma Civil brasileiro, para estruturar um arcabouço de preceitos que cobrissem todas as hipóteses, inclusive as *hipóteses híbridas* (como as tenho chamado) evitando o dissabor de *soluções e/ou interpretações* que corressem exclusivamente ao alve-

drio do julgador ou do hermenauta, mas desconsiderando tudo aquilo que, a princípio, norteou o ideal do legislador, formatando o *espírito* da norma<sup>25</sup>.

### 3. SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA,<sup>26</sup>

À guisa de colaboração com a tarefa reformadora, à qual se entregará o legislador brasileiro por certo, a autora do presente trabalho registra as sugestões de alteração do texto normativo do Código Civil Brasileiro que julga serem portadoras de um melhor critério de interpretação e de aplicação do direito positivo novo. Tais sugestões seguem uma daquelas linhas que poderiam ser adotadas pelo legislador brasileiro, linha essa que foi a selecionada pela autora, como sendo a de sua preferência pessoal. Quer dizer, ao oferecer os seguintes parâmetros de alteração legislativa, a autora o faz

25A respeito, a autora solicita licença para repetir lição já anteriormente citada, de Gustavo Tepedino, também em nota de rodapé (nota 17), nos comentários ao art. 1.790: "Volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos. Nesta direção, parece indispensável, embora não suficiente, a definição de princípios de tutela da pessoa humana [...], bem como sua transposição na legislação infraconstitucional. O legislador percebe a necessidade de definir modelos de conduta (standards) delineados à luz dos princípios que vinculam o intérprete, seja nas situações jurídicas típicas, seja nas situações não previstas pelo ordenamento. Daqui a necessidade de descrever nos textos normativos (e particularmente nos novos códigos) os cânones hermenêuticos e as prioridades axiológicas, os contornos da tutela da pessoa humana e os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, ao lado de normas que permitem, do ponto de vista de sua estrutura e função, a necessária comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto" ("*Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*". A Parte Geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional, p. XXI).

26A autora deste trabalho e das presentes sugestões de alteração legislativa se coloca à disposição do legislador brasileiro para discutir e/ou realinhar estas sugestões, de modo a que se tenha, enfim, um corpo de normas – acerca da concorrência do cônjuge ou do companheiro na sucessão dos descendentes e de outros herdeiros – coerente com o paradigma da família contemporânea, conforme descrito pela Constituição brasileira de 1988.

como se fosse o legislador, produzindo as alterações de acordo com o seu próprio *espírito* e introduzindo a sua própria *mens legis*. Tudo isso – como não poderia deixar de ser – absolutamente sujeito a qualquer crítica de melhor condução ou solução.

É claro que, entendendo o legislador que o *espírito* que ele mesmo quis dar à normativa não foi este – o selecionado pela autora, para orientar as sugestões de alterações legislativas que oferece – poderá, certamente, utilizando o mesmo método oferecido nas disposições sugeridas, adaptá-las àquele outro modo por ele pretendido. É possível. Só não é possível, como tantas vezes se assinalou, deixar a lei em aberto, como se encontra, admitindo tantas e tão díspares interpretações que certamente produziriam o caos da injustiça, no mais das vezes.

Neste sentido, são as seguintes as sugestões que poderiam ser feitas, a respeito dos seguintes artigos do novo Código Civil brasileiro:

1. Supressão do art. 1790, alocando-se o companheiro, ao lado do cônjuge, na ordem da vocação hereditária apresentada pelo art. 1829, em seu inciso III:

**Art. 1829** – A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

[.....]

III – ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes;

[.....]

2. Alteração dos incisos I e II do art. 1829, para coadunar-se com a inserção do companheiro, ao lado do cônjuge, na situação jurídica de herdeiro elencado na própria ordem legal de vocação hereditária:

**Art. 1829** – A sucessão legítima defere-se na seguinte ordem:

**I** – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, desde que o regime de bens do casamento fosse o da comunhão parcial de bens, e desde que houvesse bens particulares do falecido, sobre os quais incidirá a referida concorrência; ou em concorrência com o companheiro sobrevivente, acerca dos bens que fossem exclusivos do falecido, não pertencentes ao acervo comum onerosamente adquirido na constância da união estável.

**II** – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge ou com o companheiro sobreviventes.

**3. ALTERAÇÃO DO ART. 1.831, PARA ACRESCENTAR O COMPANHEIRO, NA PREVISÃO DO DIREITO DE HABITAÇÃO:**

**Art. 1831** – Ao cônjuge sobrevivente, ou ao companheiro, qualquer que seja o regime de bens, 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.

**4. ALTERAÇÃO DO ART. 1832, PARA COADUNAR-SE COM A INSERÇÃO DO COMPANHEIRO, AO LADO DO CÔNJUGE, NA SITUAÇÃO JURÍDICA DE HERDEIRO ELENCADO NA PRÓPRIA ORDEM LEGAL DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA:**

**Art. 1832** – Em concorrência com os descendentes, caberá ao cônjuge ou ao companheiro sobreviventes

tes quinhão igual àquele que couber a cada qual dos herdeiros que sucederem por cabeça.

• **único** – Se a concorrência do cônjuge ou do companheiro sobreviventes se produzir exclusivamente em relação a herdeiros dos quais sejam ascendentes, ser-lhes-á deferida, ao menos, a quarta parte do acervo de bens sobre o qual incidir a referida concorrência.

**5. ALTERAÇÃO DO ART. 1845, INCLUINDO-SE O COMPANHEIRO NA CLASSE DOS HERDEIROS NECESSÁRIOS, HARMONIZANDO-SE ESTE DISPOSITIVO COM TODOS OS DEMAIS, ANALISADOS:**

**Art. 1845** – São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge ou o companheiro do falecido.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA - PE  
- BIBLIOTECA -



#### 4. REFERÊNCIAS

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil**. São Paulo: RT, 2000. v. 6

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Orlando. **Sucessão**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ITABAIANA DE OLIVEIRA, Arthur Vasco. **Tratado de direito das sucessões**. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. I.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; CAHALI, Francisco José. **Curso Avançado de Direito Civil**. São Paulo: RT, 2000. v. 6

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 6

MORAES, Walter. **Programa de Direito das Sucessões. Teoria Geral e Sucessão Legítima**. São Paulo: RT, s.d..

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito civil**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. VI.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 7 v.

TEPEDINO, Gustavo. **A Parte Geral do novo Código Civil: Estudos na Perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VELOSO, Zeno. Direito sucessório dos companheiros. In: DIAS Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords). **Direito de Família e o Novo Código Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey e IBDFam, 2002.

## SEGURANÇA JURÍDICA: VALORES E EXPRESSÕES OBJETIVAS

Hélio Sílvio Ourem Campos

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

*“O primeiro elemento que a simples existência do Direito comporta para a segurança é, por conseguinte, a certeza: os membros da sociedade sabem o que os espera, podendo prever os efeitos das suas condutas e das condutas de terceiros, sabendo antecipadamente com aquilo que podem contar na planificação da sua atuação pessoal, profissional e social. Neste sentido, como já tem sido sustentado (cfr. MARCELLO CAETANO, **O Respeito...**, p. 17, ‘uma lei, mesmo quando seja má, é preferível à ausência de lei nos casos em que da sua falta resulte o capricho nas resoluções da autoridade e a in-*

*certeza dos direitos dos indivíduos'. Pode-se concluir, por tudo isto, que a simples existência de normas jurídicas, quaisquer que elas sejam, constitui sempre uma primeira garantia de segurança na sociedade: comporta certeza, isto é, previsibilidade de condutas e de consequências ou efeitos jurídicos." (OTERO, Paulo. Lições de Introdução ao Estudo do Direito. Lisboa: Pedro Ferreira – Artes Gráficas. 1998. v. 1, tomo 1, p. 188)<sup>1</sup>*

Inicialmente, peço que se imagine um pai zeloso que procura ter uma residência tranqüila e segura para a sua esposa e os seus filhos.

Se esta é a sua intenção, ele, provavelmente, adotará algumas providências: gradeará a sua casa, colocará fechaduras mais consistentes, não esquecerá portas e janelas abertas etc.

Pois bem, se assim o é com o cidadão comum, nada mais natural que também o Estado preocupe-se com a adoção de medidas de modo a tornar mais objetivo este seu desejo de segurança.

O Estado também deverá tomar as providências necessárias; ou melhor, deverá ir tomando as providências, pois esta é uma tarefa que não se esgota.

1 Em suas *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, v.1, tomo 1, Paulo Otero diz, naquilo que denomina de Nota Prévia, à p. 11: "Saber leis é fácil, basta que se saiba ler o jornal oficial ou, mesmo não sabendo ler, que se tenha boa memória de ouvir a leitura feita por terceiros. Ser jurista é mais difícil: jurista é aquele que pensa sobre a lei. Como dizia CELSO, 'saber as leis não é conhecer as suas palavras, antes é compreender-lhes o sentido e os efeitos' (D. 1, 3, 17). Introduzir alguém no estudo do Direito é, conseqüentemente, e antes de mais nada, 'implantar' no estudante do 1º ano as sementes de uma atitude reflexiva sobre o universo do Direito."

É como raciocino. Se a segurança é um instrumento para a realização da justiça, e esta é um objetivo ideal, cada vez mais o Estado deve desenvolver a síntese entre o binômio certeza-segurança<sup>2</sup> e o binômio justiça-ordem.

Há uma relação de complementariedade entre a segurança e a justiça.

Assim, se estes são valores que se completam, jamais poderão ser reduzidos um ao outro.

Insista-se nisto, pois é preciso complementar o campo subjetivo com a objetividade.

Daí, tal como o pai do exemplo que apresentei adotou o seu conjunto de providências instrumentais, também o Estado deve exercer o seu poder de síntese, servindo-se dele para atingir os seus fins.

Não basta a intenção. É preciso objetivá-la.

Mas, quais as formas que o Estado vem adotando no interesse de tornar a segurança algo mais próximo do possível?

Antes de responder a esta pergunta, é preciso que se esclareça que novas formas podem surgir e as já existentes podem ser aperfeiçoadas. Os modelos jurídicos sofrem com o processo temporal.

Nem o sentimento de segurança é algo estático, como também não é estática a justiça; nem tampouco as providências objetivas instrumentais o são.

2 Disse MIGUEL REALE, em sua *Teoria Tridimensional do Direito – situação atual*. Obra citada, p. 86-87: "É a razão pela qual Teófilo Cavalcanti Filho, na monografia que dedicou ao problema segurança, sentiu a necessidade de estudar a 'segurança' concomitantemente com a 'certeza', a primeira atinente mais ao aspecto subjetivo, a segunda mais pertinente ao aspecto objetivo do problema. Certeza e segurança, embora não se confundam, são valores que imediatamente se implicam, pois, de maneira mediata, todos os valores se correlacionam (...)." A obra indicada é CAVALCANTI FILHO, Teófilo. *A Segurança no Direito*. São Paulo: [s.n.], 1964.

Diz Miguel Reale, em sua Teoria Tridimensional (obra citada, p. 87), que o homem é dotado de um certo *espírito de revolta*, pois, sendo livre, tem um impulso por mudar. Defender a estaticidade seria propugnar pela insegurança, dado a impossibilidade de inovação.

Eis, novamente, o jusfilósofo:

*(...) a certeza estática e definitiva acabaria por destruir a formulação de novas soluções mais adequadas à vida, e essa impossibilidade de inovar acabaria gerando a revolta e a insegurança. Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina ‘espírito de revolta’.*

Quanto ao espírito de revolta, ou ao fato de o ser humano apresentar-se como um eterno insatisfeito, parece-me que, em torno disto, há algum senso comum.

Mas, é possível que se esteja perguntando sobre quais são estas referências que o Estado utiliza para objetivar este seu sentimento de segurança.

Isto será objeto do que escreverei posteriormente. Por enquanto, lanço alguns indícios do que falo.

Imagine-se que o Estado, que deve se submeter às normas que produz, determine:

1. Ele nada fará senão quando autorizado por lei, que precisa ser aprovada pelos representantes do povo, que serão eleitos pelo próprio povo.
2. Ele não cobrará tributos senão no ano subsequente ao da lei instituidora, ou ao daquela que aumentou a carga impositiva.
3. Ele não aplicará a lei nova a situações passadas, acaso isto implique em prejuízo para o cidadão.
4. Ele cumprirá as decisões judiciais que não mais estejam passíveis de recurso.
5. Ele assegurará o cumprimento dos contratos celebrados nos termos da lei.
6. Ele não penalizará ninguém, senão quando o comportamento estiver tipificado em lei anterior.
7. Ele cumprirá os procedimentos fixados nas leis processuais, não estabelecendo privilégios.
8. Ele cumprirá a Constituição, etc.

Este processo de constante evolução faz-me lembrar do que disse Paulo Manuel Otero, em seu Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional<sup>3</sup>, ao concluir a sua exposição sobre *Estado de Direito e princípio da legalidade*.

3 A Constituição da República Portuguesa de abril de 1976, atualizada pelas quatro Revisões Constitucionais até setembro de 1997, prevê, em seu art. 282º, entre os efeitos da declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, nos itens 3 e 4, a ressalva dos casos julgados nestes termos: “3. Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido. 4. Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs. 1 e 2”. É o que dizem estes dois itens: “1. A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal e determina a reinstauração das normas que ela, eventualmente, haja revogado. 2. Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.”

Ali, ele relata o movimento ampliativo de fiscalização e controle do Estado, abrindo-se novas portas à sindicabilidade jurisdicional.

Contemplando desde o Estado liberal, e indo até o Estado Social de Direito, toma em conta a figura do relativo controle dos atos do Poder.

É o que falou:

*Em suma, pode dizer-se que o Estado liberal trouxe consigo uma nova concepção de controlo do poder político, sujeitando os actos administrativos a diferentes processos de fiscalização da sua legalidade, independentemente do respectivo autor. Em simultâneo, o princípio da legalidade passou a assumir intuítos limitativos e legitimadores da acção administrativa, desempenhando ainda uma função garantística das posições jurídicas subjectivas dos administrados. Por seu lado, o Estado Social de Direito, além de alargar as áreas da actividade administrativa sujeitas ao controlo jurisdicional da sua legalidade, vem conferir a todos os administrados um direito fundamental à fiscalização jurisdicional da actividade administrativa: o direito de recurso contencioso.<sup>4</sup>*

Como se vê, o conjunto de medidas (expressões objetivas)<sup>5</sup> que possibilitam a concretização do senti-

4 OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: LEX Edições Jurídicas. 1993. p. 25.

5 Enquanto os valores são verificados segundo critérios de intuição emocional, as expressões objetivas podem ter os seus cumprimentos comprovados, dando menores margens a dúvidas.

mento de segurança é algo que ainda está sendo construído. Não é estático, ficando aberto a novas formulações.

Posteriormente, embora não tendo a pretensão de ser exaustivo, exemplificarei as providências instrumentais que pretendem objetivar a segurança como um meio de fazer justiça.

Por enquanto, discorro sobre o princípio da legalidade.

## SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE

### Noções Introdutórias

*As mais significativas concepções sobre o Estado e o Direito projectam-se necessariamente em diversos entendimentos do que seja (ou deva ser) a lei. Recordem-se, assim, nos últimos séculos: – lei, ordenação da razão (S. TOMÁS DE AQUINO, e, de certo modo, ainda SUAREZ); – a lei, vontade do soberano (HOBBS), – a lei, garantia da liberdade civil e da propriedade (LOCKE); – a lei ligada à divisão do poder e ao equilíbrio das instituições (MONTESQUIEU); – a lei, expressão da vontade geral (ROSSEAU); – a lei, vontade racional (KANT); – a lei, instrumento para a utilidade e a felicidade geral (BENTHAM); – a lei, manifestação imediata do poder soberano (AUSTIN); – a lei, instrumento do domínio de classe (MARX, ENGELS); – a lei, escalão de normas imediatamente a seguir à Constituição (KELSEN); – o conceito político de lei (SCHMITT).*

*Mas a problemática da lei insere-se na problemática geral do poder. Com o conteúdo da lei contendem a organização da sociedade e do poder de a governar. (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Actividade constitucional do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, LDA, 1997. Tomo V, p. 125)<sup>6</sup>*

Até aqui, muito já se falou sobre este assunto, enfatizando a necessidade de o intérprete não desprezar a norma, principalmente a constitucional, alçando vãos em direção a outras alternativas.

Bem ao contrário, pois quanto mais ele conhecer o ordenamento jurídico que aplica, melhor. Afinal, mesmo que, aparentemente, ele só esteja fazendo incidir uma única norma; no seu ato de aplicação, deve haver o compromisso com todo o ordenamento.

É tal como uma esfera em contato com uma mesa plana. O ponto de contato entre a esfera e a mesa pode ser um só, mas a mesa suporta todo o peso da esfera.

Note-se, então, uma importante advertência. Concluir deste modo não se trata apenas de um valor, mas da fixação de uma providência objetiva.

A segurança, um valor, é instrumentalizada por uma expressão objetiva, que é a legalidade.

<sup>6</sup> Neste Tomo V, do seu **Manual de Direito Constitucional** (1997), Jorge Miranda, acrescenta, na p. 126: "Não é por acaso que Locke considera o poder legislativo o poder primordial por ser ele que determina as diferentes formas de governo. Nem é por acaso que, recusando embora a separação de poderes, Rosseau admite a distinção entre função legislativa e função executiva, sustentando que aquela é a única soberana. Ou que, pelo contrário, Montesquieu a pretende limitar." *Pessoalmente, entendo que seja preciso distinguir entre a ilusão sobre como os homens deveriam ser, e a constatação de como o homem realmente é, elaborando-se soluções políticas que detenham um potencial concreto de funcionamento. Provavelmente, a virtude não seja monopólio do povo, enquanto a corrupção econômica e moral das camadas de elite (populismo). Há uma espécie de mixagem entre qualidades e defeitos em todas as esferas, e daí a importância de facilitar o fluxo social e a alternância no governo das comunidades organizadas.*

Assim, o seu cumprimento passa a poder ser provado dentro de limites mais estritos, dando margem a um menor número de dúvidas.

Daí, ser fundamental que a Constituição não seja vista como uma espécie de "Constituição patrícia" (os patrícios eram os aristocratas proprietários de terras na antiga Roma – formavam a camada social dominante), que traria, em seu próprio interior, margens a contrargumentos que inviabilizam as conquistas das camadas sociais menos favorecidas.

A segurança e a legalidade, que é uma sua expressão objetiva, são, elas próprias, instrumentos da justiça.

Em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, da Constituição do Brasil), deve a lei estar a serviço da redução das *desigualdades sociais e econômicas*, não devendo esta previsão constitucional confundir-se com uma forma ôca, onde cabe tudo; especialmente, os privilégios dos grupos ou elites politicamente influentes.

Sem a tentativa de se tornar iguais os cidadãos, termina por haver uma relação entre inferiores e superiores, onde os primeiros, simplesmente, sujeitam-se.

A interpretação da lei não deve ser sinônimo de indiferença. A imparcialidade também não. É um comando constitucional a redução das desigualdades sociais (art. 3º, inc. III, da Constituição do Brasil). No Brasil, este é um objetivo fundamental da República (art. 3º, "caput").

Enfim, a lei deve estar a serviço da segurança, da liberdade, da igualdade. Tudo isto se operando mediante a lei.

A Lei Constitucional fixa limites que o legislador não pode ultrapassar.

Em outras palavras, legislar também é aplicar a Constituição.

Na Constituição do Brasil, o princípio da legalidade encontra-se presente de maneira explícita, e também implícita. E, às vezes, o silêncio<sup>7</sup> fala tão ou mais alto, considerando as circunstâncias que o envolvem.

De maneira expressa, é forçoso citar alguns artigos. São eles:

*Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

*II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"*

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)*

7 Quem cala não consente nem dissente, pois isto dependerá das circunstâncias. Um exemplo disto é a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. É o seu art. 40: "Quando dados, atuações ou documentos solicitados ao interessado forem necessários à apreciação de pedido formulado, o não atendimento no prazo fixado pela Administração para a respectiva apresentação implicará arquivamento do processo."

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*  
*I- exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;"*

São outras tantas as oportunidades em que se faz referência expressa à legalidade, apontando estas apenas como exemplificativas.

De fato, discute-se sobre a adequabilidade da repetição. Alguns podem ver esta técnica repetitiva como algo inútil.

No entanto, é preciso observar o contexto do Brasil, e de sua sociedade, que ainda se mantém ansiosa por preservar direitos que, melancolicamente, não acredita que sejam concretizados.

Demonstração do que digo são as *medidas provisórias*, onde, mesmo alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal reconheceram o excesso, mas o Poder Judiciário pouco fez, na prática, para contê-lo. É o caso, por exemplo, da instituição e da majoração de tributos por esta via, onde não são incomuns as discordâncias individuais de alguns Ministros do mais Alto Tribunal, que, no entanto, dizem ceder ao entendimento do Plenário<sup>8</sup>.

8 No site do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)), surgiu a seguinte manchete: "Data: 09.11.99. Hora: 14 h. Celso de Mello fala do uso excessivo de medidas provisórias pelo Governo. (...) a utilização indiscriminada e as sucessivas reedições de medidas provisórias 'não podem transformar-se em instrumento de imposição normativa da vontade unipessoal do Presidente da República, exacerbando-se, desse modo, o componente autoritário de que se acham inquestionavelmente impregnados esses atos executivos com força de lei. (...) de 05 de outubro de 88 até o dia 31 passado, o Governo Federal editou e reeditou 4.026 medidas provisórias, média de 366 medidas provisórias por mês. Desse total, o Presidente Fernando Henrique Cardoso foi responsável por 3.223 medidas provisórias, de acordo com o levantamento divulgado pelo Senado. Para o Ministro Celso de Mello, os dados

Além do mais, em um passado recente, fatos pretéritos foram atingidos, por exemplo, com a utilização dos chamados empréstimos compulsórios.

Sobre isto, destacou Paulo de Barros Carvalho a respeito da forma grosseira como o princípio constitucional da irretroatividade das leis vinha sendo descumprido, pelo Poder Público impositivo, na seara dos empréstimos compulsórios.

Eis o Autor: *Com efeito, o enunciado normativo que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, conhecido como princípio da irretroatividade das leis, não vinha sendo, é bom que se reconheça, impedimento suficientemente forte para obstar certas iniciativas de entidades tributantes, em especial a União, no sentido de atingir fatos passados, já consumados no tempo, debaixo de plexos normativos segundo os quais os administrados orientaram a direção de seus negócios. Tranquilos, na confiança de que tais eventos se encon-*

.....  
evidenciam que os Presidentes José Sarney, Fernando Collor, Itamar Franco e Fernando Henrique legislaram quase duas vezes mais do que o próprio Congresso Nacional. No seu Despacho, o Ministro defendeu a necessidade do Governo definir as matérias que não podem constituir objeto de disciplinação jurídica por medidas provisórias de maneira que o Presidente diminua a sua intervenção no trabalho do Legislativo. Ele acha que essa intervenção 'suprime a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que devem estar ordinariamente sujeitas ao poder decisório do Congresso Nacional'. (...) Apesar de considerar que a criação e a majoração de tributos são matérias de competência exclusiva do Congresso, o Ministro Celso de Mello não conheceu do recurso extraordinário apresentado pela Transportadora Urano Ltda contra a União Federal. No seu Despacho, o Ministro observou que a orientação jurisprudencial firmada pelo Plenário do próprio Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a possibilidade jurídico-constitucional do Presidente da República instituir ou majorar tributos mediante a edição de medida provisória."

*travam sob o pálio daquele magno princípio, foram surpreendidos por grosseiras exações, que assumiram o nome de empréstimos compulsórios.*<sup>9</sup>

## MEDIDAS PROVISÓRIAS<sup>10</sup>

*A jurisprudência vem lapidando esse instituto, insculpindo-lhe o formato preciso. (...) Sem dúvida é de se aperfeiçoar o texto (constitucional), contudo, parece-nos que a raiz do mal não está nas leis em si, mas na sua efetiva execução e na consciência de sua obediência."* (SZKLAROWSKY, Leon Frejda. **Medidas Provisórias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 11)

Voltando às medidas provisórias, a Constituição brasileira, de outubro de 1988, assim dispôs sobre elas em seu texto originário:

*Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional, que, estando em recesso, será convocado extraordinariamente para se reunir no prazo de cinco dias.*

.....  
<sup>9</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário – nos termos da Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Atualizada de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 99-100.

<sup>10</sup> A regulamentação jurídica apontada é a original do Texto de 1988. Atualmente, há uma nova regulamentação para as medidas provisórias brasileiras (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001).



*Parágrafo Único. As medidas provisórias perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias, a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes.*<sup>11</sup> (Texto originário)

Diante destas medidas, acirra-se uma forte polêmica, no Brasil, em torno da segurança jurídica, e da sua forma de manifestar-se pela expressão da legalidade; especialmente em matéria tributária.

Em uma outra oportunidade, pretendo, ainda mais, detalhar este assunto. Por enquanto, apresento os seus contornos, particularmente no campo tributário.

Como se pode verificar, nos termos do art. 62, a medida provisória tem, entre as suas características básicas, a *urgência*.

Ora, um dos limites constitucionais fixados para o Estado tributar o cidadão é o da anterioridade (espera pelo ano subsequente – regra geral).

Diz a Constituição sobre a anterioridade, em seu art. 150, inc. III, al. “b”: “Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos*

11 A Constituição da República italiana, em seu art. 77, dispõe: “Art. 77. O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária. Quando, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, medidas provisórias, com força de lei, deve apresentá-las no mesmo dia para a conversão às Câmaras que, mesmo dissolvidas, são especialmente convocadas a se reunirem no prazo de cinco dias. Os decretos perdem eficácia desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.”

*Municípios: (...) III- cobrar tributos: (...) b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.*

Ocorre que o exercício financeiro, nos termos da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964 (*Diário Oficial da União de 23 de março de 1964, estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal*<sup>12</sup>), é o ano civil, como diz o seu art. 34. É o art. 34: “DO EXERCÍCIO FINANCEIRO (arts. 34 a 39). Art. 34. *O exercício financeiro coincidirá com o ano civil. (...)*”

Logo, surge a questão da impossibilidade de se compatibilizar a urgência, que é uma característica constitucional da medida provisória, com a exigência, também constitucional, de se esperar o próximo ano para instituir ou aumentar o tributo (anterioridade).

Assim, é voz corrente, na doutrina nacional<sup>13</sup>, a conclusão de que a regra é a de que os tributos não devam ser urgentes; e, portanto, não possam ser viabilizados por medidas provisórias.

Porém, há exceções constitucionais à falta de urgência do tributo.

Mas é preciso reconhecer que, quando a Constituição do Brasil afirma que a lei de diretrizes orçamentárias

12 Constituição do Brasil. “Art. 24. *Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I- direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (...) § 1º. No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.*” Diz o art. 30, inc. III: “Art. 30. *Compete aos Municípios: (...) III- instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;*”

13 Ver DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Princípio da praticabilidade do Direito Tributário (Segurança Jurídica e Tributação)*. *Revista de Direito Tributário*, n. 47, p. 166 e ss.

as deve orientar a elaboração da lei orçamentária anual, dispondo sobre as alterações na legislação tributária (art. 165, § 2º), deixa claro que, em matéria tributária, há a necessidade de um planejamento tanto do Estado, quanto também das empresas privadas, que não podem (assim como o cidadão comum) ser surpreendidas com abruptas inovações legislativas.

Entre as exceções a que me refiro, uma delas está no próprio art. 150, e diz respeito a quatro impostos. Uma outra encontra-se no art. 149, e diz respeito aos empréstimos compulsórios. E, finalmente, há a figura dos impostos de guerra, ou extraordinários, no art. 154, inc. II (*observação: todos os dispositivos citados são da Constituição do Brasil*).

### Veja-se o que eles dizem:

*Art. 148. A União, mediante lei complementar<sup>14</sup>, poderá instituir **empréstimos compulsórios**: I- para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; II- no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o princípio da anterioridade (art. 150, III, "b"). Parágrafo Único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição. (...)*

<sup>14</sup> De acordo com a Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, atual art. 62, § 1º, inc. III, é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar. Contudo, o próprio art. 62, § 1º, inc. I, al. "d", ressalva desta previsão o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário nas hipóteses de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

*Art. 150. (...) § 1º. A vedação da anterioridade tributária (inc. III, "b"), não se aplica aos impostos previstos nos artigos 153, I, II, IV e V (são os impostos da União Federal sobre **a importação de produtos estrangeiros; sobre a exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; sobre produtos industrializados e sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários**); e*

*Art. 154, II (são os impostos de guerra) Art. 154. A União poderá instituir: (...) II- na iminência ou no caso de guerra externa, **impostos extraordinários**, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessando as causas de sua criação). (Grifei)*

Procurando dizer tudo isto de maneira direta, a anterioridade tributária sofre exceções constitucionais, entre elas estão os impostos de guerra, os impostos regulatórios externos (importação e exportação), o imposto sobre produtos industrializados e o imposto sobre operações financeiras.

Ocorre que, nos casos dos impostos de guerra, não há impedimento para a medida provisória, dado a significativa relevância e urgência da situação. Não se trata de zona de fronteira.

Quanto aos demais, parece-me desnecessária a utilização da medida provisória, pois basta ver o art. 153, § 1º, da Constituição do Brasil, que faculta ao Poder Executivo a alteração das alíquotas (e não mais base de cálculo, como previa o art. 97, inc. IV, do Código Tri-

butário Nacional<sup>15</sup>), que poderá se utilizar dos decretos (art. 84, inc. IV)<sup>16</sup>, desde que dentro dos limites (mínimo e máximo) fixados pela lei geral.

Restariam, então, os empréstimos compulsórios, disciplinados no art. 148, da Constituição do Brasil.

Note-se que, aqui, a exigência de lei é expressa. E a lei exigida é a complementar<sup>17</sup>, que tem quórum qualificado de maioria absoluta<sup>18</sup>.

Com isto, desde a redação originária, havia aqueles que defendiam que, por ter a medida provisória força de lei (art. 62), estaria vedado a ela o campo reservado às leis complementares, pois as medidas provisórias poderiam, apenas, atuar na seara das leis ordinárias. Atualmente, a vedação de edição de medidas provisórias sobre matéria de lei complementar é expressa no art. 62, § 1º, inc. III (Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001). Observe-se, entretanto, o mesmo art. 62, § 1º, inc. I, al. "d", quando ressalva das vedações o art.

15Código Tributário Nacional. "Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: (...) IV- a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 (já havia sido revogado pelo Decreto lei nº 406, de 31.12.68 e tratava da circulação de mercadorias) e 65;" Estes artigos referem-se ao imposto sobre a importação, sobre a exportação, sobre a transmissão de bens imóveis, sobre operações de crédito, câmbio e seguros e sobre operações relativas a títulos e valores mobiliários.

16 Constituição do Brasil. "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV- sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;" (grifei).

17 Sobre o tema "hierarquia da lei complementar", destaco as palavras de Paulo de Barros Carvalho, onde, socorrendo-se do magistério de Souto Maior Borges, esclarece que estas leis não são necessariamente superiores às leis ordinárias. É a Constituição que indica se a matéria lhe é ou não reservada. Se o for, em face do mandamento constitucional nesta direção, não caberá à lei ordinária invadir-lhe o espaço que lhe é próprio. Ver CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário – nos termos da Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 135-136.

18 Constituição do Brasil. "Art. 69. As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta."

167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Além disto, quando a Constituição do Brasil registrou que não deveria ser objeto de delegação ao Executivo as matérias inerentes à lei complementar<sup>19</sup>, estaria, também aí, fixando mais um impedimento para as medidas provisórias.

A base disto estava na argumentação de que, quando a Constituição do Brasil quis falar em lei complementar, ela o fez expressamente.

Logo, como no art. 62, que trata das medidas provisórias, ela assim não procedeu, a conclusão seria pela impossibilidade de sua utilização em matéria reservada constitucionalmente à lei complementar.

Ocorre que, se assim o fosse em relação à medida provisória, também o deveria ser em relação às demais situações constitucionais, onde o termo *lei* vem acompanhado da expressão *complementar*.

Mas não é isto o que ocorre, pois o próprio art. 5º, inc. II, que consigna o princípio da liberdade, vem grafado da seguinte maneira: "Art. 5º. (...) II- ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;"

19 Constituição do Brasil. "Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional. § 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar (...)" (grifei). Vide, também, o art. 62, § 1º, inc. I, al. "d" que ressalva das vedações às medidas provisórias o art. 167, § 3º, que dispõe sobre a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública. De onde concluo pela possibilidade de utilização de medidas provisórias para a instituição de empréstimo compulsório fundado nestas causas (art. 148, inc. I, da Constituição Brasileira de outubro de 1988).

Ora, quer me parecer evidente que, na expressão *lei* ali utilizada, cabia entender lei ordinária, e também lei complementar. Seria um tanto absurdo imaginar o contrário, pois estaria permitindo a Constituição o descumprimento das leis complementares, exatamente aquelas que têm um quórum qualificado, tal como foi visto.

Enfim, com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca.

Por tudo isto, em minha visão, era possível, em face da redação originária do Diploma Constitucional, a utilização da medida provisória em matéria tributária em alguns casos excepcionais, a saber:

- a) impostos de guerra;
- b) empréstimo compulsório para o qual a Constituição do Brasil não veiculou a obediência ao princípio da anterioridade, ou seja, em casos de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência. Lembramos, aqui, que o art. 148, da Constituição de outubro de 1988, exige lei complementar para a instituição de empréstimo compulsório.

Portanto, foi constituída uma situação bem peculiar pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, porquanto da vedação da edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III). Assim, não caberia mais a utilização de medida provisória em se tratando de empréstimo compulsório, embora destacada a relevância e a urgência? Creio que ainda caiba por força da ressalva feita pelo art. 62, § 1º, inc. I, al, "d", que faz remes-

sa ao art. 167, § 3º, dispositivo que regulamenta a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Sobre a exceção à anterioridade, e como argumento de reforço ao que digo, lembro de um antigo adágio que ensina que, ao se incluir um, exclui-se o outro<sup>20</sup>.

Ora, se, em nossa Constituição, incluiu-se, expressamente, o princípio da anterioridade na hipótese normativa do inc. II, é porque não era preciso observá-la no inc. I, do art. 148.

E, ainda, é de destacar que as hipóteses do inc. I dizem respeito à guerra e calamidade, que são situações urgentes e relevantes.

Acaso fosse preciso observar o princípio da anterioridade nestas circunstâncias, quando o empréstimo fosse cobrado, já se haveria perdido a guerra, ou a calamidade já teria feito um enorme estrago.

Sei que este assunto é bastante polêmico, e a qualquer conclusão que se chegue, dificilmente, haverá a unanimidade.

20 Sobre os brocardos jurídicos, disse Carlos Maximiliano: "Na alvorada do século XI, Burcardo, Bispo de Worms, organizou uma coleção de cânones, que adquiriram grande autoridade, e foram impressos em Colônia, em 1548, e, em Paris, em 1550. Granjeou fama aquele repositório, sob o título de *Decretum Burchardi*. Eram os cânones dispostos em títulos e reduzidos a regras e máximas; na prática lhes chamavam burcardos, a princípio; dali resultou a corruela brocardos, que se estendeu, em todo o campo do Direito Civil, aos preceitos gerais e aos aforismos extraídos da jurisprudência e dos escritos dos intérpretes. Os brocardos parecem fadados a passar, com certos condutores de homens, do exagerado prestígio à injusta impopularidade. A sua citação, diurna outrora, vai-se tomando cada vez menos frequente; rareiam, talvez, os entusiastas à medida que surgiam desdenhosos e opositores. Aquelas regras de Direito, muito breves e formuladas quase sempre em latim, os antigos chamavam de axiomas, vocábulo destinado, em Matemática, a designar as proposições evidentes por si mesmas, que dispensam esclarecimentos e demonstrações. (...) Outros mestres julgam eternos os brocardos, por serem a própria razão natural escrita; ao invés de homenagem ao progresso, acham insânia mudá-los ou repeli-los; pois esclarecem, iluminam, guiam: são raios divinos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 239-240.

Ora, quer me parecer evidente que, na expressão *lei* ali utilizada, cabia entender lei ordinária, e também lei complementar. Seria um tanto absurdo imaginar o contrário, pois estaria permitindo a Constituição o descumprimento das leis complementares, exatamente aquelas que têm um quórum qualificado, tal como foi visto.

Enfim, com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca.

Por tudo isto, em minha visão, era possível, em face da redação originária do Diploma Constitucional, a utilização da medida provisória em matéria tributária em alguns casos excepcionais, a saber:

- a) impostos de guerra;
- b) empréstimo compulsório para o qual a Constituição do Brasil não veiculou a obediência ao princípio da anterioridade, ou seja, em casos de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública e de guerra externa ou sua iminência. Lembramos, aqui, que o art. 148, da Constituição de outubro de 1988, exige lei complementar para a instituição de empréstimo compulsório.

Portanto, foi constituída uma situação bem peculiar pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, porquanto da vedação da edição de medidas provisórias sobre matéria reservada à lei complementar (art. 62, § 1º, inc. III). Assim, não caberia mais a utilização de medida provisória em se tratando de empréstimo compulsório, embora destacada a relevância e a urgência? Creio que ainda caiba por força da ressalva feita pelo art. 62, § 1º, inc. I, al, “d”, que faz remes-

sa ao art. 167, § 3º, dispositivo que regulamenta a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública.

Sobre a exceção à anterioridade, e como argumento de reforço ao que digo, lembro de um antigo adágio que ensina que, ao se incluir um, exclui-se o outro<sup>20</sup>.

Ora, se, em nossa Constituição, incluiu-se, expressamente, o princípio da anterioridade na hipótese normativa do inc. II, é porque não era preciso observá-la no inc. I, do art. 148.

E, ainda, é de destacar que as hipóteses do inc. I dizem respeito à guerra e calamidade, que são situações urgentes e relevantes.

Acaso fosse preciso observar o princípio da anterioridade nestas circunstâncias, quando o empréstimo fosse cobrado, já se haveria perdido a guerra, ou a calamidade já teria feito um enorme estrago.

Sei que este assunto é bastante polêmico, e a qualquer conclusão que se chegue, dificilmente, haverá a unanimidade.

20 Sobre os brocardos jurídicos, disse Carlos Maximiliano: “Na alvorada do século XI, Burcardo, Bispo de Worms, organizou uma coleção de cânones, que adquiriram grande autoridade, e foram impressos em Colônia, em 1548, e, em Paris, em 1550. Granjeou fama aquele repositório, sob o título de *Decretum Burchardi*. Eram os cânones dispostos em títulos e reduzidos a regras e máximas; na prática lhes chamavam burcardos, a princípio; dali resultou a corruetela brocardos, que se estendeu, em todo o campo do Direito Civil, aos preceitos gerais e aos aforismos extraídos da jurisprudência e dos escritos dos intérpretes. Os brocardos parecem fadados a passar, com certos condutores de homens, do exagerado prestígio à injusta impopularidade. A sua citação, diurna outrora, vai-se tornando cada vez menos frequente; rareiam, talvez, os entusiastas à medida que surgiam desdenhosos e opositores. Aquelas regras de Direito, muito breves e formuladas quase sempre em latim, os antigos chamavam de axiomas, vocábulo destinado, em Matemática, a designar as proposições evidentes por si mesmas, que dispensam esclarecimentos e demonstrações.(...) Outros mestres julgam eternos os brocardos, por serem a própria razão natural escrita; ao invés de homenagem ao progresso, acham insânia mudá-los ou repeli-los; pois esclarecem, iluminam, guiam: são raios divinos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9. ed.2ª tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 239-240.

Também por isto, e em face das várias implicações que deste tema poderão decorrer, consagrarei, em um outro espaço, um tratamento mais minudente.

Quanto à utilização da medida provisória, em matéria penal, parece imperioso concordar com Francisco de Assis Toledo, em seus Princípios Básicos de Direito Penal, quando afirma que não pode haver a instituição de crime ou pena (direito penal e processual penal), nem tampouco a agravação das mesmas, por esta via. Além do mais, é imperativo que se evitem os abusos.

São estas as suas palavras em torno do caráter quase ilimitado de criação de novas figuras típicas, e o que isto representaria contra a liberdade em seus diferentes matices, precipuamente contra a liberdade de locomoção

É o Autor:

*A Constituição de 1988, no art. 62, substitui o decreto-lei pela medida provisória, sem tradição no direito brasileiro, e não estabeleceu, de modo expresso, os limites objetivos para a edição desta última, exigindo apenas 'relevância e urgência, requisitos genéricos e pouco confiáveis. (Ora, a medida provisória, por não ser lei, antes de sua aprovação pelo Congresso, não pode instituir crime ou pena criminal (inciso XXXIX)<sup>21</sup> (...) Sendo assim, não se faz necessária muita acuidade para perceber que a criação de figuras penais e até a simples agravação de penas através de medida provisória poderiam prestar-se para*

21 Constituição do Brasil. "Art. 5º. (...) XXXIX- não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;"

*coisas desta natureza: a) extirpação da liberdade de ir e vir, através da prisão em flagrante por crimes recém-criados, por medidas provisórias; b) extirpação da inviolabilidade da residência e do sigilo da correspondência, nas mesmas hipóteses, pondo por terra as garantias dos incisos XV, XI e XII, já que a possibilidade de criação de tipos penais novos é quase ilimitada.*

E, continua o ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, relatando a sua preocupação com o exagero e o abuso na utilização do instituto das medidas provisórias, realçando as atrocidades que, infelizmente, foram cometidas a título de cumprimento de alguns decretos-leis, uma versão antiga e agressiva das "leis do Executivo brasileiro".

Nas suas exatas palavras:

*Aos brasileiros que, nos dias de hoje, assistem atônitos à edição em série dessas medidas provisórias, é bom lembrar que, por decreto-lei, já tivemos 'leis' de segurança nacional, o que poderá sugerir, a qualquer momento, uma tentativa de recaída nessa linha de orientação, desta feita obviamente por 'medida provisória'.<sup>22</sup>*

Aliada a estes argumentos, veio a Reforma Constitucional de setembro de 2001 que, no art. 62, § 1º, inc. I, al. "b", veda a edição de medidas provisórias sobre matéria de direito penal, processual penal e processual civil.

22 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 1994. p. 24-25.

## HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA

Como uma forma de fixação de segurança, no Brasil, certamente um tema mereceu, e ainda merece, destaque, conforme as implicações jurisprudenciais que relatarei após a explicação do assunto a que me refiro.

Trata-se de saber se a “lei complementar” detém hierarquia sobre a “lei ordinária”.

Há aqueles que pensam que sim.

Basicamente, são dois os motivos que apresentam:

1. O quórum de aprovação da lei complementar é superior ao da lei ordinária.

Sobre a lei ordinária, dispõe o art. 47, do Texto Constitucional:

Título IV. DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES. Capítulo I – DO PODER LEGISLATIVO. Seção I- DO CONGRESSO NACIONAL. (...) Art. 47. *Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.*

Sobre a lei complementar, dispõe o art. 69, do Texto Constitucional: “Art. 69. *As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.*”

2. O dispositivo constitucional que se refere ao processo legislativo traz as leis complementares logo abaixo das Emendas Constitucionais, deixando as leis ordinárias para depois.

É o art. 59, da Constituição do Brasil, que trata das Disposições Gerais do processo legislativo, e tem a seguinte redação:

*Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I- emendas à Constituição; II- leis complementares; III- leis ordinárias; IV- leis delegadas; V- medidas provisórias; VI- decretos legislativos; VII- resoluções. Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.*

Pessoalmente, não me perfilho entre aqueles que defendem esta hierarquia, pelo menos com base nestes dois fundamentos.<sup>23</sup>

O motivo para esta tomada de posição é o de que considero que se a Constituição atribui um assunto para a seara da lei ordinária, e, mesmo assim, o legislador dispõe mediante lei complementar, a matéria não deixará, por isto, de estar reservada à lei ordinária.

Logo, atendendo à própria Constituição, esta lei havida, formalmente, como complementar, pode ser, perfeitamente, alterável por lei ordinária.

O cerne da questão, portanto, não é o de se a lei complementar mantém hierarquia sobre a ordinária; mas o de que os espaços fixados constitucionalmente devem ser observados pelo legislador inferior.

<sup>23</sup> De fato, pragmaticamente, é enganoso pensar que o quórum qualificado seja uma nítida dificuldade de empeco. Por vezes, e sobre um mesmo assunto, pode ser mais difícil aprovar uma lei ordinária do que uma Emenda Constitucional. Exemplicativo. Certas matérias estão na vala da competência privativa para a iniciativa de encaminhamento de projetos de lei. Logo, se a autoridade competente não a encaminha, não adianta possuir o quórum parlamentar necessário, simplesmente porque o projeto de lei não será encaminhado.

## HIERARQUIA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS E COMPLEMENTARES. ANÁLISE E JURISPRUDÊNCIA

Como uma forma de fixação de segurança, no Brasil, certamente um tema mereceu, e ainda merece, destaque, conforme as implicações jurisprudenciais que relatarei após a explicação do assunto a que me refiro.

Trata-se de saber se a “lei complementar” detém hierarquia sobre a “lei ordinária”.

Há aqueles que pensam que sim.

Basicamente, são dois os motivos que apresentam:

1. O quórum de aprovação da lei complementar é superior ao da lei ordinária.

Sobre a lei ordinária, dispõe o art. 47, do Texto Constitucional:

Título IV. DA ORGANIZAÇÃO DOS PODERES. Capítulo I – DO PODER LEGISLATIVO. Seção I- DO CONGRESSO NACIONAL. (...) Art. 47. *Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros.*

Sobre a lei complementar, dispõe o art. 69, do Texto Constitucional: “Art. 69. *As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta.*”

2. O dispositivo constitucional que se refere ao processo legislativo traz as leis complementares logo abaixo das Emendas Constitucionais, deixando as leis ordinárias para depois.

É o art. 59, da Constituição do Brasil, que trata das Disposições Gerais do processo legislativo, e tem a seguinte redação:

*Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I- emendas à Constituição; II- leis complementares; III- leis ordinárias; IV- leis delegadas; V- medidas provisórias; VI- decretos legislativos; VII- resoluções. Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.*

Pessoalmente, não me perfilho entre aqueles que defendem esta hierarquia, pelo menos com base nestes dois fundamentos.<sup>23</sup>

O motivo para esta tomada de posição é o de que considero que se a Constituição atribui um assunto para a seara da lei ordinária, e, mesmo assim, o legislador dispõe mediante lei complementar, a matéria não deixará, por isto, de estar reservada à lei ordinária.

Logo, atendendo à própria Constituição, esta lei havida, formalmente, como complementar, pode ser, perfeitamente, alterável por lei ordinária.

O cerne da questão, portanto, não é o de se a lei complementar mantém hierarquia sobre a ordinária; mas o de que os espaços fixados constitucionalmente devem ser observados pelo legislador inferior.

<sup>23</sup> De fato, pragmaticamente, é enganoso pensar que o quórum qualificado seja uma nítida dificuldade de empenho. Por vezes, e sobre um mesmo assunto, pode ser mais difícil aprovar uma lei ordinária do que uma Emenda Constitucional. Exemplifico. Certas matérias estão na vala da competência privativa para a iniciativa de encaminhamento de projetos de lei. Logo, se a autoridade competente não a encaminha, não adianta possuir o quórum parlamentar necessário, simplesmente porque o projeto de lei não será encaminhado.



Do que até aqui foi dito, retiro duas conclusões:

1. se a Constituição atribui um assunto para a lei ordinária, e o mesmo é tratado por lei complementar, esta deverá ser havida como se lei ordinária fosse, podendo ser modificada pela via ordinária, sem restrição de quórum.
2. se a Constituição atribui um assunto para a lei complementar, e o mesmo é tratado por lei ordinária, esta deverá ser havida como inconstitucional.

Evidentemente que, do ponto de vista estritamente formal, a partir da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998 (e de outras que a sucedam e que tenham a mesma natureza), que regulamenta o parágrafo único do art. 59, da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, havendo surgido a disciplina nacional para a confecção legislativa, as normas elencadas, no art. 59, inclusive as leis complementares e as ordinárias, devem se submeter aos predicamentos fixados.

Não se trata, portanto, de hierarquia quanto ao conteúdo, mas de uma necessidade de uniformização da técnica formal de legislar.

Embora não utilizando os mesmos argumentos, disponibilizo para o leitor Paulo de Barros Carvalho, que, assim se manifestou, com o apoio de José Souto Maior Borges, sobre o tema da hierarquia da lei complementar, ressaltando que não é a topologia normativa, nem tampouco o mero procedimento que transforma acordos dilatatórios práticos em estruturas normativas hierarquizadas.

Eis o filósofo-tributarista:

*É excelente instrumento de legislação nacional, alcançando, conjunta ou isoladamente, a esfera jurídica das pessoas políticas de direito constitucional interno. Talvez por isso seja frequente o magistério de que as leis complementares desfrutem de supremacia hierárquica relativamente às leis ordinárias, quer pela posição que ocupam na lista do art. 59 (CF), vindo logo abaixo das emendas à Constituição, quer pelo regime de aprovação mais severo a que se reporta o art. 69 (CF). Foi José Souto Maior Borges (Lei Complementar Tributária, Revista dos Tribunais, 1975, p. 54 e s.) quem pôs a descoberto as erronias dessa tese, baseada, rudimentarmente, na topologia do enunciado legal e no procedimento legislativo preconizado para a edição dessas normas. Com argumentos sólidos, demonstrou que as leis complementares não exibem fisionomia unitária que propicie, em breve juízo, uma definição de sua superioridade nos escalões do sistema. De seguida, propõe critério recolhido na Teoria Geral do Direito, para discernir as leis complementares em duas espécies: a) aquelas que fundamentam a validade de outros atos normativos; b) as que realizam sua missão constitucional independentemente da edição de outras normas.*

E o mesmo autor arremata que é a própria Constituição que define a existência, caso a caso, da hierarquia entre as normas a ela subalternas:

*Trazendo essa diretriz para o setor que nos interessa, ganha outro aspecto a questão da hierarquia, tornando legítimo asseverar que, em alguns casos, a lei complementar subordina a lei ordinária, enquanto noutros descabem considerações de supremacia nos níveis do ordenamento, uma vez que tanto as complementares como as ordinárias extratam seu conteúdo diretamente do texto constitucional.*<sup>24</sup>

No entanto, diante da Constituição do Brasil, de outubro de 1988, fez questão de frisar a vinculação de todas as normas do sistema à estrutura construtiva da norma prevista no parágrafo único, do art. 59, do Texto Constitucional:

*Quanto à hierarquia da lei complementar é que devemos registrar a novidade, pois, assim que forem editados os preceitos a que alude o parágrafo único do art. 59, a lei ordinária e as que lhe forem equiparadas ficarão a ela submetidas, sob o ângulo formal. No que tange ao conteúdo, permanece tudo como antes.*<sup>25</sup>

O dispositivo mencionado diz o seguinte: “Art. 59. (...) Parágrafo Único. Lei Complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.”

24 A referência a este trecho já foi feita em nota de rodapé anterior, quando se discutira se era possível as medidas provisórias serem utilizadas em matéria própria às leis complementares. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 4.ed. 1991, obra citada, p. 134-136.

25 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 4 ed., 1991, obra citada, p. 140.

Esta lei já existe. É a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998.

Cabe, então, aproveitar esta oportunidade e apresentar três das mais importantes questões levadas ao Poder Judiciário brasileiro sobre este assunto.

Duas delas suscitam a questão de uma lei ordinária válida, de acordo com a Constituição antecedente, vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com a nova Constituição, deixando de poder sofrer, por isto, alteração por lei ordinária.

São as questões cogitadas: a discussão sobre o Programa de Integração Social (PIS); a polêmica sobre a quebra do sigilo bancário e a natureza jurídica da lei do Código Tributário Nacional.

Apresentarei arestos sobre cada um destes temas. O critério de seleção foi o da clareza de exposição do problema. (*Observação*: como se poderá constatar, ainda está muito em voga, no judiciário nacional, o entendimento da existência de hierarquia entre a lei complementar e a ordinária).

## 1. PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL

Aqui, o Tribunal concluiu no sentido de que a Constituição anterior do Brasil não exigia lei complementar para tratar deste assunto. No entanto, em face do entendimento dominante na época, optou-se por ela. Ocorre que a mesma foi alterada como se fosse lei ordinária, suscitando o problema da hierarquia e da pertinência constitucional deste procedimento.

É a Decisão, que, até hoje, no início de um novo século, ainda vem servindo de precedente para o deslinde das demandas judiciais remanescentes neste tema:

A edição de lei complementar só é inafastável quando a Constituição expressamente prevê. O Programa de Integração Social foi criado para atender mandamento constitucional, constante do art. 165, inc. V, da Constituição de 1967, redação da Emenda nº 01/69. Ora, tal dispositivo constitucional – art. 165 – exigia, para a implementação dos direitos nele mencionados, a existência de lei, não de lei complementar. A criação do PIS, via lei complementar, a de nº 07/70, deveu-se a entendimento, dominante à época, de sua edição, de que a contribuição para o aludido programa tinha natureza jurídica de tributo. Assim, para que não fosse desatendido o comando do art. 62, § 2º., da Constituição então vigente, editou-se a mesma. Porém, com a vigência da Emenda Constitucional nº 08/77, a contribuição para o PIS deixou de se revestir de tal natureza, como reiteradamente entendeu o Colendo Supremo Tribunal Federal. Nestas condições, a denominada Lei Complementar nº 07/70 perdeu esta hierarquia, devendo-se ter a mesma como lei ordinária. Ora, se passou a ter a hierarquia de lei ordinária, é possível a sua alteração pela via do decreto-lei, técnica de expressão da ordem jurídica então vigente, de igual posição, como seguidamente entendeu a jurisprudência. Inocorrente, desta forma, lesão ao princípio da hierarquia das leis. A expressão 'finanças públicas', empregada no inc. II, do art. 55, da Constituição revogada, não tem uma conotação restritiva, no sentido de que se refere, exclusiva-

mente, aos recursos monetários administrados pelo Estado em seu próprio interesse. No Estado moderno, a expressão também abarca aquela soma de dinheiro que o Estado administra, por expressa disposição de lei, mas que só mediatamente é do seu interesse. O Programa de Integração Social visa assegurar aos trabalhadores a participação no lucro das empresas, que será maior na medida em que for crescente o desenvolvimento econômico nacional. Ora, tal crescimento implementa-se através de planos nacionais de desenvolvimento que, aplicando os recursos obtidos com a contribuição para o PIS, provocará o crescimento deste. Refere-se ele, pois, a um aspecto de macro-economia, afetador do desenvolvimento nacional e, via de consequência, dizendo respeito às finanças públicas, cujo regramento era possível, na ordem constitucional então vigente, por meio de decreto-lei. Arguição de inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança nº 400200, 1989, Rio Grande do sul, Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 14.11.90, p. 27126. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, p. 54. Relator para o Acórdão Juiz PAIM FALCÃO. Decisão por maioria.

## 2. SIGILO BANCÁRIO

Aqui, além de haver uma discussão sobre o princípio do devido processo legal, concluiu-se que uma lei ordinária válida, de acordo com o sistema constitu-

nal anterior, poderá, perfeitamente, vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com o novo ordenamento encimado pela nova Constituição; não podendo, daí, vir a sofrer alteração por lei ordinária.

### É a Decisão:

*A Lei nº 4.595/64, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ter força de lei complementar, não podendo ser alterada pela Lei nº 8.021/90, ordinária, e, pois, de hierarquia inferior. No entanto, se assim não for, não basta o início do procedimento fiscal, fazendo-se necessário que se observe o princípio constitucional do devido processo legal. A simples menção da abertura do procedimento fiscal, sem a comprovação de que o contribuinte sequer teria sido cientificado de sua deflagração, importa em exonerar a instituição financeira do dever de fornecer as informações solicitadas pela autoridade fiscal, abrigo-se na proteção do sigilo bancário. Remessa de Ofício nº 3105940, 1994, São Paulo. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma. DJ 31.10.95, p. 75041. Relatora Juíza Lucia Figueiredo. Unânime.*

Ocorre que o tema do sigilo bancário, e as polêmicas em torno dele, receberam importante revigoreamento com a política brasileira de combate à sonegação de tributos; o que implicaria dizer, acaso haja sucesso nesta iniciativa, que a carga tributária daqueles que atual-

mente já pagam os seus tributos regularmente pode vir a baixar, pelo singelo motivo de que *se todos pagam*, é possível reduzir a carga tributária individual, sem prejuízo da carga tributária geral, não inviabilizando as necessárias despesas do Estado.

Foi a Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, a revitalizadora das discussões; pois, no ponto de vista dos que por ela propugnam, na verdade não se estaria quebrando sigilo algum; mas apenas repassando dados das instituições financeiras para a Fazenda Pública; e, também ela, deveria guardar o respectivo sigilo.

Assim, haveria apenas uma transferência de sigilo. Dos bancos para a Fazenda. Uma transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal.

### 3. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O Código Tributário Nacional foi votado como lei ordinária, pois assim se permitia no ordenamento encaixado pela Constituição de setembro de 1946. Ocorre que foi recepcionado como lei complementar pela Constituição de janeiro de 1967, não cabendo mais alterá-lo pela via ordinária, mas tão-somente pela complementar.

Esta questão suscitou grande interesse, pois o Código Tributário Nacional é de 25 de outubro de 1966, tendo advindo, logo a seguir, uma nova Constituição.

Se a conclusão não fosse afirmativa pela sua recepção, haveria a necessidade de um novo Código.

A Decisão que vai a seguir não é a que primeiro consagrou o entendimento da recepção, mas esclarece

nal anterior, poderá, perfeitamente, vir a ser recepcionada como lei complementar, de acordo com o novo ordenamento encimado pela nova Constituição; não podendo, daí, vir a sofrer alteração por lei ordinária.

É a Decisão:

*A Lei nº 4.595/64, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou a ter força de lei complementar, não podendo ser alterada pela Lei nº 8.021/90, ordinária, e, pois, de hierarquia inferior. No entanto, se assim não for, não basta o início do procedimento fiscal, fazendo-se necessário que se observe o princípio constitucional do devido processo legal. A simples menção da abertura do procedimento fiscal, sem a comprovação de que o contribuinte sequer teria sido cientificado de sua deflagração, importa em exonerar a instituição financeira do dever de fornecer as informações solicitadas pela autoridade fiscal, abrigando-se na proteção do sigilo bancário. Remessa de Ofício nº 3105940, 1994, São Paulo. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 4ª Turma. DJ 31.10.95, p. 75041. Relatora Juíza Lucia Figueiredo. Unânime.*

Ocorre que o tema do sigilo bancário, e as polêmicas em torno dele, receberam importante revigoreamento com a política brasileira de combate à sonegação de tributos; o que implicaria dizer, acaso haja sucesso nesta iniciativa, que a carga tributária daqueles que atual-

mente já pagam os seus tributos regularmente pode vir a baixar, pelo singelo motivo de que *se todos pagam*, é possível reduzir a carga tributária individual, sem prejuízo da carga tributária geral, não inviabilizando as necessárias despesas do Estado.

Foi a Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, a revitalizadora das discussões; pois, no ponto de vista dos que por ela propugnam, na verdade não se estaria quebrando sigilo algum; mas apenas re-passando dados das instituições financeiras para a Fazenda Pública; e, também ela, deveria guardar o respectivo sigilo.

Assim, haveria apenas uma transferência de sigilo. Dos bancos para a Fazenda. Uma transferência do sigilo bancário para o sigilo fiscal.

### 3. CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

O Código Tributário Nacional foi votado como lei ordinária, pois assim se permitia no ordenamento encaixado pela Constituição de setembro de 1946. Ocorre que foi recepcionado como lei complementar pela Constituição de janeiro de 1967, não cabendo mais alterá-lo pela via ordinária, mas tão-somente pela complementar.

Esta questão suscitou grande interesse, pois o Código Tributário Nacional é de 25 de outubro de 1966, tendo advindo, logo a seguir, uma nova Constituição.

Se a conclusão não fosse afirmativa pela sua recepção, haveria a necessidade de um novo Código.

A Decisão que vai a seguir não é a que primeiro consagrou o entendimento da recepção, mas esclarece

o ocorrido, ao analisar outra importante discussão, que foi a da validade da contribuição sobre os lucros das empresas

O acórdão, em suma, registra que, mesmo uma lei votada como se ordinária fosse (Código Tributário Nacional), mas recepcionada por um novo sistema constitucional que lhe atribui o jaez de complementar, não pode vir a ser regularmente modificada pela via da legislatura ordinária, simplesmente porque, se assim se fizesse, restaria descumprido o novo comando constitucional:

*Reconhecido ser o Código Tributário Nacional lei ordinária, mas com força de lei complementar, configura-se hipótese de inconstitucionalidade, e não de ilegalidade, já que usurpada competência reservada pelo Texto Maior àquele diploma. Precedentes do extinto Tribunal Federal de Recursos no julgamento da Apelação em Mandado de Segurança nº 89825/Rio Grande do Sul e do Colendo Supremo Tribunal Federal na apreciação do Recurso Extraordinário nº 101084/Paraná. Questão preliminar que, por maioria, é rejeitada. Estabelecendo, o art. 35, da Lei nº 7.713/88, que os lucros das pessoas jurídicas, ainda não distribuídos, sofrerão tributação na fonte pelo imposto de renda, viola o disposto no art. 43, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), posto que cria nova hipótese de fato gerador, diversa das previstas em texto de maior hierarquia. Em assim estabelecendo, o texto – art. 35, da Lei nº 7.713/88 – violentou o princípio da hierarquia das leis, constitucionalmente estabe-*

*lecido no art. 59, da Lei Maior. Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação de Mandado de Segurança nº 404947, 1991, Rio Grande do Sul. Pleno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. DJ 16.09.92, p. 28541. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região vol. 12, p. 40. Relator Juiz Paim Falcão. Decisão por maioria.*

## AINDA SOBRE A IMPORTÂNCIA DA LEI

*Uma Constituição escrita – e assim tenho enfatizado em diversas decisões proferidas nesta Suprema Corte – não configura mera peça jurídica, nem representa simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos Povos e das Nações. A Constituição reflete um documento político-jurídico da maior importância, sob cujo império protegem-se as liberdades e impede-se a opressão governamental. A Constituição é a lei fundamental do Estado. Nela repousam os fundamentos da ordem normativa instaurada pela comunidade estatal. A normatividade subordinante que dela emerge atua como pressuposto de validade e de eficácia de todas as decisões emanadas do Poder Público. O estatuto constitucional, na pluralidade dos fins a que se acha vocacionado, reflete o momento culminante da instauração de uma ordem normativa revestida do mais elevado grau de positividade jurídica.” (Trecho do Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, na solenidade de sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal, realizada, em Brasília/Distrito Federal, no dia 22 de maio de 1997).*

Por tudo o que vem sendo estudado quanto à legalidade, é pertinente a preocupação demonstrada pelo Ministro Celso de Mello, que, na condição de Presidente do Supremo Tribunal Federal, fez registrar a sua indignação a respeito da impunidade dos crimes transnacionais<sup>26</sup>, falando sobre a ausência de efetiva reação estatal ao desrespeito sistemático das leis. Raciocina o Ministro, dizendo que o descumprimento das leis reduz a autoridade do direito e leva ao descrédito as instituições.

Ora, se é assim, no plano internacional, com a mesma força e indignação, certamente, o será no plano interno.

São as palavras do Ministro, indicando que o hábito do descumprimento normativo acarreta a indignação e a indiferença das populações, e leva à derrocada a autoridade do direito, ferindo a própria dignidade de cada um e de todos:

*a existência da impunidade dos crimes transnacionais e a recusa de cooperação na repressão internacional a esses gravíssimos delitos constituem sinal visível de que o Estado não está sendo capaz de realizar plenamente uma das funções para as quais foi instituído. A ausência de efetiva*

26 Um dos caminhos de combate à ação internacional criminosa é a permuta de informações, relativizando o sigilo. Seguindo esta linha de raciocínio, cito duas recentes leis brasileiras: a) Lei nº 10.174, de 09 de janeiro de 2.001, art. 1: "A Secretaria da Receita Federal resguardará, na forma da legislação aplicável à matéria, o sigilo das informações prestadas, facultada sua utilização para instaurar procedimento administrativo tendente a verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições e para lançamento no âmbito do procedimento fiscal, do crédito tributário porventura existente, observado o disposto no art. 42, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e alterações posteriores."; b) Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2.001, alterando o art. 199, do Código Tributário Nacional: "A Fazenda Pública da União, na forma estabelecida em tratados, acordos ou convênios, poderá permutar informações com Estados estrangeiros no interesse da arrecadação e da fiscalização de tributos."

*reação estatal ao desrespeito sistemático das leis, por parte daqueles que atuam no âmbito de organizações criminosas transnacionais, traduz omissão que frustra a autoridade do Direito, que desprestigia o interesse público, que gera o descrédito das instituições e que compromete o princípio da solidariedade internacional na repressão incondicional aos delitos que ofendem a consciência universal e o sentimento de decência e dignidade dos povos. Por isso mesmo, a impunidade representa preocupante fator de estímulo à delinquência, gerando, no espírito do cidadão honesto, o sentimento de justa indignação contra a indiferença ética do Estado, que se revela incapaz ou destituído de vontade política para punir aqueles que transgridem as leis penais.*<sup>27</sup>

As palavras são fortes, tal como recomenda a gravidade da situação que se constitui com o desrespeito às leis.

A opção pelo abandono da lei é extremamente perigosa. Imagine-se se outras categorias, como, por exemplo, a dos militares (Forças Armadas), viessem a se filiar ao "direito alternativo", partindo para a conclusão de desconsiderar o direito legislado.

Tenho comigo que, ao contrário do que alguns possam imaginar, grande parte dos problemas jurídicos, que, atualmente, assolam o Poder Judiciário, in-

27 O texto foi extraído do noticiário do próprio Supremo Tribunal Federal ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)), veiculado aos 05 de dezembro de 1998, com o título: Íntegra do pronunciamento do Ministro Celso de Mello aos participantes do X Congresso Interamericano do Ministério Público – Parte 4.

clusive o Supremo Tribunal Federal, não são aqueles provenientes dos leigos, mas os decorrentes daqueles que têm conhecimento jurídico, e deveriam chegar, por si sós, a um consenso.

Esta é a minha insistência: a forma democrática de viabilizar a segurança é a lei, que precisa atender aos limites constitucionais.

Em verdade, há quem acredite que a maior entre as manifestações políticas do Estado é a função de elaborar a lei<sup>28</sup>, pois, tanto a função executiva quanto a judiciária, não seriam mais do que de aplicação legal.

Neste quadrante, é de se concordar com Hans Kelsen, que, em sua Teoria Geral do Direito e do Estado, sob o título “Independência dos Juízes”<sup>29</sup>, aponta a similitude entre estas duas funções (*executiva/judiciária*), atribuindo a razões históricas a existência das diversas denominações.

Enfim, a lei é um instrumento assecuratório de liberdade, e assim foi reconhecida, por exemplo, no art. 6º, da *Declaração de Direitos de 1789*, que diz:

*A liberdade consiste no poder de fazer tudo o que não ofende outrem; assim o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites além daqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo destes mesmos direitos. Estes limites não podem ser estabelecidos senão pela lei. (Grifei)*

28 Entre as leis, tenho como de especial destaque a Lei Orçamentária.

29 KELSEN, Hans. *Teoria General del Derecho y del Estado*. Tradução de Eduardo García Maynez. 2. ed. rev.. México: Editora Imprenta Universitaria, 1958. p. 326.

Poder-se-ia pensar que esta afirmação – a lei como um instrumento assecuratório de liberdade – apenas teria incidência para o particular, onde o princípio da legalidade termina por ser resumido na frase “*pode fazer tudo, desde que a lei não proíba*”, e não em relação ao exercício das atividades próprias à Administração Pública, onde a frase seria “*só é permitido fazer aquilo que a lei determina*”.

Ocorre que, tanto na afirmação de que se pode fazer tudo, desde que a lei não proíba; quanto, também, na afirmação de que só é possível fazer aquilo que a lei determina, encontra-se o mesmo espírito, o mesmo fim.

O objetivo é um só, ou seja, o de evitar imposições sem base legal. Assim, o administrador público e o juiz não devem ser avistados como senhores que podem fazer tudo, porquanto sejam servidores da lei.

E não basta atender à legalidade, desvirtuando-a através de interpretações de conveniência e oportunidade. É preciso conformá-la à moralidade e à finalidade administrativas.

Ou, como diz Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo* (obra citada, 15. ed., p. 78-79):

*Cumprir simplesmente a lei na frieza do seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração, por isso, deve ser orientada pelos princípios do direito e da moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais.*

Foi neste sentido que o art. 37, da atual Constituição da República Federativa do Brasil, que trata da Administração Pública, anexou ao princípio da



legalidade, princípios como o da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

Isto porque não basta a segurança pela aplicação da lei. É necessário que se busque a interpretação que melhor atenda aos interesses sociais.

São tentativas constantes de se fixar expressões objetivas para a realização dos valores.

Feitos todos estes comentários sobre o princípio da legalidade, especialmente verificado no contexto do Brasil, é necessário continuar demonstrando os critérios permeadores das providências objetivas que demarcam o princípio da segurança jurídica.

Antes disto, no entanto, peço que se observe o quanto é importante a estabilidade legislativa. Por vezes, passa-se anos construindo uma jurisprudência sobre uma matéria polêmica, e, quando a mesma começa a dar sinais de pacificação, vem o legislador e a altera, começando tudo de novo.

Também quanto à jurisprudência, embora não haja direito adquirido à manutenção da mesma – pois até a súmula pode ser revista –, na medida em que revela o direito na prática, proclamando uma interpretação como assente, é de ser alterada, se este for o caso, com cautela<sup>30</sup>.

Pela extensão das fontes utilizadas, vide Bibliografia em [www.ourem.cjb.net](http://www.ourem.cjb.net).

30 Entre as Súmulas do Supremo Tribunal Federal, aponto uma que foi cancelada e outra que vem sofrendo abrandamentos pelo Superior Tribunal de Justiça. A cancelada é a de nº 301. Era a Súmula nº 301: "Por crime de responsabilidade, o procedimento penal contra prefeito municipal fica condicionado ao seu afastamento do cargo por impeachment, ou à cessação do exercício por outro motivo." Aquela que vem sendo abrandada pelo Superior Tribunal de Justiça é a de nº 621. É a Súmula nº 621: "Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis." Quanto a esta última, ver o Boletim de Jurisprudência nº 27/92, p. 73, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

# TRANSPORTE AÉREO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. REGULAMENTAÇÃO

Jollson Andrade de Souza

Bacharel em Direito. Ex-Aluno da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE

## SUMÁRIO

1. HISTÓRICO; 2. DA REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO; 3. APLICABILIDADE DO CDC (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) AO TRANSPORTE AÉREO DE CARGAS E PASSAGEIROS; 4. APARENTE CONFLITO DE LEI NO TEMPO; 5. OS PRINCÍPIOS TRAZIDOS PELO CÓDIGO DO CONSUMIDOR; 6. NOVAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL; 7. CONCLUSÃO 8. REFERÊNCIAS.

### 1. HISTÓRICO

No ano de 2000, o Brasil possuía aproximadamente 8.547.403,50 quilômetros quadrados, área que, no momento atual, permanece praticamente inalterada<sup>1</sup>. A Constituição Federal trata da questão da integração, na esfera nacional e também latino-americana. A exemplo temos as disposições do art. 4º, X, § único, art. 34, I (aqui, especificamente trata da intervenção para a manutenção da integridade nacional) e art. 43, § 1º, I, todos da Carta Magna. Parecem duas assertivas sem qualquer conexão, não fosse a possibilidade dos seguintes questionamentos: como manter a integridade de um país

1 BRASIL E PARTE DA AMÉRICA DO SUL: MAPA POLÍTICO, RODOVIÁRIO, ESCOLAR, REGIONAL, INFORMATIVO E TURÍSTICO. São Paulo: Trieste, 2000. 1 mapa, color., 90cm x 115cm. Escala 1: 5.000.000

com tamanha dimensão? Como promover a pretendida interação com países entre os quais, por vezes, não há qualquer meio terrestre de acesso? Surge, então, como meio eficaz para concretizar os ideais propostos na Carta Política de 1988, o transporte aéreo. Dentre outros acontecimentos, não menos importantes, que contribuíram para a concretização da desejada integração, podemos citar o estabelecimento de linhas aéreas entre os Estados Unidos e as Guianas, pela empresa norte-americana Panair. A Empresa possuía interesse na segurança de seus vôos naquela rota, instalando, assim, uma estação-rádio de apoio no norte brasileiro e iniciando atividades de uma subsidiária no Brasil, a Panair do Brasil. Surgiu, então, a exploração de vôos regulares postais e de passageiros na costa brasileira<sup>2</sup>. Em conexão com esse acontecimento, a aviação brasileira experimentou importante avanço em seus meios de transporte aéreo, principalmente após as duas grandes guerras mundiais. Aperfeiçoaram-se as técnicas de vôo, intensificou-se a fabricação de aeronaves, destacando-se a EMBRAER na comercialização com vários países, bem como considerável crescimento na instrução e formação de pilotos, tanto comercial quanto militar. Com essa evolução tecnológica e a intensificação das atividades comerciais nesse ramo, surgiu a necessidade de um regramento para a exploração de tais serviços, qual seja, o transporte aéreo de cargas e passageiros, visto não existir, até então, qualquer regulamentação sobre o assunto. Tão imperiosa necessi-

2 ESCOVINO, Denise. Na Era do Rádio, Aerovisão. *Revista do Centro de Comunicação Social da Aeronáutica*, Brasília-DF, n. 204, p. 10-12. abr./jun. 2002.

dade decorreu do fato de que a aeronave não estava, e atualmente não está, limitada ao território nacional, precisando assim serem definidas as responsabilidades e direitos dos transportadores e usuários, determinando então os limites contratuais e extracontratuais no transporte aéreo. Nessa seara, algumas questões, por vezes, suscitam dúvidas quanto à aplicabilidade do CDC. A exemplo, temos os atuais problemas referentes aos atrasos nos vôos, “overbooking” (venda de bilhetes em número superior ao número de assentos disponíveis na aeronave), extravio de bagagem, acidente ocorrido durante o contrato de transporte e, mais recentemente, a crise por que passam as empresas de transporte aéreo, fazendo surgir, não bastassem as dificuldades já enfrentados pelas empresas, questões outras aptas a gerar responsabilidade contratual por defeito do produto ou serviço. Estas questões alcançaram dimensões tais que impulsionaram a criação do Projeto de Lei nº 3.846-b, de 2000, que cria a Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC, e dá outras providências.

## 2. A REGULAMENTAÇÃO DO TRANSPORTE AÉREO

Atualmente, ainda vigora a Convenção de Varsóvia, datada de outubro de 1929, incorporada ao ordenamento pátrio através do Decreto 20.704, de 24 de novembro de 1931, sendo uma das normas internacionais mais importantes a tratar da aviação civil. Houve considerável modificação na Convenção de Varsóvia pelo Protocolo de Haia, de 28 de setembro de 1955. À Convenção de Varsóvia, também foram incorporados

os Protocolos Adicionais nº 1, 2 e 4, de Montreal, bem como o Protocolo Adicional nº 3 (ainda não se encontra em vigor), que alterou o limite da indenização relacionada a atrasos nos vôos e instituiu o DES (Direito Especial de Saque), substituindo o Franco Poincaré, como índice indenizatório. Entretanto, o Protocolo Adicional nº 3 ainda não foi ratificado pelas nações pactuantes, como também não foi incorporado ao ordenamento pátrio. No Brasil, foi sancionada a Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) que, dentre outros temas, reservou todo o Título VIII à Responsabilidade Civil, notadamente nos artigos 246 a 287. Na seqüência dos acontecimentos, surge da vontade popular a Carta Política de 1988, dispondo em seu art. 170 sobre os princípios que fundamentam a ordem econômica, dando especial atenção à defesa do consumidor (art. 170, V). Relacionado ao tema do transporte aéreo, também foi editado o Decreto 97.505, do ano de 1989, tratando da conversão dos índices indenizatórios mencionados em moeda nacional. A grande problemática atualmente é quanto à aplicabilidade da Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), de 11 de setembro de 1990, aos serviços de transporte aéreo de cargas e passageiro. Na doutra lição de Sílvio de Salvo Venosa, “a questão mais complexa a ser enfrentada é a harmonização da aplicação dos princípios do Código de Defesa do Consumidor ao sistema legal abrangente do transporte aéreo”<sup>3</sup>.

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 122.

### 3. APLICABILIDADE DO CDC (CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR) AO TRANSPORTE AÉREO DE CARGAS E PASSAGEIROS

Seguindo a doutrina de Nelson Nery Júnior<sup>4</sup>, podemos conceber como relação de consumo “a relação jurídica entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor”.

Em nosso ordenamento já é pacífica e consagrada, apartada a questão relativa às instituições bancárias, a definição de CONSUMIDOR e FORNECEDOR, esculpida pelo próprio CDC:

*Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*

*Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (Grifo nosso).*

Claro está que os serviços de transporte aéreo de cargas e de passageiros enquadram-se no campo de incidência da norma consumerista, vinculando contratan-

4 GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.249.

te e contratado às suas disposições, observada a proteção especial assegurada ao consumidor em função de sua vulnerabilidade nas relações de consumo (CDC, art. 4º, inciso I).

Não se pode perder de vista que a navegação aérea é competência da União, que irá explorá-la diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão (Constituição Federal, art. 21, inciso XII, "c", c/c art. 175), pelo que haverá a incidência direta do art. 22 do CDC. Este último dispositivo legal, como nos ensina Antônio Carlos Efig<sup>5</sup>, com muita propriedade, é a consagração dos princípios aplicáveis à ordem econômica, inserida aqui a política de proteção ao consumidor, segundo a qual

*em homenagem ao bem-estar da sociedade e das relações humanas, o legislador consagra a proteção ao consumidor, já que se preocupa com os acidentes advindos do uso de produtos e serviços e, por conseqüência, com a qualidade destes produtos ou serviços, bem como com sua proteção no mercado de consumo contra práticas abusivas e no campo da proteção contratual.*

#### 4. APARENTE CONFLITO DE LEI NO TEMPO

Em 11 de setembro de 1990 é sancionado o Código de Defesa do Consumidor, surgindo então a grande controvérsia sobre qual diploma aplicar: a Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáuti-

5 EFING, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. 1. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 21-22.

ca), tratados internacionais e respectivos Decretos de incorporação à ordem interna, ou a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)?

Por primeiro, cabe analisar a aplicabilidade dos Tratados Internacionais na ordem interna.

As disposições constitucionais tratam da questão dispondo que cabe ao Presidente da República a celebração, *ad referendum* do Congresso Nacional, de tratados internacionais (art. 84, VIII da Constituição Federal). Posteriormente, com a ratificação pelo Congresso (art. 49, I), o Presidente da República o promulga.

Os tratados não podem modificar ou contrariar a Constituição. Embora já tenha assim entendido o Colendo Supremo Tribunal Federal, diversamente entende o Professor Celso D. de Albuquerque Mello<sup>6</sup>, para quem

*a ordem internacional acarreta a responsabilidade do Estado quando ele viola um de seus preceitos e o Estado aceita esta responsabilidade, como não poderia deixar de ser. Da constatação deste simples fato podemos observar que o Estado sujeito de direito das duas ordens jurídicas dá primazia ao DI".*

Assevera o autor que "o princípio da responsabilidade é pacificamente consagrado quando a Constituição viola um tratado concluído pelo Estado anterior à sua vigência", sustentando a primazia da norma inter-

6 MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 127. 1 v.

nacional sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma constituição posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada.

As normas internacionais citadas foram todas expedidas anteriormente à Constituição Federal de 1988. Imposta a nova ordem constitucional, os tratados anteriormente pactuados perdem seu fundamento de validade no que contrariar àquela, segundo ensinava Kelsen<sup>7</sup>, nos parecendo acertada a decisão do C. STF no julgamento do RE 109.173-SP, relatado pelo Ministro Carlos Madeira que assim decidiu sustentando esse entendimento.

Ora, a Carta Política de 1988 prevê expressamente em seu art. 119, III, "b" a competência do STF para "*declarar a inconstitucionalidade do tratado*". O próprio Celso D. Albuquerque Mello, pugnando pela primazia do Direito Internacional, admite perigoso o dispositivo em função da maneira como vem decidindo o STF sobre o tema, declarando que "*tal disposição nos parece saudável*"<sup>8</sup>. Tal posicionamento, por um pressuposto de lógica, induz à aceitação da possibilidade de se afastar a aplicabilidade de um tratado internacional na ordem interna, seja por não recepção pela Constituição ou pela declaração de sua inconstitucionalidade.

Há correntes com entendimentos divergentes sobre o tema. A primeira defende a aplicação da Lei 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica), que está em sintonia com a legislação internacional, prevendo indenização tarifada para os casos de danos causados por em-

7 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 221-224.

8 MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. Cit., p. 124.

presas de transporte aéreo aos seus passageiros. Uma segunda corrente pugna pela aplicação do princípio da reparação efetiva e integral, princípio este trazido pelo CDC, afastando a aplicação da Lei 7.565/86 bem como das normas internacionais. Importante a lição de Luís Carmargo Pinto de Carvalho *apud* André Uchoa Cavalcanti<sup>9</sup>, para quem, por força do princípio da continuidade das leis, corporificada no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei terá vigor até que outra a modifique ou a revogue. Há três meios de revogação de uma lei: quando a lei nova expressamente o declarar, quando seja a lei antiga incompatível com a lei nova ou quando a lei nova regula inteiramente a matéria tratada pela lei antiga (art. 2º, § 1º do Decreto-Lei nº 4.675, de 4 de setembro de 1942).

Ademais, leis novas que estabeleçam disposições gerais ou leis novas que estabeleçam disposições especiais a par de leis gerais já existentes não revogam nem modificam lei anterior (art. 2º, § 2º do diploma legal citado).

Infere-se, de imediato, que a temática restringe-se à questão da incompatibilidade entre as normas de direito internacional e Lei 7.565/86 frente ao Código do Consumidor (Lei 8.078/90), vez que esta não traz qualquer referência à revogação daquelas e também não regula inteiramente a matéria referente ao serviço de transporte aéreo, a prevalecer a norma mais recente, em decorrência do princípio da incompatibilidade das normas, visto ser a norma consumerista mais recente e em consonância com os ditames constitucionais.

9 CAVALCANTI, André Uchoa. *Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 66.

Aqueles que defendem a aplicação das normas internacionais sustentam a tese de que não se aplicaria o critério de norma mais recente (o CDC) prevalecer sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, pois o Código do Consumidor não menciona montantes e valores indenizatórios, mencionando apenas genericamente os meios e caminhos de defesa do consumidor. Outro argumento dessa corrente é o de que o Código Brasileiro de Aeronáutica tem prevalência sobre o Código do Consumidor pelo princípio "*lex specialis derogat generalis*", já que aquele é mais específico do que a norma consumerista, que trata do consumo de forma ampla e genérica.

Muito embora haja julgados com direcionamentos diversos sobre o assunto, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já tem o assunto pacificado nas Turmas que compõem a Seção de Direito Privado, conforme RESP 329529, datado de junho de 2002, julgado na Terceira Turma da Seção de Direito Privado do STJ.<sup>10</sup>

No mesmo sentido, podemos citar vários outros julgados do Colendo STJ, como o RESP 161619-SP, de 23 Nov. 2000 – QUARTA TURMA, RESP 286069-SP, de 07 Ago. 2001 – QUARTA TURMA, AGEDAG 464549-RJ, de 20 Fev. 2003 – TERCEIRA TURMA, dentre outros.

Não obstante o entendimento assentado junto ao Superior Tribunal de Justiça, já houve julgados que aplicavam o Código de Defesa do Consumidor por analogia,

10 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 329.529**. 1-As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado assentaram que a indenização pelo extravio de mercadoria não está sob o regime tarifado, subordinando-se ao princípio da ampla reparação. Disponível em <[www.stj.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia](http://www.stj.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia)>. Acesso em 23 ago. 2003.

como se depreende da Apelação Cível 5432511 – Tribunal de Alçada de São Paulo, da qual foi relator o Des. André Mesquita: "*Esse contrato, assim, deixou, no caso, de ser cumprido corretamente, razão pela qual deve a apelada indenizar a passageira, com base, por analogia, nos artigos 19 e 22 da Lei 8.078/90 e Art. 256 item 2º da Lei 7.565/86*" (grifo nosso).

A questão da responsabilidade do Estado brasileiro junto à Comunidade Internacional também já foi alvo de julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal apud Sílvio de Salvo Venosa<sup>11</sup>. Aqui, o C. STF afastou a aplicação de tratado internacional conflitante com lei interna posterior mesmo considerando o descumprimento do tratado no plano internacional.

## 5. OS PRINCÍPIOS TRAZIDOS PELO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Há, notadamente, o conflito de normas sugerido por parte da doutrina, qual seja: que diploma legal aplicar, nos casos de responsabilização por vícios ou defeitos nos serviços de transporte aéreo de cargas e de passageiros. É de se negar eficácia às normas internacionais bem como ao Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86)? É de se fazer incidir diretamente o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e subsidiariamente aquelas normas? Entendemos ser correta a segunda assertiva, e explicamos.

Na lição de Agustín Gordillo, aprendemos que "*violar um princípio é mais grave do que violar uma norma*". Em verdade, nos princípios encontramos toda a fonte de criação de um sistema normativo.

11 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 128.

Com o advento da Constituição Democrática de 1988 ocorreu uma inovação na ordem jurídica. A proteção ao consumidor recebeu regramento especial (art. 170, inciso V). Regulamentando a política nacional das relações de consumo e na conformidade dessa previsão constitucional, foi sancionado o Código de Defesa do Consumidor, trazendo como PRINCÍPIOS fundamentais, dentre outros, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, constante do art. 4º, inciso I do Código consumerista. Não é tratado aqui de presunção, há na verdade vulnerabilidade objetiva.

O CDC consagrou também o PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO EFETIVA, como princípio basilar nas relações de consumo, pelos danos patrimoniais ou morais efetivamente causados pelos fornecedores de produtos ou serviços. Aqui, cabe anotar importante observação do sempre oportuno Sílvio De Salvo Venosa<sup>12</sup>, de que não há qualquer previsão quanto à indenização por **danos morais** efetivamente causados ao consumidor nos serviços de transporte aéreo, seja na Convenção de Varsóvia ou no Código Brasileiro de Aeronáutica. A jurisprudência inclina-se, quase que de forma uníssona, em acolher a reparação integral, não limitando os valores das indenizações por dano material ou moral àqueles constantes de tratados internacionais ou normas outras que não o CDC, quando com este colidirem.

O PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA é mais um ponto de polêmica em relação ao transporte aéreo. Isto porque o art. 20 da Convenção de Varsóvia estipula que não é possível responsabilizar o

12 VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 127.

transportador “se provar que tomou, e tomaram seus prepostos, todas as medidas necessárias para que se não produzisse o dano, ou que lhes não foi possível tomá-las”. Ora, tal disposição afronta a norma do art. 12 do CDC que estabelece a responsabilidade objetiva para o “fato do produto ou serviço”. É de se notar que, embora haja previsão relacionada ao dever de indenizar na Convenção de Varsóvia, esta adotou a teoria da culpa. Diferentemente, o Código Brasileiro de Aeronáutica adotou a teoria do risco, ao estabelecer em seu art. 256, como excusas apenas o estado de saúde do passageiro ou sua culpa exclusiva para os casos de morte e lesão, respectivamente, bem como força maior e determinação de autoridade para os casos de atraso do transporte. Entretanto, tanto em um quanto em outro diploma normativo, a indenização é limitada, afrontando de forma flagrante o princípio acima comentado da reparação efetiva.

A tese de que o Código Brasileiro de Aeronáutica rege os serviços de transporte aéreo por ser mais específico que o Código do Consumidor não pode prosperar, vez que os princípios trazidos pela Constituição da República e pelo Código do Consumidor não acolhem as disposições daquelas normas. Até mesmo a legislação futura deve seguir os princípios consumeristas, como orienta todo o capítulo II da Lei 8.078/90 – CDC.

## 6. NOVAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO CIVIL

Muito embora o transporte de passageiros e de bagagens constitua uma modalidade de prestação de serviços, tratado portanto pelo CDC, o Código Civil de 2002 tratou do tema no Livro I da parte especial, em seu Título VI, Capítulo XIV. Ocorre que, cuidando de

forma genérica o assunto, tratou de todas as formas de transporte, qual sejam, aéreo, ferroviário, rodoviário, fluvial ou marítimo. O art. 732 do novo Código Civil estabelece que “*aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais*” (grifo nosso). O art. 734 estabelece a responsabilidade objetiva, prevendo como única causa excludente de responsabilidade “*força maior*”. O art. 736 prevê hipótese alienígena ao contrato de transporte, que é o caso do transporte gratuito, tendo o STF decidido que policial que viajara de “carona”, quando acidentado, não fazia jus a qualquer indenização. No tocante à indenização, quando devida, deve-se recorrer aos Capítulos I e II do Título IX, onde é tratada a obrigação de indenizar e o montante da indenização.

Em que pese opinião divergente existente, entendemos não ter o legislador aqui afastado a aplicabilidade do CDC. Ao contrário, tratou de forma mais benéfica ao detalhar normas relativas ao transporte de pessoas e de bagagens, como os limites da responsabilidade do transportador, causas excludentes da responsabilidade, deveres e direitos do transportador e do passageiro, estabelecendo também parâmetros para a apuração do *quantum debeat* na obrigação de indenizar.

## 7. CONCLUSÃO

Tratando a Convenção de Varsóvia sobre transporte aéreo internacional, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86) sobre transporte aéreo doméstico, a

Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) sobre as relações de consumo ou fornecimento de serviço e o Código Civil (Lei 10.406/2002), tratando do transporte de passageiros e de bagagens, forçoso concluir pelo acima exposto que o CDC é sempre aplicável às relações de consumo ou fornecimento de serviço, não havendo revogação no que colidir com as disposições de outras normas, ressalvado o caso da responsabilização do transportador de passageiros ou cargas, previsto no Código Civil, uma vez que este *Codex* não se afastou dos princípios adotados pelo CDC e tratou do tema como um *plus*, em harmonia com a política nacional de relações de consumo adotada no art. 4º do CDC. Também não estão revogadas outras normas, face à previsão expressa do art. 7º do CDC que assegura ao consumidor os “*direitos decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária.....*”. Da mesma forma, o art. 732 do Código Civil, acima transcrito, assegura a aplicabilidade do CDC, relativamente aos serviços de transporte, quando não colidir com as disposições daquele *Codex*.



## 8. REFERÊNCIAS (POR ORDEM DE CITAÇÃO)

BRASIL E PARTE DA AMÉRICA DO SUL: MAPA POLÍTICO, RODOVIÁRIO, ESCOLAR, REGIONAL, INFORMATIVO E TURÍSTICO. São Paulo: Trieste, 2000. 1 mapa, color., 90cm x 115cm. Escala 1: 5.000.000

ESCOVINO, Denise. Na Era do Rádio, Aerovisão. **Revista do Centro de Comunicação Social da Aeronáutica**, Brasília-DF, n. 204, p. 10-12. , abr./jun. 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 122.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.249.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. 1. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 21-22.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 127. 1 v.

Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 221-224.

CAVALCANTI, André Uchoa. **Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 66.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 329.529**. 1-As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado assentaram que a indenização pelo extravio de mercadoria não está sob o regime tarifado, subordinando-se ao princípio da ampla reparação. Disponível em: <[www.stj.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia](http://www.stj.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia)>. Acesso em: 23 ago. 2003.

## 8. REFERÊNCIAS (POR ORDEM DE CITAÇÃO)

BRASIL E PARTE DA AMÉRICA DO SUL: MAPA POLÍTICO, RODOVIÁRIO, ESCOLAR, REGIONAL, INFORMATIVO E TURÍSTICO. São Paulo: Trieste, 2000. 1 mapa, color., 90cm x 115cm. Escala 1: 5.000.000

ESCOVINO, Denise. Na Era do Rádio, Aerovisão. **Revista do Centro de Comunicação Social da Aeronáutica**, Brasília-DF, n. 204, p. 10-12. , abr./jun. 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 122.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p.249.

EFING, Antônio Carlos. **Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor**. 1. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 21-22.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 127. 1 v.

Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 221-224.

CAVALCANTI, André Uchoa. **Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002. p. 66.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 329.529**. 1-As Turmas que compõem a Seção de Direito Privado assentaram que a indenização pelo extravio de mercadoria não está sob o regime tarifado, subordinando-se ao princípio da ampla reparação. Disponível em: <[www.stj.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia](http://www.stj.gov.br/jurisprudencia/jurisprudencia)>. Acesso em: 23 ago. 2003.

# EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE EFEITO MODIFICATIVO

José Baptista de Almeida Filho

Desembargador Federal. Corregedor Geral do TRF da 5ª Região

## SUMÁRIO

1. INTRÓITO AO TEMA; 2. EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DO PRÉVIO CONTRADITÓRIO; 3. EVOLUÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO DIREITO NACIONAL; 4. OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA PRÁTICA FORENSE. EXEMPLOS DE EFEITO MODIFICATIVO; 5. PARADIGMAS JURISPRUDENCIAIS; 6. CONCLUSÃO.

### 1. INTRÓITO AO TEMA

Sabe-se que, em Direito, mais importantes do que as regras são os princípios e que aquelas devem ser interpretadas sempre de acordo, e jamais contra estes.

Se até nos direitos e garantias expressos na Constituição não deve o exegeta excluir os princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º), o que dizer das regras infraconstitucionais cujo fundamento nestes repousa?

Tal enfoque tem a sua manifestação apropriada no processo, leito jurídico onde se ganha ou se perde o direito posto à sujeição da jurisdição estatal, quando esta própria se desvia dos princípios que lhe cumpria aplicar.

Por isso mesmo, o sábio constituinte insculpiu as normas-princípios que se lêem nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição como essenciais à regência do processo, decorrendo daí, como conseqüência inarredável, eivar-se de nulidade qualquer ato processual que as contrariar.

Nesse contexto, a expressão *audi alteram partem* (ouça-se a outra parte), que traduz o princípio do contraditório, constitui a própria essência do processo.

Segundo expõe o filósofo holandês Baruch de Spinoza, a essência é o que – presente – faz com que a coisa seja necessariamente estabelecida e – ausente – suprime necessariamente a coisa.

Estabelecido, constitucionalmente, o contraditório como necessário ao processo, segue ser tal princípio da essência deste, de modo que a sua eventual supressão descharacteriza o ato como processual, nulificando-o como tal.

Partindo da definição de atos processuais como aqueles “previstos em lei para a movimentação do processo” (Leib Soibelman), aventar-se-á, com razão, não ser todo ato processual que deve albergar aquele princípio.

Contudo as exceções à regra, aqui, mais precisamente, ao princípio do contraditório, devem ter justificação em um outro princípio, o que indubitavelmente não acontece no processamento unilateral dos embargos de declaração com efeito modificativo, que assim prefiro denominar a embargos de declaração de efeitos infringentes, como, alhures, são também chamados, para não confundi-los com os embargos infringentes propriamente ditos, que é outra espécie recursal estranha ao contexto deste artigo.

## 2. EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DO PRÉVIO CONTRADITÓRIO

A concessão judicial de liminares *inaudita altera pars* constitui exceção ao prévio contraditório no processo por, diante de situações excepcionais de periclituação

de direito plausível, ceder aquele princípio, em termos prioritários, aos princípios da razoabilidade, da efetividade e do devido processo legal. Ainda assim, quer a medida liminar cautelar, quer a antecipatória dos efeitos da tutela final, não devem ser, respectivamente, nem satisfativa, nem irreversível, justo a fim de ressaltarem o contraditório ulterior.

Também não atentam contra o contraditório e justificam-se pelos princípios da celeridade, da economia e da certeza jurídica, as correções judiciais de erros materiais ou de cálculos, pois tratam-se apenas de consertos de equívocos evidentes na decisão, os quais não a modificam, ao contrário do que ocorreria se eles persistissem.

O mesmo se há de dizer, ainda, quanto aos embargos de declaração utilizados apenas para aclarar, acertar ou completar a decisão obscura, contraditória ou omissa, sem modificar o julgamento da questão e, por isso, identificados como de efeito integrativo da decisão.

Inteiramente diversa é a situação dos embargos de declaração com efeito modificativo, cuja plausibilidade de alterar o julgamento impugnado, sem o prévio e devido contraditório, não se justifica em nenhum princípio e não se compadece com os de ampla defesa e do devido processo legal.

A singela aplicação do mesmo procedimento único aos embargos de declaração de efeito integrativo e aos embargos de declaração de efeito modificativo implica em não distinguir o intérprete situações distintas, sem a necessária evolução na exegese desse recurso.

### 3. EVOLUÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO DIREITO NACIONAL

De início, durante o período colonial, esses embargos resolviam-se precisamente na declaração do julgado, conforme enunciavam as Ordenações Filipinas, então vigentes:

*Porém, se o julgador der alguma sentença definitiva, que tenha em si algumas escuras e intrincadas, bem a poderá declarar; porque outorgado é por Direito ao julgador, que possa declarar e interpretar qualquer sentença por ele dada, ainda que seja definitiva, se duvidosa for (Livro III, Título LXVI, 6), a propósito, anotando Cândido Mendes de Almeida:*

*“...segundo o Assento de 1º de março de 1783, em interpretação ao texto transcrito, se declarou que era sempre irrevogável a sentença definitiva depois de publicada” (Código Filipino, p. 669, nota 8).*

Não se cuidava, então, de recurso, mas de incidente processual com finalidade corretiva restrita à mera interpretação do julgado pelo órgão prolator.

Com o advento da República, passou a ser arrolado como recurso pela maioria das codificações estaduais (ressalvados os Códigos de São Paulo e do Rio Grande do Sul), conservando essa natureza quando a legislação processual passou a ser federal, conforme o artigo 808, V, do Código de Processo Civil expedido pelo

Decreto-Lei nº 1608, de 18.09.1939 e, também, no Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 5869, de 11.01.1973 (art. 496, IV) e, então, toda controvérsia que se tem notícia girava sobre a sua natureza de ser, ou não, recurso, malgrado a reiterada posituação.

É que, como noticia José Carlos Barbosa Moreira, “os remédios análogos, nas legislações estrangeiras, em geral ficam fora do elenco dos recursos” (Comentários ao Código de Processo Civil, p. 419).

Curioso assinalar que, nada obstante não possuir natureza recursal na maioria das legislações estrangeiras, ao contrário do que ocorre aqui, a matéria objeto de declaração não refoge, ali, do necessário contraditório entre as partes do processo.

Na Itália, por exemplo, referindo-se ao disposto nos artigos 287 e 288 do CODICE DI PROCEDURA CIVILE, resenha J.M.Othon Sidou

*que a sentença a respeito da qual não tenha sido proposta apelação, pode ser corrigida, a pedido da parte ou por iniciativa do próprio juiz, quando esse incorrer em omissão ou em erro material ou de cálculo. Se todas as partes concordarem, o julgador providencia mediante despacho. Se o pedido de correção for feito apenas por uma parte, a outra é notificada para comparecer à audiência na qual a matéria deverá ser decidida (Processo Civil Comparado, p. 318/319 – sem os grifos).*

Entretanto os conspícuos juristas brasileiros que dissentiam sobre a natureza recursal dos embargos, mesmo admitindo a possibilidade de efeito modificati-

vo, jamais controverteram sobre a necessidade, neste caso, da instalação do contraditório.

O Código de 1973, ainda em vigor, em sua redação original, disciplinava os embargos de declaração diversamente, conforme interpostos perante o juiz de 1º ou de 2º grau, inclusive, com prazos diversos (dois dias e cinco dias, respectivamente), inserindo os primeiros sob o Título VIII (Do procedimento ordinário) e só os segundos no Título X (Dos recursos), o que levou juristas de escol, como o eminente professor Pinto Ferreira, a afirmarem que, na primeira instância constituem-se os embargos de declaração procedimento incidental, e não recurso (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 30, p. 489) e a ironizarem, como o não menos ilustre Sérgio Bermudes: “*Pena que não se possam opor embargos de declaração para que o legislador declare qual a natureza dos embargos, neste Código...*” (idem, p. 495, citado por Rogério Lauria Tucci). Mas o que merece ser assinalado neste esboço evolutivo dos embargos declaratórios é que, então, em qualquer caso, o recurso não interrompia, mas apenas suspendia o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes (parágrafo único do artigo 465), o que, no caso de terem efeito modificativo e não serem, como não costumavam e ainda não costumam ser submetidos ao contraditório entre as partes, só beneficiava ao embargante, pois o embargado, ainda que de vencedor na decisão impugnada, passasse a sucumbente na decisão dos embargos, só então, surgindo o seu interesse de recorrer, não contava para isso com o prazo integral, mas somente com o que sobejasse do prazo utilizado pelo embargante para a oposição dos embargos.

Com a edição da Lei nº 8950/94, apesar de unificados os tratamentos, antes diversos, do recurso em 1º e em 2º grau e corrigida a suspensão por interrupção, persistiu-se no descuido, aliás, menos de *lege ferenda*, do que de interpretação, de não submeter o recurso ao devido contraditório nas hipóteses em que possa gerar o efeito modificativo da decisão impugnada.

#### 4. OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA PRÁTICA FORENSE. EXEMPLOS DE EFEITO MODIFICATIVO

Na prática forense, os embargos de declaração ajuizados, em sua maioria, ou não são conhecidos, ou não são providos, e são propostos, quase sempre, pela parte vencida na decisão impugnada que, quase nunca, deixa de formular pedido expresso de efeito modificativo; freqüentemente procrastinatórios, rarissimamente são assim declarados pelos órgãos julgadores com a aparente complacência da parte embargada que não usa embargar tais omissões, quando menos, para a percepção da multa legalmente devida.

Todavia, nos casos em que conhecidos e providos, sobretudo quando suprem omissões, dificilmente deixam de modificar a decisão impugnada, provocando, em casos tais, surpresa à parte embargada, que não fora previamente notificada para contra-arrazoar a pretensão do embargante e que, por isso, sói ficar desarvorada da necessária segurança jurídica.

Nessa linha, imagine-se um caso em que sentença proferida deixe de analisar a prescrição da ação, alegada à contestação, julgando procedente o pedido do autor. Opostos os Embargos de Declaração (obviamente pelo réu), o juiz, ao reapreciar o processo, certo, ou

vo, jamais controverteram sobre a necessidade, neste caso, da instalação do contraditório.

O Código de 1973, ainda em vigor, em sua redação original, disciplinava os embargos de declaração diversamente, conforme interpostos perante o juiz de 1º ou de 2º graus, inclusive, com prazos diversos (dois dias e cinco dias, respectivamente), inserindo os primeiros sob o Título VIII (Do procedimento ordinário) e só os segundos no Título X (Dos recursos), o que levou juristas de escol, como o eminente professor Pinto Ferreira, a afirmarem que, na primeira instância constituem-se os embargos de declaração procedimento incidental, e não recurso (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 30, p. 489) e a ironizarem, como o não menos ilustre Sérgio Bermudes: “*Pena que não se possam opor embargos de declaração para que o legislador declare qual a natureza dos embargos, neste Código...*” (idem, p. 495, citado por Rogério Lauria Tucci). Mas o que merecer assinalado neste esboço evolutivo dos embargos declaratórios é que, então, em qualquer caso, o recurso não interrompia, mas apenas suspendia o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes (parágrafo único do artigo 465), o que, no caso de terem efeito modificativo e não serem, como não costumavam e ainda não costumam ser submetidos ao contraditório entre as partes, só beneficiava ao embargante, pois o embargado, ainda que de vencedor na decisão impugnada, passasse a sucumbente na decisão dos embargos, só então, surgindo o seu interesse de recorrer, não contava para isso com o prazo integral, mas somente com o que sobejasse do prazo utilizado pelo embargante para a oposição dos embargos.

Com a edição da Lei nº 8950/94, apesar de unificados os tratamentos, antes diversos, do recurso em 1º e em 2º graus e corrigida a suspensão por interrupção, persistiu-se no descuido, aliás, menos de *lege ferenda*, do que de interpretação, de não submeter o recurso ao devido contraditório nas hipóteses em que possa gerar o efeito modificativo da decisão impugnada.

#### 4. OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA PRÁTICA FORENSE. EXEMPLOS DE EFEITO MODIFICATIVO

Na prática forense, os embargos de declaração ajuizados, em sua maioria, ou não são conhecidos, ou não são providos, e são propostos, quase sempre, pela parte vencida na decisão impugnada que, quase nunca, deixa de formular pedido expresso de efeito modificativo; freqüentemente procrastinatórios, raramente são assim declarados pelos órgãos julgadores com a aparente complacência da parte embargada que não usa embargar tais omissões, quando menos, para a percepção da multa legalmente devida.

Todavia, nos casos em que conhecidos e providos, sobretudo quando suprem omissões, dificilmente deixam de modificar a decisão impugnada, provocando, em casos tais, surpresa à parte embargada, que não fora previamente notificada para contra-arrazoar a pretensão do embargante e que, por isso, sói ficar desarvorada da necessária segurança jurídica.

Nessa linha, imagine-se um caso em que sentença proferida deixe de analisar a prescrição da ação, alegada à contestação, julgando procedente o pedido do autor. Opostos os Embargos de Declaração (obviamente pelo réu), o juiz, ao reapreciar o processo, certo, ou

erroneamente, reconhece a omissão e pronuncia a prescrição, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Apesar do provimento dos embargos de declaração para suprir omissão provoque, o mais das vezes, a modificação do julgado, não é somente em tal hipótese que resta agravada a situação processual da parte embargada, pois, embora com menor freqüência, pode também ocorrer em casos de contradição na decisão impugnada.

Suponha-se – *ad exemplum* – que se dê a contradição entre os fundamentos e o dispositivo da decisão, que aqueles, logicamente, conduziam à procedência da ação e neste conste, por equívoco, a improcedência.

Dada a curiosidade, colho outro exemplo, este da lavra do emérito José Carlos Barbosa Moreira:

*em se tratando de anulação de ato jurídico, pleiteada por três diversas causae petendi, cada um dos três votantes, no tribunal, acolhia o pedido por um único fundamento, mas rejeitava-o quanto aos demais: o verdadeiro resultado é o de improcedência, pois cada qual das três ações cumuladas fora repelida por dois votos contra um; se, por equívoco, se proclamar decretada a anulação, e assim constar do acórdão, o engano será corrigível por embargos declaratórios (Novo Processo Civil Brasileiro, p. 181).*

Só excepcionalmente ocorrerá a modificação de decisão cujo defeito seja a obscuridade, posto que, em tal hipótese, restringir-se-á a decisão dos embargos de declaração a esclarecer o ponto obscuro.

Todavia, aventa Rodrigo Otávio Barioni, o exemplo do vício apontado “*tornar a decisão absolutamente ininteligível*” e ambígua ao ponto de “*não se poder dizer com certeza que o pronunciamento feito por ocasião dos embargos seja coincidente com o anterior, admitindo-se, por esse motivo, que seja inovação em relação ao pronunciamento original*” (Revista de Processo n. 105, p. 329).

Não há dúvida que o feliz exemplo supra é de efeito modificativo da decisão impugnada, e que uma, ou até ambas as partes do processo podem, equivocadamente (a depender da incongruência da decisão), restarem convictas de que ganharam a ação e o esclarecimento dos embargos desfazer-lhes a ilusão, com inevitável prejuízo para uma delas.

Aliás, o fato, por si só, da decisão ser embargada de declaração já induz a presunção de cometimento de equívocos pelo juízo prolator (salvo se o recurso for protelatório). Ora, sendo tal juízo o mesmo ao qual compete julgar os Embargos, nada garante que o segundo julgamento seja mais correto do que o primeiro, máxime porque, ao contrário deste, costuma ser proferido sem ouvir as razões da outra parte.

## 5. PARADIGMAS JURISPRUDENCIAIS

Aqui, neste Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tenho sido voto vencido e solitário na questão, inclusive em processo penal, onde são mais graves as conseqüências, mas tenho muito respeito pela posição de meus ilustres pares que, afinal, está de acordo com secular tradição.



Contudo, já é firme na jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**, guardião da Constituição, a necessidade de observância do contraditório quando os embargos de declaração possuem efeito modificativo, qual demonstro, por amostragem, com estes exemplos colhidos à jurisprudência de suas ambas Colendas Turmas:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8950/94 – IMPUGNAÇÃO A ACÓRDÃO QUE CONHECEU E DEU PROVIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO EXTREMO FEITA PELO EMBARGANTE – **EFEITO MODIFICATIVO – NECESSIDADE DE PRÉVIA AUDIÊNCIA DA PARTE EMBARGADA (CF, ART. 5º, LV) – EXTEMPORANEIDADE NÃO CARACTERIZADA – EMBARGOS REJEITADOS.**

– **A garantia constitucional do contraditório impõe que se ouça, previamente, a parte embargada na hipótese excepcional de os embargos de declaração haverem sido interpostos com efeito modificativo.**

– Omissis.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Primeira Turma**, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, **por votação unânime**, em julgar rejeitados os embargos de declaração.

(grifei, Rel. Ministro Celso Mello, EDRE nº 144.981-4 – RJ).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. **JULGAMENTO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS SEM A MANIFESTAÇÃO DA PARTE EMBARGADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTE (250936). REGIMENTAL NÃO PROVIDO.**

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, **por unanimidade**, em negar provimento ao agravo regimental.

(grifei, Rel. Ministro Nelson Jobim – AGRG no AI nº 327.728-6 – SP)

Na mesma linha, já pontifica a jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça**, como nestes expressivos exemplos da Segunda e da Quinta Turmas:

EMENTA: TRIBUTÁRIO – COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS LIMITAÇÃO DA LEI Nº 8.981/95 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – EFEITOS – MANDADO DE SEGURANÇA: DECADÊNCIA.

1. **A jurisprudência vem reconhecendo a possibilidade de se atribuir efeitos infringentes aos embargos declaratórios, quando evidenciados erro material, omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado, suficientes à modificação do entendimento judicial sobre a matéria controvertida, desde que observado o princípio do contraditório.**

2. Omissis.
3. Omissis.
4. Omissis.
5. Omissis.
6. Omissis.
7. Omissis.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, **por unanimidade**, negar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Ministros Franciulli Netto e Francisco Peçanha Martins – Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro CASTRO FILHO.

(sem os grifos – Relatora Ministra Eliana Calmon – Recurso Especial nº 255.486-RS)

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. VÍCIO SANÁVEL. ART. 13 DO CPC. REQUISITOS. ART. 535 DO CPC. PRETENZA OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONCESSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. EXCEPCIONALIDADE.

- I. Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade. Inocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, rejeitam-

se os declaratórios. **A concessão dos chamados efeitos infringentes somente se verifica em casos excepcionalíssimos, desde que observado o princípio do contraditório.**

- II. Omissis.
- III. Omissis.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: a Turma, **por unanimidade**, rejeitou os embargos – Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Relator”.

(sem os grifos – Rel. Ministro Gilson Dipp – EDEL no R.O. em MS nº 12641-PA).

Conhecidas as posições das Cortes Superiores, é de bom alvitre que as próprias partes suscitem o contraditório aos tribunais *a quo*, quando o escopo dos embargos for prequestionar matéria constitucional ou federal para ensejo dos eventuais recursos Especial ou Extraordinário.

Aceite o meu eventual leitor as minhas escusas porque não pesquisei a jurisprudência pertinente nos demais Tribunais Regionais Federais, nem nos Tribunais de Justiça estaduais.

## 6. CONCLUSÃO

Inseparável do princípio da igualdade das partes no processo, o princípio do contraditório, na singela e sempre lembrada definição de Mendes De Almeida consiste na “*expressão da ciência bilateral dos atos e ter-*

mos do processo e na possibilidade de contrariá-los”, constituindo, na atualidade, ou seja, desde 05 de outubro de 1988, com a instalação da nova ordem jurídica, direito constitucional processual, a teor do artigo 5º, LV da Carta da República.

Com efeito, nas ordens jurídicas anteriores e ao tempo da promulgação do Código de Processo Civil em vigor, o contraditório já era aplicado ao processo, mas não por exigência constitucional, como atualmente.

Segue que, ainda que o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal – *ad argumentandum tantum* – no procedimento dos embargos de declaração dispensassem expressamente a oitiva da parte embargada, o que – a bem da verdade – jamais dispensaram, seria a hipotética norma inconstitucional nas hipóteses de modificação do julgado impugnado, a teor do dispositivo constitucional supra- invocado.

Afinal, se nos embargos de declaração com efeito modificativo não há contraditório, também não há defesa, nem muito menos ampla defesa e, sem defesa, nem contraditório, não condiz a modificação introduzida no processo com o devido processo legal.

## A “REINCIDÊNCIA” NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO (LEI 10.826/2003): NOVATIO LEGIS IN MELIUS

Kataryna Just da Costa e Silva

Advogada. Ex-aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE

O legislador, com a finalidade de conter a crescente violência potencializada pelo uso das armas de fogo, acolhendo uma tendência mundial, editou a Lei 9.437, em 20 de fevereiro de 1997, que tratou do seu registro e porte, definiu crimes e estabeleceu outras providências. Recentemente, em 22 de dezembro de 2003, entrou em vigor o Estatuto do Desarmamento, que revogou, expressamente, no seu artigo 36, a Lei do porte de arma, traduzindo-se numa *novatio legis in melius* quanto ao problema da reincidência presente na Lei anterior.

Art. 10, § 3º da Lei 9.437/97:

(...)

§ 3º Nas mesmas penas do parágrafo anterior incorre quem:

(...)

IV – possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

O §3º do art. 10 prevê três delitos autônomos nos incisos I a II e uma qualificadora no inciso IV.

#### IV – possuir condenação anterior por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Neste inciso o legislador não tinha tipificado nenhum delito, ele estabeleceu uma qualificadora. No entender da doutrina, a qualificadora estava mal posicionada (Capez, Flávio Gomes, Luiz Betanho). A figura típica não definia crime autônomo, pois não possuía elementos próprios, e descrevia em local inadequado uma qualificadora, uma vez que impunha abstratamente, mínimo e máximo de pena.<sup>1</sup>

O professor Fernando Capez afirma que “seria absurdo imaginar que a lei definiria como crime simplesmente o fato de ter alguém anterior condenação criminal. Haveria ofensa a um rosário de princípios constitucionais. Não foi essa a *mens legis*. Embora infeliz, o legislador procurou criar, no inciso IV, uma nova qualificadora.”<sup>2</sup>

A qualificadora era aplicável aos tipos do art. 10 caput e §1º, III.

Pelo que dispunha a lei revogada, todos aqueles que já tivessem sido condenados por crime contra a pessoa, contra o patrimônio e por tráfico ilícito de entorpecentes, automaticamente, só pelo fato de possuírem condenação precedente, deveriam ser novamente punidos. Tal interpretação, porém, é absurda. Logo, impunha-se a conclusão de que o inciso IV objetivava majorar a

1 Neste sentido: TJRS, A Crim. n. 700.0000.9563, rel. Des. Carlos Alberto Lafego Canibal, RT 772/672.

2 CAPEZ, Fernando. *Arma de fogo: comentários à Lei 9437/97*. São Paulo: Saraiva, 1997. p.68.

pena de quem, já tendo sido condenado antes (sentença condenatória irrecorrível), praticara novo crime, agora relacionado com arma de fogo.

Interessante que não importava se o autor do fato era reincidente, bastava a condenação anterior.

Era totalmente incongruente com o sistema penal a existência de uma circunstância agravante genérica sendo transformada em qualificadora de um delito especial, aumentando consideravelmente a pena.<sup>3</sup>

Luis Flávio Gomes entende que a qualificadora só deve ser aplicada quando o crime antecedente foi praticado com violência, como, por exemplo, ocorre no homicídio, roubo e tráfico de drogas.

Convém lembrar que se a condenação anterior fosse considerada qualificadora, não poderia ao mesmo tempo exasperar a pena como agravante genérica. Também, decorrido o prazo depurativo previsto no art. 64, I do CP, a condenação anterior não poderia operar como qualificadora.

Por fim, se o trânsito em julgado da condenação anterior se desse antes da vigência da Lei 9.437/97, entendia o STJ que incidiria a qualificadora: “(...) se a conduta delituosa do porte não autorizado de armas ocorreu sob a égide da Lei 9.437, torna-se irrelevante a circunstância de que a condenação por crime contra o patrimônio seja anterior à vigência da nova lei” (HC 11.877-SP. Julgamento 17.08.00. DJU 04.09.00).

O §3º, IV do artigo da Lei 9437/97, previa, portanto, a reincidência como qualificadora dos crimes

3 GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Porte de arma: inaplicabilidade do artigo 10, § 3, da Lei n. 9437/97*. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, 70/6, set. 1998.

descritos no artigo 10, Caput e § 1º. A pena era de reclusão de 2 a 4 anos, além da multa, o que representava o dobro da pena do tipo simples (detenção de 1 a 2 anos).

## O Estatuto do Desarmamento

A Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, corrigindo o equívoco da lei anterior, não possui artigo semelhante. A nova lei contempla a reincidência como qualificadora ou causa de aumento de pena dos crimes de porte de arma e correlatos.

Confrontando-se as duas leis, a 9437/97 e a 10.826/03, observa-se que o Estatuto do Desarmamento é mais benéfico, já que não prevê a mencionada qualificadora. Está-se diante de uma *novatio legis in melius*, e como tal dotada de efeito retroativo incondicional.

Neste caso, a lei, mesmo sem descriminalizar, dá tratamento mais favorável ao réu. Pelo art. 2º, parágrafo único do CP, mesmo que a sentença já tenha transitado em julgado, prevalece a *lex mitior*. Lembra Mirabete que a CF/88 parece restringir o princípio apenas "para beneficiar o réu", excluindo o condenado. Entretanto, com base na interpretação extensiva, deve ele também ser aplicado àquele submetido à pena ou à medida de segurança. Ressalte-se que tal previsão não fere a garantia constitucional da coisa julgada, visto que dita garantia, refere-se às garantias individuais e não ao direito do Estado enquanto titular do *jus puniendi*.

Há julgados no STJ entendendo que "os princípios do Direito Penal, contudo, quando favoráveis ao réu, dispensam formalidade rígida. A lei penal inconstitucional, se favorável, portanto, pode e deve ser aplicada."

Retroatividade da lei mais benigna – o princípio da irretroatividade vige apenas para a lei mais severa. Como consequência, a lei posterior mais benéfica retroage.

Poder-se-ia indagar se o Estado teria o direito adquirido de punir o agente com a pena anterior mais severa. Por várias razões a resposta é negativa, visto que se é o próprio Estado que reconhece que a pena antiga era muito severa, havendo necessidade de atenuá-la, demonstra renúncia ao direito de aplicá-la, não podendo alegar a teoria do direito adquirido.

Ressalte-se que a maior ou menor benignidade de uma lei só pode ser auferida no caso concreto, sendo inúteis quaisquer regras abstratas neste sentido.

Portanto, se, por exemplo, um Juiz ou Tribunal ainda não proferiu a sentença ou acórdão condenatório, competirá ao julgador ou julgadores proceder à adequação penal. Se já houve trânsito em julgado, a competência será do juiz da execução penal, conforme entendimento sumulado do STF (súmula 611).

Do exposto, tem-se que não é dado ao cidadão se iludir com o "milagre do estatuto solitário". É preciso que as leis sejam concretizadas com seriedade e comprometimento dos aplicadores e executores da norma. A correta aplicação da lei tem papel fundamental, sobretudo no que se refere às benignidades que ela possa trazer aos envolvidos.

## REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando. **Arma de fogo: comentários à Lei 9437/97**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FRANCO, Alberto Silva *et al.* **Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial**. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei das armas de fogo**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Porte de arma: inaplicabilidade do artigo 10, § 3, da Lei n. 9437/97. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, 70/6, set. 1998.

JESUS, Damásio Evangelista. **A Questão do Desarmamento**. São Paulo: Phoenix, 2004.

SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson; GENOFFRE, Fabiano. **Leis penais especiais anotadas**. 3.ed. Campinas: Millennium, 2002.

# A IMPORTÂNCIA DO DEVER DE EXPOR OS FATOS DE ACORDO COM A VERDADE NO PANORAMA HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO PROCESSO CIVIL MUNDIAL

Lúcio Grassi de Gouveia

Juiz Titular da 12ª Vara Cível do Recife; Coordenador do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco; Prof. Doutor de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP – Universidade Católica de Pernambuco e ESMape

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 2. ORIGENS E DIREITO ESTRANGEIRO 3. A POLÊMICA ITALIANA 4. CONCLUSÃO

### 1. INTRODUÇÃO

A previsão nos ordenamentos jurídicos de diversos países do dever de expor os fatos de acordo com a verdade revela muito mais do que mera opção legislativa e passa a representar a preocupação do processualista moderno com uma nova ordem fundada na probidade e boa-fé processuais, descartando a concepção de processo civil como jogo ou batalha sem regras.

O Código de Processo Civil brasileiro acolheu o dever de dizer a verdade ao dispor que:

*Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:  
I- expor os fatos em juízo conforme a verdade.*

E, ainda, considerou conduta ilícita, passível de sanção por litigância de má-fé, a alteração da verdade dos fatos, ao dispor:

*Art. 17- Reputa-se litigante de má-fé aquele que:*  
(...)

*II – alterar a verdade dos fatos.*

Tais dispositivos devem ser interpretados sistematicamente, para efeito de aplicação das sanções previstas no art. 18 do CPC (multa e indenização).

Dessa maneira, a análise do inciso I do art. 14 do CPC brasileiro demonstra que o legislador considerou um dever de verdade e não ônus, que tal dever é imposto não só às partes mas também aos procuradores e que o conteúdo de tal dever é a exposição de fatos em juízo conforme a verdade. Ressalte-se que quando a lei confere às partes a faculdade de determinar o seu próprio comportamento, trata-se de simples ônus; se, ao contrário, quer disciplinar determinada conduta, estamos em face de um dever<sup>1</sup>.

Constatamos, ainda, que as sanções legais diferem quando se trata de ônus ou de deveres. Como o ônus consiste na necessidade de realizar uma atividade, sob pena de sofrer um efeito danoso<sup>2</sup>, pela ausência do ato só o litigante é atingido, podendo beneficiar-se o adversário; ocorrendo, todavia, o descumprimento de obrigação legal, nasce para a outra parte o direito de haver ressarcimento do dano que lhe foi causado. Por isso,

1 Cf. LENT-JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 13. ed., p. 72.

2 LIEBMAN, *Manual de Direito Processual Civil*, Trad. brasileira, v. 1, n. 19.

Jauernig, ao tratar dessa matéria, assinala que o dever da verdade é verdadeiro dever e não um ônus<sup>3</sup>.

E tal dever de dizer a verdade é subjetivo, não objetivo; é um dever de veracidade.

Bem procedeu o ilustre autor do Projeto do CPC brasileiro, quanto à técnica primorosa, ao disciplinar expressamente o dever de veracidade, cominando, se descumprido, a responsabilidade pelos danos processuais.

## 2. ORIGENS E DIREITO ESTRANGEIRO

Em outros sistemas jurídicos há previsão legal expressa de um dever de dizer a verdade.

A Áustria deu um passo decisivo ao instituir, no § 178 do CPC, o dever de dizer a verdade:

*Cada parte aduzirá, nas suas alegações, de modo completo, determinado e segundo a verdade, todas as circunstâncias de fato ocorrentes na espécie que fundamentam a sua pretensão, oferecendo as provas necessárias para estabelecer as suas assertivas, manifestar-se-á com precisão sobre as alegações de fato expostas pelo seu adversário e sobre provas por ele oferecidas, explanará os resultados das provas feitas e pronunciar-se-á também com nitidez sobre considerações do seu contendor.*

E o que é fundamental, conforme as circunstâncias, admite-se no Direito austríaco a responsabilidade civil por infração a esse dever.

3 JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 21. ed., p. 86.

O texto do § 178 do Código de Processo Civil austríaco comporta correlação com o art. 408, § 1º, do mesmo diploma, no qual se preceitua, mais especificamente que, desde que haja pedido, se condene o litigante que tenha se comportado, ou melhor, conduzido o processo maliciosamente, e, com isso, tenha causado prejuízos ao seu adversário.

Foi essa orientação austríaca em grande parte responsável pelo abandono da concepção individualística do processo, substituída por uma concepção publicística, não hesitante em limitar a liberdade das partes em favor de um processo em que as mesmas devem ter conduta processual leal e honesta, com dever de só se utilizarem do mesmo para fins e meios lícitos.

Se o dever de dizer a verdade foi consagrado na ZPO austríaca, seguiu-se-lhe a ZPO alemã que, no seu § 138, I, mais sucintamente, formula o mesmo dever de veracidade.

Esse dispõe que “as partes devem fazer suas declarações sobre as circunstâncias de fato com toda amplitude e conforme a verdade”.

Mas nem sempre foi essa a postura do legislador alemão, posto que a ZPO de 1877 (1879) não dispunha expressamente sobre tal dever.

Voltando ainda mais no tempo, anteriormente à ZPO de 1877 (1879), é possível verificar-se a exigência legal do dever de veracidade em antigos ordenamentos processuais, lembrando-se, aqui, a *Preussische Allgemeine Gerichtsordnung*, 1, Einl. § 13 e a *Juengster Reichsabscheid*, § 93 de 1654<sup>4</sup>. Com Frie-

4 Cf. WELTZEL. *Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozess*. Frankfurt am Main, 1939, p. 7 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 69.

drich Wilhelm II (1786-1797), aparecia a *Allgemeine Gerichtsordnung fuer die Preussischen Staaten* (AGO), que continha modificações face à lei processual de 1781<sup>5</sup>.

Carl Gottlieb Svarez (1746-1798), referindo-se à AGO de 1793, entre outros princípios básicos do processo, assinalava estarem as partes obrigadas a dizer a verdade ao juiz, significando a impossibilidade de, por meio de ato ilícito, alguém conseguir uma vantagem<sup>6</sup>.

Pela ausência de preceito, os juristas positivistas, naturalmente, negaram a existência do referido dever, enquanto os pré-positivistas, como Hellwig e Kleinfeller, defenderam doutrina contrária<sup>7</sup>.

Veremos que a situação dos pré-positivistas alemães é parecida com a dos estudiosos italianos de hoje que entendem corretamente estar o dever de veracidade contido num dever mais amplo de probidade, ao contrário de grande parte da doutrina que de forma equivocada entende ser possível um processo probo e honesto, em que as partes não têm o dever de dizer a verdade.

O dever de veracidade, imposto expressamente, como hoje é conhecido, aparece no “Projeto para um novo Ordenamento Processual Civil Alemão” de 1931 (*Entwurf einer neuen deutschen ZPO -1931*), que pretendeu dar nova regulamentação ao processo, e, nesse sentido, tendo como principais objetivos:

5 Cf. CONRAD. *Deutsche Rechtsgeschichte*. 1966, v. II, p. 468 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 69.

6 Cf. CONRAD, op. cit., p. 468; AGO., Einl. §§ 13, 14 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 70.

7 Cf. Hellwig, op. cit., p. 40 e ss e Kleinfeller, op. cit., p. 188, apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 70.



- a) o aceleração do processo;
- b) a simplificação e racionalização dos institutos processuais;
- c) a revisão do conjunto das disposições existentes, com o fim de suprimir divergências e questões duvidosas, sobretudo a transformação das normas que já não correspondiam à visão das necessidades do presente<sup>8</sup>.

Considerou-se, ainda, a questão do dever de veracidade ou do direito à mentira processual, tão importante quanto, por exemplo, a questão referente às máximas da oralidade, imediatidade e eventualidade<sup>9</sup>.

Nos comentários ao Projeto, entendeu-se que a orientação de uma lei processual, em relação ao problema do dever de veracidade em exame, se liga à idéia base em torno da qual a lei processual se constrói<sup>10</sup>.

Não permitiu o *Entwurf*, como antes acontecia na vetusta ZPO, que ficassem as partes desafiadamente entregues ao seu próprio interesse, e assim o livre querer delas na formação do processo foi consideravelmente limitado<sup>11</sup>.

Dessa forma, podemos dizer que, com grande força e intensidade, o pensamento de Klein e o novo ordenamento austríaco interferiram na reforma da ZPO alemã, cuja principal influência original encontra assento no Código de Processo Civil francês de 1806.

8 Cf. *Entwurf, Erlaeterung, IV – Ziele des Entwurfs*, p. 251 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 70.

9 Cf. *Entwurf, Erlaeterung, V – Stellung des Entwurfs zu den wichtigsten Prozessmaximen*, p. 278 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 71.

10 Cf. *Entwurf, Erlaeterung*, pp. 286 e ss. apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 71.

11 Cf. *Entwurf, Erlaeterung*, pp. 286 e ss. apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 71.

Em função dos novos ares, mesmo a doutrina de cunho liberal começa a pregar a concentração do juízo, a libertação de todo falso formalismo e o redimensionamento do princípio dispositivo na investigação dos fatos controversos<sup>12</sup>.

A questão, aliás, estava também relacionada com a chamada “socialização” do direito privado, especialmente no concernente ao papel ativo a ser desempenhado pelo juiz na condução do processo, na medida em que a finalidade essencial da função jurisdicional se transferia do puro equilíbrio de forças individuais para a realização de justiça de cunho material, na perspectiva dos interesses maiores da sociedade<sup>13</sup>.

12 Cf. OLIVEIRA, Carlos. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 52. Assim, e.g., WACH, *grundfragen und reform des zivilprozesses (Questões fundamentais e reforma do processo civil)*, Berlin, Verlag von Otto Liebmann, 1914, p. 16, resume os pontos principais da reforma: “1- carecemos de uma maior energia do processo, principalmente mais intensa concentração e organização da audiência; 2. precisamos de sua libertação do falso formalismo (Befreiung von falsch Formalismus); 3. precisamos de uma imediatidade mais forte da investigação jurisdicional ao conhecimento da verdade e de um aperfeiçoamento do juramento”. Antes, p. 4 e s., Wach valorizara o valor da reforma introduzida pela ZPO alemã de 1877 e elogiara a libertação das cadeias do processo escrito, formalístico, trancado e demorado, com suas doentias preclusões. O que, no entanto, não lhe evitou (p. 15) de inquirar a nova lei em pontos capitais um certo “franzörischen Doktrinarismus” (OLIVEIRA, carlos. **Do formalismo no processo civil**, Saraiva: São Paulo, 1997, p. 52)

13 Cf. BRÜGGEMANN, *Judex statutor*, cit., p. 51-53 apud OLIVEIRA, Carlos. **Do formalismo...**, p. 52. As novelas alemãs de 1909 e 1924 refletem essa linha de evolução, ancoradas notadamente na concentração e aceleração do procedimento. Em ambas se verifica, contudo, certa atenuação da oralidade, com vistas a garantir maior eficiência do processo, permitindo-se às partes reportar-se a memoriais escritos durante a audiência, o que no entanto só contribuiu para a sua maior duração. (consoante HAUSMANN Rainer, e KINDLER, Peter. **La nuova disciplina dell’ordenamento giudiziario e del processo civile nella Repubblica federale tedesca, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, 46 (1992): 951-94, esp. p. 968, sobretudo ante os tribunais, tal referência passou pouco a pouco a substituir o discurso livre (freier Vortrag) previsto na ordenança. Tornava-se praticamente ao processo escrito: as partes faziam suas alegações de fato só gradualmente em memoriais sempre novos e a duração dos processos se estendia cada vez mais – apud OLIVEIRA, Carlos, **Do formalismo...**, p. 52-53).

- a) o aceleração do processo;
- b) a simplificação e racionalização dos institutos processuais;
- c) a revisão do conjunto das disposições existentes, com o fim de suprimir divergências e questões duvidosas, sobretudo a transformação das normas que já não correspondiam à visão das necessidades do presente<sup>8</sup>.

Considerou-se, ainda, a questão do dever de veracidade ou do direito à mentira processual, tão importante quanto, por exemplo, a questão referente às máximas da oralidade, imediatidade e eventualidade<sup>9</sup>.

Nos comentários ao Projeto, entendeu-se que a orientação de uma lei processual, em relação ao problema do dever de veracidade em exame, se liga à idéia base em torno da qual a lei processual se constrói<sup>10</sup>.

Não permitiu o *Entwurf*, como antes acontecia na vetusta ZPO, que ficassem as partes desafortunadamente entregues ao seu próprio interesse, e assim o livre querer delas na formação do processo foi consideravelmente limitado<sup>11</sup>.

Dessa forma, podemos dizer que, com grande força e intensidade, o pensamento de Klein e o novo ordenamento austríaco interferiram na reforma da ZPO alemã, cuja principal influência original encontra assento no Código de Processo Civil francês de 1806.

8 Cf. *Entwurf, Erlaeterung, IV – Ziele des Entwurfs*, p. 251 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 70.

9 Cf. *Entwurf, Erlaeterung, V – Stellung des Entwurfs zu den wichtigsten Prozessmaximen*, p. 278 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 71.

10 Cf. *Entwurf, Erlaeterung*, pp. 286 e ss. apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 71.

11 Cf. *Entwurf, Erlaeterung*, pp. 286 e ss. apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 71.

Em função dos novos ares, mesmo a doutrina de cunho liberal começa a pregar a concentração do juízo, a libertação de todo falso formalismo e o redimensionamento do princípio dispositivo na investigação dos fatos controversos<sup>12</sup>.

A questão, aliás, estava também relacionada com a chamada “socialização” do direito privado, especialmente no concernente ao papel ativo a ser desempenhado pelo juiz na condução do processo, na medida em que a finalidade essencial da função jurisdicional se transferia do puro equilíbrio de forças individuais para a realização de justiça de cunho material, na perspectiva dos interesses maiores da sociedade<sup>13</sup>.

12 Cf. OLIVEIRA, Carlos. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 52. Assim, e.g., WACH, *grundfragen und reform des zivilprozesses (Questões fundamentais e reforma do processo civil)*, Berlin, Verlag von Otto Liebmann, 1914, p. 16, resume os pontos principais da reforma: “1- carecemos de uma maior energia do processo, principalmente mais intensa concentração e organização da audiência; 2. precisamos de sua libertação do falso formalismo (Befreiung von falsch Formalismus); 3. precisamos de uma imediatidade mais forte da investigação jurisdicional ao conhecimento da verdade e de um aperfeiçoamento do juramento”. Antes, p. 4 e s., Wach valorizara o valor da reforma introduzida pela ZPO alemã de 1877 e elogiara a libertação das cadeias do processo escrito, formalístico, trancado e demorado, com suas doentias preclusões. O que, no entanto, não lhe evitou (p. 15) de inquirir a nova lei em pontos capitais um certo “franzörischen Doktrinarismus” (OLIVEIRA, carlos. *Do formalismo no processo civil*, Saraiva: São Paulo, 1997, p. 52).

13 Cf. BRÜGGEMANN, *Judex statutor*, cit., p. 51-53 apud OLIVEIRA, Carlos. *Do formalismo...*, p. 52. As novelas alemãs de 1909 e 1924 refletem essa linha de evolução, ancoradas notadamente na concentração e aceleração do procedimento. Em ambas se verifica, contudo, certa atenuação da oralidade, com vistas a garantir maior eficiência do processo, permitindo-se às partes reportar-se a memoriais escritos durante a audiência, o que no entanto só contribuiu para a sua maior duração. (consoante HAUSMANN Rainer, e KINDLER, Peter. *La nuova disciplina dell'ordenamento giudiziario e del processo civile nella Repubblica federale tedesca, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 46 (1992): 951-94, esp. p. 968, sobretudo ante os tribunais, tal referência passou pouco a pouco a substituir o discurso livre (freier Vortrag) previsto na ordenança. Tornava-se praticamente ao processo escrito: as partes faziam suas alegações de fato só gradualmente em memoriais sempre novos e a duração dos processos se estendia cada vez mais – apud OLIVEIRA, Carlos, *Do formalismo...*, p. 52-53).

Salienta Trocker que o impacto concreto da ideologia autoritária do nazismo fez-se evidente na doutrina por meio da sugestão de “voluntarização” do processo civil, exibindo, porém, pouca influência na legislação e na *Zivilprozessordnung*. Além disso, a expressão técnica do autoritarismo do nacional-socialismo reflete-se não tanto sobre os poderes do juiz, mas na intensificação das iniciativas do Ministério Público e na instituição de jurisdições especiais<sup>14</sup>.

14 Cf. TROCKER, NICOLÓ. *Processo civile e costituzione - problemi di diritto tedesco e italiano*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 66. Do ponto de vista do formalismo, revela-se ainda importante a novela alemã de 1976, em que o legislador procura acelerar a marcha do processo com rígida disciplina das preclusões relativamente a alegações tardias e à introdução de dois modos de desenvolvimento do processo, dos quais um comportava ulterior limitação ao princípio da oralidade. Um dos objetivos da reforma de 1976 era incrementar a possibilidade de ser resolvida a causa numa única audiência por meio de tratamento oral (§ 272, 1, da ZPO). Aspiração dessa ordem pressupõe a completa preparação da audiência, e as duas vias processuais estabelecidas no diploma referem-se exatamente a essa fase preparatória (§ 272, 2, da ZPO), seja pela fixação de uma audiência preliminar oral (*früher erster Termin*, § 275 da ZPO), seja - e aqui a parcial renúncia à oralidade - por meio de um procedimento preliminar escrito (*schriftliches Vorverfahren*, § 276, da ZPO). Cabia ao presidente do tribunal escolher a via mais indicada, mediante decisão irrecurável. A novela de 1990, que voltou a homogeneizar o direito processual por ocasião da reunificação das duas Alemanhas (*Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz* de 17 de dezembro de 1990, em vigor a partir de abril de 1991), caracteriza-se por dois traços fundamentais: a limitação do princípio da oralidade e a remessa da causa ao juiz único. Quanto à primeira, poucas inovações de monta foram introduzidas. Assim, a reforma aumentou o valor das *Bagatellsachen* (causas de pequeno valor) para DM 1.200, nas quais o juiz pode decidir de ofício pelo processo escrito. Outro aspecto diz respeito aos fatos supervenientes conducentes à extinção do processo (*Erlidigung der Hauptsache*). Na regulação anterior, as partes só poderiam pedir a extinção do processo em audiência; agora, em face da nova redação do § 91a, 1, da ZPO, podem fazê-lo por petição ou oralmente ao escrivão do feito. No concernente ao juiz único, a reforma resolve um problema técnico atinente à própria remessa da causa. Sob o regime anterior, o presidente da *Kammer*, com a notificação do ato de citação, deveria indagar da contraparte a respeito da existência de motivos impeditivos da remessa da causa ao juiz único. Concedia-se à contraparte prazo não inferior a duas semanas para prestar tal informação, fixado pelo presidente (§ 271, 3, da ZPO). Segundo a nova redação do § 277, 1, da ZPO, criou-se o ônus de o réu, juntamente com a resposta, manifestar-se a respeito independentemente de determinação judicial. A inovação mais radical, porém, consiste na criação de um procedimento especial probatório autônomo, desvinculado do procedimento ordinário (§§ 485 e s. da ZPO), no âmbito do qual as partes podem efetivar transação de caráter executivo (§ 493, 3, da ZPO).

As considerações feitas, ao ensejo da edição da Novela de 1933, foram, precisamente, aquelas respeitantes a uma profunda mudança de concepção do próprio processo. Restou bastante evidente para a doutrina alemã da época que se repudiava o liberalismo e o individualismo que, precedentemente, informavam o processo. Repudiaram-se palavras célebres de Adolf Wach, ditas para outra época. Esse dizia que o processo se destinava à “defesa do Meu e do Teu”. Ao litígio era estranho o Estado, (...) por isso concluía que o órgão estatal, o juiz, “ocupava posição não parcial”<sup>15</sup>.

Tais idéias não mais podiam subsistir, diante da profunda alteração da própria *ratio essendi* do processo. Diante de tal concepção liberal e individualista, a mentira poderia ser cogitada como arma legítima<sup>16</sup>.

O liberalismo de Manchester é trazido à baila, recordadas as evoluções parciais ocorridas na Europa, a comprometerem, profundamente, a estrutura fundamentalmente liberal e individualista do processo civil alemão (considerações similares foram feitas por Martin Krencker). A intro-

(Ver HAUSMANN, Rainer, KINDLEER, Peter. *La nuova disciplina dell'ordinamento giudiziario e del processo civile nella Repubblica federale tedesca*). Para o problema do formalismo, que concerne em essência ao conflito fundamental entre liberdade e autoridade no âmbito processual, uma das inovações mais interessantes do ordenamento austríaco e seu conseqüente reflexo na legislação alemã consiste na possibilidade de modificação da demanda. Assim, na redação primitiva da antiga ZPO alemã de 1877, consoante a alínea 3 de seu § 235, a alteração da demanda dependia exclusivamente do consentimento do réu, permitida mesmo assim somente em primeiro grau de jurisdição. Já na novela de 1898, atenua-se no § 264 tal possibilidade, atribuindo-se também ao juiz a possibilidade de admitir a mutatio libelli, se concedido o assentimento da contraparte, e não viesse a defesa desta a se comprometer no caso concreto. O passo decisivo, contudo, é dado pela novela de 1924, ao permitir ao juiz aceder na alteração, se a julgasse “conveniente”, mesmo sem o consentimento do demandado, inclusive na instância recursal (OLIVEIRA, Carlos, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53-55).

15 CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 72.

16 Cf. WELZEL. *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, 1935, p. 5 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 72.

Salienta Trocker que o impacto concreto da ideologia autoritária do nazismo fez-se evidente na doutrina por meio da sugestão de “voluntarização” do processo civil, exibindo, porém, pouca influência na legislação e na *Zivilprozessordnung*. Além disso, a expressão técnica do autoritarismo do nacional-socialismo reflete-se não tanto sobre os poderes do juiz, mas na intensificação das iniciativas do Ministério Público e na instituição de jurisdições especiais<sup>14</sup>.

14 Cf. TROCKER, NICOLÓ. *Processo civile e costituzione - problemi di diritto tedesco e italiano*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 66. Do ponto de vista do formalismo, revela-se ainda importante a novela alemã de 1976, em que o legislador procura acelerar a marcha do processo com rígida disciplina das preclusões relativamente a alegações tardias e à introdução de dois modos de desenvolvimento do processo, dos quais um comportava ulterior limitação ao princípio da oralidade. Um dos objetivos da reforma de 1976 era incrementar a possibilidade de ser resolvida a causa numa única audiência por meio de tratamento oral (§ 272, 1, da ZPO). Aspiração dessa ordem pressupõe a completa preparação da audiência, e as duas vias processuais estabelecidas no diploma referem-se exatamente a essa fase preparatória (§ 272, 2, da ZPO), seja pela fixação de uma audiência preliminar oral (*früher erster Termin*, § 275 da ZPO), seja - e aqui a parcial renúncia à oralidade - por meio de um procedimento preliminar escrito (*schriftliches Vorverfahren*, § 276, da ZPO). Cabia ao presidente do tribunal escolher a via mais indicada, mediante decisão irrecorrível. A novela de 1990, que voltou a homogeneizar o direito processual por ocasião da reunificação das duas Alemanhas (*Rechtspflegevereinfachungsgesetz* de 17 de dezembro de 1990, em vigor a partir de abril de 1991), caracteriza-se por dois traços fundamentais: a limitação do princípio da oralidade e a remessa da causa ao juiz único. Quanto à primeira, poucas inovações de monta foram introduzidas. Assim, a reforma aumentou o valor das *Bagatellsachen* (causas de pequeno valor) para DM 1.200, nas quais o juiz pode decidir de ofício pelo processo escrito. Outro aspecto diz respeito aos fatos supervenientes conducentes à extinção do processo (*Erlidigung der Hauptsache*). Na regulação anterior, as partes só poderiam pedir a extinção do processo em audiência; agora, em face da nova redação do § 91a, 1, da ZPO, podem fazê-lo por petição ou oralmente ao escrivão do feito. No concernente ao juiz único, a reforma resolve um problema técnico atinente à própria remessa da causa. Sob o regime anterior, o presidente da *Kammer*, com a notificação do ato de citação, deveria indagar da contraparte a respeito da existência de motivos impeditivos da remessa da causa ao juiz único. Concedia-se à contraparte prazo não inferior a duas semanas para prestar tal informação, fixado pelo presidente (§ 271, 3, da ZPO). Segundo a nova redação do § 277, 1, da ZPO, criou-se o ônus de o réu, juntamente com a resposta, manifestar-se a respeito independentemente de determinação judicial. A inovação mais radical, porém, consiste na criação de um procedimento especial probatório autônomo, desvinculado do procedimento ordinário (§§ 485 e s. da ZPO), no âmbito do qual as partes podem efetivar transação de caráter executivo (§ 493, 3, da ZPO).

As considerações feitas, ao ensejo da edição da Novela de 1933, foram, precisamente, aquelas respeitantes a uma profunda mudança de concepção do próprio processo. Restou bastante evidente para a doutrina alemã da época que se repudiava o liberalismo e o individualismo que, precedentemente, informavam o processo. Repudiaram-se palavras célebres de Adolf Wach, ditas para outra época. Esse dizia que o processo se destinava à “defesa do Meu e do Teu”. Ao litígio era estranho o Estado, (...) por isso concluía que o órgão estatal, o juiz, “ocupava posição não parcial”<sup>15</sup>.

Tais idéias não mais podiam subsistir, diante da profunda alteração da própria *ratio essendi* do processo. Diante de tal concepção liberal e individualista, a mentira poderia ser cogitada como arma legítima<sup>16</sup>.

O liberalismo de Manchester é trazido à baila, recordadas as evoluções parciais ocorridas na Europa, a comprometerem, profundamente, a estrutura fundamentalmente liberal e individualista do processo civil alemão (considerações similares foram feitas por Martin Krencker). A intro-

(Ver HAUSMANN, Rainer, KINDLEER, Peter. *La nuova disciplina dell'ordenamento giudiziario e del processo civile nella Repubblica federale tedesca*). Para o problema do formalismo, que concerne em essência ao conflito fundamental entre liberdade e autoridade no âmbito processual, uma das inovações mais interessantes do ordenamento austríaco e seu conseqüente reflexo na legislação alemã consiste na possibilidade de modificação da demanda. Assim, na redação primitiva da antiga ZPO alemã de 1877, consoante a alínea 3 de seu § 235, a alteração da demanda dependia exclusivamente do consentimento do réu, permitida mesmo assim somente em primeiro grau de jurisdição. Já na novela de 1898, atenua-se no § 264 tal possibilidade, atribuindo-se também ao juiz a possibilidade de admitir a mutatio libeli, se concedido o assentimento da contraparte, e não viesse a defesa desta a se comprometer no caso concreto. O passo decisivo, contudo, é dado pela novela de 1924, ao permitir ao juiz aceder na alteração, se a julgasse “conveniente”, mesmo sem o consentimento do demandado, inclusive na instância recursal (OLIVEIRA, Carlos, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53-55).

<sup>15</sup> CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 72.

<sup>16</sup> Cf. WELZEL. *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, 1935, p. 5 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 72.

Salienta Trocker que o impacto concreto da ideologia autoritária do nazismo fez-se evidente na doutrina por meio da sugestão de “voluntarização” do processo civil, exibindo, porém, pouca influência na legislação e na *Zivilprozessordnung*. Além disso, a expressão técnica do autoritarismo do nacional-socialismo reflete-se não tanto sobre os poderes do juiz, mas na intensificação das iniciativas do Ministério Público e na instituição de jurisdições especiais<sup>14</sup>.

14 Cf. TROCKER, NICOLÓ. *Processo civile e costituzione - problemi di diritto tedesco e italiano*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 66. Do ponto de vista do formalismo, revela-se ainda importante a novela alemã de 1976, em que o legislador procura acelerar a marcha do processo com rígida disciplina das preclusões relativamente a alegações tardias e à introdução de dois modos de desenvolvimento do processo, dos quais um comportava ulterior limitação ao princípio da oralidade. Um dos objetivos da reforma de 1976 era incrementar a possibilidade de ser resolvida a causa numa única audiência por meio de tratamento oral (§ 272, 1, da ZPO). Aspiração dessa ordem pressupõe a completa preparação da audiência, e as duas vias processuais estabelecidas no diploma referem-se exatamente a essa fase preparatória (§ 272, 2, da ZPO), seja pela fixação de uma audiência preliminar oral (*früher erster Termin*, § 275 da ZPO), seja - e aqui a parcial renúncia à oralidade - por meio de um procedimento preliminar escrito (*schriftliches Vorverfahren*, § 276, da ZPO). Cabia ao presidente do tribunal escolher a via mais indicada, mediante decisão irrecorrível. A novela de 1990, que voltou a homogeneizar o direito processual por ocasião da reunificação das duas Alemanhas (*Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz* de 17 de dezembro de 1990, em vigor a partir de abril de 1991), caracteriza-se por dois traços fundamentais: a limitação do princípio da oralidade e a remessa da causa ao juiz único. Quanto à primeira, poucas inovações de monta foram introduzidas. Assim, a reforma aumentou o valor das *Bagatellsachen* (causas de pequeno valor) para DM 1.200, nas quais o juiz pode decidir de ofício pelo processo escrito. Outro aspecto diz respeito aos fatos supervenientes conducentes à extinção do processo (*Erlöschung der Hauptsache*). Na regulação anterior, as partes só poderiam pedir a extinção do processo em audiência; agora, em face da nova redação do § 91a, 1, da ZPO, podem fazê-lo por petição ou oralmente ao escrivão do feito. No concernente ao juiz único, a reforma resolve um problema técnico atinente à própria remessa da causa. Sob o regime anterior, o presidente da *Kammer*, com a notificação do ato de citação, deveria indagar da contraparte a respeito da existência de motivos impeditivos da remessa da causa ao juiz único. Concedia-se à contraparte prazo não inferior a duas semanas para prestar tal informação, fixado pelo presidente (§ 271, 3, da ZPO). Segundo a nova redação do § 277, 1, da ZPO, criou-se o ônus de o réu, juntamente com a resposta, manifestar-se a respeito independentemente de determinação judicial. A inovação mais radical, porém, consiste na criação de um procedimento especial probatório autônomo, desvinculado do procedimento ordinário (§§ 485 e s. da ZPO), no âmbito do qual as partes podem efetivar transação de caráter executivo (§ 493, 3, da ZPO).

As considerações feitas, ao ensejo da edição da Novela de 1933, foram, precisamente, aquelas respeitantes a uma profunda mudança de concepção do próprio processo. Restou bastante evidente para a doutrina alemã da época que se repudiava o liberalismo e o individualismo que, precedentemente, informavam o processo. Repudiaram-se palavras célebres de Adolf Wach, ditas para outra época. Esse dizia que o processo se destinava à “defesa do Meu e do Teu”. Ao litígio era estranho o Estado, (...) por isso concluía que o órgão estatal, o juiz, “ocupava posição não parcial”<sup>15</sup>.

Tais idéias não mais podiam subsistir, diante da profunda alteração da própria *ratio essendi* do processo. Diante de tal concepção liberal e individualista, a mentira poderia ser cogitada como arma legítima<sup>16</sup>.

O liberalismo de Manchester é trazido à baila, recordadas as evoluções parciais ocorridas na Europa, a comprometerem, profundamente, a estrutura fundamentalmente liberal e individualista do processo civil alemão (considerações similares foram feitas por Martin Krencker). A intro-

(Ver HAUSMANN, Rainer, KINDLEER, Peter. *La nuova disciplina dell'ordenamento giudiziario e del processo civile nella Repubblica federale tedesca*). Para o problema do formalismo, que concerne em essência ao conflito fundamental entre liberdade e autoridade no âmbito processual, uma das inovações mais interessantes do ordenamento austríaco e seu conseqüente reflexo na legislação alemã consiste na possibilidade de modificação da demanda. Assim, na redação primitiva da antiga ZPO alemã de 1877, consoante a alínea 3 de seu § 235, a alteração da demanda dependia exclusivamente do consentimento do réu, permitida mesmo assim somente em primeiro grau de jurisdição. Já na novela de 1898, atenua-se no § 264 tal possibilidade, atribuindo-se também ao juiz a possibilidade de admitir a mutatio libelli, se concedido o assentimento da contraparte, e não viesse a defesa desta a se comprometer no caso concreto. O passo decisivo, contudo, é dado pela novela de 1924, ao permitir ao juiz aceder na alteração, se a julgasse “conveniente”, mesmo sem o consentimento do demandado, inclusive na instância recursal (OLIVEIRA, Carlos, *Do formalismo no processo civil*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 53-55).

<sup>15</sup> CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 72.

<sup>16</sup> Cf. WELZEL. *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, 1935, p. 5 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 72.

dução a tal lei marca a separação com a filosofia da antiga ZPO alemã, isso quando afirma que as partes e seus procuradores precisam saber que a administração da justiça não existe somente para elas, e que, simultânea e especialmente, deve servir à certeza do direito do povo em geral<sup>17</sup>.

Quanto à questão de declarar-se de forma expressa – como acontece no direito austríaco – o dever de veracidade, o Projeto respondeu afirmativamente. Por conseguinte, na linha do modelo da Áustria, foi o *Wahrheitspflicht* geral deixado sem sanção e somente em alguns pontos determinados foram cominadas penas processuais<sup>18</sup>.

A experiência austríaca, segundo os comentadores do *Entwurf* – “tem demonstrado que não é desprovida de sentido” a expressa declaração (*ausdrueckliche Feststellung*) do dever de veracidade, e que para os costumes processuais (*Prozessitten*) faz diferença se a mentira é usada como o meio processual permitido, ou se é legalmente proibida<sup>19</sup>.

O dever do representante da parte foi também objeto de considerações em 1931<sup>20</sup>. Von Hippel, a esse respeito, entendeu que o dever não se impõe ao advogado em razão da sua qualidade profissional, mas sim porque ele participa do processo<sup>21</sup>.

17 Cf. WELTZEL, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, 1935, p. 7 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 72.

18 Cf. *Entwurf, Erlaeterung*, pp. 286 e ss. apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 71.

19 Cf. *Entwurf, Erlaeterung*, pp. 286 e ss. apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 71.

20 Cf. VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklaerungspflicht der Parteien im Zivilprozess*. Frankfurt am Main, 1939, p. 389, 390; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 10 n. Auf., Verlag C.H. Beck, München, 1969, p. 321, 8. VIII, § 65: “Der Anwalt verletzt die Wahrheitspflicht nicht, wenn er sich mit der Darlegung des wahren Sachverhalts in Widerspruch zu fruerehen eigenen Behauptungen der Partei setzen und diese dadurch der Unwahrhaftigkeit hezichtigen wuerde”. (BGH, NJW 1952. 1148); *pode o advogado corrigir a afirmação inverídica da parte; o tema merece um tratamento autônomo* (apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 71-72).

O § 133 do *Entwurf* cominava penas para a parte que tivesse utilizado afirmações inverídicas, para que se verificasse o benefício da justiça gratuita (*Armenrecht*)<sup>22</sup>. Os comentadores apontaram esse novo dispositivo como tendo sido legislado segundo o modelo de normas austríacas (§ 65 cesterr. ZPO). E tal regra estava de acordo com a reprovação básica geral da mentira processual<sup>23</sup>.

Dessa forma, e observados tais aspectos na evolução do instituto, a Novela de 1933, ao tempo, trouxe para a Alemanha, legislado e vigente, o *Wahrheitspflicht*<sup>24</sup>.

O Código de Processo Civil da República Federal da Alemanha dispunha no § 138, I, que: as partes devem fazer suas declarações sobre as circunstâncias de fato com toda amplitude e conforme a verdade”. Essa regra legal foi introduzida no Código de Processo Civil pela Lei de 27.10.33, tendo o legislador, na Exposição de Motivos que a justificou, assentado que a nenhuma das partes é facultado induzir em erro o tribunal com inverdades ou embaraçar-lhe o trabalho com dilações processuais maliciosas ou desatentas. À tutela jurídica, a que todos têm direito, corresponde o dever de facilitar ao juiz o encontro do direito mediante atividade processual honesta e diligente<sup>25</sup>.

22 Cf. *Entwurf*, § 133 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 72.

23 Cf. *Entwurf, Erlaeterung*, p. 299 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 72.

24 Cf. WELTZEL, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, 1935, p. 7; cfr. LENT-JAUER-NIG, *Zivilprozessrecht*, 13. ed., 1966, p. 72; SCHOENKE-SCHROEDER-NIESE, *Lehrbuch*, 8. ed., 1956, p. 32; NIKISCH, *Lehrbuch*, 2. ed., 1952, p. 22; BLOMEYER, *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren*, 1963, p. 10; BRUNS, *Zivilprozessrecht*, 1968, p. 116; SAUER, *Allgemeine Prozessrechtslehre*, 1951, p. 175; BOOR-ERKEL, *Zivilprozessrecht*, 2. ed., p. 17 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 72.

25 Cf. ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, p. 131 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 74.

Observe-se que na vigente ZPO da Alemanha, o aludido § 138 encontra-se no “Livro 1º, Disposições Gerais, 3ª Parte, Processo, 1º Título, Debate Oral” (*Ertes Buch. Allgemeine Vorschriften. Dritter Abschnitt. Verfahren. Erster Titel. Muendliche Verhandlung*) e, conforme atrás ficou dito, determina que as partes têm de prestar as suas declarações sobre as circunstâncias de fato completamente, e conformes com a verdade (*Die Parteien haben ihre Erklaerungen über tatsaechliche Umstaende vollstaending und der Wahrheit gemaess abzugeben*)<sup>26</sup>.

Pelo texto legal, estaria o dever limitado à declaração oral das partes. Apesar da má técnica redacional, é evidente a não-limitação do dever a aquilo que ocorre numa determinada audiência, pois ele vale em qualquer circunstância, lugar e tempo<sup>27</sup>.

Tecnicamente, a norma sobre o dever em estudo deveria estar no local “Partes”<sup>28</sup>, não devendo ficar limitada aos esclarecimentos sobre circunstâncias dos fatos, antes estender-se aos esclarecimentos de qualquer tipo.

O dever de veracidade vale não somente para o debate oral, como poderia levar a pensar a posição sistemática do § 138, I, mas também se aplica às declarações escritas e ao procedimento escrito; não se restringe ao processo de conhecimento, pois, vale outrossim para o procedimento monitorio, para o de benefício da justiça gratuita, para a execução, etc<sup>29</sup>.

26 CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 74.

27 Cf. VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklaerungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt am Main, 1939, p. 397 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 74.

28 Cf. VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklaerungspflicht der Parteien im Zivilprozess*, Frankfurt am Main, 1939, p. 396-398 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 74.

29 Cf. ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, p. 291 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 74.

Assim, o dever de veracidade e o de “esclarecimento” precisariam figurar no Livro 1º “Partes” com Título “Dever de veracidade e de esclarecimento”. E esses deveres, ao lado de um outro, também básico, o “para com as custas” (*Kostenpflicht*), deveria ser regulado em “disposição geral” de um código de processo, segundo a forma supra indicada<sup>30</sup>.

Quanto à norma em si, como quer von Hippel na sua doutrina, não poderia ser escrita positivamente: “as partes devem apresentar as suas declarações de acordo com a verdade(...)» (*haben ihre Erklaerungen abzugeben*). Essa regra há-de ser negativa: “Nas suas declarações não devem afastar-se da verdade” (*duerfen hei ihren Erklaerung... von der Wahrheit nicht abweichen*)<sup>31</sup>.

Tal modificação de ordem técnica decorre naturalmente do conceito de *Wahrheitspflicht* proposto pelo mesmo autor: as partes e as pessoas que as auxiliam (*Hilfspersonen*) têm de omitir o que poderia contrariar ou dificultar a descoberta da verdade. Em todas as suas declarações não devem as partes afastar-se da verdade<sup>32</sup>.

No direito brasileiro, o dever de expor os fatos em juízo conforme a verdade está contido em capítulo referente aos “Deveres das partes e dos seus procuradores”, numa demonstração inequívoca de que se aplica a todos os procedimentos e atos do processo.

Quanto ao direito português, prevê não só o princípio da cooperação (art. 266.º, n.ºs. 1 a 4 do CPC), os deveres de boa-fé processual e recíproca correção das

30 Cf. VON HIPPEL, op. cit., pp. 385, 388 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 74.

31 Cf. VON HIPPEL, op. cit., p. 393 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 74.

32 Cf. VON HIPPEL, op. cit., p. 381 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 75.

partes ( art.ºs. 166.º-A e 266.º-B e alíneas 1 a 4 do CPC), como considera litigante de má-fé aquele que “tiver alterado a verdade dos factos ou omitido factos relevantes para a decisão da causa ( art.º 456.º, n.º 2, a )).

Mas não só Brasil, Portugal, Áustria e Alemanha dispõem expressamente sobre o dever de expor os fatos conforme a verdade.

Observe-se que o próprio Código de Direito Canônico atribuiu tal importância à declaração da verdade que facultou ao juiz o poder de interrogar as partes e, outrossim, o dever de provar um fato que é de interesse público. Assim preceitua o canon n. 1.530;

*Iudex ad veritatem aptus eruendam partes interrogare semper potest, immo debet, ad instantiam partis vel ad probandum factum quod publice interest extra dubium poni.*

Também o Código de Organização Judiciária e Processo Civil do Estado do Vaticano impõe o dever de dizer a verdade. É o que se lê no art. 20: “As partes têm o dever de dizer a verdade e de não propor pretensões, defesas ou exceções destituídas de fundamento”.

Feitas tais considerações, passemos ao caso mais complicado: a polêmica italiana.

### 3. A POLÊMICA ITALIANA

No que diz respeito ao direito italiano, não há previsão legal expressa no Código de Processo Civil do dever de veracidade. E uma das mais sérias discussões que presenciamos no direito italiano, ainda atualmente, diz respeito ao questionamento de estar ou não o dever

de verdade contido nos deveres de lealdade e probidade, expressamente previstos no CPC italiano. Sobre tal ponto devemos fazer algumas considerações.

Voltando ao passado, sob o império do Código de Processo Civil Italiano de 1865, não crê Michelli<sup>33</sup>, assumindo uma atitude caracteristicamente positivista, que houvesse um verdadeiro e próprio dever de dizer a verdade no processo.

Chiovenda<sup>34</sup>, ao tratar daquele velho Código, entendia existir nele expresso um dever de veracidade genérico. O diploma de 1865 impunha sanções, como a ameaça de condenação em multa (de 150 a 500 liras), a quem negasse um documento e depois se provasse que fora escrito por quem o contestara<sup>35</sup>.

Segundo Chiovenda, certo é que não existiram formulações genéricas de deveres processuais (e assim o de não afirmar mentiras em juízo) capazes de gravar a liberdade do litigante, mesmo de boa-fé, mas, apesar da ausência expressa, havia, para o litigante, um dever de tal ordem, compreendendo: a) a obrigação de não sustentar teses que, pela sua manifesta inconsistência, não se admite que o litigante esteja delas convencido; b) a obrigação de não afirmar, conscientemente, coisas contrárias à verdade; c) a obrigação de comportar-se, em relação ao juiz e ao adversário, com lealdade e correção. Quem litigasse de má-fé (côncio de não ter razão: litigante temerário) seria responsável pelos danos da lide, além das custas a cargo de quem perdesse (Art. 370)<sup>36</sup>.

33 MICHELLI, *La carga de la prueba*, trad Santis Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 166

34 CHIOVENDA, *Instituições...*, p. 498-500

35 CHIOVENDA, *Instituições*, v. II, trad. Menegale, 1943 p. 498-500.

36 CHIOVENDA, *Instituições*, v. II, trad. Menegale, 1943 p. 496-498.



Em sua redação atual, dispõe o Código de Processo Civil Italiano: "Art. 88. (Dever de lealdade e probidade). As partes e seus defensores têm o dever de comportar-se em juízo com lealdade e probidade".

Nesse texto não encontramos menção explícita ao dever de veracidade, fruto de longa e interminável polêmica ocorrida na Itália, antes da fixação definitiva do teor desse dispositivo legal.

Embora os Projetos Chiovenda e Carnelutti consagrassem o *obbligo*, o Código Italiano dos nossos dias não traz expresso o *Wahrheitspflicht* genérico que a genialidade de Klein construíra, inspirando-se na AGO, na JRA e no juramento de calúnia romano.

No projeto de reforma, elaborado em 1919 por Chiovenda, encontra eco o exemplo de Klein e da codificação austríaca. Muitos anos mais tarde, reconhece-se no relatório do Ministro Grandi, para a reforma operada com o Código de 1942, o aspecto de garantia dos requisitos de natureza formal, mas é repellido o formalismo "mesquinamente conservador", sacramental, arcaico e, portanto, inútil. Dentro dessa linha de entendimento, concernente à forma em sentido estrito, as nulidades são sancionadas "não por cego respeito à forma considerada em si mesma", mas tendo-se em vista o "escopo prático" do ato processual<sup>37</sup>.

Em relação aos poderes diretivos do juiz, o princípio da legalidade impõe a prefixação legal das formas do procedimento e é contrabalançado pela possibilidade atribuída ao órgão judicial e às partes de adequar o

37 Cf. OLIVEIRA, CARLOS. Do formalismo no processo civil, São Paulo: Saraiva, 1997. p. 55.

curso do procedimento às exigências concretas da causa, mediante poderes de aceleração, simplificação ou abreviação<sup>38</sup>.

Todavia, o caráter essencial da lei permaneceu intimamente ligado à concepção individualista do século XIX e sua ideologia liberal, continuando inadvertida, no fundo, a pregação desenvolvida por Franz Klein e Chiovenda no sentido de ressaltar o interesse público na racional e expedita administração da justiça e a atividade judicial exigida por esse enfoque. Além disso, os deveres das partes (dever de probidade, de colaboração e de solidariedade) não foram completamente estruturados. De tal sorte, o processo civil italiano seguiu sendo tratado como assunto privado das partes, desconsiderando a circunstância de que o princípio dispositivo não exclui a efetiva direção do processo pelo órgão judicial<sup>39</sup>.

38 Cf. GRANDI, *Relazione* n. 15 e 16 apud OLIVEIRA, Carlos, op. cit., p. 55.

39 Cf. OLIVEIRA, CARLOS, op. cit., p. 55-56. A recente Lei n. 353, de 26 de novembro de 1990, tenta alterar esse estado de coisas, às vezes perfilhando pontos de vista ultrapassados, como ocorre com a restrição à interferência do juiz na produção da prova, mantida apenas para casos excepcionais, já previstos no Código de 1942. Aspecto significativo é a adoção do juiz único, atuando o colegiado somente por exceção. Do ponto de vista do formalismo, a modificação mais importante diz respeito ao sistema de preclusões, buscando-se a concentração e completude da atividade processual do autor e do réu. Em princípio, autor e réu devem apresentar com a petição inicial e a resposta toda a matéria de fato importante para a causa (arts. 163 e 167). Como ponto crítico da reforma apresenta-se o ônus, imposto ao réu, de apresentar com a resposta, "sob pena de decadência", "as eventuais demandas reconventionais e as exceções processuais e de mérito que não sejam conhecíveis de ofício" (art. 167, § 2º). No desenvolvimento do processo, o papel central foi atribuído à primeira audiência "di trattazione", nesta tendo lugar o interrogatório livre das partes sobre os fatos da causa e a tentativa de conciliação, devendo o juiz assinalar, se inexistente a conciliação, as questões conhecíveis de ofício, para as quais entenda oportuno o debate (concretizando-se, assim, o contraditório). Na mesma audiência, o autor poderá apresentar as demandas e exceções consequentes à demanda reconventional ou às exceções suscitadas pelo réu na resposta (art. 183). Possibilita-se, portanto, de modo expresso, a reconventionis do autor, questão até então controvertida na dogmática italiana. Ponto de realce é que, na mesma audiência, "ambas as partes podem precisar e, sob autorização do juiz, modificar as demandas, as exceções e as conclusões já

Nos projetos de reforma do Código de Processo é marcante a uniformidade no sentido de se legislar expressamente sobre o dever de veracidade.

O Art. 20 do Projeto Chiovenda dispunha que “na exposição dos fatos, as partes e os seus advogados têm o dever de não dizer conscientemente coisa contrária à verdade”<sup>40</sup>.

O Projeto Carnelutti, no seu art. 28, determinava que “a parte tem o dever de afirmar ao juiz os fatos, segundo a verdade, e de não propor pretensões, defesas ou exceções sem lhes ter ponderado o fundamento”<sup>41</sup>.

.....

formuladas”. Segundo a doutrina, a diretiva parece clara no sentido de autorizar largamente ao juiz a emendatio da demanda, exceções e conclusões, momento porque não subordina a autorização a “graves motivos”, como acontece no processo trabalhista italiano. Embora o silêncio da lei, sustenta-se também não estar vedada a alegação de um fato, tornado relevante com base em ius superveniens, fatos supervenientes, ou conhecidos depois do momento da ocorrência das preclusões (TARZIA, O novo processo civil, Revista..., p. 56-7). Alteração radical para o direito italiano, ainda no plano das preclusões, consiste na proibição de inovar no juízo de apelação, tanto no que concerne a novas demandas, quanto a novas exceções e novos meios de prova, de molde a transformar a apelação de novum iudicium em mera revisio prioris instantiae. O Decreto-Lei n. 238, de 21 de junho de 1995, procura colocar certos temperamentos a essa estruturação, flexibilizando o sistema de preclusões, a custo de maiores solenidades e, portanto, de maior demora na entrega da prestação jurisdicional. Com esse espírito, estatuem-se duas solenidades, em primeiro lugar uma “audiência de primeiro comparecimento das partes” e a seguir a primeira audiência “di trattazione” (arts. 4º e 5º do citado Decreto-Lei n. 238). A primeira destina-se ao saneamento do processo, cabendo, ainda, ao juiz nela fixar a data da audiência “di trattazione” e verificar a necessidade de serem posteriormente oferecidos pelas partes outros argumentos de defesa. Deverá, ainda, o órgão judicial fixar um prazo peremptório, de pelo menos vinte dias antes dessa nova audiência, em que o réu poderá oferecer exceções processuais e de mérito, não conhecíveis de ofício. O prazo peremptório para essas defesas não mais se exaure na primeira oportunidade para a resposta, que deveria ser apresentada pelo menos vinte dias antes da audiência “di trattazione” (conforme a alteração operada no art. 167 do CPC italiano pelo art. 3º do Decreto-Lei n. 238), mas é prorrogado ex lege, permitindo-se ao réu completa defesa no curso de toda a fase preparatória e não apenas no seu início. Desaparece igualmente a distinção de regime entre a “precisazione” e a “modificazione” das conclusões, podendo ambas ser oferecidas livremente pelas partes, sem necessidade de autorização judicial (OLIVEIRA, CARLOS, op. cit., p. 56-57).

40 ANDRIOLI. *Commento al Codice di Procedura Civile*. Seconda edizione riveduta e aggiornata disposizioni generali. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1943-XXI. v. 1, disposizioni Generali. p. 226.

41 Idem, p. 226.

Nesse mesmo sentido, salvo alguma modificação de forma, dispunha o Art. 25 do Projecto Rocco<sup>42</sup>.

O Projeto Preliminar Solmi prescrevia no seu Art. 26:

*as partes, os procuradores e os defensores têm o dever de expor ao juiz os fatos, segundo a verdade, e de não propor demandas, defesas, exceções ou provas que não sejam de boa-fé.*

O não cumprimento do dever era sancionado por uma pena que podia atingir a 10.000 liras<sup>43</sup>.

Segundo Andrioli, a norma foi sujeita a aprofundado exame e, salvo raríssima exceção (*Corte d'appello di Messina*), foi unanimemente criticada a aplicação das sanções aos profissionais forenses, considerando-a – no entender de Virgilio Andrioli – uma ofensa à classe que tem grande tradição de probidade<sup>44</sup>.

A *Corte de Appello di Messina* foi a que melhor compreendeu o valor da norma, isso ao pontificar que o dever de probidade era imposto para a moralização do processo e que o Projeto não deixava somente à consciência das partes e patronos o cumprimento do dever, mas, com sentido prático e realista, fazia seguir-se-lhe severas e justas sanções de índole penal e patrimonial<sup>45</sup>.

Os relatórios e propostas ao Projeto Preliminar, apresentados pelas Universidades, criticaram, quase unanimemente, o dispositivo.

42 Idem, p. 226.

43 Idem p. 226.

44 Idem p. 226.

45 Osservazioni e Proposte, p.262; veja-se BATISTA MARTINS com outros pareceres transcritos, op. cit., p. 201 a 203 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 82.

No relatório aprovado pela Faculdade de Jurisprudência da Università di Firenze, e apresentado ao Ministro da Justiça Solmi, encontramos a crítica mais severa ao art. 26, no sentido de que “no sistema vigente que continua a embasar sua eficácia legal da confissão, o dever de dizer a verdade imposto à parte tem essa singularíssima estrutura: que o cumprimento deste dever acaba por prejudicar, quando a verdade é contrária ao seu interesse, mas não pode mais ser útil quando a verdade é contrária ao interesse do adversário. A parte tem o dever de dizer a verdade se essa a prejudica, mas não o direito de ser acreditada quando essa a beneficia”<sup>46</sup>.

Segundo as formulações de Calamandrei (responsável pelo Relatório) a norma teria mais um alcance moral e pedagógico, do que propriamente jurídico, gravando, simplesmente, a responsabilidade da parte sucumbente, quando no processo resultasse que havia alterado a verdade, podendo assim ser condenada nas custas e danos – disposição aliás latente no Art. 370 do Código de Processo Civil então em vigor.<sup>47</sup>

Para a *Università di Palermo* (relatório do Prof. Lipari), o dever de expor os fatos segundo a verdade constituiu demonstração de alta sensibilidade ética dos redatores do Projeto – não era, porém, difícil prever-se que a norma ficaria inobservada. Já quanto ao dever de não agir ou de não se defender com má-fé, se bem que não estivesse expressamente codificado, existia sem

46 ANDRIOLI, op. cit., p. 226-227.

47 Cf. Calamandrei, *Studi*, cit., p. 168, 169; Osservazioni e proposte cit., p. 261 a 285; no escrito *Il Processo como giuoco*, cit., p. 506. Sustenta Calamandrei que o dever de veracidade não pode ser afirmado sem destruir o direito de defesa e num processo do tipo dispositivo fundado na repartição do ônus da prova “si può perfino dubitare se ne abbia il dovere morae”, cfr. Castro Filho, op. cit., p. 105, nota 9/47.

dúvida no ordenamento vigente, e na doutrina recebera o nome de honrosa conduta no processo, compreendendo a proibição de temeridade<sup>48</sup>.

A histórica *Università di Pavia* (relatório do Prof. Cristofolini) – que tem atualmente no seu quadro de professores o grande processualista, o Prof. Doutor Michele Taruffo, que tem honrado a Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco com suas publicações – não fez objeção ao dever referido à “1ª vírgula”, mas quanto ao dever de probidade, no que respeita à sanção, opinava pela limitação das responsabilidades do Art. 77 (do Projeto), salvo para os procuradores e defensores que teriam a responsabilidade guardada, segundo a lei profissional<sup>49</sup>.

A *Università di Bologna*, no seu relatório, pronunciou-se pela excelência do princípio, mas entendeu como excessiva a pena<sup>50</sup>.

A reação havida na Itália, por parte das Universidades e Sindicatos Forenses, fez com que se abolisse do Código de Processo Civil a imposição do dever em análise<sup>51</sup>.

Para Virgilio Andrioli, o desenvolvimento dos trabalhos preparatórios demonstra como o dever de dizer a verdade, contido no Projeto Preliminar Solmi, foi substituído pelo dever de comportar-se no processo com lealdade e probidade, o que incumbe não só à parte mas também ao defensor<sup>52</sup>.

48 Osservazioni e Proposte, cit., p. 273 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 82.

49 Osservazioni e Proposte, cit., p. 273 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 82.

50 Osservazioni e Proposte, cit., p. 265 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit. p. 82.

51 Cfr. ANDRIOLI, op. cit., p. 226-227.

52 Idem, p. 227.

Para Aldo Attardi, os deveres de lealdade e probidade, previstos no art. 88, I, do CPC italiano, determinam que a parte deve ter um comportamento correto no processo e se traduz, em particular, no dever de uma parte de não praticar atos que diminuam ou limitem de qualquer modo o direito de defesa de uma parte, de não desenvolver atividade dilatatória ou supérflua. Para Attardi, o dever de lealdade e probidade não implica, pelo contrário, um dever de verdade<sup>53</sup>.

Salvatore Satta, nos seus Comentários ao Código de Processo Civil italiano, mantém seu ceticismo quanto ao princípio, consagrado no art. 88 do Código de Processo Civil italiano<sup>54</sup>.

Calamandrei, por outro lado, afirma ser incompatível o dever de dizer a verdade com o direito de defesa<sup>55</sup>.

Carnelutti também já pensou dessa forma<sup>56</sup>. No entanto, o mesmo Carnelutti, em sua obra fundamental<sup>57</sup>, veio a entender que se há de impor às partes o dever de dizer a verdade, não sendo lícito o uso do processo com lastro em inverdade consciente, mas sim, há de ser respeitada a sua superior finalidade, que é, no seu sentir, a de fazer justiça, compondo a lide conforme o direito<sup>58</sup>.

Segundo Scarselli, quanto ao debate sobre a existência do dever de dizer a verdade no direito italiano, a doutrina costuma confrontar os arts. 88 do CPC com o art. 14 do *Codice Nazionale Deontologico Forense*<sup>59</sup>.

53 ATTARDI, *Diritto processuale civile I. Parte generale. Seconda edizione*. Dedam: Padova, 1997, p. 366.

54 SATTÀ apud ARRUDA ALVIM, *Tratado...*, p. 389.

55 CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, p. 506.

56 CARNELUTTI, *Giuco e processo*, p. 106.

57 CARNELUTTI, *Sistemi...*, p. 352.

58 CARNELUTTI, *Giuco e processo*, p. 106; *Sistemi di dpc*, p. 352.

59 SCARSELLI, *op. cit.*, p. 246.

Scarselli resume a controvérsia, alegando que a questão relativa ao dever de dizer a verdade é só parcialmente controvertida: alguma doutrina de absoluta minoritariedade sustenta que subsista o dever da parte de dizer a verdade e que a violação de um tal dever comporte mesmo a infração do princípio contido no art. 88 do CPC<sup>60</sup>. Admite que a doutrina majoritária é, todavia, contrária à postulação de um tal dever da parte<sup>61</sup>.

Adere o autor à opinião da doutrina majoritária, admitindo, porém, a existência do dever de dizer a verdade em três situações excepcionais: a) quando o ordenamento atribua plena credibilidade às declarações processuais da parte; b) quando a parte requeira ao juiz uma medida *inaudita altera parte*; c) quando a falta do dever de verdade configurar uma hipótese de dolo revocatório do art. 395 n. 1 do CPC<sup>62</sup>.

60 *Nesse sentido*, v. MARCHETTI, Dolo revocatorio e falsa allegazione. *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 418 ss. e precedentemente, in *tal sentido*, SATTÀ, *Dovere di verità e diritto di disposizione delle parti nel nuovo processo civile italiano*. *Ann. dir. comp.*, 1943, XVII, 1, p. 1 ss. (apud SCARSELLI, *op. cit.*, p. 246).

61 *Nela incluem-se* CALOGERO, *Probità, lealtà e veridicità nel processo civile*. *Riv. dir. proc.* 1939, I, p. 128; FERRARA, *Il dovere giuridico di lealtà processuale*. *Foro it.*, 1939, I, e. 587; CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*. Padova, 1936, I, p. 880; *Id.*, *Istituzioni di diritto processuale civile*. Roma, 1942, I, 232; CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, Studi in onore di Carnelutti, II, p. 488; *Id.*, *I processi delle streghe*, *Riv. dir. proc.*, 1940, I, p. 54; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., I, p. 226; REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, cit., I, p. 205; MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei defensori*, *Commentario al cod. proc. civ. diretto da Allorio*, Torino, 1973, I, p. 959 ss; SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., I, p. 290, para quem o tema "é fruto de ilusão, porque o processo não é nada além de uma luta regulada pelo direito, no qual cada um dos litigantes persegue o seu fim"; CALVOSA, *La condanna al risarcimento dei danni per responsabilità aggravata*, 390, nota n. 32; MESSUTI, *Silenzio della parte e dolo revocatorio*, *Riv. dir. proc.*, 1984, p. 621; e, recentemente, MAZZARELLA, em *Avvocati e procuratori*, *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, IV, 4; ATTARDI, *Diritto processuale civile*. Padova, 1994, 370; e DELLA PIETRA, *Commentario al codice di procedura civile a cura de Vaccarella e Verde*. Torino, 1997, I, 686 (apud SCARSELLI, *op. cit.*, p. 246).

62 Cf. SCARSELLI, *op. cit.*, p. 246.

Para o autor, mesmo após a entrada em vigor do referido art. 14 do Código Deontológico Forense, inexistente o dever de veracidade. Reza o referido dispositivo legal:

Dever de verdade – As declarações em juízo relativas à existência ou inexistência de fatos objetivos, que sejam pressupostos específicos para uma decisão do magistrado, e dos quais o advogado tenha direto conhecimento, devem ser verdadeiras.

I – O advogado não pode utilizar intencionalmente atos ou documentos falsos. Em particular, o defensor não pode admitir um depoimento, nem utilizar provas ou declarações de pessoas informadas sobre fatos, que saibam serem falsos.

II – O advogado deve mencionar as decisões já obtidas, ou a rejeição das decisões requeridas, na apresentação de pedidos ou requisição do pressuposto da mesma situação de fato”<sup>63</sup>.

Scarselli, autor ainda ligado a uma concepção privatista de processo, entende que essa norma contém, além de preceitos de indiscutível moralidade, alguma força processual, e impõe à parte e ao seu defensor não só dois deveres em contraste com o espírito do princípio dispositivo que está na base do processo civil, mas também em contraste com a tradição histórica forense italiana <sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Idem, p. 247.

<sup>64</sup> SCARSELLI, op. cit., p. 247. Para ele, faz-se necessário que a exegese do art. 88 do CPC seja dada também com atenção a essa nova disposição do Código Deontológico Forense, que em parte se propõe a disciplinar uma matéria já regulada por tal norma do CPC.

Ao afrontar o argumento, coloca duas premissas as quais, diante da difícil controvérsia apresentada, poderão considerar-se conseqüências da análise que se segue:

Possui Scarselli entendimento equivocado, mesmo para os padrões italianos, de que o processo civil é disputa na qual existe plena disponibilidade pelas partes, para rejeitar a existência de um dever de completude no processo civil italiano. Entende que esse dever contrasta com o próprio conceito de parte, porque a quem é parte não se pode exigir ser completo e impor-lhe tal dever seria desnaturar a sua função e seu papel no processo. Critica que o quadro do direito italiano, no qual

“a) a primeira é que nem tudo o que constitui ilícito deontológico forense constitui infração do art. 88 do CPC, podendo imaginar-se conduta deontologicamente incorreta e todavia não enquadrável no âmbito da violação do princípio da lealdade e probidade”. Para ele, enquanto o art. 88 do CPC refere-se a um comportamento existente no curso do processo ou de qualquer modo conexo a uma fase judicial, o ilícito deontológico pode ser cometido pelo advogado também fora do processo e também por atividade sem conexão com o exercício da função jurisdicional. E mais, “enquanto a violação do princípio da lealdade e probidade é considerada pelo legislador um ilícito de uma parte contra a outra a obrigar o sujeito culpado ao pagamento das despesas processuais, mesmo que não repetíveis, a prescindir da sucumbência, pelo contrário é bem possível imaginar comportamentos deontologicamente incorretos que, todavia, não coenvolvam a contraparte e não comportem uma obrigação de ressarcimento dos danos à mesma”.

O ilícito deontológico, para Scarselli, é por conseguinte, um campo maior, dentro do qual está contido, em uma relação de genus a species, a violação do princípio da lealdade e probidade.

b) a segunda premissa tende a precisar igualmente que nem tudo o que constitui violação ao princípio de lealdade e probidade diz respeito ao presumido dever de dizer a verdade, podendo se configurar ilícitos ao preceito do art. 88 do CPC que tenham natureza e características diversas. Além disso, o próprio conceito de verdade, uma vez inserido na dinâmica do processo civil, assume forma indefinível de maneira a tornar muito árdua uma sua definição; e ainda se trata, também, de estabelecer o que se deva entender com essa expressão e se, em quais casos e com quais limites, essa se configure realmente como um dever da parte. O estudo da lealdade e probidade processual, portanto, compreende o tema do “dever de verdade” mas não se exaure com esse; nem a esse último fenômeno, segundo quanto tratou de pontualizar a seguir, atribua uma relevância maior de que aquela que efetivamente tenha à luz da técnica do processo.

c) Enfim, é sempre à luz das técnicas processuais que são traçados os critérios concernentes à deontologia forense”. Segundo Scarselli, “parecerá de todo óbvio que os deveres de um advogado não possam deixar de acompanhar os poderes que a esse são atribuídos: em um sistema como o de common law, por exemplo, as regras de comportamento as quais a categoria forense deve seguir são certamente mais rígidas e rigorosas do que entre os italianos; porém, o sistema regula de modo diverso o acesso à profissão, e atribui ao advogado - no processo - poderes que no sistema italiano seriam impensáveis, como aqueles, por exemplo, de proceder autonomamente à instrução da controvérsia e à colheita da matéria da causa.

“a parte teria o dever de ser completa e de dizer a verdade se essa o prejudica, mas não o direito de ser acreditada quando essa o beneficia”, pelo que entende que o sistema poderia ser modificado para que a parte tivesse crédito quanto a qualquer declaração, mas não no atual sistema italiano, no qual as declarações da parte têm eficácia probatória somente se de caráter confessório, o que torna impossível a exigência de um dever de completude. Observa, ainda, que se torna impossível a completude pelo que o defensor não pode causar dano a seu

Segundo Scarselli, “estender a realização de um sistema inspirado naquele modelo, porquanto contraste com a tradição italiana, poderá também ser desejável; o que, porém, não parece aceitável é pretender aquele rigor comportamental sem contextualmente atribuir à classe forense poderes e prestígio correspondentes”. Para ele, “em um sistema processual como o italiano, no qual no fundamento de construção dos institutos está a convicção de que a parte faz somente os próprios interesses e que é credível somente quando afirma fatos contrários aos próprios interesses, fica dificilmente pensável atribuir a essa os deveres deontológicos que não tenham em conta essa realidade. Igualmente uma rigorização da deontologia forense, para que tenha crédito e possibilidade aplicativa, não pode prescindir dos critérios de acesso à profissão, que estão estritamente conexos com o tema aqui tratado. d) sempre por força da conexão entre regra deontológica e técnicas processuais, se deve, pois, recordar um ulterior princípio, pelo qual o que é processualmente lícito não pode ser deontologicamente incorreto ( Neste sentido, Cass. 3 febbraio 1971 n. 246, in Giust. civ., 1971, I, p. 727 segundo o qual a observância da lei processual não pode mais comportar a violação do art. 88 do CPC, nem tanto menos pode dar lugar a hipóteses de dolo e fraude processual ). E isso, não tanto no sentido de que a deontologia não possa ocupar-se de fenômenos que transcendam a legalidade e que, ao contrário, encontre a sua razão de ser na moral e/ou no costume da prática judiciária, quanto no sentido de que de qualquer modo uma regra deontológica não pode dispor em contraste com as leis do Estado. A deontologia forense, portanto, pode intervir se a lei não exista, colmatando assim algumas lacunas do sistema e endereçando à classe forense sob um perfil mais estritamente ético, mas não poderá pôr-se em contraste com aquilo que a lei disponha de forma suficientemente clara. Isso é confirmado também na própria natureza do preceito deontológico, que se fixa de um ato interno, ou seja, de uma deliberação do Consiglio Nazionale Forense ( v. a aprovação do Codice Deontologico Forense com deliberação de 17 de abril de 1997, **Guia al diritto**, Sole 24 Ore del 7 giugno 1997 ): e portanto, o Codice Deontologico Forense está para o Codice di Procedura Civile, como, por exemplo, um regulamento de condomínio está para o Codice Civile; em ambos os casos, o ato de regulamentação interno não pode pôr-se em contraste com a lei do Estado; se isso ocorresse, o ato interno deveria considerar-se inutiliter dato”. Essa, segundo o autor, deve ser também a relação a ser traçada entre o art. 88 do CPC e o art. 14 do Codice Deontologico mencionado( SCARSELLI, op. cit., p. 247-251 ).

cliente, o que estaria expresso nos arts. 622 do CP, sobre segredo profissional, e 380 e 381 do CP, sobre infidelidade patrocínio<sup>65</sup>.

Admite que pressupor um dever de completude na declaração dos fatos significaria, em substância, obrigar a parte a confessar tudo o que soubesse ser vantajoso para a parte adversa e ainda, significaria igualar os atos da parte, inclusive o interrogatório livre e o interrogatório formal, à prova testemunhal, porque aquela teria as mesmas obrigações dessas (testemunhas). Acrescenta que a parte, ao contrário da testemunha, não responde pelo crime de falso testemunho do art. 372 do CP<sup>66</sup>.

Em síntese, para o autor, lealdade e probidade não conteriam deveres de verdade e completude, só existindo o dever de verdade em situações excepcionais.

Para Calogero, o Código de Processo Civil Italiano admitiu que pode haver no processo um dever de probidade e lealdade, mas não um de veracidade, tratando-se, por isso, de saber-se se existe para a parte um dever de afirmar a verdade no processo e uma proibição de falsas alegações<sup>67</sup>.

65 Idem, p. 260-261.

66 Idem, p. 262.

67 O texto resume o problema que preocupa a doutrina italiana; **Jus, Rivista di scienze giuridiche**, Nuova Serie - Anno XI, Dicembre 1960, Fac. IV; C.E. BALOSSINI (pp. 573 a 580) faz um comentário sobre o escrito de PAJARDI. **La responsabilità per le spese e i danni del processo**. Milano, Giuffrè, 1959, p. 444; ap. 12, como indica BALOSSINI, PAJARDI escreve: “Mache cosa é la lealtà processuale? Se tien conto che l' art. 88 la accoppia alla probità processuale e se vi vuol dire alle parole un valore, non può concludersi che essa è atto di chi dice la verità, senza contraddirsi, senza sospingere il giudice su false istruttorie. senza opporsi fraudolentemente o desatigatoriamente a produrre documenti decisivi a sue mani... Se lealdade inclui ou não inveracidade ou se há identidade, etc., é problema da filosofia do direito quando a esse se relacionam a lealdade e a veracidade. Mas é problema para o processualista, quando verifica se atos processuais desleais se identificam sempre com atos processuais contrários ao dever de veracidade. Sabemos que não se identificam, mas pode um ato processual ser ao mesmo tempo desleal e inverídico. O legislador há-de atender à melhor técnica que permita a facilidade de aplicação dos modelos que constrói, daí: autonomia do “Wahrheitspflicht”, atribuindo-lhe o lugar que lhe é reservado no dispositivo legal” (apud GUIDO CALOGERO, **Saggi di etica e di teoria del diritto**. Bari, Gius. Laterza & Figli, Tipografi-Editori-Libra, 1947, p. 246).

Guido Calogero defende posição mais moderada que a dos autores que pura e simplesmente rejeitam a existência do dever de veracidade no CPC italiano. Admite que, apreciando-se a evolução dos trabalhos preparatórios do CPC italiano, conclui-se que existe o dever de ser probo e leal, mas não aquele de ser verdadeiro. Constata, porém, que tal posicionamento apresenta dificuldades e no decorrer de sua obra procura compatibilizar os princípios da verdade e lealdade, chegando a afirmar que se deve distinguir a alteração da verdade operada concordemente pelas partes, da alteração da verdade operada de uma parte com dano para a outra. Entende, que só essa última pode receber o nome de deslealdade. Admite, assim, que a falta de probidade e lealdade condenada pelo artigo 29 do *Progetto* definitivo é, portanto, a mesma falta de veracidade prevista pelo art. 26 do *Progetto preliminar*, quando ela seja praticada por uma parte com dano para a outra (admite, ainda, que a não veracidade prontamente reconhecida após a contestação da parte contrária não é, portanto, infração do dever de lealdade – *nemo mendax nisi bis mendax*. Constata que, para que a mentira equivalha ao dolo revocatório, deverá surpreender a boa-fé do magistrado, constituindo-se assim motivo de revogação, devendo influir na sentença, que assim será considerada efeito dessa mentira<sup>68</sup>.

68 GUIDO CALOGERO. *Saggi di etica e di teoria del diritto*. Bari, Gius: Laterza & Figli, Tipografi-Editori-Libraii, 1947, p. 250.

Calogero resume seu pensamento a três regras:

- a) *meno mendax coram iudice nisi mendax coram parte*: vale dizer que somente a contestação da parte contrária permite ao juiz verificar a infração ao dever de veracidade – lealdade;
- b) *nemo mendax nisi bis mendax*: vale dizer que uma afirmação pode ser considerada mentirosa pelo juiz, somente após a parte que a afirmou haver reafirmado a mesma como verdadeira, após a contestação da parte contrária;
- c) *nemo mendax si confitens*: vale dizer que a sanção aplicada à infração ao dever de agir com lealdade e probidade entra em vigor somente quando a afirmação mentirosa seja favorável ao interesse da parte<sup>69</sup>.

A posição de Calogero não deixa de ser um avanço, posto que, ao admitir que se deve distinguir a alteração da verdade operada concordemente pelas partes, da alteração da verdade operada de uma parte com dano para a outra e que só essa última pode receber o nome de deslealdade, sendo portanto sancionável, indica o caso mais comum existente na prática forense, que é o da parte que mente para obter vantagens processuais.

Pela existência plena do dever de veracidade, posição com a qual concordamos apesar da análise dos trabalhos legislativos que precederam à promulgação do art. 88 do Código de Processo Civil italiano, posiciona-

69 Idem, p. 248-256.

se Marchetti. Modernamente – ensina Marchetti – não se pode desconhecer a existência, no processo civil italiano, do dever de veracidade em qualquer declaração da parte, e o art. 88 do Código de Processo Civil italiano serve de argumento para a assertiva. A constatação de que a veracidade é a mais elementar forma de lealdade e probidade é a síntese da tese desse autor<sup>70</sup>.

A falsa alegação, entende Marchetti, constitui uma das hipóteses de deslealdade e improbidade (art. 88), enquanto intencionalmente efetuada, e constitui um caso de dolo, podendo dar lugar à revogação prevista no art. 395, n. 1, do Código de Processo Civil Italiano<sup>71</sup>.

Da mesma forma Cappelletti ensina não poder ser recusada a presença de um dever de veracidade no direito positivo italiano<sup>72</sup>.

Anteriormente, Calogero defendera idêntico entendimento, e Michelli, por seu turno, sustenta não ser incompatível o dever de veracidade com o direito positivo italiano<sup>73</sup>.

Dessa forma, a moderna doutrina italiana, representada por Marchetti e Cappelletti, sustenta a existência do dever em estudo.

Esses processualistas encontram-se numa posição muito semelhante à daqueles juristas alemães, de antes de 1933, denominados pré-positivistas, por terem admitido um *Wahrheitspflicht*, pois silenciava sobre ele a

70 Veja-se MARCHETTI, Dolo revocatorio e falsa allegazione, *Rivista di diritto processuale*, anno XV (1960), n. 3, p. 418-445 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 84-85.  
71 Veja-se MARCHETTI, op. cit., pp. 418 a 445 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 84-85.  
72 Cfr. CAPPELLETTI, La test., cit., id. apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 84-85.  
73 Cfr. CALOGERO, Probità, lealtà, veridicità nel processo civile, *Rivista di diritto processuale*, vol XVI, parte 1, 1939, p. 166-169 apud CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 84-85.

ZPO. Há, no entanto, uma diferença entre os pré-positivistas alemães de antes de 1933 e Marchetti ou Cappelletti. Tendo o Art. 88 consagrado um *dovere di lealtà e probità* – no argumento de Marchetti – não é difícil nele incluir o dever de veracidade<sup>74</sup>, posição que não merece reparos, principalmente diante do art. 14 do Código Deontológico Forense italiano<sup>75</sup>.

Não podemos deixar de concordar com essa doutrina, que reputamos melhor explicar o conteúdo e alcance dos deveres de lealdade e probidade, incluindo nos mesmos o dever de verdade. Não pode haver processo leal e probo onde as partes não colaboram com o juiz ou tribunal, onde procuram alterar impunemente a verdade dos fatos.

74 CRESCI SOBRINHO, op. cit., p. 85, onde admite que, pelas semelhanças entre essa doutrina italiana e a dos pré-positivistas alemães de antes de 1933, não seria descabida a designação de uma corrente quase pré-positivista italiana moderna.

75 Para Marchetti, no sistema italiano existe um dever de dizer a verdade pelas razões que se seguem:

- a) o dever de dizer a verdade coincide com o dever de não alegar fatos conhecidos como inexistentes, de não contestar fatos conhecidos como verdadeiros, e consequentemente, de responder verdadeiramente em sede de interrogatório;
- b) se não estivesse contido no art. 88 do CPC italiano o dever de dizer a verdade, seria francamente desvalorizado o preceito do art. 88 do CPC a uma mera norma de costume, privada praticamente de qualquer conteúdo jurídico concreto;
- c) se a verdade e a justiça estão necessariamente juntas, nada é mais contraditório do que administrar a justiça ou atuar sem respeitar a verdade;
- d) não há contradição desse dever com o princípio dispositivo porque, que o juiz tenha que decidir exclusivamente segundo os fatos alegados pela parte não pode assumir-se como elemento de contraste com o dever dessa de apresentar-lhe os fatos não alterados; paralelamente, nenhuma dificuldade de ordem lógica impede de conceber um dever de verdade limitado, todavia, somente ao ônus da alegação e da prova, no sentido de que o autor teria o dever de expor, de modo verídico e completo, somente os fatos motivadores do próprio pedido; nem nenhum impedimento pode ser visto no regime da confissão qual prova legal, porque quem declara um fato diverso do verdadeiro, sabendo estar mentindo, engana, enfim, à função instrumental objetiva da confissão que é aquela de testemunhar um fato acontecido e verdadeiro, e persegue um fim diverso, pelo menos de ordem dispositiva, que desnaturaliza a essência do ato" (MARCHETTI, op. cit., p. 431, 432, 437 apud SCARSELLI, op. cit., p. 268-269).



Trazemos, ainda, uma consideração de ordem hermenêutica a amparar essa tese. Não poderíamos deixar de observar que, após promulgado o texto legal, a chamada “*voluntas legis*” se desprende da chamada “*voluntas legislatoris*”. A lei, interpretada de acordo com a realidade social vigente e com os valores da época, independentemente da vontade originária do legislador, é o que nos interessa. Sabemos que uma interpretação histórico-evolutiva tem sua relevância. Mas tal importância não pode chegar ao ponto de impedir uma análise sistemática da norma. Não vemos como um sistema possa prever um dever de lealdade e probidade e admitir que as partes faltem com a verdade no processo, como se alguém pudesse ser leal e mentiroso ao mesmo tempo.

Sabemos da eterna polêmica entre objetivistas e subjetivistas. A questão passa pela indagação histórica de qual deveria ser o sentido de unidade último e determinante do sistema. A princípio, a concepção dominante de que o texto da lei era expressão da *mens legislatoris* leva Savigny a afirmar que interpretar é compreender o pensamento do legislador manifesto no texto da lei. De outro lado, ele enfatiza a existência fundante dos “*institutos de direito*” que expressam relações vitais responsáveis pelo sistema jurídico como um todo orgânico, um conjunto vivo em constante movimento. Daí a idéia de que seria a “*convicção comum do povo*” ( *Volkgeist* ) o elemento primordial da interpretação normativa. Essa oscilação entre um fator subjetivo – o pensamento do legislador – e outro objetivo – o “*espírito do povo*” – torna-se, assim, um ponto nuclear para entender-se o desenvolvimento da ciência jurídica como teoria da interpretação. Surgiram, dessa forma, duas

correntes, uma reconhecendo como sede do sentido das normas a vontade do legislador e outra a “*vontade da lei*”, as doutrinas subjetivista e objetivista, respectivamente. A doutrina subjetivista preconiza que, sendo a ciência jurídica um saber dogmático (a noção de dogma enquanto um princípio arbitrário, derivado da vontade do emissor da norma, lhe é fundamental) é basicamente uma compreensão do pensamento do legislador. Assim, interpreta *ex tunc* e adota o método histórico. Os objetivistas vêem na norma um sentido próprio (o dogma como arbitrário social) independente da vontade do legislador, devendo compreender-se *ex nunc*. Ressalta os aspectos estruturais em que a norma ocorre e as técnicas apropriadas à sua captação<sup>76</sup>.

76 Karl Engish resume a polêmica entre as duas correntes nos seguintes argumentos:

“a) Os objetivistas contestam os subjetivistas:

- 1 - Pelo argumento da vontade, afirmando que uma ‘vontade’ do legislador é mera ficção, pois o legislador é raramente uma pessoa fisicamente identificável;
- 2 - Pelo argumento da forma, pois só as manifestações normativas trazidas na forma exigida pelo ordenamento têm força para obrigar, sendo, em consequência, aquilo que se chama de legislador, no fundo apenas uma competência legal;
- 3 - Pelo argumento da confiança, segundo o qual o intérprete tem de emprestar confiança à palavra da norma como tal que deve, em princípio, ser inteligível por si;
- 4 - Pelo argumento de integração, só a concepção que leve em conta os fatores objetivos na sua contínua mutação social explica a complementação e até mesmo a criação do direito pela jurisprudência.

b) Os subjetivistas contestam, por sua vez, dizendo:

- 1 - O recurso à técnica histórica de interpretação, aos documentos e às discussões preliminares dos responsáveis pela positivação da norma é imprescindível, donde a impossibilidade de se ignorar o legislador originário;
- 2 - Os fatores (objetivos) que eventualmente determinassem a chamada vontade objetiva da lei (voluntas legis) também estão sujeitos a dúvidas interpretativas: com isso, os objetivistas criaram, no fundo, um curioso subjetivismo que põe a vontade do intérprete acima da vontade do legislador, tornando-se aquele não apenas ‘mais sábio’ que o legislador, mas também ‘mais sábio’ que a própria norma legislada;
- 3 - Seguir-se-ia um desvirtuamento da captação do direito em termos de segurança e de certeza, pois ficaríamos à mercê da opinião do intérprete” ( KARL ENGISH,

**Introdução ao Pensamento Jurídico**, 6. ed. tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 165-197).

Dessa forma, devem ser compatibilizados os critérios objetivo e subjetivo. No caso em tela, analisados os trabalhos preparatórios, constatar-se-ia que o legislador pretendeu excluir o dever de veracidade.

Porém, o caso analisado envolve ainda uma análise mais ampla: a apreciação de todo um sistema. De nada adiantará indagar-se da vontade do legislador, numa interpretação histórico-evolutiva, quando a apreciação dos trabalhos preparatórios demonstrarem que o legislador pretendeu foi de encontro ao sistema.

Dessa forma, quando se enfrentam as questões de compatibilidade do todo estrutural, fala-se em interpretação sistemática (*scritto sensu*). A pressuposição hermenêutica é a da unidade do sistema jurídico do ordenamento.

Há aqui um paralelo das teorias das fontes e da teoria da interpretação. Correspondentemente à organização hierárquica das fontes, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição. A primeira e mais importante recomendação, nesse caso, é de que, em tese, qualquer preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema para que se preserve a coerência do todo. Portanto, nunca se deve isolar o preceito no seu contexto e muito menos na sua concatenação imediata<sup>77</sup>.

Entendemos que os meios interpretativos lógico e sistemático podem ser considerados conjuntamente.

77 Cfr. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988. p. 262.

Segundo Larenz, o meio lógico-sistemático de interpretação observa o significado dos conceitos jurídicos em cada contexto de idéias, a colocação ou a situação extrínseca da regra jurídica no texto legal (colocação de determinada regra em determinado capítulo de um código, por exemplo) e, principalmente, a plenitude do pensamento jurídico latente na regra jurídica individual, com suas referências a outras partes constitutivas do sistema jurídico global<sup>78</sup>.

Assim, para que compreendamos determinada norma ou instituto jurídico, devemos observar não só o dispositivo legal que o menciona diretamente, mas o ordenamento jurídico como um todo.

Com o método sistemático, o intérprete se volta para o sistema jurídico, para observar a regra em cotejo com a multiplicidade de comandos normativos que formam a estrutura do direito positivo. Observa os princípios, indaga dos postulados orientadores da produção normativa em seus vários escalões, analisa as relações que governam a coexistência das regras.

Dessa forma, se no direito italiano existe previsão legal de um dever de lealdade e probidade e o legislador não se referiu a um dever de veracidade, devemos concluir que este está contido naqueles, de forma que um sistema *probo* não pode prescindir do dever de veracidade. E a alegação da parte, sendo manifestação de seu conhecimento, não deve ser mentirosa.

Felizmente, apesar de entendermos que até mesmo no Direito italiano existe o dever de veracidade, o CPC

78 KARL LARENZ. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed., Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 390-395.

brasileiro deixou-se conduzir pelos resultados da melhor técnica processual, superando-a, e, por consequência, não poderia aceitar a orientação do direito processual positivo italiano, na omissão da previsão expressa de um dever de veracidade genérico preventivo. Preferimos adotar, como fizeram Áustria, Alemanha e Portugal, a fixação expressa do dever de dizer a verdade, no que evitamos intermináveis polêmicas doutrinárias como as que acabamos de analisar.

E nos utilizamos de excelente técnica redacional, ao incluí-lo no art. 14, inc. I do CPC, no Título II (“Das partes e dos procuradores”), Capítulo II (“Dos deveres das partes e dos seus procuradores”), fazendo constar ainda o “alterar a verdade dos fatos” como hipótese legal de litigância de má-fé (art. 17, inc. II do CPC), passível de aplicação das sanções previstas no art. 18 do mesmo Código de Processo Civil brasileiro.

#### 4. CONCLUSÃO

A previsão, nos ordenamentos jurídicos modernos, do dever de veracidade das partes e procuradores reflete o abandono da concepção individualística do processo, substituída por uma concepção publicística, não hesitante em limitar a liberdade das partes em favor de um processo em que as mesmas devem ter conduta processual leal e honesta, com dever de só se utilizarem do mesmo para fins e meios lícitos. Nessa linha, enfatizam-se os princípios da cooperação intersubjetiva, probidade e boa-fé processuais, o caráter dialógico e a ampliação dos poderes do juiz, como agente responsável para garantia da paridade de armas no processo civil.

## A CRISE DO DIREITO – A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM COMO NOVOS CAMINHOS A SEREM PERCORRIDOS PELO OPERADOR DO DIREITO<sup>1</sup>

**Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme**

*Advogado, sócio do escritório Almeida Guilherme Advogados Associados. Bacharel em direito pela PUC-SP, Mestre pela PUC-SP; Doutorando em filosofia e teoria geral do direito pela FADUSP. Fez curso de extensão na University of Pennsylvania (UPENN). Autor do Livro “Arbitragem” lançado pela Quartier Latin e Coordenador do livro: “Novos Rumos da Arbitragem no Brasil” pela Fiuza Editores. Coordenador do Comitê de Arbitragem da OAB de São José dos Campos. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo–IASP, Associação dos Advogados de São Paulo –AASP, Associação Brasileira de Advogados–ABA e da Federação Interamericana de Advogados–FIA com sede em Washinton–EUA, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Professor Assistente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.*

### SUMÁRIO

1.A IDÉIA DE CRISE; 2.A GLOBALIZAÇÃO; 3.O ENSINO JURÍDICO; 4.A ARBITRAGEM E A MEDIAÇÃO; 4.1.A mediação; 4.2.Intróito sobre a interdisciplinidade; 4.3.A arbitragem; 5.REFERÊNCIAS

#### 1. A IDÉIA DE CRISE

A idéia de crise aparece quando as racionalidades parciais já não mais se articulam umas com as outras, gerando assim graves distorções ou disfunções estruturais para a consecução do equilíbrio social. A crise, por-

<sup>1</sup> Agradeço o convite do amigo Jorge Américo Pereira de Lira que gentilmente me solicitou este artigo a ser publicado na Revista da ESMape.

tanto, seria a sociedade eivada de incoerências e distorções. Assim, observa José Eduardo Faria<sup>2</sup>, a idéia de crise configura um conceito analítico que serve para opor uma ordem ideal a uma desordem real, na qual a ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não consegue oferecer soluções ou respostas técnicas eficazes. Baseado nas idéias de Kuhn e apontando os efeitos do fenômeno da globalização sobre a sociedade contemporânea, afirma que a ciência do Direito está em crise e que se vive um período de exaustão paradigmática.

Para Kuhn<sup>3</sup>,

*uma disciplina somente se converte em ciência quando uma comunidade de especialistas firma uma opinião comum quanto ao seu paradigma, isto é, ao conjunto de problemas relevantes e de padrões standardizados de abordagem. Ao aprender um novo paradigma, afirma ele, o cientista adquire conjuntamente teoria, métodos e padrões, formando uma mistura inextricável. Constituído à imagem de uma matriz disciplinar, um paradigma implica assim uma teoria básica, uma fórmula epistemológica geral, uma tradição científica, um princípio explicativo e interpretativo fundamental e algumas aplicações exemplares, que são aceitas pelos cientistas ao ponto de suspenderem o esforço crítico de discussão de seus pressupostos e de suas possíveis alternativas substitutivas.*

2 FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 29.

3 *idem*, p. 48.

Quando o paradigma vigente não consegue mais lidar com novos fatos, nem fornecer orientações e estabelecer normas capazes de balizar o trabalho científico, quando para cada problema solucionado outros mais complexos são gerados, o paradigma vigente entra em crise e outros paradigmas vão emergindo no horizonte científico. O processo em que eles aparecem e se consolidam constitui justamente o que Kuhn chama de revolução científica. Ela só termina quando um novo consenso se impõe na comunidade científica, mediante a afirmação hegemônica de outro paradigma, instaurando-se deste modo mais um período de ciência normal.

Neste diapasão, José Eduardo Faria discute a idéia de exaustão paradigmática na ciência do Direito à luz das transformações mais intensas provocadas pelo fenômeno da globalização, como a dissolução da importância das fronteiras geográficas, a desterritorialização da produção, a desregulamentação dos mercados, a interdependência funcional e patrimonial das esferas produtiva e financeira, a fragmentação dos procedimentos de representação e decisão política, a desconstitucionalização, a deslegalização e a desformalização dos direitos sociais, o crescente aparecimento de riscos não calculáveis e previsíveis, os novos processos de formação da normatividade e o advento de mecanismos de solução de conflitos.

## 2. A GLOBALIZAÇÃO

Na medida em que o processo de globalização se torna cada vez mais veloz, origina situações em que a idéia de um sistema econômico nacional auto-sustentá-

vel passa a ser visto como anacronismo. Nesse contexto, o Direito Positivo enfrenta dificuldades crescentes, já que as regras postas pelo Estado têm sua efetividade desafiada pelo aparecimento de regras espontaneamente geridas em diferentes ramos e setores da economia, a partir de suas necessidades específicas (como é o caso, por exemplo, dos procedimentos normativos oriundos das práticas mercantis adotadas pelas empresas transnacionais na economia mundial).

Paralelamente ao Direito Interno (Público, inclusive o Direito Privado Internacional, ou Privado) e ao Direito Internacional Público, assistimos ao surgimento de um “Direito Comunitário”, direito este supranacional, e que se integra e se incorpora aos direitos nacionais (inclusive, conforme o caso, sem que haja recepção formal, o que transcende às questões de disputa de soberania) com aplicabilidade direta.

Na nova ordem global, os problemas internacionais não só passam a estar acima dos problemas nacionais como também a condicioná-los. O Direito Positivo e os conceitos jurídicos construídos pela tradição dogmática, tais como soberania, legalidade, validade, hierarquia das leis, segurança e certeza jurídica não são adequados para operar os problemas suscitados. A soberania e a centralização normativa levada a cabo pelo Estado-Nação são colocadas em cheque pela formação de um centro de poder que se afirma como mercado transnacional. Também a própria idéia de Constituição-Dirigente parece sofrer revisão. A Constituição vem perdendo seu estatuto de norma fundamental e centro emanador do ordenamento jurídico, tendência comprovada empiricamente pelo crescente esvaziamento da

força normativa dos textos constitucionais perante os novos esquemas regulatórios e as novas formas organizacionais e institucionais supranacionais.

*Na medida em que a interpenetração das estruturas empresariais, a interconexão dos sistemas financeiros e a formação dos grandes blocos comerciais regionais se convertem em efetivo centro de poder, o sistema político deixa de ser o ‘locus’ natural de organização da sociedade por ela própria. Em vez de uma ordem soberanamente produzida’, o que se passa a ter é uma ordem ‘recebida’ dos agentes econômicos. A política acaba sendo substituída pelo mercado e a lex mercatoria vai ocupando o lugar das normas de direito positivo, a adjudicação é trocada pelos procedimentos de mediação e arbitragem.<sup>4</sup>*

O jurista vem se mostrando cego a essa realidade. A formação acadêmica não o prepara para essas transformações, seguindo voltada somente para a atuação forense<sup>5-6</sup>.

4 (Vide: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2003), o de investimento externo e o seu regime (Vide: ZERBINI, Eugenia C.G. de Jesus. **O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral** (balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da ALCA), tese de doutorado defendida na FADUSP, 2003) e o de auditoria jurídica (Vide: ROSO, Jayme Vita. **Auditoria Jurídica para a sociedade democrática**. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001).

5-6 Sob a influência direta e perniciosa da globalização, verifica-se, nos dias atuais, que a sociedade tem exigido qualquer profissional com habilitação legal para exercer uma profissão, mas isso é um sonho. O sonho de ser bacharel no Brasil não faz com que o profissional se estabeleça no mercado e passe a ganhar dinheiro, até porque o vestibular não é mais garantia que somente os melhores conseguiram passar.

Recentemente foi noticiado, com muito alarde, na imprensa, a aprovação do analfabeto Severino da Silva em 9º lugar no curso de Direito de uma Faculdade do Rio de Janeiro, mesmo tendo entregue em branco a redação.

Já em relação ao Provão, em 2001, segundo levantamento realizado pelo Conselho Federal da OAB, as 273 faculdades que participaram do exame nacional de cursos jogaram no mercado 50.933 bacharéis em Direito. Esse número é seis vezes a

Analisando um poema de Carlos Drummond de Andrade (“Ponteei viola, guiei Ford e aprendi na mesa dos bares que o nacionalismo é uma virtude. Mas há uma hora em que os bares se fecham e todas as virtudes se negam”), José Eduardo Faria<sup>7</sup> descreve que tal texto ilustra bem o panorama do pensamento jurídico no final do século XX, especialmente o que tem prevalecido nos cursos de Direito. *Nas salas de aula, todos aprendemos que a abordagem dogmática é uma virtude, ao mesmo tempo em que também testemunhamos a contínua desqualificação das discussões interdisciplinares por professores de formação normativista e legalista. Essas discussões podem ser interessantes, dizem eles,*

*quantidade de médicos e está no topo das carreiras de ensino superior. Verifica-se que em 2001 existiam 273 faculdades instaladas no território nacional, hoje em dia já são aproximadamente 600.*

*A OAB, por sua vez, tem dado sinais no sentido de estar fazendo sua parte para evitar colocar no mercado de trabalho, à disposição da sociedade, profissional despreparado para o exercício da advocacia, ou seja, mais da metade dos 47.801 bacharéis em Direito que fizeram as provas do Exame da Ordem no País, segundo o último relatório anual estatístico, foram reprovados. Os dados fornecidos pelas Seccionais acusam uma média nacional de reprovação, nos dias atuais, de mais de 60%. (Dados obtidos: VIEIRA JUNIOR, Antônio Laért. **Responsabilidade Civil do Advogado**. Rio de Janeiro, 2003. p. 1-3).*

*O Estado de São Paulo publicou em 12 de março de 2004 a matéria: “OAB-SP divulga lista de aprovados” onde informou que “cerca de 7.700 bacharéis em Direito foram aprovados no exame da seção paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP). A aprovação pela Ordem é condição obrigatória para obter a carteira profissional de advogado. O exame de 2004 teve quase 30 mil bacharéis na primeira etapa, em dezembro, e só 15 mil passaram para a segunda fase, cuja prova foi aplicada em 1º de fevereiro.” (O Estado de São Paulo, “OAB-SP divulga lista de aprovados”, p. A12 -[autoria desconhecida]).*

*Mas, nem sempre foi assim, quando o Brasil se tomou independente, “a profissão de advogado ainda não estava organizada como atividade autônoma. As Ordenações Afonsinas e Manuelinas estabeleceram as primeiras normas a respeito, determinando que somente poderiam advogar aqueles que cursassem Direito Canônico ou Direito Civil por oito anos, na Faculdade de Direito de Coimbra, e esperassem mais dois anos para iniciar a carreira. Quem advogasse sem estar habilitado poderia até ser preso, o mesmo ocorrendo com o causídico que abandonasse a causa.” (ACQUA VIVA, Marcus Cláudio. **O advogado perfeito – atualização profissional e aperfeiçoamento moral do advogado**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002. p. 13).*

<sup>7</sup> FARIA, José Eduardo. Prefácio do livro de Ronaldo Porto MACEDO JR. **Contratos relacionais e defesa do Consumidor**, São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 15.

*mas são empreendimentos acadêmicos “metajurídicos”. Ou seja: não teriam maior serventia para o preparo técnico dos operadores do direito positivo. No entanto, do mesmo modo como há uma hora em que os bares fecham e todas as virtudes se negam, conforme o poema de Drummond, no ensino jurídico também há um momento em que as virtudes do paradigma normativista se esgotam e a pretensão de exclusividade e pureza da abordagem dogmática é negada.*

### 3. O ENSINO JURÍDICO

Frente à crise no ensino, a advocacia, como não poderia deixar de ser, dá sintomas de completo desajuste às exigências da realidade social e o advogado é analisado pelo senso comum sob um prisma extremamente negativo. Isto é um consenso entre a ampla maioria dos profissionais<sup>8</sup>. A crise no objeto de ensino do direito, aliada à proliferação desenfreada de cursos de baixa qualidade, reflete-se na desestabilização do exercício da advocacia. O número excessivo de inscritos nos quadros da Ordem, muitos de qualidade duvidosa, tolhe as oportunidades de trabalho e põe em risco o exercício do Direito.

Nas faculdades, aprende-se a prática jurídica através de uma dogmática de tradição romanística, enquanto o mercado exige cada vez mais que o advogado tenha familiaridade com o direito de tradição anglo-saxô-

<sup>8</sup> A Professora Lídia Reis de Almeida Prado defende um novo pensamento para os operadores do direito neste novo século mais emotivo. Ela entende que o Direito, como prestação jurisdicional, não evoluiu como as outras ciências do conhecimento, conforme idéias extraídas de sua tese de doutorado e publicada sob o título: **O juiz e a emoção** (Vide: PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. Campinas: Millennium, 2003).

nica, já que as grandes corporações transnacionais são tributárias desta outra realidade jurídica.

O curso de graduação nas faculdades de Direito prosseguem num terreno pantanoso que vem desde o século XIX. E, como a graduação não se mostra apta para preparar os profissionais, os cursos de especialização, MBAs, LLMS, pós-graduação *lato sensu*, escolas superiores da magistratura e do ministério público, etc, surgem como o mais lucrativo nicho de mercado e o ensino do direito se converte em negócio.

A arbitragem e a mediação podem constituir uma resposta possível à exaustão paradigmática apontada. Sua implantação efetiva, pela própria Ordem dos Advogados do Brasil, permitirá a expansão das atividades da classe dos advogados, gerando mais ocupações dignas.

Desloca-se o enfoque da advocacia do ambiente forense para o organizacional, assumindo o profissional relevante papel, tanto na preservação de litígios, como em sua solução por procedimentos alternativos, quando desencadeados.

De outra parte, em lugar da especialização excessiva, enfatiza-se, para a prática da arbitragem e da mediação, uma formação generalista – já que a sua própria abrangência exige visão ampla do fenômeno jurídico – e interdisciplinar (indispensável para o trabalho do árbitro e/ou do mediador).

José Eduardo Faria<sup>9</sup> também observa uma alteração na organização empresarial. O modelo de organização fordista, baseado em grandes contingentes de trabalhadores, em rotinas de trabalho padronizadas, frag-

9 FARIA, José Eduardo, *op. cit.*

mentadas e especializadas, em uma burocracia altamente hierarquizada, etc, é substituído pelo paradigma da especialização flexível. Neste novo paradigma, há redução drástica do número de trabalhadores que apresentam poliqualificação e se concentram em tarefas multiqualificadas, têm alto poder decisório e assumem grandes responsabilidades. A gerência da empresa, no modelo fordista, era elitista e distanciada das bases laborais. Já no modelo da especialização flexível, a empresa é estruturada por uma hierarquia informal e horizontal, em que não se acentuam as diferenças funcionais. Todos têm enorme importância e de certa forma exercem poder de direcionar os rumos da empresa, tanto na administração pública como na privada. Portanto, este acréscimo de responsabilidade exige, em contrapartida, maiores exigências de fiscalização das atividades funcionais, para o caso de desvio de poder, de desvirtuação funcional, etc.

#### 4. A ARBITRAGEM E A MEDIAÇÃO

A arbitragem e a mediação, como meios de solução de controvérsias, neste novo contexto social, ganha relevância já que é um trabalho interdisciplinar, destinado a trazer lucro e equilíbrio econômico-social.

##### 4.1. A mediação<sup>10</sup>

A mediação aparece de várias formas: mediação familiar, penal, social, administrativa, cultural, empresarial.

<sup>10</sup> Baseado em artigo publicado na *Gazeta Mercantil*.

Conforme já dissemos, e em paralelo com as crises, existem as mudanças sociais, nem sempre acompanhadas pelo Judiciário e pelo ensino, não só de direito, mas de outras áreas. Essas mudanças que estão ocorrendo nas nossas formas de organização – família, escola, empresa – implicam modificações em nossos anseios e também quanto ao exercício dos papéis. Há uma maior complexidade nas relações humanas em geral e na emergência dos conflitos. Os impasses, que eram resolvidos de modo tradicional na esfera mais rígida das organizações ou mesmo levados ao Judiciário, necessitam de outra forma de tratamento que considere inclusive seu potencial transformador.

Giselle Groeninga<sup>11</sup> preleciona: a teoria e a técnica da mediação, que chegam em nosso país, têm se mostrado eficientes na compreensão e no lidar com as mudanças e conflitos. É um método pelo qual uma terceira pessoa neutra e de formação interdisciplinar, especialmente treinada, colabora no gerenciamento de mudanças, ou mesmo de impasses, estabelecendo uma melhor comunicação e aproveitamento dos recursos das pessoas envolvidas no procedimento.

A mediação é importante instrumento para a compreensão das relações nas empresas, para a decodificação e melhoria da comunicação, utilizando-se dos conhecimentos de várias disciplinas – teoria geral dos sistemas, teoria da comunicação, administração, direito, sociologia, psicologia e psicanálise. Por meio desse instrumental, o mediador ajuda as pessoas a discriminar os vários níveis dos relacionamentos interpessoais que envol-

11 Em artigo publicado na Gazeta Mercantil. Vide, também, SIX, Jean-François, *Dinâmica da Mediação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

vem: necessidades, desejos, competências profissionais, questões operacionais e emocionais. Como consequência, há um melhor exercício dos papéis, menor rigidez nas posições, maior sintonia e capacidade de adaptação.

A mediação tem sido aplicada à organização familiar com grande sucesso e se atualmente os conflitos e as mudanças são bastante evidentes nessa área, não são menos importantes nas organizações que envolvem as relações de trabalho.

E ainda, se separávamos as relações familiares e profissionais, as primeiras afetivas e as segundas racionais, verificamos hoje que a rígida oposição razão/emoção não se mantém e que ambas as relações são permeadas de afeto, só que de qualidade e forma de externalização diversa. Sabemos hoje que a costumeira divisão das categorias familiar/profissional, prazer/trabalho não se sustenta mais como categorias opostas e a busca de satisfação nos relacionamentos é denominador comum nas várias áreas da vida. Todas as relações têm algo de familiar e uma parte dos conflitos nas relações de trabalho é advinda de uma sobreposição com as relações familiares e de sua reatualização no ambiente profissional.

Já nas organizações empresariais, não se sustenta mais a classificação das empresas quanto à sua origem e forma de administração – as empresas familiares e as outras “não tão de família”, e ainda, com as reorganizações societárias, temos outras formas de organização que vão se delineando, mas que são todavia desconhecidas. Ao classificarmos as empresas em não familiares não excluimos, e mesmo expurgamos, características da estruturação da família e o quê de relações familiares que permeia o ambiente das empresas.



As relações na empresa sempre terão algo de familiar, em maior ou menor grau, pois é na família que temos a base de nossa forma de relacionamento em sociedade e as mudanças que se dão na estruturação familiar vão ter seu reflexo na organização das empresas. Podemos estabelecer alguns paralelos na evolução de ambas as organizações, como por exemplo a modificação nas relações de poder que se referendam muito mais pelo exercício das funções do que pelo cargo hierárquico; as relações de fidelidade que se referendam muito mais pelo atendimento de interesses mútuos do que por valores puramente ideológicos, e assim por diante. Embora as organizações, de modo geral, guardem uma relação genealógica com a família, evoluem para estruturas com finalidades diferentes.

Mas, quanto maior a insegurança que sentimos em situações novas, como é o caso das mudanças que estão ocorrendo com grande velocidade na organização das empresas, mais tendemos a repetir o conhecido, muitas vezes desconsiderando a atualidade da situação. Nestas situações facilmente se sobrepõem o emocional familiar e o profissional.

Mesmo quando há relativamente pouca sobreposição das relações familiares com as profissionais, são inegáveis as modificações que vêm ocorrendo nas organizações no sentido de uma demanda diferente do mercado de consumo e de trabalho, e de estruturas menos rígidas que buscam um profissional com grande capacidade de adaptação. Temos uma complexificação das relações e um ambiente propício para os impasses que as formas tradicionais de compreensão e de resolução

de conflitos não dão conta. Há necessidade de uma nova visão que contemple a possibilidade de pensar o desconhecido e improvisar face às novas situações.

Ouvimos repetidamente que as qualidades do novo profissional são a capacidade de relacionamento, a sintonia emocional, a capacidade de discernimento e de criatividade e que sua formação também deve ser ampla, abarcando várias áreas de conhecimento. Mas não há só uma demanda destas qualidades nos profissionais especializados, há a necessidade de uma nova função – a de mediador – que, com uma compreensão generalista dos fenômenos institucionais que discrimine os níveis de relacionamento, possa ajudar no gerenciamento dos conflitos e das mudanças, utilizando seu potencial criativo.

A técnica da mediação tem aparecido cada vez mais como um instrumento útil, não podendo ficar a empresa à margem desta inovação que atende à complexidade das mudanças que estão ocorrendo.

## 4.2. Intróito sobre a interdisciplinariedade

A Professora Lúcia Reis de Almeida Prado traz em seu livro: *O Juiz e a emoção*<sup>12</sup> que a interdisciplinariedade é considerada como a mais recente tendência da teoria do conhecimento, decorrência obrigatória da modernidade, possibilitando que, na produção do saber, não se incida nem no radical científico formalista (objetivismo), nem no humanismo exagerado (subjetivismo). Tal saber caracteriza-se por ser obtido a partir

12 PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção*. Campinas: Millennium, 2003, p. 2-6.

As relações na empresa sempre terão algo de familiar, em maior ou menor grau, pois é na família que temos a base de nossa forma de relacionamento em sociedade e as mudanças que se dão na estruturação familiar vão ter seu reflexo na organização das empresas. Podemos estabelecer alguns paralelos na evolução de ambas as organizações, como por exemplo a modificação nas relações de poder que se referendam muito mais pelo exercício das funções do que pelo cargo hierárquico; as relações de fidelidade que se referendam muito mais pelo atendimento de interesses mútuos do que por valores puramente ideológicos, e assim por diante. Embora as organizações, de modo geral, guardem uma relação genealógica com a família, evoluem para estruturas com finalidades diferentes.

Mas, quanto maior a insegurança que sentimos em situações novas, como é o caso das mudanças que estão ocorrendo com grande velocidade na organização das empresas, mais tendemos a repetir o conhecido, muitas vezes desconsiderando a atualidade da situação. Nestas situações facilmente se sobrepõem o emocional familiar e o profissional.

Mesmo quando há relativamente pouca sobreposição das relações familiares com as profissionais, são inegáveis as modificações que vêm ocorrendo nas organizações no sentido de uma demanda diferente do mercado de consumo e de trabalho, e de estruturas menos rígidas que buscam um profissional com grande capacidade de adaptação. Temos uma complexificação das relações e um ambiente propício para os impasses que as formas tradicionais de compreensão e de resolução

de conflitos não dão conta. Há necessidade de uma nova visão que contemple a possibilidade de pensar o desconhecido e improvisar face às novas situações.

Ouvimos repetidamente que as qualidades do novo profissional são a capacidade de relacionamento, a sintonia emocional, a capacidade de discernimento e de criatividade e que sua formação também deve ser ampla, abarcando várias áreas de conhecimento. Mas não há só uma demanda destas qualidades nos profissionais especializados, há a necessidade de uma nova função – a de mediador – que, com uma compreensão generalista dos fenômenos institucionais que discrimine os níveis de relacionamento, possa ajudar no gerenciamento dos conflitos e das mudanças, utilizando seu potencial criativo.

A técnica da mediação tem aparecido cada vez mais como um instrumento útil, não podendo ficar a empresa à margem desta inovação que atende à complexidade das mudanças que estão ocorrendo.

## 4.2. Intróito sobre a interdisciplinariedade

A Professora Lídia Reis de Almeida Prado traz em seu livro: *O Juiz e a emoção*<sup>12</sup> que a interdisciplinariedade é considerada como a mais recente tendência da teoria do conhecimento, decorrência obrigatória da modernidade, possibilitando que, na produção do saber, não se incida nem no radical científico formalista (objetivismo), nem no humanismo exagerado (subjetivismo). Tal saber caracteriza-se por ser obtido a partir

<sup>12</sup> PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a emoção*. Campinas: Millennium, 2003, p. 2-6.

da predisposição para um encontro entre diferentes pontos de vista (diferentes consciências), o que pode levar, criativamente, à transformação da realidade.

Vista por essa perspectiva, preleciona Lúcia Reis de Almeida Prado, a interdisciplinariedade enfatiza o homem enquanto ser social (que vive numa sociedade tecnologicamente desenvolvida), dotado de afetividade (que se relaciona com sua realidade interna) e com outros seres do meio em que vive. Possibilita, assim, a superação de um tipo de saber feito de especializações formais, o saber em migalhas, o saber sem sabor, que provoca a perda da visão da totalidade. Conforme a concepção sistêmica, até mesmo nas ciências da natureza, inexistente distinção entre parte e todo, porque cada sistema é simultaneamente todo e parte, dependendo do ponto de referência.

A Professora Lúcia Reis de Almeida Prado conclui, utilizando-se das teorias de Piaget, Bastide, Gusdorf, Palmade, Suero e Houtart, que a interdisciplinariedade: (I) é importante ao homem para ampliar a sua potencialidade para outras formas do conhecimento que não apenas o racional; (II) é necessária, visto que diminui a distância teórica entre as disciplinas, bem como uma articulação que permita o diálogo entre elas; (III) deve ser estimulada a pesquisa coletiva de seus membros pela Universidade; (IV) deve existir mais contato entre os estudiosos, ou seja, a Universidade e a sociedade; (V) para ser criada uma teoria sobre esse tema, deve-se construir a partir da linha de abordagem de cada pesquisador; (VI) é uma conduta epistemológica que ultrapassa os hábitos intelectuais estabelecidos, ou mesmo os programas de ensino; (VII) e sua atitude não seria apenas

resultado de uma simples síntese, mas de sínteses imaginativas e ousadas e por fim, (VIII) somente existe a partir do desenvolvimento das próprias disciplinas.

### 4.3. A arbitragem

A arbitragem é prática alternativa, extrajudiciária, que objetiva, antes da solução, a pacificação de conflitos de interesses envolvendo direitos patrimoniais e disponíveis. Tem seu fundamento no princípio universal da autonomia da vontade, buscando-se um consenso, por meio da atuação de terceiro, ou de terceiros, estranhos ao conflito, mas de confiança e escolha das partes. Graças a essa participação, advinda do livre exercício da vontade, denominamo-nos *árbitros*.

Curiosamente, é prática antiga, de origem que se perde “na noite dos tempos” (para se usar um literário “lugar comum”). No comum das vezes, reapresenta-se como algo novo, aparentemente inédito, em plena moda (ilustração enfática do *corsi e ricorsi* do pensador italiano, do século XVII, João Batista Vico). Sabe-se, no entanto, que não há nada de novo sob a face do sol: *Nil novi sub sole*<sup>13</sup>.

Não se pode generalizar a idéia de que a arbitragem é o antecedente histórico do próprio Órgão Judiciário. Ao ser superada a “justiça” do “olho por olho, dente por dente”, aos anciãos, presuntivamente mais sábios, confiavam-se as decisões das divergências entre os integrantes do grupo social. Como homens prudentes e

<sup>13</sup> FIUZA, Cesar. *Teoria Geral da Arbitragem*. pp. 31-34, in: LIMA, Cláudio Vianna de. *A Arbitragem na era da globalização*, p. 6.

bem governados, bons pais de família – *bonus pater familias* – nas expressões do praxista português Correia Telles, talvez tenham sido os antecessores dos juízes de hoje. O Doutor Professor César Fiúza aponta, na Roma antiga, o momento histórico em que se transmutou a justiça privada em pública. Roger Perrot escreve que se pode, mesmo, pensar que a arbitragem foi uma forma primitiva de Justiça.

Quando os Estados não estavam constituídos, é de se admitir que a justiça era distribuída e que, naturalmente, apelava-se a árbitros<sup>14</sup>.

Reativar as antigas práticas amigáveis de resolução de divergências é o que nos importa. Identifica-se na época da destruição do Império Romano, com as grandes invasões bárbaras, as raízes históricas do mais recente retomo da arbitragem<sup>15</sup>.

Jean Robert, tratadista clássico da arbitragem, entende inútil se remontar ao Direito mais antigo. A arbitragem tem uma história muito longa, insiste Perrot<sup>16</sup>, assumindo diferentes configurações. A conformação que, em linhas gerais, hoje conhecemos, veio plasmada, arrematada, requintada, aperfeiçoada a começar do momento histórico antes indicado.

As terras, antes de exclusiva propriedade dos patrícios romanos, passaram aos novos senhores. À massa geral da população – é certo que em número incipiente, em vista da realidade atual –, não era admitida a terra, salvo para o seu cultivo, na condição de “servo da

14 PERROT, Roger. *Institutions Judiciaires*, p. 61.

15 LIMA, Cláudio Vianna de, *A Arbitragem na era da globalização*, p. 6.

16 PERROT, Roger, apud LIMA, Cláudio Vianna de. *Institutions Judiciaires*, p. 61, *A Arbitragem na era da globalização*, p. 6.

gleba”. A reunião desta massa crescente (em volta dos mosteiros, primitivamente, e das cidades, que se formavam assim, tempos depois) fez aparecer uma nova classe – que consistiu em uma alternativa ao trabalho servil – a burguesia – tendo sido tal designação a partir da palavra *burgos* ou cidades. A alternativa ao trabalho servil surgiu, na intermediação, com os produtos da terra. A partir de então, incrementou-se, com o novo ordenamento social, o estímulo a atividades produtivas, à construção (ou reconstrução) de estradas, à prática do comércio, tudo levando à prosperidade e à riqueza. Sentindo-se forte, a burguesia buscou se livrar das peias que a continham<sup>17</sup>.

É compreensível que a vitoriosa prática mercantil vigente nos séculos XII e XIII repugnasse a morosa Justiça Pública, formal, formalista, alheia ao pragmatismo e à celeridade do comércio, da indústria e da empresa. Os tribunais consulares eram, em razão disso, objetivos, práticos, rápidos, fortes no emprego de fórmulas não-contenciosas de solução dos conflitos, no emprego da arbitragem. As questões nascidas nas feiras deviam estar solvidas no tempo de sua duração – três semanas, um mês, seis meses, não mais – antes que o eventual devedor, cujo patrimônio em mercadorias era a garantia comum dos credores, retirasse-se e as levasse para outras paragens. Não se podiam esperar as delongas da justiça oficial. Em se tratando do comércio marítimo, também não se podiam tolerar formalismos. O “*Navegar é preciso*”, lema da Escola de Sagres, motivava a celeridade das soluções. Um navio parado no cais, pagando “*estia*”, sem receber

17 LIMA, Cláudio Vianna de. *A Arbitragem na era da globalização*, p. 7.

fretes, é prejuízo inadmissível. Não podia esperar, apostando com a eternidade, as delongas da Justiça do Estado. Consolidou-se a reativação da arbitragem, prática já antiga, de eficiência exemplar<sup>18</sup>

A arbitragem foi sendo consolidada, no correr dos tempos, como um exercício da liberdade. Identifica-se, na Revolução Francesa de 1789, o auge da consagração dos Direitos do Homem e do Cidadão, exaltado culto da arbitragem. É ampliado a outros segmentos da vida sociojurídica e alcança o seu apogeu. O instituto era amplamente regulado na *Ordonnance* de 1673, do Ministro Colbert, em matéria comercial. A Lei de 16 e 24.08.1790 fundou os seus grandes alicerces na justiça privada. Correspondia ao pensamento ideológico da época, de busca da fraternidade entre os homens, preferível uma justiça consentida a outra autoritariamente imposta. O legislador revolucionário viu na arbitragem o meio mais razoável de eliminar os conflitos entre os cidadãos. Jean Robert<sup>19</sup>, à sua vez, registra uma floração de disposições legais em prol da arbitragem, fazendo com que fosse obrigatória em uma infinidade de temas<sup>20</sup>.

A arbitragem, envolvendo particulares sujeitos a ordens jurídicas distintas, está sempre subordinada a uma lei nacional. Essa circunstância levou alguns autores a pôr em dúvida o caráter internacional da arbitragem privada.

Dentre estes situa-se R. Martim, que chega a afirmar, no prefácio do livro “*L’Arbitrage International Commercial*”, da *Union Internationale des Avocats*, que: “verda-

18 LIMA, Cláudio Vianna de, op. cit., p. 8

19 ROBERT, Jean. *Traité de L’Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne*. In: LIMA, Cláudio Vianna de. *A Arbitragem na era da globalização*, p. 9.

20 LIMA, Cláudio Vianna de. *A Arbitragem na era da globalização*, p. 9.

deiramente, não existe ainda arbitragem internacional, porque cada arbitragem está ligada a um sistema jurídico nacional e submetida a certas leis ou regras nacionais<sup>21</sup>.

De fato, a arbitragem internacional privada rege-se sempre por lei nacional determinada. Entretanto, essa circunstância não lhe retira o caráter internacional, pois se destina a resolver controvérsia internacional, em que mais de uma ordem jurídica está envolvida, seja por se encontrarem as partes em países distintos, seja porque a relação jurídica controvertida tenha nascido em um país e deva ser executada em outro. A arbitragem é internacional da mesma forma como o é o Direito Internacional Privado, que geralmente constitui direito nacional, editado pelo Estado no exercício de sua competência internacional de legislar sobre eventos que possuam caráter internacional ocorridos em seu território. A arbitragem privada internacional, embora esteja vinculada, preponderantemente, a determinada lei nacional, possui característica internacional, por se destinar a resolver pendência que extravasa a ordem jurídica de um só Estado<sup>22</sup>.

Em última análise, as normas de Direito Internacional Privado são as que disciplinam, no território do Estado, atos e relações que envolvem um elemento estrangeiro, como o são também as regras de Direito Processual Internacional, como enfatiza Miaja de la Muela, em seu trabalho “*Competence Territoriale et Litiges à un Elément International*”<sup>23</sup>.

21 MAGALHÃES, José Carlos de. *Do Estado na Arbitragem Privada*, p. 32.

22 *Ibid.*, p. 32.

23 *Recueil des Cours*, V. 135 (1972), p. 10-96”, apud MAGALHÃES, José Carlos de. *Do Estado na Arbitragem Privada*, p. 33.

Em geral, no direito atual, a arbitragem se refere à interpretação de um contrato; seu objeto é marcadamente de natureza contratual. Esse caráter contratual e empresarial da arbitragem é aplicável principalmente no relacionamento entre empresas, ou dessas com seus clientes. No plano internacional, o objeto da arbitragem é principalmente a interpretação de tratados ou contratos internacionais<sup>24</sup>.

A arbitragem é um sucedâneo da jurisdição oficial, um prolongamento da justiça, tanto que a legislação de muitos países já a previra, como aconteceu no próprio Brasil. O Código Civil de 1916 instituiu sua regulamentação substancial, revogada com a Lei da Arbitragem, de 1996, 80 anos depois. O Código Processual Civil, de 1973, preceituou as formas de processamento da arbitragem, também revogadas, mas integradas na nova lei. Anteriormente, o Código Comercial, de 1850, já havia feito referências a ela em vários artigos, que não foram ainda expressamente revogados<sup>25</sup>.

Ao regulamentar o contrato de locação mercantil, o Código Comercial fala, no art. 245, sobre a arbitragem: “Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral”.

Ao dizer “todas as questões” dá o Código Comercial a entender que ficaram isoladas da justiça comum as soluções de controvérsias a respeito da locação mercantil; serão todas resolvidas por arbitragem<sup>26</sup>.

Acredita-se, hoje, estar revogado este artigo, pois a locação mercantil está regulamentada pela Lei do Inquilinato. Além disso, na época da promulgação do

24 ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem – a solução viável*, p. 12.

25 *Ibid.*, p. 12.

26 *Idem.*

Código Comercial, havia o juízo arbitral, constituído por lei que foi revogada<sup>27</sup>.

Ao dispor sobre as sociedades mercantis, o Código Comercial volta a falar na arbitragem, agora no campo do Direito Societário. Eis o que diz o art. 294: “Todas as questões sociais que suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral”<sup>28</sup>.

A aplicação da arbitragem nessas questões é confirmada no art. 348.

Nas disposições sobre o Direito Marítimo, ou seja, no Livro II do Código Comercial, havia a indicação da arbitragem no art. 739, mas o capítulo a que pertencia esse artigo foi totalmente revogado.

A arbitragem não se contrapõe à justiça comum, atua em paralelo, com características próprias, por ser um meio de solução pacífica de controvérsias. Tradicionalmente, lide é briga. Quem vai à Justiça, requerendo o aparelhamento do Estado para solucionar um litígio é porque não quer conciliação ou já tentou conciliar, mas não sobrou outra alternativa senão bater à porta do Poder Judiciário. A lide judicial é normalmente colorida de forte conteúdo afetivo, com sentimentos feridos e rancores extravasados. A arbitragem, ao contrário, procura uma solução mais conciliatória, tanto que é possível aos árbitros deixarem a lei de lado e resolver a pendência, pelo princípio da equidade. Pode-se citar o que disse Aristóteles, 300 anos antes de Cristo: “O árbitro visa à equidade, enquanto que o juiz à lei; é por isso que o árbitro foi criado: para que a equidade seja aplicada”<sup>29</sup>.

27 ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem – a solução viável*, p. 13.

28 *Ibid.*, p. 13.

29 ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem – a solução viável*, p. 13.

Talvez seja esse um dos motivos pelos quais a arbitragem não tenha sido feliz no Brasil. O brasileiro é um tanto subjetivo e sentimental. Nos processos judiciais em contra dificuldades em conciliar interesses, pela predominância do sentimento sobre a razão. Por esse motivo, encontrará a arbitragem sérios obstáculos no Direito de Família, de forte colorido afetivo. A mulher move ação de separação contra o marido, alegando que ela é santa e ele é o demônio; o marido contesta a ação, alegando o contrário. Após anos de discussão e ofensas mútuas, fica a situação como estava, mesmo porque o casal não possui bens e, às vezes, nem filhos. O processo serviu apenas para ofensas ou para “lavar roupa suja”. É o que acontece também no Direito do Trabalho. O empregado reclama o pagamento de um salário mínimo, entrando com ação contra seu empregador, demonstrando que dedicou a ele cinco anos de vida e viu-se desprezado e injustiçado. O patrão defende-se alegando que pagou religiosamente seu ex-empregado durante cinco anos, deu-lhe cinco férias, FGTS e tantas coisas mais e agora o ingrato fica brigando com ele. E assim cada parte expõe seus lamentos<sup>30</sup>.

O processo implica quatro a cinco audiências, depois de meia dúzia de testemunhas, julgamento anos depois e recurso ao Tribunal Regional do Trabalho, com mais três anos, decidindo o Tribunal que o empregado tem direito a meio salário mínimo. Elaboram-se os cálculos de liquidação, as partes discutem e se agridem na aprovação desses cálculos, forçando o juiz a determinar novas contas de liquidação. Finalmente, dez anos depois, a justiça determina ao patrão pagar meio salário mínimo.

30 *Idem*.

O oficial de justiça faz diversas diligências, gastando nelas mais do que o valor do pagamento e constata que o patrão já morreu ou é uma empresa falida. Talvez o empregado também já tenha morrido. Ambos porém morreram felizes; o empregado porque levou o malandro do patrão à barra do tribunal e fê-lo ser condenado. O patrão, por seu turno, também morreu feliz, pois o ingrato do empregado ganhou mas não levou<sup>31</sup>.

Nem um nem outro pesaram o desgaste que tiveram; quanto gastaram com advogados, documentos, custas e andanças. Extravasaram, porém, seus sentimentos e frustrações. O custo-Brasil para esse processo não será igualmente avaliado, com seus três ou quatro volumes de documentos inúteis.

É mais uma razão pela qual a arbitragem é empregada mais na área empresarial. Uma empresa não tem sentimentos a extravasar, mas interesses a tratar. Não quer vingança, mas minorar seus prejuízos ou aumentar seus lucros. A empresa não calunia nem é caluniada. Seu objetivo é mercantil e patrimonial. Pode brigar com outra empresa por uma transação duvidosa, mas realiza nova transação se lhe for lucrativa.

A Constituição de 1988 consagra, no art. 4º, que o Brasil se rege nas suas relações internacionais por vários princípios, apontando, no inciso VII, a solução pacífica de conflitos.

Dentre estes, pode-se citar: a mediação, a arbitragem, as negociações diretas, o recurso à Corte Internacional de Justiça, mas a principal maneira de solução final de conflitos é a arbitragem.

31 ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem – a solução viável*, p. 14.

Significa um retrocesso de nossa civilização o recurso à autotutela, às agressões, rompimento de relações. A resolução suasória de conflitos é consagrada em inúmeros tratados internacionais e o próprio direito internacional de todos os países almeja a paz social e a justa composição da lide. Ao iniciar-se uma audiência, deve o juiz tentar levar às partes uma solução satisfatória. O espírito e a letra da lei encontram-se expressos em inúmeras disposições legais, como se vê no art. 52 da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”<sup>32</sup>.

Concluindo, verificamos que a missão de apaziguar os ânimos e a colaboração com a justiça cabe também ao advogado. Entretanto, observa-se, em São Paulo, numerosos advogados encamparem os rancores de seus clientes, estimulando ódios e arremetendo-se contra a parte contrária e seu colega *ex adverso*. O Poder Judiciário foi assim transformado numa arena de gladiadores ferozes, levianos, e petulantes<sup>33</sup>. Criou-se um clima propício à perpetuação dos litígios e não à justa composição da lide. Eis porque a arbitragem atende mais aos reclamos do desarmamento dos espíritos, proporcionando o acerto pacífico de contas<sup>34</sup>.

32 ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem – a solução viável*, p. 14.

33 *Ibid.*, p. 15.

34 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2003.

## 5. REFERÊNCIAS

ACQUA VIVA, Marcus Cláudio. **O advogado perfeito – atualização profissional e aperfeiçoamento moral do advogado**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). **Novos Rumos da Arbitragem no Brasil**. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

LIMA, Cláudio Vianna de. **A Arbitragem na era da globalização**. [S.l.]: [s.n.], s.d.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do Consumidor**, São Paulo: Max Limonad, 1998.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**, [S.l.]: [s.n.], s.d.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. Campinas: Millennium, 2003.

ROQUE, Sebastião José. **Arbitragem – a solução viável**. [S.l.]: [s.n.], s.d.

ROSO, Jayme Vita. **Auditoria Jurídica para a sociedade democrática**. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001.



Significa um retrocesso de nossa civilização o recurso à autotutela, às agressões, rompimento de relações. A resolução suasória de conflitos é consagrada em inúmeros tratados internacionais e o próprio direito internacional de todos os países almeja a paz social e a justa composição da lide. Ao iniciar-se uma audiência, deve o juiz tentar levar às partes uma solução satisfatória. O espírito e a letra da lei encontram-se expressos em inúmeras disposições legais, como se vê no art. 52 da Lei de Introdução ao Código Civil: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”<sup>32</sup>.

Concluindo, verificamos que a missão de apaziguar os ânimos e a colaboração com a justiça cabe também ao advogado. Entretanto, observa-se, em São Paulo, numerosos advogados encamparem os rancores de seus clientes, estimulando ódios e arremetendo-se contra a parte contrária e seu colega *ex adverso*. O Poder Judiciário foi assim transformado numa arena de gladiadores ferozes, levianos, e petulantes<sup>33</sup>. Criou-se um clima propício à perpetuação dos litígios e não à justa composição da lide. Eis porque a arbitragem atende mais aos reclamos do desarmamento dos espíritos, proporcionando o acerto pacífico de contas<sup>34</sup>.

32 ROQUE, Sebastião José. *Arbitragem – a solução viável*, p. 14.

33 *Ibid.*, p. 15.

34 GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2003.

## 5. REFERÊNCIAS

ACQUA VIVA, Marcus Cláudio. **O advogado perfeito – atualização profissional e aperfeiçoamento moral do advogado**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Arbitragem**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). **Novos Rumos da Arbitragem no Brasil**. São Paulo: Fiúza Editores, 2004.

LIMA, Cláudio Vianna de. **A Arbitragem na era da globalização**. [S.l.]: [s.n.], s.d.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do Consumidor**, São Paulo: Max Limonad, 1998.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**, [S.l.]: [s.n.], s.d.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. Campinas: Millennium, 2003.

ROQUE, Sebastião José. **Arbitragem – a solução viável**. [S.l.]: [s.n.], s.d.

ROSO, Jayme Vita. **Auditoria Jurídica para a sociedade democrática**. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2001.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**, Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VIEIRA JÚNIOR, Antônio Laért. **Responsabilidade Civil do Advogado**: Rio de Janeiro, 2003.

ZERBINI, Eugenia C.G. de Jesus. **O regime internacional dos investimentos – sistemas regional, multilateral, setorial e bilateral (balanço da década de 1990, seguido do estudo de dois casos: o Mercosul e o projeto da ALCA)**. Tese de doutorado defendida na FADUSP, 2003.

# **ESTUPRO E JUSTIÇA CRIMINAL: UMA ABORDAGEM SOCIOJURÍDICA ACERCA DOS JULGAMENTOS DE CRIMES DE ESTUPRO**

**Marina Ruth S. de Assunção**

*Bacharela em Direito. Aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMape.*

## **SUMÁRIO**

1. INTRODUÇÃO; 2. CRIMES DE ESTUPRO E ANÁLISE DE GÊNERO NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO; 3. A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO DISCURSO SOBRE ESTUPRO POR PARTE DOS OPERADORES DO DIREITO 4. REFERÊNCIAS

### **1. INTRODUÇÃO**

O presente trabalho visa demonstrar como se dá a atuação dos operadores do direito frente ao julgamento de processos de estupro, ou seja, de que maneira cada um deles elabora seu discurso jurídico no sentido de inocentar ou incriminar o suposto réu incurso nas penas estabelecidas em lei penal, bem como, de que forma a figura da vítima é abordada, isto é, seja no sentido de observá-la sob a ótica de sujeito passivo totalmente isento de culpa pela prática delitiva ou até como uma real e verdadeira causadora daquele dano que findou por atingir a sua própria integridade física e sexual, influenciando, assim, na prolação de uma sentença condenatória ou absolutória.

O motivo que impulsionou a busca desse tema para estudo está voltado à idéia de que o assunto em tela engloba uma questão não muito explorada por estudiosos e pesquisadores das ciências sociais, tornando-se, assim, algo novo e bastante interessante a ser analisado sob um duplo aspecto, qual seja, sociológico e jurídico. A pesquisa dar-se-á através de análise bibliográfica, verificação de diversos dados encontrados em processos relativos a crimes de estupro e participação em audiências de oitiva de réu(s), testemunha(s) e vítima(s), para que dessa forma seja possível captar a real atuação de cada integrante envolvido naquela dinâmica processual. Outrossim, a finalidade de se fazer um estudo como este é mostrar ao público um modo, por vezes desconhecido por boa parte da sociedade, de como os órgãos estatais incumbidos da investigação, processo e julgamento de casos relativos a crimes de estupro atuam na prática.

## 2. CRIMES DE ESTUPRO E ANÁLISE DE GÊNERO NO ÂMBITO DO JUDICIÁRIO

A análise do conflito de gênero e sua solução pelo judiciário são questões que retratam a posição discriminatória ou não por parte da justiça na solução de conflitos envolvendo crimes sexuais que têm como vítima, em sua maioria, as mulheres.

Antes de qualquer coisa, devemos entender o que seja gênero, e, para tanto, poderíamos conceituá-lo como “o campo primeiro no seio do qual e por meio do qual o poder é articulado. O gênero não é o único campo, mas ele parece ter constituído um meio persistente e recorrente de tornar eficaz a significação do poder no Ocidente.” (Scott *apud* Izumino, 1997).

Há que se ressaltar que quando falamos em relações de gênero sob a perspectiva de relações de poder, queremos demonstrar que as relações entre os indivíduos de sexos opostos não são subsidiadas apenas pela idéia de superioridade masculina, mas também pela de poder, onde qualquer uma das partes pode se encontrar na posição de dominante e dominado. A idéia de conflito vai, em verdade, sugerir que existe oposição entre as partes, e não que a mulher é vista sempre como vítima daquela violência por ela mesma sofrida, revelando-se a existência de uma lide e certa dose de resistência no exercício da dominação, mostrando como se dá a reprodução dos papéis sociais na sociedade.

Para muitos pesquisadores o aparato estatal incumbido da prática de investigação, ou seja, as delegacias especializadas, bem como o próprio Poder Judiciário estariam atuando de maneira negligente frente aos delitos de natureza sexual, menosprezando a figura da mulher violentada e proferindo julgamentos baseados em verdadeiras discriminações ligadas a determinados padrões estereotipados criados pela sociedade.

A atuação estatal em defesa das mulheres estaria condicionada à verificação de certos caracteres atribuídos à figura feminina e, uma vez sendo constatado que aquela “vítima” se enquadra no modelo feminino elaborado pela coletividade como sendo o padrão considerado ideal para todos e merecedor de tutela jurídica, ela estaria apta a ser protegida e defendida pelo Estado contra atos sexuais violentos praticados contra sua pessoa.

As autoras Silvia Pimentel, Ana Lúcia P. Schritzmeyer e Valéria Pandjarian, (1998), ao analisarem processos de estupro e o modo como cada operador do

direito constrói seu discurso na tentativa de defender ou incriminar o réu ou a vítima, entendem que o judiciário estaria atuando de maneira negligente frente à percepção da complexa problemática relativa a casos dessa espécie. É como se o Estado estivesse atuando como uma verdadeira instância produtora de desigualdades sociais, pois estaria mais preocupado em buscar subsídios através de uma análise de gênero baseada em estereótipos socialmente definidos para poder absolver o suposto estuprador e “condenar” de certa forma as “vítimas” desses crimes.

*Na verdade o que se tem demonstrado é que a constituição dos sujeitos não se faz exclusivamente pelo gênero, mas também pela classe social e pela raça/etnia. Um sujeito apresenta, simultaneamente, uma identidade de gênero, uma identidade de classe ou ainda, de raça/etnia [...] dessa forma nasce o sujeito multifacetado apresentando, na verdade, várias subjetividades. [...] É precisamente nas questões relacionadas à sexualidade que os preconceitos e estereótipos sociais, em grande parte condicionantes da desigualdade de gênero, tornam-se mais significativos, pois neste âmbito exerce-se o grande controle masculino, exercício de poder sobre o feminino. [...] as falas de vítima, agressor e testemunhas, dentro do processo, são filtradas pelas falas e interpretações dos operadores do direito, em especial, dos delegados de polícia e juízes. (Saffioti apud Pandjjarjian, Pimentel, Schritzmeyer, 1998)*

A mulher vítima de estupro passaria a ser violentada sob dupla perspectiva, primeiramente quando sofre as conseqüências do ilícito penal ao qual é submetida mediante violência ou grave ameaça e, em segundo, quando é encarada pelos órgãos incumbidos de estabelecer a justiça de maneira discriminatória.

Em contrapartida, as autoras Danielle Ardaillon e Guita Debert, (1987), ao analisarem a intervenção da justiça nos casos de crimes de estupro, espancamento e homicídio, entendem que a atuação deste órgão estatal dá-se muito mais no sentido de punir a conduta social do acusado ou da vítima, menosprezando, assim, o crime cometido, ou seja, a discussão desloca-se da análise do fato criminoso, em si, para a averiguação de determinadas características sociais atribuídas às partes envolvidas no processo, contribuindo, então, para soluções até certo ponto injustas e discriminantes.

*No entanto, como será visto, é próprio da dinâmica dos processos isolar o crime de seu contexto original e acender as luzes não somente sobre o criminoso como sobre a vítima, suas personalidades e suas vidas: caracterizar os 'protagonistas do delito', como dizem os juízes em suas sentenças. Na prática não se busca reconstituir uma vida por inteiro, mas pintar um quadro, um retrato, um perfil dos envolvidos, cujos contornos em verdade já estão dados de antemão, pois o seu comportamento é avaliado em função de uma série de requisitos, da sua adequação a determinados papéis sociais. (Ardaillon; Debert, 1987)*

Contudo, não se quer afirmar que a justiça não procura meios para punir o agressor, menosprezando a grave violência sofrida pela vítima, ao contrário, os órgãos incumbidos da investigação, processo e julgamentos de crimes de estupro estariam atuando no sentido de incriminar o suposto estuprador, atribuindo-lhe as mais negativas características, para dessa maneira conseguirem oferecer subsídios consistentes para uma futura sentença condenatória. Através das peças processuais é possível se observar os diferentes predicados que formam o estereótipo do estuprador e da vítima.

*O levantamento realizado em seis Estados da Federação mostra que o estuprador é condenado a penas relativamente grandes se compararmos, por exemplo, com os crimes contra a vida, para os quais o Código Penal atribui, em princípio, pena de 6 a 20 anos, em contraposição ao estupro, onde os limites são de 3 a 8 anos. (Ardailon; Debert, 1987)*

Outrossim, a autora Wânia Pasinato Izumino (1997), ao estudar o modo de intervenção da justiça nos casos de lesões corporais resultantes de desavenças motivadas pela relação de gênero entre vítima e agressor, chega à conclusão de que o judiciário, ao analisar casos dessa espécie, dirigiu sua ótica de julgamento em torno das instituições do casamento e da família. O debate jurídico que deu ensejo a um grande número de sentenças absolutórias não retrataria o fato de que a justiça falhou ao ser chamada para apaziguar as relações

conflituosas de gênero, enaltecendo a figura masculina e menosprezando as agressões sofridas pelas mulheres, mas tão somente constataria a idéia de que tais sentenças estariam baseadas nos próprios discursos apresentados pelo réu e principalmente pela vítima durante a fase de inquérito policial e perante a autoridade judiciária.

Para a aludida autora, a vítima envolvida naquele conflito, durante toda instrução e julgamento do caso, vai manipulando seu discurso visando obter o resultado que melhor lhe parecer, seja uma condenação, seja a absolvição daquele agressor. Os relatos prestados pelas vítimas perante as delegacias especializadas podem se modificar ou não durante a instrução criminal, ou seja, se sua intenção era restabelecer o equilíbrio na relação conjugal, buscará meios de inocentar seu agressor, mas se a intenção é repelir a agressão sofrida, valorizando sua integridade físico-psicológica, buscará a todo custo condenar o agressor.

Os protagonistas e agentes jurídicos deslocam a atenção do crime em si, passando a analisar as causas que desencadearam aquele conflito, para daí decidirem entre a criminalização da violência ou manutenção da família e do casamento, isto é, valorizando os interesses sociais de manutenção de tais instituições.

*Concluir que a absolvição dos réus ou a atribuição de penas mínimas nos casos de conflito de gênero atestam que a justiça é falha e sua aplicação desigual significaria adotar uma perspectiva restrita à lógica interna da justiça. Da ótica da sociedade, as decisões judiciais que absolveram os agressores, em nome de uma política cri-*

*minal que preserva a família e o casamento, se coadunam com a expectativa da sociedade em relação a essa intervenção. Segundo essa lógica, a decisão da justiça sancionou a desigualdade entre os sexos na sociedade e reforçou a hipótese de que as relações entre os sexos se dão como relações de poder, nas quais ora um ora outro se encontra numa posição privilegiada em relação ao seu parceiro. (Izumino, 1997)*

Não obstante as afirmações acima levantadas, é bastante pertinente as considerações levantadas pelo autor Georges Vigarello (1998), ao analisar a violência sexual entre os séculos XVI e XX na França. O mencionado escritor esclarece que as mudanças em torno dos discursos sobre as violências sexuais no século XX mostram uma maior sensibilidade em torno da figura da vítima. A idéia do trauma passa a ser bastante discutida. O estupro deixa de ser um fato que só ofende a moral e os bons costumes da sociedade e passa a ser visto como um ato que deixa marcas profundas nas vítimas, facilitando, sobremaneira, o desenvolvimento de uma visão mais sensibilizadora por parte dos tribunais em relação à figura da vítima violentada.

Em meados do século XVI na França, o estupro era visto então como “pertencente ao universo do impudor, antes de pertencer ao da violência; é gozo ilícito antes de ser ferimento ilícito” (Vigarello, 1998), fato que ocasionava a focalização do julgamento desses crimes sobre a idéia de pecado, menosprezando-se, assim, as violências sofridas pelas vítimas e aumentando o número de impunidades e processos falíveis, uma vez que a

suspeita recaía sobre a vítima como se esta tivesse consentido para a ocorrência daquele crime. Isso ocasionava também um baixo número de queixas prestadas por mulheres vítimas de estupro.

Já nos séculos XVIII e XIX é possível se constatar “um aumento da não tolerância à violência, incriminação progressiva do que não era estigmatizado, impossibilidade relativa, em compensação, de transpor essa precisão para as queixas e para os processos” (Vigarello, 1998), fato que ocasionava a manutenção da desigualdade entre homens e mulheres, bem como, processos que acabavam por retratar de maneira clara essa discriminação.

Somente a partir do século XX foi possível se constatar uma grande mudança nos julgamentos de crimes de estupro, uma vez que a igualdade entre todos os indivíduos era preceito a ser respeitado por toda a coletividade, principalmente pelos órgãos incumbidos de distribuir justiça.

*O acentuado crescimento das cifras atuais, a emoção coletiva suscitada pelo crime sexual compõem uma outra imagem, esclarecendo, à sua maneira, a sociedade de hoje. Igualdade inédita entre o homem e a mulher, transformando inteiramente a atitude das vítimas, dando mais legitimidade à queixa e mais equidade ao processo. Visão totalmente diferente ainda dos efeitos do crime, dominados pelas conseqüências psicológicas e seu dano a longo prazo, o trauma, a dor interior. O resultado do crime não é mais a imoralidade, mas a morte psíquica; a questão não é*

*mais a depravação, mas a quebra de identidade, irremediável ferida à qual a vítima parece condenada. (Vigarello, 1998)*

### **3. A CONSTRUÇÃO SOCIAL DOS DISCURSOS SOBRE ESTUPRO POR PARTE DOS OPERADORES DO DIREITO**

Independentemente do tipo de ação penal, é sabido que a principal função das delegacias de polícia é justamente apurar o fato delituoso. Logo, uma vez ocorrendo o fato ilícito, as partes procuram de logo acionar a autoridade competente para que seu direito fique resguardado.

O papel do delegado de polícia surge justamente aí, ou seja, é ele quem vai dar início às investigações para só então, ao final, ter provas suficientes para indiciar determinada pessoa ou não.

Poderíamos dizer que, dentre todos os operadores do direito (juiz, promotor de justiça, advogado ou defensor público) o delegado de polícia é a autoridade que terá um maior contato com todos os fatos em discussão e, via de consequência, possuirá uma maior sensibilidade à percepção da realidade fática, pois é ele quem em primeiro lugar ouve o que a vítima tem a dizer, ouve o suposto acusado e as testemunhas.

Toda essa dinâmica pode ser claramente observada quando se fala em crimes de estupro. As vítimas de crimes dessa espécie geralmente passam por graves ameaças praticadas por parte do estuprador, podendo até sofrer terríveis violências e isso vai fazer com que elas busquem de logo os meios cabíveis para que seja possível aplicar uma punição àquele que a violou.

As vítimas desses crimes chegam às delegacias de polícia em estado de verdadeira angústia, carregadas de sentimentos os mais diversos, medo, ódio, raiva, por terem sido violentadas de forma tão inescrupulosa; por terem sido severamente atingidas no que há de mais íntimo nelas, ou seja, seu direito de bem dispor do próprio corpo.

Essa realidade pela qual passa cada uma dessas vítimas é então apreendida e passa a influenciar o modo investigativo desses delegados de polícia. Muitos deles são homens e, de certa forma, acabam por sentir a mesma raiva e ódio expressos pela vítima, o que vai ocasionar um modo investigativo totalmente voltado à perspectiva de ênfase sobre a palavra da vítima.

O depoimento prestado pela vítima, indiciado e testemunhas perante a delegacia de polícia são mais completos e detalhados se comparados com os depoimentos prestados por essas mesmas pessoas perante o magistrado quando então o processo já foi instaurado. O delegado de polícia passa a inquirir todas essas pessoas sobre os mínimos detalhes relativos ao fato criminoso; manda que se proceda ao necessário exame de corpo de delito e ao final profere seu relatório que se trata de um resumo de todas as provas coletadas, finalizando-o de forma a indiciar ou não o acusado.

Em seu relatório, essa autoridade deixa transparecer todo o sentimento de repulsa que foi adquirindo durante toda a fase investigatória, é como se ele passasse de forma automática a defender a vítima e a condenar com palavras carregadas de sentimentalismo o comportamento do indiciado.

É fácil ver pelas entrelinhas do relatório os diversos predicados que ele atribui tanto ao fato criminoso quanto ao acusado, e, do mesmo modo, passa a tratar a vítima com uma certa dose de respeito e compaixão.

Esta autoridade, de forma até inevitável, passa a se envolver bastante com os fatos, principalmente quando se fala em crimes de estupro onde o estuprador se utilizou de grave violência. A repulsa que todos da sociedade têm frente a esses crimes é claramente retratada nas palavras escritas pelo delegado de polícia em seu relatório, afinal, ele também é parte dessa mesma sociedade que condena atos tão violentos e brutais como são os crimes de estupro.

Como forma de comprovar o modo pelo qual essa autoridade se comporta frente a casos assim, passo a transcrever frases e palavras transcritas por ela em seu relatório final sobre as investigações:

### **Indiciado: R.A.R.**

#### **Vítima: F.R.J.**

Trecho do relatório: “O homem que não desenvolve suas potencialidades no sentido do bem ou que obsta o processo de elevação de sua natureza real à natureza ideal, tornando-se muito semelhante ao irracional e pode chegar ao extremo de praticar atos tão hediondos que envergonham os próprios animais. Figuram nesse rol os tarados sexuais. Neles a libido não é controlada e os impulsos de concupiscência se movimentam de for-

ma tão primária que, ao invés de praticarem o amor com ternura e respeito, agem sob os auspícios da agressividade e do aviltamento. São feras famintas que brandem seus órgãos sexuais como armas avassaladoras capazes de ferir ou de matar. Suas vítimas, geralmente, pessoas débeis e sem defesa, quando conseguem sobreviver, ostentam no corpo e na alma os sinais da selvageria que carregaram, pela vida a fora, como estigmas de medo e de dor. Faz-se preciso, pois, conter a fúria desses seres vis que fazem do sexo um instante de agressão e de dor. O orgasmo que é o auge do prazer terreno, só serve a eles se regado a sangue e a espasmos de revolta. Os gemidos que para os normais são sinal de felicidade e de gozo, em momentos de relação, só lhes aprazem se emitidos no paroxismo de angústia cruel. Tais monstros jamais poderão ter a seu favor a complacência da lei e dos julgadores. Só o castigo poderá minimizar, perante a sociedade, o mal que fazem e o pavor que espalham. Somente a justiça para conter o ímpeto desses anormais que, a qualquer momento, podem atacar. Quando o instinto perverso supera qualquer princípio, não se pode tergiversar. Impõe-se a pena severa, não como vingança é claro, mas como meio de afastar do convívio das pessoas o perigo que representa um pênis descontrolado e iconoclasta. Ao homem normal que sabe amar e tratar a parceira com o galanteio esmerado de quem deseja, é justo se tribute respeito e solidariedade. O amor e o sexo constituem o binômio da tranquilidade social e têm que ser vistos como



fatores decisivos no crescimento das gerações. Devem ser vividos sem medo e sem tabus. Nada mais humano que incentivar a sua prática ou viver os seus encantos. O sexo desumano e sem amor praticado pelos maníacos, no entanto, só merece o repúdio e o asco e ao criminoso que o realiza só resta o rigor da lei e a desaprovação social”.

### **Indiciado: W.J.N.**

#### **Vítima: M.J.B.E.S.**

Trecho do relatório: “elemento de alta periculosidade, usando o mais alto grau de crueldade com suas vítimas, sem o menor ressentimento e ainda tendo o cinismo de negar o fato apesar de ser reconhecido sem sombra de dúvidas [...]”. A autoridade policial passa a requerer à Autoridade Judiciária a decretação da custódia preventiva do indiciado.

### **Indiciados: L.M.S. e A.G.S.**

#### **Vítimas: F.B.X. e N.S.V.**

Trecho do relatório: “Como que tomado por ira satânica, o feroz ‘animal’ mandou que [...] ordenando que a mesma se despisse e, com determinação bestial, estuprou-a de forma violenta, causando-lhe inclusive ferimentos na cabeça em razão de coronhadas desferidas de forma despropo-

sitada apenas com culto à violência; [...] após estuprar a menor, dirigiu sua ira animal para a Sr. F., e após despi-la passou a praticar com a mesma aberrações sexuais inomináveis [...]. No curso da prática abusiva, o inqualificável indiciado espancou com barbarismo a indefesa vítima [...]. O feroz criminoso apontou o revólver para a cabeça de [...]. Meritíssimo Juiz, rara vez essa autoridade constatou brutalidade infame no cometimento de um crime. Nauseante é a leitura do depoimento da infeliz vítima [...] Com total controle da situação, L.M. não obteve resistência de suas vítimas, e, viu-se diante de criaturas assustadas e indefesas, aproveitando-se da ocasião mudou seus planos iniciais de apenas assaltar a casa, detonando o estopim de uma tragédia inominável na vida da citada família [...] As cenas seguintes pareciam tiradas de um filme de horror e sadismo [...]. Toda a tragédia durou cerca de 40 minutos [...]”

Outrossim, na esfera penal, o papel do Ministério Público é determinante e essencial na persecução criminal, uma vez que detém o monopólio legal das ações penais públicas responsáveis pela grande maioria dos crimes e todos os delitos de maior gravidade e reprovabilidade social.

O papel exercido pelo *Parquet* não é somente o de intentar ações, ele estará a todo tempo atuando como *custus legis*, ou seja, além de ser o legitimado para intentar ações ele vai atuar no sentido de fiscalizar o trabalho dos operadores do direito, evitando assim quaisquer ilegalidades.

É justamente isso que ocorre na prática, isto é, o Ministério Público, se comparado com outros operadores do direito, é o que atua com um maior grau de imparcialidade, evitando ao máximo a criação de juízo de valores e estereótipos.

O promotor de justiça, para que possa intentar uma ação, vai ter como informações que servirão de base à denúncia os dados coletados pela autoridade policial na fase de elaboração do inquérito policial, logo, aquela autoridade pertencente à Instituição do Ministério Público, de início, não tem contato algum com as partes do processo, ela tão-somente oferece denúncia, baseando-se no que foi colhido na delegacia de polícia. Sendo assim, sua atuação no processo se inicia de forma bastante diferente se comparada com a maneira pela qual o Delegado de Polícia atua.

Enquanto o delegado de polícia recebe a vítima em uma fase em que a mesma está bastante abalada, pois geralmente isso ocorre pouco tempo após o delito, o promotor de justiça terá seu primeiro contato com a vítima após o interrogatório do acusado perante o juiz de direito, momento em que já foi dado início ao processo com o devido recebimento da denúncia.

No entanto, ainda é possível se constatar uma certa dose de parcialidade por parte desse representante do *Parquet*, pois quando se fala em atuação mais imparcial não se quer dizer atuação totalmente imparcial, logo, isso ocorre nos casos de estupro praticado com grave violência, ocasião em que o promotor de justiça relata os fatos de forma bastante detalhada, dando ênfase às

ocasiões em que a vítima passou pelos piores momentos durante toda a fase delitativa, bem como, passando a se referir à vítima denominando-a de “a indefesa vítima”; “a pobre vítima”, entre outras denominações.

Passo a transcrever partes de algumas denúncias e frases ditas pelo promotor de justiça durante as audiências:

### **Denunciados: J.W.S. e R.A.O.**

#### **Vítima: S.G.G.**

Denúncia: “Pra não ser morta, a infeliz mulher se submeteu à vontade da dupla delinqüente e ávida por luxúria. Assim, tanto a vítima se sujeitou ao relacionamento sexual natural, como teve que ceder aos impulsos doentios e bestiais dos tarados que perpetraram sempre sob violência o coito anal, violentando a indefesa vítima. [...] Destarte, infringiram os acusados os preceitos dos artigos 219, art. 213 e art. 214 c/c o art. 222 e art. 71, em combinação ainda com o artigo 29 todos do Código Penal Pátrio”

### **Denunciados: I.B.S, I.G.S e F.A.S.**

#### **Vítima: E.A.S.**

Denúncia: “O concurso de agentes ativos anulou a resistência da vítima, que foi constringida à prática das aberrações sexuais, consumadas pelos anormais, ora denunciados”.

## **Denunciado: W.J.N.**

### **Vítima: M.J.B.E.S.**

Denúncia: “[...] tentou afogar a vítima no canal, ficando a pobre vítima sem qualquer defesa e sem condições de se livrar do seu cruel e bárbaro inimigo, que aproveitando-se da sua situação a arrastou para uma casa próxima[...]; inconformado com os bárbaros atos de violência já praticados o acusado ainda arrastou a vítima, na presença das testemunhas que ficaram chocadas com a brutalidade e o estupro presenciado[...]; manteve conjunção carnal, sexo anal e oral, e enfiou um pedaço de pau na vagina da pobre vítima [...]; colocando-a de costas com uma peça de carro por cima, numa atitude imperdoável de um homem cruel, desumano e perturbado que foi capaz de cometer um ato tão violento, hediondo e brutal contra uma mulher indefesa [...]”

## **Denunciado: J.M.L**

### **Vítima: M.M.C.**

Denúncia: “Ocorre ainda que o ato praticado é de total repúdio por estar a vítima grávida de oito meses e após o fato já descrito a mesma começou a sentir muitas dores, procurando inclusive seu médico para relatar o acontecido, ficando o mesmo bastante preocupado com o estado da vítima e da criança que a mesma esperava”.

Destarte, estabelece a Constituição Federal de 1988 que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei e que a defensoria pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, inciso LXXIV.

O discurso apresentado por parte dos advogados e defensores públicos não está voltado à busca de qualidades negativas a serem atribuídos à vítima. Se há muito tempo o judiciário espelhava a mentalidade machista da sociedade, onde a mulher que não se enquadrasse no perfil de “mulher honesta” criado pela opinião pública não teria seus direitos resguardados pela justiça, hoje é possível observar uma mudança na ótica do julgamento.

Os tempos mudaram, a mentalidade da sociedade e o perfil dos operadores jurídicos também, logo o próprio modo de atuação dos defensores dos acusados em crimes de estupro também mudou, o que pode ser visto é uma defesa mais técnica, ou seja, busca-se formatar uma boa personalidade para o acusado, pois é sabido que o magistrado vai analisar a conduta social do delinqüente, sua personalidade, entre outros fatores quando da ocasião do julgamento.

O discurso elaborado por esses profissionais se restringe às alegações das seguintes circunstâncias:

1. Requer a absolvição dos acusados por insuficiência de provas.
2. O réu não concorda com a denúncia e por isso reserva o direito de rebatê-la nas alegações finais.

3. O requerente é menor de 19 anos, primário, com residência fixa e profissão definida, ficando desde já comprometido a comparecer a todos os atos processuais, bem como a cumprir todas as determinações emanadas por V.Exa., fica também requerida a expedição do competente alvará de soltura.
4. Quando da inquirição das testemunhas de acusação, o defensor do réu busca inquiri-las sobre o comportamento social do acusado, logo o depoimento da testemunha é transcrito da seguinte forma: “Que o acusado sempre manteve um bom relacionamento com os vizinhos e nunca ouviu falar de nenhum fato que o desabonasse socialmente; que não sabe informar se o acusado costuma ingerir bebida alcoólica”.
5. Todos afirmam que havia um namoro entre o acusado e a vítima, e que o namoro era de conhecimento da mãe da vítima. Ora, na verdade o que existia entre a vítima e o acusado era um verdadeiro estado de “concubinato”, com o qual concordava a mãe da vítima.
6. A materialidade do crime pode estar comprovada, mas a autoria não, logo deve-se seguir o princípio “*in dubio pro reo*”.

Como pode ser visto, por parte desses defensores não existe a tentativa de denegrir a imagem da vítima para assim conseguir a absolvição do réu, essa atitude é tomada pelo próprio réu ao ser interrogado, quando, em muitos casos, ele tenta criar uma imagem negativa da vítima, afirmando, por exemplo: que é do conhecimen-

to que a vítima costuma sair com homens estranhos; que já presenciou a vítima sempre em companhia de homens; que ouviu falar que a vítima era uma menina de programa; que a vítima é uma jovem bem saliente e pelo comportamento que ela teve jamais imaginaria que tivesse tão pouca idade; que a vítima nem era mais virgem quando com ela manteve relações sexuais, etc.

Dessa forma, a desigualdade de gênero com a atribuição de diversos estereótipos à figura da vítima não é objeto dos discursos apresentados pelos profissionais do direito incumbidos da defesa de réus acusados da prática de crime de estupro.

Por fim, o papel exercido pelo magistrado no processo penal é o de atuar no feito tentando buscar o máximo de provas sobre o caso em julgamento para que ao final ele possa condenar o réu, aplicando-lhe as penalidades cabíveis ou absolvendo-o por ter sido constatada a sua inocência ou simplesmente por falta de provas que possibilitem uma condenação.

A atividade dessa autoridade é regida pelo princípio da imparcialidade, ou seja, o juiz deve atuar de forma a tratar ambas as partes envolvidas naquele processo de forma igualitária, devendo dar prevalência ao princípio constitucional da presunção da inocência, isto é, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Na prática, diante de crimes tão graves como os crimes de estupro, fica claro o total repúdio que a presente autoridade demonstra frente a casos relativos a este delito e isso pode ser constatado durante toda a instrução criminal até a prolação da sentença.

A audiência de interrogatório vai proporcionar ao réu a possibilidade de se defender diante das autoridades, do mesmo modo, é momento oportuno para que o Juiz busque inquirir o réu sobre os fatos e também proceda a uma avaliação da personalidade do delinqüente e seu grau de periculosidade e frieza diante dos fatos narrados na denúncia.

Um outro momento importante para se avaliar a atuação do magistrado é quando ocorre a audiência de oitiva das testemunhas de acusação. Nessa audiência veremos a presença da vítima que irá depor como informante, e, mesmo assim, o seu depoimento perante as autoridades vai servir como peça fundamental para o convencimento do juiz, pois como sabemos, e, até mesmo, como afirmam muitos desses operadores do direito, a palavra da vítima em crimes dessa espécie é de fundamental importância, principalmente se o laudo pericial não está tão claro e carente de informações precisas.

Em uma sentença dada por uma juíza onde ela condena o réu pelo crime de atentado violento ao pudor ela transcreve os seguintes trechos: “De fato, como é usual nos crimes contra os costumes, a palavra da vítima assume especial relevo, emprestando-lhe a jurisprudência presunção relativa de veracidade, somente descrendo-se dela quando se arregimentam elementos seguros de que tem imaginação doentia ou age por vingança irracional”. Mais à frente a juíza passa a transcrever parte do depoimento da vítima, como meio útil para justificar a aplicação da pena ao réu.

A própria jurisprudência pátria considera de grande valia a palavra da vítima nos crimes de estupro.

É importante lembrar também que quando a vítima vai depor perante a autoridade judiciária ela continua bastante abalada com tudo que lhe aconteceu e isto vai influenciar bastante no modo como ela retrata a ocorrência dos fatos e no modo como o magistrado coordena seu depoimento, pois passa a haver entre magistrado e vítima um certo sentimento de solidariedade, ou seja, aquela autoridade passa a denegrir a imagem dos criminosos que praticam crimes dessa espécie e assim tenta ao máximo proteger a pessoa da vítima, abrindo espaço para que ela fale tudo o que pensa e sente.

É justamente isso que pôde ser visto em uma audiência relativa ao crime de estupro, onde o delito foi cometido de forma bastante violenta, causando sentimento de repulsa aos fatos narrados na denúncia e uma certa dose de compaixão para com a vítima por parte das autoridades (juiz e promotor de justiça). Isso é evidentemente comprovado através do diálogo entre as partes, durante a audiência, que passo a transcrever trechos:

Juiz: – “Gosto muito de estuprador, adoro estuprador”. Antes mesmo do início da audiência o magistrado já passa a se pronunciar dessa maneira frente ao relato da denúncia.

Diante da vítima o juiz se pronuncia dizendo: “Nos ajude para julgarmos de acordo com a verdade. Não se envergonhe de falar, pois a senhora foi vítima!”

Juiz: – A senhora era virgem à época do fato?

Vítima: – Não doutor. Eu até já tenho um namorado há muito tempo.

Juiz: – Eu só estou perguntando isso, pois o crime seria ainda pior do que já é se fosse com uma mulher virgem, ela teria perdido algo tão importante na vida de uma mulher por causa de um ato cruel de um criminoso como este.

Juiz: Após o estupro o que a senhora tentou fazer, tentou fugir, chamar por socorro?

Vítima: – Após o estupro eu tentei fugir, mas ele conseguiu me pegar, e, só depois de muito tempo ele foi embora me deixando lá e levou com ele minha roupa, daí tive que sair de lá nua.

Juiz: – Isso é um filha da mãe! Na denúncia dizem que tentaram linchá-lo, deveriam era ter matado ele. Os desembargadores e ministros não sabem o que é isso, depois vêm falar que nós aplicamos penas altas, nós é que vemos as coisas de perto, vemos as vítimas neste estado deplorável!

Juiz: – E seu namorado quando soube disso? E ele como ficou quando viu o réu aí fora?

Após o depoimento da vítima, o juiz passou a ouvir o depoimento da testemunha que era um policial militar o qual levou o acusado para que a vítima fizesse o reconhecimento, e, então, diante das autoridades (juiz e promotor de justiça), na sala de audiência, esta testemunha diz: “Quando a vítima o reconheceu desmaiou logo depois, aí me deu vontade de comê-lo vivo!, se fosse à noite teria mandado ele para [...]”. Diante do alegado pela testemunha o magistrado não lhe reprimiu, ao contrário, deixou-o bem à vontade para dizer tudo o que pensava.

Além desse comportamento do magistrado retratado durante às audiências, ele se utiliza de outros meios para punir o réu de forma grave, ou seja, quando da aplicação da pena. É possível notar a intenção dessa autoridade em aplicar penas altas aos réus que cometem crime dessa espécie. Em um processo no qual há a presença de duas vítimas e a denúncia se refere aos crimes de estupro, atentado violento ao pudor e roubo, o juiz diante de fatos tão graves aplica a pena definitiva ao réu em 33 anos de reclusão e ao pagamento de 200 dias-multa. Passo a transcrever partes dessa sentença:

“Ora, com tão substancial prova a condenação de L.M.S é imperiosa, necessária, justa, justíssima.

Com efeito, demonstrou tal cidadão não poder conviver com seus semelhantes em condições normais, senão que segregado da sociedade por um bom e longo tempo, suficiente para que reaprenda ou aprenda, melhor dizendo, a conviver em sociedade e respeitar os direitos fundamentais da pessoa humana, vez que praticou dois dos mais horrendos e repugnantes crimes, quais sejam, o estupro e atentado violento ao pudor.

Ressalta-se que suas vítimas eram uma senhora já quase na terceira idade e uma criança de apenas 10 anos de idade.

**Repugnantes foram seus atos criminosos, por isso que deve ser punido rigorosamente** (grifo nosso).

Doso-lhe a pena.

Considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, considerando seus antecedentes, considerando a barbaridade e a crueldade com que os crimes forma praticados resolvo: a) Aplicar-lhe a pena de 08 (oito) anos pelo crime de estupro (art. 213 do CP)

e mais 08 (oito) anos pelo crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP), em relação à vítima F.B.X.C., penas essas que tenho por definitivas a ausências de causas outras de exacerbação e diminuição de pena, bem como de circunstâncias agravantes e atenuantes; b) Aplico-lhe a pena de 09 (nove) anos de reclusão pelo crime de estupro cometido contra a vítima N.S.V, pena que tenho por definitiva por inexistirem circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como, causas de especial aumento ou diminuição de pena; c) Aplico-lhe a pena base de (06) seis anos de reclusão e multa de 150 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente por cada dia. Tendo em vista que “in casu” incide especial aumento de pena previsto no parágrafo 2º, inciso I, aumento-lhe a pena de 1/3, restando então a pena definitiva de 08 (oito) anos de reclusão e duzentos dias-multa, vez que não existem circunstâncias agravantes e atenuantes nem outras causas de especial aumento e diminuição de pena.

Assim, a pena total do réu L.M.S. fica totalizada em 33 (trinta e três) anos de reclusão e 200 dias-multa.”

#### 4. REFERÊNCIAS

ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita. **Quando a vítima é mulher: análise de julgamentos de crimes de estupro, espancamento e homicídio**. Brasília: Conselho Nacional dos direitos da mulher, 1987.

GENDRON, Colette. Violência e assédio sexual. **Revista Estudos Feministas**, número especial, 2. sem., 1994.

GOMES, Luiz Flávio. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GROSSI, Miriam Pilar. Novas/Velhas violências contra a mulher no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, número especial, 2. sem., 1994.

IZUMINO, Wânia Pasinato. Justiça criminal e violência contra a mulher: o papel da justiça na solução dos conflitos de gêneros. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 18, 1997.

PIMENTEL, Sílvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia P.; PANDJIARJIAN, Valéria. **Estupro crime ou “corte-sia”?: abordagem sociojurídica de gênero**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

RICARDO, Anne Sorine Salsa. **Estupro**. Olinda, 2000. Bacharelado em direito.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. Violência de gênero no Brasil atual. **Revista Estudos Feministas**, número especial, 2. sem., 1994.

SEGATO, Rita Laura. A estrutura de gênero e a injunção do estupro. In: SUARÉZ, Mireya; BANDEIRA, Lourdes (Org.). **Violência, gênero e crime no Distrito Federal**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

SZNICK, Valdir. **Crimes sexuais violentos: violência e ameaça, pudor e obsceno, desvios sexuais, rapto e estupro, atentado ao pudor**. São Paulo: ícone, 1992.

VIGARELO, Georges. **História do estupro – violência sexual nos séculos XVI-XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

# UMA VISÃO CRÍTICA DO ENTENDIMENTO DO STF ACERCA DA NÃO OBRIGATORIEDADE DA SUBMISSÃO AO EXAME DE DNA NAS AÇÕES DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Nilza Roseli Soares da Fonseca

Aluna do 3º período da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Advogada.

## SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE PATERNIDADE E FILIAÇÃO; 2. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE FILIAÇÃO; 3. A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE; 3.1. A dificuldade da prova; 4. A RECUSA DO INVESTIGADO À SUBMISSÃO AO EXAME DE DNA; 4.1. O entendimento do STF acerca da recusa; 4.2. Conflito entre os direitos constitucionais do investigado e do investigante na hipótese de recusa; 4.3. Solução jurídica para o conflito no atual sistema brasileiro; 4.3.1. Crítica à adoção da confissão ficta e da presunção da paternidade; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS.

## 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE PATERNIDADE E FILIAÇÃO

O problema da paternidade no Brasil é muito sério. Segundo a Estatística do Registro Civil de 1988, publicada pelo IBGE, 31,1% das crianças nascidas naquele ano foram registradas apenas pela mãe. E pesquisas mais recentes ratificam esse número: um em cada três brasileiros não possui em seu registro de nascimento o nome do pai, são os chamados filhos de mãe solteira.



Quando a mãe é casada existe a presunção, criada pelos romanos, de que o seu marido é pai dos seus filhos, é a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*. Assim, por causa dessa verdade jurídica, os filhos de uma mulher casada geralmente não têm problemas quanto à determinação de sua paternidade e ao seu registro de nascimento.

Porém, existem filhos que não decorrem de uma relação matrimonial. Seus genitores não são casados, ou por haver impedimento de casamento ou mesmo por opção deles. As estatísticas provam que a maior incidência de não reconhecimento da paternidade está justamente entre os pais que possuem esse tipo de relacionamento instável com a mãe da criança. Nesses casos, o pai, geralmente não quer registrar o filho, ficando a mãe com toda a responsabilidade moral e financeira da criação e educação do filho.

## 2. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE FILIAÇÃO

O preconceito em relação aos filhos decorrentes de relação extramatrimonial é uma reminiscência ainda do pensamento jurídico estabelecido pelo Código Civil de 1916. O Código anterior era extremamente protecionista do casamento, considerando-o como fonte exclusiva da legitimidade dos filhos. Só os filhos decorrentes do casamento eram filhos legítimos. Os demais eram considerados ilegítimos, sendo que estes se dividiam ainda em naturais e espúrios. Os naturais eram os filhos de genitores que, embora não fossem casados, não existia nenhum impedimento matrimonial entre os mesmos. Era

o caso de um casal de namorados, por exemplo, que tinha um filho. Eles não eram casados, mas poderiam casar a qualquer momento. Já os filhos espúrios eram os incestuosos e os adúlteros, ou seja, existia impedimento matrimonial entre seus genitores, ou porque eram parentes ou porque um deles ou os dois já eram casados com outra pessoa. Sendo que os filhos espúrios não podiam ser reconhecidos legalmente pelos pais.

A Constituição de 1988 surge então como um novo paradigma em relação ao Direito de Família. Não existe mais a distinção entre filiação legítima e ilegítima. Todos os filhos passam a ser iguais perante a lei. Dessa forma, a todos os filhos é dada a oportunidade de serem reconhecidos pelo pai.

O reconhecimento da família não matrimonializada opera o desligamento entre o casamento e a legitimidade dos filhos. A paternidade e a filiação passam a ser consideradas, antes de tudo, direitos das pessoas.<sup>1</sup>

A nossa Lei Maior consagra também a Doutrina Jurídica da Proteção Integral aos direitos da criança, consubstanciada no princípio internacional do melhor interesse da criança. A proteção dos direitos da infância e juventude com prioridade absoluta passa a ser um dever social.<sup>2</sup>

Seguindo a ideologia protecionista dos direitos da criança, surgem algumas leis importantes como o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei 8560/92 que trata da investigação da paternidade.

1 Cf. FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida*, p. 23

2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento da Paternidade e Seus Efeitos*, p. 14

### 3. A AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

Quando do nascimento de uma criança, o suposto pai pode tomar as seguintes posições: a) reconhecer voluntariamente o filho, registrando-o como seu; b) reconhecer o filho em consequência da averiguação oficiosa da paternidade, prevista na Lei 8560/92, caso em que o pai não comparece espontaneamente para registrar o filho, todavia, depois de notificado pelo juiz para se manifestar sobre a paternidade que lhe é atribuída, decide reconhecer a criança, sem necessidade de um decreto judicial da paternidade; c) negar-se a reconhecer juridicamente a paternidade da criança. Diante dessa terceira hipótese, entra em cena a **ação de investigação de paternidade**, que se destina a investigar judicialmente o suposto vínculo entre a criança e o indigitado pai e, por via de consequência, declarar o estado de um em relação ao outro.

#### 3.1. A dificuldade da prova

Um dos problemas enfrentados pelos nossos tribunais nas ações de investigação de paternidade diz respeito à dificuldade da prova. O art. 333 da nossa Lei Adjetiva Civil, em seu inciso I, prevê que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito. Então, aplicando a lei ao caso concreto, temos que, na ação em comento, ao filho que alega a filiação biológica cabe o ônus de prová-la.

No campo probatório da ação investigatória o autor deve comprovar o efetivo relacionamento sexual entre sua mãe e seu suposto pai e, ainda, a necessária relação de causa e efeito entre este ato e a sua concepção.

Para isso o autor da ação investigatória dispõe de todos os meios de prova em direito permitidos, como confissão, documento, testemunha, presunção e perícia.

O problema é que os meios de prova convencionalmente utilizados nos demais tipos de ação são insuficientes para assegurar a certeza biológica acerca da filiação. A única que se presta a assegurar a certeza da filiação é a prova pericial, consistente no exame de DNA.

Quando se intenta uma ação de investigação de paternidade é porque o homem que a mãe aponta como o pai da criança está justamente negando a paternidade, por isso a confissão se revela quase impossível.

Igualmente difícil é uma documentação que comprove a existência de um ato sexual e mais difícil ainda que comprove nexo causal entre tal ato e a concepção de uma criança.

A prova testemunhal também fica comprometida em alguns casos. Essa dificuldade em se determinar o pai por fatores visíveis aos olhos humanos não ocorre em relação à mãe, porque a maternidade é exteriorizada através do fenômeno da gravidez e do parto, em que qualquer pessoa pode ver que o filho nasceu realmente da mulher. Porém, como a participação do pai na geração e nascimento da criança resume-se basicamente na doação do espermatozóide durante o relacionamento sexual, o vínculo biológico fica mais difícil de ser demonstrado por testemunho de pessoas alheias à relação.

A presunção não é uma prova, mas um processo lógico pelo qual a mente humana atinge uma verdade legal.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O Exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Repertório de Doutrina Sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais*, p. 189.

Por isso, o jogo de presunções pode resolver o problema da paternidade no plano jurídico-instrumental, mas não se presta a garantir a certeza de uma paternidade biológica.

Diante da insipiência desses meios probatórios resta o recurso à perícia médico-legal como único meio seguro para se comprovar a paternidade, nomeadamente o exame de DNA.

Nenhum método utilizado na investigação da paternidade biológica antes do exame de DNA podia determinar com certeza científica o vínculo entre os examinados. Alguns deles eram capazes de excluir a paternidade, mas nenhum era capaz de determiná-la com certeza absoluta. Com a descoberta do DNA foi constatado que, a partir de seu estudo, é possível alcançar resultados precisos de confiabilidade superior a 99,9999% de probabilidade de paternidade<sup>4</sup>, o que para os nossos tribunais tem sido entendido como certeza de paternidade biológica.

O doutor em Genética, Salmo Raskin, doutrina que sempre metade do DNA de um indivíduo é herdada de seu pai biológico e outra metade é herdada de sua mãe biológica. É uma marca registrada da herança genética das pessoas. E é impossível haver no mundo, salvo o caso de gêmeos univitelinos, duas pessoas com a mesma composição do DNA, o que reforça ainda mais a confiabilidade do exame.<sup>5</sup>

O teste do DNA pode ser considerado hoje o mais poderoso elemento esclarecedor da verdade a serviço dos juízes e profissionais ligados à área do Direito de Família.

4 Cf. PENA, Sérgio D. J. Determinação de Paternidade Pelo Estudo Direto do DNA: estado da arte no Brasil. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo. *Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência*, p. 65

5 RASKIN, Salmo. *Manual Prático do DNA para Investigação da Paternidade*, passim

Com esse exame surge, pela primeira vez, a possibilidade de se substituir a verdade ficta pela verdade real. A verdade ficta, gerada pela presunção da paternidade, perde totalmente a razão de ser considerada, uma vez que com o exame do DNA alcança-se a verdade real, capaz de acabar definitivamente com as dúvidas e angústias dos litigantes.

Entretanto a prova pericial ainda encontra um obstáculo: a recusa do investigado em fornecer o material necessário para a realização do exame.

#### 4. A RECUSA DO INVESTIGADO À SUBMISSÃO AO EXAME DE DNA

Com a negativa do investigado de fornecer o dito material, o investigador fica sem meios para provar o seu estado de filiação. Nesse caso, se o único meio seguro para se provar a paternidade se torna indisponível, como decidir o julgador pela procedência do pedido? Por outro lado, seria justo o pedido de declaração da paternidade ser julgado improcedente por falta de provas, quando se sabe que a realização desta seria plenamente possível se houvesse colaboração do investigado?

A partir do momento da recusa começa a existir na investigação da paternidade um conflito de direitos garantidos constitucionalmente: o direito do pai à integridade física e o do filho ao conhecimento de sua verdadeira identidade pessoal.

Diante da falta de legislação infraconstitucional para solucionar essa questão, a doutrina e a jurisprudência brasileira abrem acirrados debates na tentativa de solucioná-la.

#### 4.1. O entendimento do STF acerca da recusa

A jurisprudência do STF já está firmada no sentido da não obrigatoriedade da submissão coercitiva ao exame de DNA em ação investigatória da paternidade.

No ano de 1994 foi julgado pelo Pleno do STF um *habeas corpus* impetrado por um advogado, réu em ação de investigação de paternidade, tendo como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A impetração desse remédio constitucional foi provocada pela determinação da 8ª Câmara Cível do TJRS, em julgamento de Agravo de Instrumento, de que, diante da recusa do indigitado pai em ação investigatória de comparecer para a realização do exame de DNA, fosse o mesmo conduzido “debaixo de vara” ao laboratório, a fim de que lhe fosse retirada quantidade de sangue suficiente para a realização do referido exame. Determinação esta que apenas confirmou o entendimento do juízo de primeiro grau de jurisdição que também decidiu pela obrigatoriedade da submissão do réu ao exame requerido pelas investigantes, a saber, duas meninas, gêmeas impúberes.

Diante da ordem do TJRS, mantenedora da decisão do juízo *a quo*, o investigado interpôs recurso especial para o STJ e recurso extraordinário para o STF. Como esses recursos não tinham efeito suspensivo, impetrou *habeas corpus* preventivo para que a decisão do TJRS fosse suspensa até o julgamento dos recursos mencionados.

O acórdão do referido *habeas corpus*, por maioria de votos, concedeu a ordem ao paciente para não realizar o exame pericial em DNA, entendendo legítima a sua recusa.

Habeas Corpus 71.373-4. *Ementa*: “INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA” – Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.” (STF – HC 71.373 – RS – TP – rel. p/ Ac. Marco Aurélio – DJU 22/11/1996)

Porém, os argumentos postos nas manifestações vencidas, concordantes na condução “debaixo de vara” para submissão à perícia forçada em ação cível, foram bastante fortes e propõem uma reflexão.

Os argumentos contrapostos no julgamento do referido *habeas corpus* fizeram eclodir no direito brasileiro uma discussão acirrada acerca dos direitos envolvidos na ação de investigação de paternidade.

#### 4.2. Conflito entre os direitos constitucionais do investigado e do investigador na hipótese de recusa

De um lado tem-se que a recusa do investigado assenta-se no princípio da legalidade e nos direitos à liberdade, à intimidade, à vida privada e à integridade física. No outro pólo visualiza-se a proteção do direito personalíssimo do filho ao conhecimento de sua ascendência biológica paterna e constituição de sua real identidade.

O problema é que tanto os direitos do investigado quanto os do investigador encontram amparo nas garantias fundamentais de cidadania e dignidade da pessoa humana, consagradas pela Constituição da República. Assim, há juristas que defendem a proteção dos direitos do investigado e outros, não menos ilustres, que defendem veementemente os interesses do investigador, em razão do melhor interesse da criança.

A inexistência de unanimidade no sistema jurídico brasileiro, na solução de conflitos dessa natureza, demonstra a complexidade da polêmica que eles encerram. Passemos, então, a uma análise mais detalhada dos direitos de cada um dos pólos na investigação judicial da paternidade.

Dos direitos do investigado:

A jurisprudência dos nossos tribunais é majoritária no sentido de que ninguém pode ser obrigado, sem o seu expresso consentimento, a submeter-se a exame pericial com a finalidade de estabelecimento da paternidade biológica, em ação investigatória de paternidade.

Boa parte da doutrina brasileira também se pronuncia pela impossibilidade da condução coercitiva do réu para a realização do exame.

Os defensores da não obrigatoriedade da submissão ao exame baseiam-se, essencialmente, no princípio da legalidade. Com efeito, não existe lei em nosso ordenamento jurídico que obrigue o suposto pai, réu em ação investigatória, a submeter-se ao exame pericial para apuração da paternidade. Assim, seguindo o princípio constitucional segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, o juiz não poderá coagir o réu a fazer algo que a lei não obriga e, em consequência, não poderá obrigar o réu em ação investigatória a se submeter ao exame de DNA.

Outrossim, há quem entenda que, se existisse uma lei obrigando o suposto pai a se submeter à perícia investigatória de paternidade pelo método do DNA, poderia ser declarada inconstitucional, pois feriria direitos constitucionais do mesmo.

O artigo 5º da nossa Constituição também dispõe, em seu inciso X, que são invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas, o que serve de argumento para os defensores da não obrigatoriedade à submissão ao exame de DNA. Sustentam eles ser tal exame violador da intimidade e da vida privada do investigado.

Nesse sentido é o entendimento do Ministro Marco Aurélio:

*A Carta Política da República [...] consigna que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]. Onde ficam a intangibilidade do corpo humano, a dignidade da pessoa, uma vez agasalhada a esdrúxula forma de proporcionar a uma das partes, em demanda civil, a feitura de uma certa prova? [...]*

*É irrecusável o direito do Paciente de não ser conduzido, mediante coerção física, ao laboratório. É irrecusável o direito do Paciente de não permitir que se lhe retire, das próprias veias, porção de sangue, por menor que seja, para a realização do exame. A recusa do paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu.<sup>6</sup>*

Há quem defenda, ainda, que o investigado pode se negar a realizar o exame, quando invoca o direito constitucional de não submeter o seu próprio corpo a uma prova que não deseja, fazendo nascer a presunção contra si.

Dos direitos do investigante:

Não se pode deixar de analisar, entretanto, o interesse contraposto do investigante de saber a verdade sobre a sua ascendência paterna, um direito natural de todo homem de conhecer suas origens.

O direito à identidade pessoal é direito elementar e fundamental como garantidor da dignidade humana, protegida constitucionalmente pelo art. 1º, inciso III. Essa identidade pessoal abrange tanto o direito ao nome quanto o direito à historicidade pessoal, ou seja, o direito ao conhecimento da identidade dos genitores.<sup>7</sup>

6 Brasil, STF, Habeas Corpus nº 71.373-4/RS, DJU 22/11/1996, voto do Ministro Marco Aurélio.

7 Cf. MORAES, Maria Celina Bodin. Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade. In: BARRETO, Vicente (org.). **A Nova Família: problemas e perspectivas**, p. 175.

Outrossim, o art. 227 da CR/88 diz que o Estado deve garantir à criança, com “absoluta prioridade”, o direito à convivência familiar, conseqüentemente deve empenhar todo o esforço na determinação da paternidade da mesma, uma vez que assim possibilitará essa convivência.

O artigo 229, também da nossa Norma Ápice, reza que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Além de dar segurança para a criança, essa norma retira tais ônus, pelo menos *a priori*, do Estado, beneficiando assim toda a comunidade, que não pode tolerar o abandono de menores por pais irresponsáveis. Porém, só com o reconhecimento da paternidade é que se pode cobrar tal postura do pai em relação ao filho. Isso demonstra, mais uma vez, a importância da facilitação da investigação da paternidade, inclusive com a obrigatoriedade da submissão do suposto pai à perícia necessária à identificação genética, pois o abandono dos filhos não pode ser admitido em nome do argumento, no caso meramente teórico, da violação à integridade física.

Também podemos invocar o artigo 339 do Código de Processo Civil, segundo o qual “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, para embasar mais um argumento favorável à obrigatoriedade da submissão ao exame de DNA.

Contra o argumento de que o exame pericial para a identificação da paternidade viola a integridade física do investigado, tem-se que a comprovação da filiação pelo método do DNA pode ser feita com uma quantidade ínfima de sangue ou de sêmen, um pedaço de pele ou um mero fio de cabelo. A retirada desse material do corpo do investigado violaria a integridade física do mesmo? Se viola, não seria essa violação irrelevante diante do direito da criança à identidade genética?

É pacífico o entendimento de que a interferência no corpo físico do examinando é mínima. Mesmo quem defende a não obrigatoriedade da submissão ao exame reconhece que a violação à integridade física é irrelevante diante da contribuição que o exame representa na descoberta da verdade.

O princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda um interesse ao mesmo tempo individual e público, uma vez que o conhecimento do patrimônio genético com o conseqüente estabelecimento da verdadeira relação paterno-filial, além da repercussão no âmbito patrimonial e extrapatrimonial da família, afeta sobremaneira interesses da coletividade, pois pode evitar o abandono de crianças, impedir o incesto, possibilitar a aplicação de impedimentos matrimoniais e ainda, prever, evitar e tratar doenças hereditárias.

Enquanto o direito à intangibilidade do próprio corpo tem natureza privada, o direito à identidade biológica tem conotação pública e, na hierarquia de valores, o interesse público deve se sobrepor ao privado.

O ministro Francisco Rezek, no relatório do HC 71.373-4, sustenta:

*o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que*

*protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.*<sup>8</sup>

Por fim, quanto ao princípio da legalidade, invocado para justificar a impossibilidade de o juiz obrigar o investigado a se submeter ao exame, uma vez que não existe lei que expresse mandamento no sentido de obrigar o investigado a se submeter a exame pericial de DNA, o Doutor José Rubens Costa doutrina: “os direitos e garantias fundamentais não dependem de normação, embora possa ser conveniente; são de eficácia autônoma e imediata, inclusive, hoje, com previsão constitucional (CF, art. 5º, § 1º)”.<sup>9</sup>

Aduz o referido autor que o conteúdo material do princípio da legalidade não pode ficar a depender da vontade do legislador, o que significaria retirar a eficácia da Constituição pelo voluntarismo ou apatia do legislador e, conseqüentemente, submeter a Constituição à legislação ordinária.

Entende-se que, em caso de colisão de direitos, deve-se comprimir cada um na medida necessária para garantir a coexistência de ambos. Essa compressão é feita pela técnica da ponderação de bens, levando-se em conta a razoabilidade e a proporcionalidade, necessárias para salvaguardar o equilíbrio entre valores fundamentais conflitantes, devendo-se analisar também se as vantagens superam as desvantagens de fazer prevalecer um ou outro direito, considerando os danos causados e os resultados a serem obtidos.

<sup>8</sup> Brasil, STF, Habeas Corpus nº 71.373-4/RS, DJU 22/11/1996, voto do Ministro Francisco Rezek.

<sup>9</sup> COSTA, José Rubens. Direito Indisponível à Verdade Histórica: exame compulsório de DNA. *Revista dos Tribunais*, p. 151

No caso da ponderação de direitos envolvidos na ação de investigação de paternidade, doutrina mais consentânea com os novos rumos do direito de família após a Constituição de 1988, tem se inclinado para o entendimento de que o benefício obtido pelo filho e pela sociedade parece justificar a restrição ao direito do investigado.

Ressalte-se, porém, que o direito sobre o corpo do pai também não é ilimitado. É possível a recusa à submissão ao exame pela parte adversa, se a realização do mesmo causar-lhe grave prejuízo à vida ou à saúde. Nesse caso, a vida, considerada como bem supremo do indivíduo, sobrepõe-se a qualquer outro direito.

#### 4.3. Solução jurídica para o conflito no atual sistema brasileiro

Enquanto a questão da submissão ao DNA é discutida, a solução jurídica encontrada pelo ordenamento pátrio para o caso de recusa do indigitado pai à submissão ao exame de DNA, já que inexistente dispositivo legal compelindo alguém a fornecer material para realização de tal exame, é a presunção da paternidade. Sua recusa é considerada como confissão ficta capaz de produzir efeitos de ordem pessoal e patrimonial.

O Direito tratou de buscar no seu espaço de normas abstratas a solução para a realidade, retomando-se o entendimento de que a recusa deve ser interpretada pelo julgador como um indício de paternidade, operando contra o investigado e declarando a procedência do pedido do investigante.<sup>10</sup>

10 Cf. ALMEIDA, Maria Christina de. *Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos*, p. 139.

Essa orientação da confissão ficta e presunção da paternidade baseia-se na interpretação do art. 343, § 2º c/c o art. 359, ambos do CPC, que prevêm a pena de confissão para os casos em que a parte se recusa a depor ou a exhibir documento ou coisa.

Nesse diapasão, essa solução foi positivada no art. 232 do Código Civil de 2002 que dispõe, *in verbis*: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz supre a prova que se pretendia obter com o exame”.

#### 4.3.1. Crítica à adoção da confissão ficta e da presunção da paternidade

Com a adoção da confissão ficta e da presunção da paternidade pelo sistema jurídico do nosso país, resolveu-se o problema da recusa no plano jurídico-instrumental; para o mundo jurídico o investigador terá um “pai” ou, pelo menos, o direito ao nome de um pai e poderá até ter o direito a uma pensão alimentícia. Porém ainda não é suficiente para garantir o direito natural da criança de saber a verdade sobre sua ascendência genética, direito esse que reflete no campo da moral, da dignidade e na esfera psicológica do indivíduo.

Quanto à insuficiência da presunção para o alcance do principal objetivo de uma ação de investigação de paternidade, que é a descoberta da real identidade do indivíduo, vários foram os pronunciamentos no julgamento do HC 71.373-4.

O Ministro Francisco Rezek faz sua crítica, dizendo que “a recusa mesma induz à presunção de



paternidade, facilitando o desfecho da demanda, mas resolvendo de modo insatisfatório o tema da identidade do investigante".<sup>11</sup>

O Ministro Ilmar Galvão profere entendimento no sentido de que na ação investigatória busca-se, sobretudo, a consecução de interesse moral, que só encontrará resposta na revelação da verdade real acerca da origem biológica do pretense filho.<sup>12</sup>

O Ministro Carlos Velloso, reportando-se ao entendimento da adoção da confissão ficta, sustenta que se a mesma tem importância para a satisfação de meros interesses patrimoniais, não resolve, não é bastante e suficiente quando se está diante de interesses morais. O Excelentíssimo Ministro registra ainda que: "não presta obséquio à dignidade de uma pessoa, ser esta sustentada por outrem, como se fora seu pai, simplesmente porque esse outrem não quis submeter-se ao exame, ficou sujeito à pena processual de confissão ficta".<sup>13</sup>

Além desses inconvenientes de natureza ético-moral da presunção da paternidade, há ainda que se analisar as questões formais ou processuais que ela envolve. Não se pode pretender, com a recusa do réu, confessando o fato, ou presumida a paternidade.

O direito do filho à origem e do pai à paternidade são direitos indisponíveis. O CPC, em seu art. 351, prevê expressamente que "não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis". Vê-se então, cristalinamente, a impossibilidade da adoção

11 Brasil, STF, Habeas Corpus nº 71.373-4/RS, DJU 22/11/1996, voto do Ministro Francisco Rezek.

12 Brasil, STF, Habeas Corpus nº 71.373-4/RS, DJU 22/11/1996, voto do Ministro Ilmar Galvão.

13 Brasil, STF, Habeas Corpus nº 71.373-4/RS, DJU 22/11/1996, voto do Ministro Carlos Velloso.

da confissão ficta e da conseqüente presunção da paternidade no caso de recusa ao exame na ação de investigação de paternidade.

O comportamento da recusa pode, no máximo, representar indício, a ser cotejado pelo operador do direito diante do conjunto probatório.

Outrora o jogo de presunções para determinação da paternidade era imprescindível para o Direito, pois era o único meio de solucionar a questão da relação de filiação, porém atualmente é inteiramente desnecessária. O surgimento do exame de DNA pôs fim a todas as incertezas e presunções.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos inconvenientes de natureza processual e da dificuldade de se positivar a matéria da submissão obrigatória ao exame do DNA e apesar de já existir uma solução **legal** para o problema da recusa ao exame com probatório da paternidade, cabe uma indagação: seria **justo** negar o direito a uma pessoa de conhecer a sua verdadeira ascendência genética, sua real identidade?

E ainda, quem ficaria satisfeito com uma presunção de paternidade quando se pode descobrir a verdade sobre ela? Quem se conformaria com a dúvida quando há meios, relativamente simples, para obtenção da certeza? A presunção da paternidade pode satisfazer os tribunais, pode ajudar os julgadores a decidir um processo, mas não satisfaz a consciência e o sentimento de justiça de quem fora relegado pelo próprio pai. A solução formal adotada pelo ordenamento pátrio não é suficiente para assegurar o direito personalíssimo do filho de saber a verdade sobre sua ascendência paterna.

O tema debatido torna-se complexo por tratar de colisão de direitos fundamentais do investigante e do investigado, contudo, essa colisão pode ser resolvida com a aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade, voltados para a salvaguarda do equilíbrio entre os valores conflitantes. A aplicação desses princípios no caso concreto possibilita a valorização dos direitos envolvidos, cedendo espaço o menos lesivo em favor do “mais” prioritário.

No conflito de interesses entre o direito do pai, que não quer se submeter ao exame, protegendo sua integridade física no exercício de seu direito de liberdade e o do filho, que busca a declaração da paternidade biológica, entende-se dever prevalecer o direito do filho, atribuindo-se à descoberta da real ascendência genética uma relevância maior do que o atentado à integridade física evitado pelo suposto pai. Estabelece-se uma hierarquia entre os valores em jogo, de forma a proteger o maior interesse da criança, que não pode sofrer as consequências da irresponsabilidade de seu pai.

É certo que o corpo humano é um bem jurídico que deve ser protegido, sob pena de se ver desrespeitada a própria Constituição pátria que garante o direito à vida e à integridade física. De acordo com essas garantias fundamentais, a perícia compulsória parece, à primeira vista, ser impossível. Porém, se forem analisados os direitos fundamentais personalíssimos da criança, a obrigatoriedade da submissão ao exame de DNA passa a figurar como providência necessária e legítima, a ser adotada pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de um direito prejudique direito de terceiro, correspon-

dente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse este que é, além de individual, interesse eminentemente público.

É impensável que a Justiça se prive de uma prova de qualidade inquestionável como a obtida por meio do exame de DNA em virtude de mero capricho de um adulto que procura se esquivar de suas obrigações paternais, alegando direito à integridade física, quando se sabe que o procedimento do exame não causa sacrifício ao corpo e não apresenta perigo para a saúde do indivíduo normal.

Se é certo que a paternidade não se encerra apenas num dado genético, não se pode olvidar que o vínculo genético existente entre pai e filho é o dado inicial para a construção de uma relação entre eles, daí a importância do conhecimento desse fato biológico como fonte para o desenvolvimento de uma paternidade responsável e garantia da criança ter uma referência familiar completa, com as figuras da mãe e do pai.

Não se pretende, com a obrigatoriedade de submissão ao exame genético, maximizar o aspecto biológico da paternidade a ponto de excluir a paternidade socioafetiva. O objetivo primordial é dar o direito a todos de conhecer a sua verdadeira origem genética, suas verdadeiras raízes. E, além disso, compelir, via investigação, à paternidade responsável, evitando o abandono moral e patrimonial das crianças de nossa sociedade.

Com respeito ao entendimento dos mais ilustres juristas do nosso país, inclusive ao dos Ministros da Suprema Corte Brasileira, fica essa pequena crítica pelo manifesto apego legalista e essa proposta de reflexão.

## 6. REFERÊNCIAS

### Livros:

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O Exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de Doutrina Sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

MORAES, Maria Celina Bodin. Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade. In: BARRETO, Vicente (org.). **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PENA, Sérgio D. J. Determinação de Paternidade pelo Estudo Direto do DNA: estado da arte no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências – doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RASKIN, Salmo. **Manual Prático do DNA para Investigação de Paternidade**. 1 ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 1999.

### Periódico:

COSTA, José Rubens. Direito Indisponível à Verdade Histórica: exame compulsório de DNA. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 793, p. 147-154, nov. 2001.

### Documento eletrônico:

BRASIL, STF, Pleno, **Habeas Corpus** nº 71.373-4/RS, DJU 22/11/1996. <http://www.stf.gov.br>.

## 6. REFERÊNCIAS

### Livros:

ALMEIDA, Maria Christina de. **Investigação de Paternidade e DNA: aspectos polêmicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da Filiação e Paternidade Presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O Exame de DNA: reflexões sobre a prova científica da filiação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Repertório de Doutrina Sobre Direito de Família: aspectos constitucionais, civis e processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. 4.

MORAES, Maria Celina Bodin. Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade. In: BARRETO, Vicente (org.). **A Nova Família: problemas e perspectivas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PENA, Sérgio D. J. Determinação de Paternidade pelo Estudo Direto do DNA: estado da arte no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Direitos de Família e do Menor: inovações e tendências - doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RASKIN, Salmo. **Manual Prático do DNA para Investigação de Paternidade**. 1 ed., 2ª tir. Curitiba: Juruá, 1999.

### Periódico:

COSTA, José Rubens. Direito Indisponível à Verdade Histórica: exame compulsório de DNA. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 90, n. 793, p. 147-154, nov. 2001.

### Documento eletrônico:

BRASIL, STF, Pleno, **Habeas Corpus** nº 71.373-4/RS, DJU 22/11/1996. <http://www.stf.gov.br>.

# EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS <sup>1</sup>

Priscila de Oliveira

Advogada. Formada pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. AS PRÁTICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (R.A.); 2. EMBRIÕES EXCEDENTES E A SUA DESTINAÇÃO; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 4. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

Há muito que cientistas e clínicas do mundo todo trabalham assiduamente para tornar possível a vitória do homem, através da ciência e da técnica, sobre a natureza, quando esta impossibilita ou dificulta o ser humano de perpetuar a espécie. A revolução médica que aconteceu há pouco mais de 20 anos traz conseqüências que afetam a sociedade como um todo e que realmente estão acontecendo. Essas conseqüências são exemplificadas pelos questionamentos atuais, no campo ético, biológico e sociocultural.

O avanço da biotecnologia mudou inclusive a forma de determinação atual da filiação, que não se sustenta mais nos pilares das presunções, passou do modelo tradicional ao modelo científico, não devendo uma

.....  
<sup>1</sup> Resumo de monografia apresentada como um dos requisitos para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, submetida à banca examinadora em sessão de defesa oral pública em novembro de 2003.

família ser formada levando apenas em consideração a ligação biológica. Ele conseguiu promover a reprodução para aqueles que tinham apenas o desejo de gerar e não a possibilidade natural. A ciência médica resolveu o problema de uns, mas gerou outros problemas que ainda não gozam de um consenso para serem dirimidos, trazendo inclusive implicações jurídicas, para os que buscam a reprodução assistida.

Mas para ser pai não basta apenas o “vínculo genético”<sup>2</sup>, ser pai e mãe é dar amor, apoio, transmitir os valores da dignidade e educação. Como consagra José Roberto Moreira Filho, “o conceito de filiação e sua definição no mundo jurídico evoluiu da filiação biológica até a atual filiação socioafetiva que prepondera em nosso ordenamento”<sup>3</sup>.

Essas indagações, por afetarem a paz social, inclusive sobre a licitude de certos comportamentos, são transportadas para o campo jurídico, na tentativa de disciplinar, através de normas obrigatórias, tais comportamentos. Devido ao grande número de incidência desses questionamentos no mundo jurídico, é necessário que sejam dadas a essas situações extraordinárias respostas, o quanto mais rápido possível.

O principal questionamento trazido pelo avanço da biotecnologia e pela reprodução assistida se refere aos embriões excedentes. Poderão eles ser afetados pelos direitos, principalmente o direito à vida e a sua utilização? Poderão eles ser utilizados e destinados livremente pelos pais?

2 MOREIRA FILHO, José Roberto. *O Direito Civil em face das novas técnicas de Reprodução Assistida*. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em : 14.02.2003

3 Idem. *Ibidem*

Atualmente no Brasil existem aproximadamente 11 mil embriões armazenados em botijões de nitrogênio líquido a 196° C negativos. São vidas em potencial? Mas para serem titulares de direitos devem atender a outras prerrogativas, como serem implantados no útero e nascerem com vida, pois quando estão dentro dos botijões de nitrogênio são apenas a junção de duas células reprodutivas.

No entanto, mesmo com os conflitos jurídicos que envolvem as novas técnicas de reprodução humana artificialmente assistida, hoje no Brasil não temos nenhuma legislação que abarque este tema, nenhuma lei que a proteja e regule, deixando ao arbítrio da ética e da analogia a resolução desses conflitos. A família de antes era fundada restritamente nos laços biológicos. O modelo tradicional hoje se choca com o modelo científico, a família atual não é mais, exclusivamente, a biológica. A ligação biológica era absolutamente necessária para aquele modelo de família patriarcal, para exercer suas funções tradicionais. Todavia, a emancipação feminina e a urbanização dos últimos anos deste século fizeram desaparecer, ou pelos menos amenizar, este modelo patriarcal, concretizado na esfera jurídica após a chegada da Constituição de 1988.

Porém o modelo científico é inconveniente, pois a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para estabelecer ou justificar a filiação, uma vez que existem outros valores que passaram a dominar esse campo das relações humanas. O desenvolvimento científico pode até determinar com certeza a origem genética, mas não contribui para tornar perceptível a relação entre pais e filho, pois a determinação da paternidade biológica não

substitui a convivência, a admiração, o respeito mútuo, o carinho. Paulo Luiz Netto Lobo, em seu texto sobre o Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação<sup>4</sup>, refere-se aos equívocos da filiação:

*O Biodireito depara-se com as conseqüências da doação anônima de sêmen humano ou de material genético feminino, nenhuma legislação até agora e nem a bioética, apontam para atribuir a paternidade ao doador anônimo de sêmen. Por outro lado, a inseminação artificial heteróloga não tende a questionar a paternidade e a maternidade dos que a utilizaram, com material genético de terceiros. Situações como essas demonstram que a filiação biológica não é mais determinante, impondo-se profundas transformações na legislação infraconstitucional e no afazer dos aplicadores do direito, ainda fascinados com as maravilhas das descobertas científicas.*

Diante dos avanços da medicina e da tecnologia a idéia que tínhamos sobre reprodução, maternidade e paternidade, ganham uma nova consideração. Novas dúvidas surgem, como também nascem novas possibilidades. O patrimônio genético será o fator determinante para a disputa judicial de uma guarda ou deve ser levado em conta a mulher que durante nove meses alugou o seu corpo para que o embrião pudesse nela se desenvolver? Ou aqueles que ofertaram seu carinho e passa-

4 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação*. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em : 10.03.2003.

ram a sua educação? Poderá a maternidade ser determinada pelo nascimento, ainda que o filho tenha sido concebido com material genético de outra mulher? Nada é absoluto! Até mesmo o critério de determinação da filiação pelo material genético não é incontestável, ainda porque, recentemente, foi possível que um óvulo de uma mulher infértil fosse injetado no óvulo de uma mulher saudável cujo núcleo fora removido, acontecendo, então, uma junção de óvulos de mulheres diferentes<sup>5</sup>.

Para a resolução de lides o nosso ordenamento consagra a idéia de que a mãe é a que gerou e que deu à luz. Na hipótese da mãe doadora do óvulo ser fecundada com sêmen de seu marido ou de terceiro, e ela mesma gerar o concebido, não haverá hesitação para ela seja declarada a mãe da criança, tendo em vista a simultaneidade da peculiaridade genética, socioafetiva e gestacional.

A hipótese mais complexa acontece quando a “mãe gestante”, aquela que cedeu temporariamente seu ventre, não sendo seu o óvulo, conhecida como a barriga de aluguel, for diferente da “mãe biológica”, a que forneceu o óvulo, mas que não gerou o feto em seu ventre ou da “mãe socioafetiva”, aquela que é ligada por laços afetivos, a que criou, mas não tem ligação genética, não doou o óvulo e nem o gerou em seu ventre.

Pelo ordenamento jurídico é vedado qualquer contrato que envolva bem indisponível, como é o caso da vida humana, sendo que os contratos de “locação” ou substituição de útero não têm eficácia jurídica; havendo lide, ficam sujeitos a decisões judiciais conflitantes. No

5 CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. *Procriação Assitida: em busca de um paradigma*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1852>. Acesso em : 21.07.2003.

caso da substituição de útero, também chamada de barriga de aluguel, é certo que não há legislação que a regule ou que a proíba, sendo tal fato apenas tratado pela Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que também regula os casos de conflito de maternidade, que prevê em sua seção VII que as “doadoras temporárias de útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau” e estabelece ainda que a “doação temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial” donde conclui-se que a expressão “barriga de aluguel”, muito usada no Brasil, não corresponde à veracidade da gestação de substituição, nada há de legislação a respeito no Brasil, porém “é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio qualquer contrato que envolva bem indisponível”<sup>6</sup>, podendo ser feita dessa forma uma analogia.

## 1. AS PRÁTICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (R.A.)

*As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.*

Dispõe assim a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92, que foi composta por considerações discutidas na Sessão Plenária, pela necessidade de harmo-

6 MOREIRA FILHO, José Roberto. *O Direito Civil em face das novas técnicas de Reprodução Assistida*. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em :14.02.2003

nizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica, considerando a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la; considerando que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários dos casos de infertilidade humana; considerando que as técnicas de Reprodução Assistida têm possibilitado a dádiva de gerar um ser humano, multiplicar a espécie em diversas circunstâncias em que isso não era possível pelos procedimentos tradicionais. É a ciência buscando e substituindo a seleção natural.

O desejo de ter filhos é um instinto natural que incentiva a reprodução e garante a preservação da espécie. Mas os filhos não recebem dos pais só a herança genética, recebem os conceitos de vida, educação social e moral. Os filhos são a continuidade da existência dos pais.

Entre as técnicas de Reprodução Assistida, temos as chamadas Inseminação Artificial ou reprodução *in vivo* e a Fecundação *in vitro*.

Nas técnicas de procriação assistida, os espermatozoides e óvulos podem provir do casal. Nesse caso a Reprodução Medicamente Assistida chama-se homóloga. Será heteróloga quando for utilizado espermatozóide ou óvulo, ou até mesmo ambos, provenientes de terceiros.

A maternidade substituta também é prática da RA, que pode ocorrer com ou sem o emprego da inseminação artificial que, por sua vez, ensejará ou não a “barriga de aluguel”.

Tais procedimentos, tanto na sua forma homóloga ou heteróloga, geram dissídios no mundo jurídico. Os problemas daí decorrentes vêm afetando a sociedade e desafiando o Direito na tentativa de resolver tais conflitos.



Apesar da inseminação artificial já ser usada bem antes de 1978, foi o nascimento do primeiro bebê de proveta, amplamente divulgado pelos meios de comunicação, que chamou a atenção do mundo para as práticas de procriação assistida. Em 25 de julho de 1978, no Hospital Geral de Oldham, Inglaterra, nascia Louise Brown<sup>7</sup>, o primeiro bebê de proveta do mundo. No Brasil, a primeira experiência bem sucedida da fertilização *in vitro* tem como resultado a curitibana Anna Paula Caldeira, nascida em 7 de outubro de 1984<sup>8</sup>. Hoje no nosso país existem mais de 5.000 bebês de proveta<sup>9</sup>.

Mas foi a partir de 1978, como pode se observar acima, que as práticas biomédicas na área de reprodução assistida passaram a fazer parte do dia-a-dia das pessoas e, diante disso, a população teve conhecimento dos grandes avanços biotecnológicos nesse campo como o congelamento de espermatozoides, embriões, as práticas heterólogas de reprodução assistida, procriação artificial entre homossexuais, pessoas solteiras e pós-morte.

Para que possamos analisar os aspectos jurídicos decorrentes da procriação assistida, é relevante indagar quando se dá o início da vida de um novo ser, de sua personalidade, os direitos do nascituro e quais os interesses que devem predominar frente um conflito.

O profissional que lida com a reprodução humana assistida deve esclarecer seus pacientes de todos os riscos, procedimentos, custos e probabilidade de sucesso de cada uma das técnicas existentes. Deve, também,

7 ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução Assistida e as Relações de Parentesco**. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>. Acesso em :14.03.2003

8 Idem. *Ibidem*

9 DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo : Saraiva, 2001. p. 465.

alertá-los acerca dos direitos e obrigações que surgem com o nascimento da criança e das vinculações jurídicas a que estão sujeitos, devendo o profissional ou a clínica contratada pactuar com o paciente um termo de consentimento esclarecido e informado, que tem como objeto servir de prova, a ambas as partes, de todos os esclarecimentos feitos antes da realização da técnica proposta e consentida, contendo o valor mensal a ser pago, em caso de conservação de gametas excedentes; a declaração consentida de que o filho nascido da técnica proposta será filho legítimo do casal ou da pessoa que recorreu à técnica artificial de reprodução, com todas as vinculações jurídicas e legais.

A Reprodução Assistida, como um remédio, tem também, seu efeito colateral: os embriões excedentários. Estes embriões são, para alguns, filhos em potencial, seres humanos, para outros, união de células sem nenhum maior valor, gerando as complicações jurídicas acerca das definições que o direito civil, no que concerne à família e ao direito à sucessão ainda não se posicionou.

## 2. EMBRIÕES EXCEDENTES E A SUA DESTINAÇÃO

No momento da R.A., no caso da fertilização *in vitro*, a mulher é submetida a altas doses de hormônios a fim de garantir a ovulação em larga escala, permitindo que os médicos preparem mais de um embrião para no caso de algum imprevisto. Normalmente cerca de quinze óvulos são fecundados e apenas três ou quatro implantados. Os médicos recolhem o maior número possível de óvulos, para a fertilização *in vitro*. Como o

método é pouco eficiente, quanto mais embriões, melhor. Os embriões não implantados são os embriões excedentes.

A primeira e complexa indagação a fazer sobre esse tema é o destino a ser dado aos embriões excedentários. Seriam desde já vidas que devem ser preservadas, ou simples “amontoados” de células? Deverão ser destruídos? Existe um conflito de ideologias, defendidas de um lado pela ciência e do outro lado pelas doutrinas religiosas.

Hoje, no Brasil, existem cerca de 11 mil embriões armazenados em botijões de nitrogênio líquido a 196°C negativos.<sup>10</sup> São vidas em potencial, alcançadas pelos direitos fundamentais, principalmente ao que concerne ao direito à vida?

Além disso, não obstante o conflito jurídico que envolve as novas técnicas de reprodução humana assistida, vale ressaltar a total falta de legislação acerca de tão controvertido tema. Atualmente, no Brasil, não temos nenhuma lei que ampare e regule a reprodução humana artificialmente assistida.

Outra pergunta que não quer calar é referente à utilização desses embriões livremente pelos pais, inclusive alienando-os. Poderão ser cedidos a casais estéreis ou devem ser destinados à pesquisa científica a favor da humanidade?

Quanto maior o número de óvulos utilizados maior a probabilidade de sucesso na fecundação, porém a consequência é desastrosa e a sociedade não sabe o que

10 JORNAL NACIONAL. *Fecundação Assistida*. Disponível no <http://jornalnacional.globo.com/especiais.jsp?idm=04042>. Acesso em : 28.08.2003.

fazer com o excesso. As propostas de destinação são inúmeras e diversas. Os cientistas defendem que os pré-embriões possam ser usados para pesquisa pois são células-tronco, que teoricamente podem se transformar em qualquer órgão ou tecido do corpo humano, auxiliando o avanço da ciência e ajudando as pessoas que têm algum tipo de deficiência, sendo, portanto, usados em pesquisas para salvar vidas.

No Brasil, o pré-embrião não pode ser descartado, destruído nem usado para pesquisa. Enquanto não se uniformiza o método ideal, as sugestões mais aceitas são elencadas pelo advogado e professor da Universidade Católica de Petrópolis, Fábio Alves Ferreira<sup>11</sup>: I – crioconservação, que é o congelamento dos embriões, prática corrente no meio científico, autorizada por vários ordenamentos jurídicos no mundo, porém esta solução é apenas paliativa, não podendo ser esses gametas preservados infinitamente; II – doação, doar a outro casal, concepção menos criticada pelos cientistas, porém em relação ao social, tantas crianças já concebidas que estão órfãos, por que incentivar esse nascimento?; III – experimentar, ou seja, fazer experiências com esses excessos em prol da sociedade, buscando a cura de doenças e conseqüentemente a salvação de vidas humanas já concebidas. Na contraposição dessa solução existe a tese de que para salvar vidas teria que necessariamente matar entes da mesma espécie humana, o que seria condenável sobre todos os aspectos, opinando neste sentido Stela Barbas<sup>12</sup>, citada por Fábio Al-

11 FERREIRA, Fábio Alves. *Vivendo sem Respirar, morrendo sem chance de nascer*. <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3544>. Acesso em : 21.07.2003.

12 BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao Patrimônio Genético*. Coimbra, 1998 Apud FERREIRA, Fábio Alves. *Op.Cit.*

ves Ferreira, que “só se justifica quando realizada em animais e vegetais, mas nunca quando tem lugar o homem, que, como pessoa, é um fim em si mesmo e não um meio”, e a sua manipulação ensejaria, inicialmente, ou no final, a destruição; IV – destruição, condenável indubitavelmente pelos cientistas, que consideram o embrião vida, ferindo, dessa forma, o respeito à vida humana, devendo prevalecer a conservação e não a destruição, sendo este um ato criminoso contra a vida, comparado ao aborto.

Sendo essas soluções consideradas, caminha-se para a eliminação desses embriões, salvo a sugestão de implantação desses embriões *a posteriori*.

Para uns isso seria a destruição de milhares de vidas, antes da espécie humana, considerando-se até um “holocausto”<sup>13</sup> ou imolação. Exageros à parte, seria um sacrifício da espécie humana para quem acredita que esses embriões são vidas, não aceitando estes a idéia do sacrifício de alguns em prol de um número maior de pessoas. Isso fundamenta-se no princípio da indisponibilidade da pessoa humana, da inviolabilidade da vida, da integridade física e saúde do homem, do respeito à dignidade humana e à liberdade individual, afirmando ser o embrião possuidor de todos os atributos da pessoa humana.

A resolução nº 1.358 do CFM, capítulo V, que trata da criopreservação de gametas ou pré-embriões, no seu item 1, autoriza as clínicas, centros ou serviços a criopreservar os embriões excedentes. O número total de embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam sobre quantos serão implantados e qual o destino a ser dado aos excedentários crio-

13 *Idem. Ibidem*

preservados, devendo essa vontade ser expressa por escrito, sobre o que ser feito em casos de divórcio, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos e sobre o desejo de doá-los, não podendo ser optado pelo descarte e nem cedê-lo para pesquisas ou experimentos e a sua doação nunca poderá ter caráter lucrativo ou comercial, apenas poderá ser feita para realização do desejo de outro casal estéril de procriar. Ratifica-se com as palavras das advogadas e especialistas em Direito de Família e Sucessões do Rio Grande do Sul, Andrea Aldrovandi e Danielle Galvão de França<sup>14</sup>:

*Não pode o casal optar pelo descarte ou destruição, nem cedê-lo a pesquisas e experimentações, mas apenas doá-los para satisfação do projeto parental de outro casal estéril ou utilizá-los novamente para outros filhos futuros, já que o novo Código Civil Brasileiro assegura a filiação.*

O surgimento da Lei 8.974/95, que regula o uso das técnicas de engenharia genética, pouco contribuiu para a solução do impasse sobre os embriões, porém, no seu artigo 8º, vedou a produção, armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível, considerando este comportamento através do artigo 13 dessa mesma lei, um crime, tendo como pena reclusão de seis a vinte anos.

14 ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução Assistida e as Relações de Parentesco**. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>. Acesso em :14.03.2003

O Novo Código Civil Brasileiro, no seu artigo 1597, inciso IV, coloca que “presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, no caso da concepção homóloga”. Com este artigo fica definido o futuro dos embriões criopreservados, provindos da fecundação artificial homóloga, nascidos a qualquer momento por desejo do casal, assegurando a filiação. Na prática, os casais desistem de ter mais filhos, contribuindo para o grande número de embriões congelados abandonados nas clínicas de fertilização, milhares em todo o mundo, sendo inevitável que surja uma solução para esse dilema de não saber o que fazer com esses embriões, latente o problema sem uma definição comum pelo direito ao redor do mundo.

No estágio atual da reprodução humana assistida temos várias hipóteses concretas que podem gerar confusões jurídicas, como, por exemplo, a doação e venda de gametas, a criopreservação de embriões já concebidos que permitem inseminações múltiplas e até *post mortem*, além da implantação do embrião em mãe substituta, entre várias outras hipóteses.

As indagações sobre os embriões excedentários e sua utilização ou destinação são muitas, porém podemos simplificá-las e tendenciar um entendimento no momento em que for definido sobre a natureza jurídica e fisiológica do embrião, se será assimilada a idéia de uma parte dos cientistas que os negam como detentores de direitos e que os embriões congelados não passam de um “amontoados de células”, a junção do gameta feminino e do gameta masculino fundidos artificialmente

e fora do corpo humano; ou a opinião da outra parte dos cientistas juntamente com as congregações religiosas que compartilham da idéia que os embriões são vidas em potencial, seres humanos ainda não concebidos.

As várias técnicas de reprodução assistida, e essas práticas, como um remédio, têm também seu efeito colateral: os embriões excedentários. Estes embriões são, para alguns, filhos em potencial, seres humanos, para outros, união de células sem nenhum valor maior, gerando as complicações jurídicas acerca das definições que o direito civil, no que concerne à família e ao direito à sucessão, ainda não se posicionou.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A destinação dada aos embriões excedentes e as novas técnicas de reprodução assistida, temas tão discutidos, ainda são desprovidos de legislação específica, o que encontramos são discussões da bioética e do direito e normas que servem de guia no momento de amparar ou regular um fato concreto, como já explanamos acima, portanto, pela carência de regularização é necessário que os conflitos surgidos sejam resolvidos pelo bom senso e guiados pela ética profissional.

A carência de legislação específica para esse assunto, que integra o cotidiano da sociedade, faz com que a reprodução humana artificial seja livremente praticada, sem um efetivo controle do governo, apenas direcionado pela ética, que nem sempre é suficiente para dirimir questões do biodireito.

A fecundação se exprime na geração de uma nova vida, depois de implantado no corpo humano para seu

desenvolvimento. O feto, sim, é uma vida humana em evolução que passa por fases naturais, biológicas e fisiológicas. A tentativa de responder a pergunta se os embriões congelados têm vida mostra as diversas possibilidades que estes podem apresentar, afetando a estrutura familiar.

Entendo que, os embriões excedentários deverão ser, primeiramente, mantidos para posterior implantação até um determinado espaço de tempo, caso os pais biológicos não queiram mais ter filhos, posteriormente, que sejam doados a casais estéreis, ou ainda, mais proveitoso, usados para desenvolvimento da ciência e uso como células-troncos que são, através de clonagem terapêutica, usadas para salvar as vidas de pessoas que estão na fila do transplante de órgão. Já que a medicina chegou a esse avanço de poder desenvolver órgãos através de células-troncos, salvando, por exemplo, as pessoas que foram acometidas pela leucemia ou pelo mal de Alzheimer, devem ser destinados à pesquisa científica a favor da humanidade, atendendo aos princípios bioéticos da solidariedade e da caridade, não devendo, em hipótese alguma, ser autorizada a comercialização, de acordo com o princípio da dignidade humana.

Ouso responder a indagação sobre os direitos que alcançam os embriões da seguinte forma: um embrião deveria gozar da proteção legal, capitulado no direito das coisas, equiparando-se a um bem material pertencente a alguém, no caso, aos doadores. De outra forma não deveria ser pois, os embriões, são apenas células. Salvo melhor juízo, não vislumbro qualquer óbice ético ou mesmo religioso que justifique a permanência sem fim de embriões excedentes em criopreservação, one-

roso para as clínicas, que poderiam reverter esse gasto para atender os menos favorecidos que não conseguem procriar naturalmente.

Enfim, julgo louvável que, no caso dos embriões que não serão mais implantados, eles sejam manipulados geneticamente para pesquisas em prol da humanidade e da saúde desta, se não for possível o descarte como solução, pois enquanto não forem implantados no útero, não há viabilidade nem aborto. Não acatam esta posição alguns juristas, como por exemplo, a professora Maria Helena Diniz, pois acreditam que cada embrião é um ser humano. Esta professora chama sua eliminação de “embrionicídio eugênico”<sup>15</sup>, defendendo que a lei assegura seus direitos, inclusive a sua vida, desde a concepção, sendo indiferente que esta tenha se dado *in vitro*.

O direito à vida, por excelência, resguarda o bem maior, dentre os direitos de ordem física, e a partir dele giram os outros direitos, surgidos no momento da concepção, na condição do nascimento com vida, e que permanecem com a pessoa até a morte. Principia-se como direito ligado à pessoa, quando nascituro, enquanto feto também detém direitos, mas enquanto embrião não, discordando dessa afirmativa a Igreja Católica, que enquadra os embriões como seres vivos e que têm direito à vida, direito a nascer.

A superpopulação de embriões é periclitante e explodirá a qualquer momento. Para evitar dito desdobramento é necessário tomar uma decisão sobre o que fazer com os excedentes. Deixando de lado as implica-

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo : Saraiva, 2001. p. 464.

ções jurídicas, a melhor saída é o descarte. De acordo com Edson Borges, presidente da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, “a célula fora do corpo da mulher não teria vida e o embrião só terá vida quando implantado e fixado no útero humano”.

A vida só começa quando é possível registrar o batimento cardíaco, o que só acontece após a quinta semana de gestação, só podendo ser titular de direitos a partir desse momento, tendo o direito à vida e com seu nascimento os derivados desse direito.

Como dotar de direitos a união de duas células? Mesmo sendo células reprodutivas são apenas células. Imaginar que o que se encontra dentro dos botijões de nitrogênio é um ser humano é o mesmo que considerar a semente uma árvore e defendê-la como tal, pois o embrião assim como uma semente precisa de outros fatores para germinar e vir a se transformar em pessoa. Na tentativa de prevenir o número excessivo de embriões, os médicos estão tentando o aperfeiçoamento da técnica de fecundação artificial para restringir o número mínimo necessário ao sucesso da fertilização.

A regulamentação, no que diz respeito à procriação medicamente assistida, envolvendo os indivíduos e a sociedade, pertence ao ramo do biodireito, que por não possuir legislação específica, devido ao pouco tempo de existência, exige uma apreciação científica ética, ou seja, imprescindível a parceria do Biodireito com a Bioética. Deve o jurista analisar as atividades relacionadas à biotecnologia, não apenas considerando o ordenamento jurídico, mas principalmente o panorama

social e político, pois o direito é um fenômeno social, “sistema de normas coercitivas que rege o agir social humano, objetivando a Justiça e o Bem Comum”<sup>16</sup>.

Os avanços da biotecnologia e da medicina na vida humana, no que se refere ao direito à vida, deve ser redefinido e estabelecido um novo direito positivo que consiga envolver e respeitar os vários interesses atingidos, observando sempre os conhecimentos ético e jurídico (Bioética e Biodireito), exercendo o direito, seu primordial papel, que é manter a paz social e dirimir dissídios em relação às novas situações provocadas pela evolução humana.

<sup>16</sup>CARVALHO, Armando José da Costa. *Primeiras Informações*. Recife, 1998. p. 13.

#### 4. REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução Assistida e as Relações de Parentesco.** Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3127>. Acesso em: 14.03.2003

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito ao Patrimônio Genético. Coimbra, 1998. *Apud* FERREIRA, Fábio Alves. **Vivendo sem Respirar, morrendo sem chance de nascer.** <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3544>. Acesso em: 21.07.2003.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Procriação Assitida: em busca de um paradigma.** <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1852>. Acesso em: 21.07.2003.

CARVALHO, Armando José da Costa. **Primeiras Informações.** Recife, 1998. p. 13.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Fábio Alves, texto **Vivendo sem Respirar, morrendo sem chance de nascer.** <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3544>. Acesso em: 21.07.2003.

\_\_\_\_\_. **O Direito Civil em face das novas técnicas de Reprodução Assistida.** Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2588>. Acesso em: 14.02.2003.

FRAZÃO, Alexandre Gonçalves. **A fertilização in vitro, uma nova problemática jurídica.** Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=427>. Acesso em: 22.08.2003

JORNAL NACIONAL. **Fecundação Assistida.** Disponível no <http://jornalnacional.globo.com/especiais.jsp?idm=04042>. Acesso em: 28.08.2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação.** Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>. Acesso em: 10.03.2003.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Direito à Identidade Genética.** Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>. Acesso em: 10.03.2003.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑEIRO Walter Esteves. **Bioética e Biodireito – uma introdução.** São Paulo, 2000.

# DA NECESSIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA MATERIAL

**Renata Figueirêdo Alves**

*Aluna do curso de pós-graduação "lato sensu", em Direito Processual Civil realizado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE*

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. COISA JULGADA; 1.1 Conceito e limites da coisa julgada; 1.2 Distinção entre eficácia e autoridade da sentença; 2. DA TEORIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE REVISÃO; 2.1 Sentença inconstitucional transitada em julgada; 2.2 Coisa julgada inconstitucional e prazo para ajuizamento da ação rescisória; 2.3 Retroatividade dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade; 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

No Brasil observa-se forte tendência a relativizar o instituto processual da coisa julgada e, dessa forma, o objetivo do presente trabalho é contribuir para dirimir eventuais dúvidas acerca da coisa julgada inconstitucional ou, ao menos, abrir os horizontes daqueles que nos parecem estar ainda muito fixados nas formalidades processuais, ou seja, presos à forma.

A relativização da coisa julgada vem proporcionando um caloroso debate entre os processualistas brasileiros, alguns não admitindo tal instituto, outros, a maioria, admitindo a dita relativização da coisa julgada. Aliás, tal discussão não atingiu apenas doutrinadores, alcançando também os tribunais superiores, Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ).



A coisa julgada material foi tida durante muitos séculos como algo absolutamente indiscutível, imutável, como se fosse um dogma verdadeiro e absoluto, chegando-se a afirmar que a coisa julgada seria capaz de transformar o preto no branco e o branco no preto (*res iudicata nigrum albiūm facit*). No entanto, para explanação do presente tema, tais idéias, mesmo já abandonadas pelo direito brasileiro, devem servir como ponto de partida.

Não obstante, importante salientar que a relativização da coisa julgada nos traz um confronto entre dois valores de grande importância para qualquer sistema processual, quais sejam a segurança jurídica e a justiça. A primeira é representada pela coisa julgada material e a segunda trata da relativização da coisa julgada.

A solução para tal conflito não é de árdua argumentação, pelo contrário, é de fácil solução, visto que “o direito não é um fim, mas um meio. Na escala de valores não aparece o direito. Aparece, no entanto, a justiça que é um fim em si, e a respeito da qual o direito é tão-somente um meio para atingi-la. A luta deve ser, pois, a luta pela justiça” (COUTURE apud CÂMARA, 2003, p. 200).

Como foi dito linhas atrás, a coisa julgada sempre foi vista como um dogma jurídico incontestável, ou seja, depois de esgotadas as vias recursais, a sentença seria dotada de um conteúdo imutável e indiscutível, como um imperativo político, mas não como razão de justiça, conferindo-lhe uma segurança, estabilizando-se, dessa forma, as relações jurídicas. Então, durante séculos, entendeu-se que, mesmo que a sentença fosse injusta e errada, o seu conteúdo seria indiscutível e imutável.

Porém, diante da moderna teoria do direito processual, surgiu a questão da relativização da coisa julgada, pois até que ponto uma decisão errada pode ser imutável, ou indiscutível?

## 1. COISA JULGADA

### 1.1. Conceito e limites da coisa julgada

A coisa julgada tem amparo na própria Carta Magna, a qual assegura no artigo 5º, inciso XXXVI que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (Grifo nosso)<sup>1</sup>

Como se verifica da análise da supramencionada disposição constitucional, objetivou-se, para salvaguardar os direitos dos jurisdicionados, impedir que uma lei nova alterasse uma relação processual que já fora objeto de decisão judicial transitada em julgado. Em outras palavras, do texto constitucional infere-se que a lei não pode alterar o conteúdo do julgado, após formada a coisa julgada e, assim, o que se busca é a imutabilidade do que haja sido decidido, tornando a decisão imune a alterações legislativas posteriores, pois o julgado é regido pela

<sup>1</sup> “É da tradição de nossas Constituições trazer dispositivo relativo ao instituto da coisa julgada, onde basicamente se coloca o conteúdo da decisão a salvo da influência de modificações no sistema jurídico. Esta inserção da coisa julgada no texto constitucional tem operado na cultura jurídica interessante fenômeno. (...) O fenômeno é interessante dado que merece atenção somente por isso. Pois bem, a referência feita pela Constituição à coisa julgada tem imotivadamente gerado uma espécie de sacralidade do instituto que deve ser desmistificada. Assim, os operadores do Direito, máxime os integrantes do Poder Judiciário, desatentos aos reais objetivos da Constituição, no respeitante à coisa julgada, têm prestigiado o instituto como se o mesmo pertencesse ao Direito Constitucional e se constituísse em princípio magno do sistema jurídico. Por isso mesmo é comum no dia-a-dia forense as sentenças sacrificarem outros direitos e princípios, muita vez efetivamente basilares do sistema, em holocausto à coisa julgada.” (LIMA, 1997, p. 83.)

A coisa julgada material foi tida durante muitos séculos como algo absolutamente indiscutível, imutável, como se fosse um dogma verdadeiro e absoluto, chegando-se a afirmar que a coisa julgada seria capaz de transformar o preto no branco e o branco no preto (*res iudicata nigrum albiu facit*). No entanto, para explanação do presente tema, tais idéias, mesmo já abandonadas pelo direito brasileiro, devem servir como ponto de partida.

Não obstante, importante salientar que a relativização da coisa julgada nos traz um confronto entre dois valores de grande importância para qualquer sistema processual, quais sejam a segurança jurídica e a justiça. A primeira é representada pela coisa julgada material e a segunda trata da relativização da coisa julgada.

A solução para tal conflito não é de árdua argumentação, pelo contrário, é de fácil solução, visto que “o direito não é um fim, mas um meio. Na escala de valores não aparece o direito. Aparece, no entanto, a justiça que é um fim em si, e a respeito da qual o direito é tão-somente um meio para atingi-la. A luta deve ser, pois, a luta pela justiça” (COUTURE apud CÂMARA, 2003, p. 200).

Como foi dito linhas atrás, a coisa julgada sempre foi vista como um dogma jurídico incontestável, ou seja, depois de esgotadas as vias recursais, a sentença seria dotada de um conteúdo imutável e indiscutível, como um imperativo político, mas não como razão de justiça, conferindo-lhe uma segurança, estabilizando-se, dessa forma, as relações jurídicas. Então, durante séculos, entendeu-se que, mesmo que a sentença fosse injusta e errada, o seu conteúdo seria indiscutível e imutável.

Porém, diante da moderna teoria do direito processual, surgiu a questão da relativização da coisa julgada, pois até que ponto uma decisão errada pode ser imutável, ou indiscutível?

## 1. COISA JULGADA

### 1.1. Conceito e limites da coisa julgada

A coisa julgada tem amparo na própria Carta Magna, a qual assegura no artigo 5º, inciso XXXVI que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” (Grifo nosso)<sup>1</sup>

Como se verifica da análise da supramencionada disposição constitucional, objetivou-se, para salvaguardar os direitos dos jurisdicionados, impedir que uma lei nova alterasse uma relação processual que já fora objeto de decisão judicial transitada em julgado. Em outras palavras, do texto constitucional infere-se que a lei não pode alterar o conteúdo do julgado, após formada a coisa julgada e, assim, o que se busca é a imutabilidade do que haja sido decidido, tornando a decisão imune a alterações legislativas posteriores, pois o julgado é regido pela

<sup>1</sup> “É da tradição de nossas Constituições trazer dispositivo relativo ao instituto da coisa julgada, onde basicamente se coloca o conteúdo da decisão a salvo da influência de modificações no sistema jurídico. Esta inserção da coisa julgada no texto constitucional tem operado na cultura jurídica interessante fenômeno. (...) O fenômeno é interessante dado que merece atenção somente por isso. Pois bem, a referência feita pela Constituição à coisa julgada tem imotivadamente gerado uma espécie de sacralidade do instituto que deve ser desmistificada. Assim, os operadores do Direito, máxime os integrantes do Poder Judiciário, desatentos aos reais objetivos da Constituição, no respeitante à coisa julgada, têm prestigiado o instituto como se o mesmo pertencesse ao Direito Constitucional e se constituísse em princípio magno do sistema jurídico. Por isso mesmo é comum no dia-a-dia forense as sentenças sacrificarem outros direitos e princípios, muita vez efetivamente basilares do sistema, em holocausto à coisa julgada.” (LIMA, 1997, p. 83.)

lei vigente ao tempo em que se deu o trânsito em julgado. “O que a Carta Política inadmitte é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença de que já não caiba recurso.” (LIMA, 1997, p. 86).

Fundamenta-se a coisa julgada no princípio constitucional da segurança jurídica, buscando a imutabilidade e indiscutibilidade do julgado, bem como na segurança política através da paz social, estabilidade e certeza do desfecho da lide.

O artigo 467 do Código de Processo Civil traz-nos a definição de coisa julgada: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” Refere-se o Código apenas à coisa julgada material, mas deve-se considerar, implicitamente, a existência da coisa julgada formal.

A Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei 4657/42), em seu artigo 6º, § 3º, propõe-se a conceituar nos seguintes termos: “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a de que já não caiba recurso.”

Imutável, assim, a decisão quando inexistente no ordenamento jurídico pátrio previsão de reexame, seja pelo mesmo órgão prolator do *decisum*, seja por um tribunal *ad quem*. Ou seja, a irrecorribilidade quando inexistente previsão recursal ou quando aqueles previstos já foram utilizados ou não o foram tempestivamente é que faz julgada a *res*.

De fato, divide-se a coisa julgada em formal e material.

A coisa julgada formal se restringe aos autos e é caracterizada por impossibilidade de mudança de decisão no próprio processo, enquanto a coisa julgada material, a qual pressupõe a existência da coisa julgada

formal, não se restringe só ao processo, estendendo-se, também, a todo e qualquer novo processo surgido sob o mesmo fundamento. Relevante para nós é a questão da coisa julgada material por ser a coisa julgada propriamente dita ou *res iudicata*, que ocorre com a irrecorribilidade de uma decisão de mérito.

Nesse passo, impende trazer à colação os seguintes termos:

*Denomina-se coisa julgada formal a imutabilidade da decisão dentro da relação jurídico-processual, ou seja, denomina-se coisa julgada formal a especial condição da decisão de não comportar mais recursos, tornando-se, por isso mesmo, a palavra final do Judiciário no processo. Se o julgamento foi de mérito, a imodificabilidade da decisão se espalha para fora do processo, impedindo nova discussão da matéria, mesmo em outro feito. É a esta especial qualidade da decisão de mérito que se denomina coisa julgada material. (...) A natureza meritória da decisão, aliada à existência da coisa julgada formal, é que determina o surgimento da coisa julgada material. (LIMA, 1997, p. 20)*

Não produzem coisa julgada material, pois não pressupõem decisão de mérito, os despachos de mero expediente, as decisões interlocutórias, as decisões terminativas, assim como decisões proferidas em processos de jurisdição voluntária, em processos cautelares<sup>2</sup>, sentenças meramente homologatórias, as inexistentes e as nulas de pleno direito.

<sup>2</sup> Exceto no caso do art. 810 do CPC: “O indeferimento da medida não obsta a que a parte intente a ação, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar, acolher a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor”

A coisa julgada tem seus limites.

Acresça-se que, são requisitos essenciais da sentença o relatório, a motivação e a decisão e, nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil, a *res judicata* se restringe objetivamente à parte dispositiva da sentença, ou seja, à parte conclusiva, e não sobre seu motivo ou questão prejudicial<sup>3</sup>. E, subjetivamente, consoante o disposto no artigo 472 do CPC, está restrita às partes do processo, não atingindo terceiros<sup>4</sup>, salvo quando credores das partes, avalizados, afiançados ou coavalistas e se forem citados, em causas relativas ao estado da pessoa, em litisconsórcio necessário, todos os interessados. (TEIXEIRA, 2003, p. 327-329).

Assim, conclui-se o seguinte: "O princípio geral é de que a sentença somente é insuscetível de discussão, no que concluiu, pelos sujeitos que no processo foram partes." (PASSOS, 1977, p. 41)

Há decisões, sujeitas ao duplo grau obrigatório de jurisdição, conforme dispõe o artigo 475 do código processual civil, e quando a causa está sujeita ao reexame necessário só haverá coisa julgada depois de reexaminada a lide pelo tribunal superior.

3 Não faz coisa julgada, nos termos do art. 469, inciso III do CPC a apreciação de questão prejudicial que seja decidida incidentalmente no processo, pois: "Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (art. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide." (art. 470 do CPC)

4 "A coisa julgada material não atinge a esfera jurídica de terceiro, ainda que de fato o prejudique. A sentença contra o meu devedor pode prejudicar-me como fato que lhe diminui os haveres, porém não tira o meu direito como credor. Entre as próprias partes, a força e o efeito materiais somente podem atingir-lhes a esfera jurídica naqueles pontos em que foram partes. Se o vendedor e o comprador discutem sobre a coisa e aquele não chama a juízo a pessoa de quem adquiriu, o efeito somente pode ser reflexo, 'acidental', como frisava RUDOL VON JHERING, e não 'necessário', como a força ou o efeito da coisa julgada material." (MIRANDA, 1974, p. 159-160)

Em tese, só há coisa julgada soberana ou absoluta quando decorridos dois anos do trânsito em julgado da decisão de mérito, pois este é o prazo para o ajuizamento da ação rescisória quando fundamentada em quaisquer das hipóteses do artigo 485 do digesto processual civil, observados os requisitos para sua propositura, constituindo meio excepcional de impugnação, não apreciando a justiça ou injustiça do *decisum* rescindendo.

*O que se discutiu e chegou a ser coisa julgada impõe-se ao futuro, pela firmeza, estabilidade (necessária à ordem extrínseca), que se fazem indispensáveis para se pôr termo à vacilação, à dúvida, ou ao distúrbio, oriundos da instabilidade quanto à verdade intrínseca (...)* O que ficou sacrificado pela apreciação errada dos fatos, ou pela má aplicação da lei, permanece, com o único corretivo, excepcionalíssimo, da ação rescisória, tendente a dar válvula ao amontoamento de aplicações de leis que não incidiram ou de não-aplicações de leis que incidiram, ou de casos graves quanto ao órgão do Estado, que entregou a prestação jurisdicional, ou de ofensa exatamente à coisa julgada. O que é preciso é que se acabem as controvérsias, a insegurança, o pisar e repisar das questões; a isso serve a coisa julgada material. A psicobiologia explica-a como necessidade de que as descargas aos estímulos combativos tenham fim. Por outro lado, a força julgada material impede as decisões contraditórias. Mas daí a se assimilar à força da lei

*a força da coisa julgada a longa distância vai, e a expressão do art. 468 do Código é, pelo menos, inelegantia iuris. (MIRANDA, 1974, p.152)*

## 1.2. Distinção entre eficácia e autoridade da sentença

É mérito indiscutível de Enrico Tulio Liebman a colocação da questão em novos termos, pois sua forma de encarar o problema enfatizou a discussão na doutrina acerca da coisa julgada ser ou não efeito da sentença, posto que, diferentemente do que ocorria, este nos trouxe a separação enfática entre eficácia da sentença e autoridade da sentença.

Liebman entende que a coisa julgada não poderia ser tida como efeito da sentença, mas tão-somente uma qualidade de que se revestem os efeitos da sentença, qualidade traduzida pela imutabilidade desses efeitos. “Imutabilidade da sentença como ato processual (coisa julgada formal) e ao mesmo tempo a imutabilidade de seus efeitos (coisa julgada material).” (PASSOS, 1977, p. 36)

Pela pertinência, trazemos as seguintes palavras:

*LIEBMAN, além de pôr em evidência os riscos e incongruências de semelhante orientação, demonstrou, também, a impossibilidade de conciliar a tradicional noção de coisa julgada com a moderna elaboração referente ao conteúdo e efeitos da sentença. E daí partiu para uma ousada reformulação do conceito de coisa julgada. Não seria ela um efeito da sentença. Não. Os verdadeiros efeitos eram aqueles já enumerados: declaratórios, constitutivos e condenatórios. A coi-*

*sa julgada seria, isto sim, um atributo que, a partir de determinado momento, e mediante a satisfação de certos pressupostos, aqueles efeitos vêm a adquirir. Este atributo, esta qualidade que não nasce com a sentença, seria a imutabilidade daqueles efeitos, que se lhe passam a reconhecer após a exaustão dos recursos. Distingue entre autoridade de coisa julgada e eficácia da sentença. Aquela corresponde à imutabilidade. A eficácia referir-se-ia àqueles efeitos – declaratórios, constitutivos e condenatórios – que nem dependem de coisa julgada, nem se confundem com ela. Exteriorizam-se no próprio comando que a sentença, como ato estatal, corporifica (...) Resume LIEBMAN sua teoria, ao definir a coisa julgada ‘como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença’. (PASSOS, 1977, p. 36)*

Divergindo, Celso Neves afirma que:

*Coisa julgada é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial. Tal conceito, restrito à declaração jurisdicional, decorre: a) de motivos que tornam inaceitável a fórmula de LIEBMAN; b) de conceitos doutrinários que corroboram a posição restrita de HELLWIG. (NEVES, 1971, p. 443)*

Para Liebman a questão deve ser analisada sob a seguinte ótica:

*Considerar a coisa julgada como efeito da sentença e ao mesmo admitir que a sentença, ora produz simples declaração, ora efeito constitutivo, assim de direito substantivo, como de direito processual, significa colocar frente a frente elementos inconciliáveis, grandezas incongruentes e entre si incomensuráveis. Seria, pois, a coisa julgada um efeito que se põe ao lado deles e no mesmo nível ou se sobrepõe a eles e os abrange? Ou é, pelo contrário, antes uma desses efeitos, um modo de ser deles, a intensidade com que se produzem? (...) A linguagem induziu-nos, portanto, inconscientemente, à descoberta desta verdade: que a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diversas categorias das sentenças. A análise do conteúdo da sentença torna, pois, necessária e urgente essa retificação, ou, talvez, essa mais exata conceituação. (LIEBMAN, 1981, p. 5/6)*

Superando com vantagem todas as críticas, consolidada nos parece, atualmente, a adesão dos processualistas brasileiros a esta teoria de Liebman so-

bre a coisa julgada, constituindo, inclusive a teoria adotada pelo Código de Processo Civil de 1973.<sup>5</sup>

Bastante elucidativas as palavras de J. J. Calmon de Passos:

*A sentença é um ato do poder público e, como ato do poder público, tem em seu favor uma presunção de legitimidade, impondo-se, quanto a seus efeitos, a todos, genericamente. Isto é a sua eficácia, no que não se distingue dos demais atos públicos. A sentença proferida do litígio entre A e B, relativamente ao que disse sobre o direito das partes, obriga a todos. Se o juiz declarou que A é filho de B, A deve ser visto como filho de B por todos, sem exceção. Coisa diversa é a autoridade da sentença, i. e., a imutabilidade de sua eficácia. Essa imutabilidade, representada pela coisa julgada, é restrita a quem foi parte. Sendo assim, qualquer terceiro, juridicamente interessado (não os desinteressados, nem os interessados apenas de fato, ou economicamente) pode se insurgir contra a eficácia da sentença, discutindo-lhe o acerto ou validade, desde que dela para ele tenha decorrido prejuízo. (NEVES, 1971, p. 317/318)*

<sup>5</sup> "O conceito de coisa julgada que prevalece na doutrina brasileira é o de LIEBMAN que, como assinala JORGE SALOMÃO mereceu acolhida no Anteprojeto do Prof. ALFREDO BUZAID. Para PONTES DE MIRANDA é eficácia declaratória da sentença que transitou, formalmente, em julgado. Para BATISTA MARTINS, é efeito da sentença. COSTA CARVALHO alude a efeito, porém, da coisa julgada: 'Nos termos da definição legal contida no Código Civil, introdução, art. 3º, § 3º, 'coisa julgada ou caso julgado é a decisão judicial de que já não caiba recurso', ou porque a parte não usou deles nos termos fatais e peremptórios da lei, ou porque foram todos esgotados e desprezados. E a sentença que faz coisa julgada tem por efeito ser tida por verdade - res judicata pro-veritate habetur, de modo a não ser mais susceptível de revogação, salva as exceções legais". (Grito nosso) (NEVES, 1971, p. 317-318)

## 2. DA TEORIA DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E A NECESSIDADE DE REVISÃO

### 2.1. Sentença inconstitucional transitada em julgada

Entre os mais graves casos de sentenças erradas estão aqueles em que o conteúdo da sentença ofende a Carta Magna, o que é absolutamente inaceitável.

Enquanto não transitada em julgado, contra a decisão inconstitucional cabe o Recurso Extraordinário, o qual permite ao Supremo Tribunal Federal, no exercício de guarda da Constituição, controlar a constitucionalidade de decisões proferidas em única ou última instância por outros órgãos jurisdicionais, corrigindo-a quando eivada do mais grave dos vícios. Posicionamento esse que não merece objeções.

A doutrina dominante nos ensina que tais sentenças serão, sim, alcançadas pela *res judicata*. Entretanto, a questão primordial não é saber se a decisão inconstitucional transita ou não em julgado, mas a de saber se uma vez transitada ela em julgado poderá seu conteúdo ser revisto em processo posterior, surgindo assim a questão de poder ou não relativizar a coisa julgada.

José Augusto Delgado nos ensina que:

*(...) a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas que não sejam amparadas*

*pelo direito; a regra do respeito à coisa julgada é impositiva da segurança jurídica, porém esta não se sobrepõe a outros valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático. (DELGADO, 2003, p.60-61)*

Em princípio, pode parecer contraditória, devido à idéia de imodificabilidade, a possibilidade de ataque, revisão e desconstituição da coisa julgada, pois estamos acostumados com o fato de que a coisa julgada põe fim à lide, sendo caracterizada pela entrega da prestação jurisdicional certa, indiscutível e última. Porém, a imutabilidade não é absoluta e a coisa julgada pode, de fato, ser modificada. (LIMA, 1997, p. 112)

Saliente-se que a inconstitucionalidade da coisa julgada é algo perfeitamente concebível nos dias atuais e, estando a sentença eivada de inconstitucionalidade, ainda que hajam sido esgotadas todas as vias recursais, operando-se a coisa julgada com o trânsito em julgado, afigura-se perfeitamente passível a invalidação e conseqüente retirada do decisum do mundo jurídico por meio, inclusive, de ação rescisória, não sujeita ao prazo decadencial de dois anos, pois o Estado tem obrigação de proferir sentenças justas.

*Numa concepção estritamente positivista, serão injustas as sentenças contrárias ao direito vigente. Todavia, indo-se além, serão também injustas, mesmo quando não se puder identificar uma violação direta de norma, as sentenças contrárias ao sentimento de justiça, a fonte psicológica do direito, como ensina Ihering. (BERMUDES, 2003, p. 238-239)*

Em outras palavras, verificamos que, na esfera positivista, as decisões que são contrárias ao direito vigente serão injustas, como também, numa concepção mais ampla, as sentenças que vão de encontro ao sentimento de justiça, mesmo quando não se puder identificar uma violação direta da norma.

Não obstante, o processualista Sergio Bermudes, ao estudar o trabalho de José Delgado, nos ensina que há uma necessidade de vinculação obrigatória das decisões do Poder Judiciário aos princípios da legalidade e moralidade, prevalecendo este último na atividade jurisdicional. (BERMUDES, 2003, p. 238/239)

Face situações concretas, as quais evidenciam injustiças em julgados transitados em julgado, envoltos pelos caracteres de inconstitucionalidade, imoralidade ou outro vício qualquer que atente contra os direitos da pessoa ou do Estado, tem-se defendido atualmente a relativização da coisa julgada, com a possibilidade de serem consideradas a qualquer tempo na tentativa de ser restabelecida a justiça.

Nesse sentido, definindo claramente a necessidade de relativização da coisa julgada, a qual em detrimento da segurança jurídica cederá ao princípio máximo da justiça, trazemos as seguintes palavras:

*A elevação da coisa julgada ao nível constitucional, demonstra a clara preocupação do legislador em assegurar a estabilidade das relações jurídicas, preservando as decisões judiciais de alterações que viessem a pôr em dúvida a autonomia do sistema; aliás, essa garantia decorre também da tripartição dos Poderes, de sorte que*

*cada um atue na esfera de sua competência. Todavia, pelos princípios constitucionais da unicidade e da cedência recíproca, a proteção à coisa julgada não atinge graus absolutos, de forma a sobrepor-se sobre os demais. É que na escala de valores, situa-se em primeiro lugar o princípio da justiça, mencionado já no preâmbulo do texto constitucional e em última instância razão de ser de todo o ordenamento. (grifo nosso) (BARROS, 2004, p. 55/56)*

No mesmo sentido, o emérito processualista José Augusto Delgado, assim pontifica:

*Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados na sentença, por, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, ser necessário prever o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições. (DELGADO, 2003, p.46)*

Acrescente-se, antes de tudo, que não se pode admitir relativização através de mera alegação de injustiça da sentença e apenas quando tiver algum fundamento constitucional é que será possível reapreciar o que ficou decidido em decisão transitada em julgado. Desta forma, apenas sentenças inconstitucionais transitadas em julgado poderão ser passíveis de relativização da coisa julgada.



Há doutrinadores que afirmam a impossibilidade de desconstituição da coisa julgada inconstitucional por inexistir previsão constitucional e legal para impugnação. Nesse diapasão, para Leonardo Greco é inadmissível a relativização da coisa julgada, por ser esta uma garantia fundamental, decorrente da segurança jurídica, pois:

*(...) a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transitadas em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao do STF sobre a questão constitucional. (GRECO apud CÂMARA, 2003, p. 189)*

*Data venia*, este entendimento não deve prevalecer.

Abordando o tema ora *sub examine*, Alexandre Freitas Câmara assim pontifica:

*A meu juízo, a relativização se impõe. E passo a apresentar as razões que me levam a adotar tal entendimento.(...) A coisa julgada é, pois, garantia constitucional. Isto, porém, não implica afirmar que a mesma seja absoluta. Nem mesmo as garantias constitucionais são imunes à relativização, frise-se, pode ser inferida do sistema ou imposta até mesmo por norma infraconstitucional. Em primeiro lugar, infere-se do sistema jurídico vigente a possibilidade de relativização de garantias constitucionais como decorrência da aplicação do princípio da razoabilidade, o qual*

*é consagrado na Constituição através do seu art. 5º, LIV, que trata do devido processo legal. Assim é que diante de um conflito entre valores constitucionais, está o intérprete autorizado a afastar o menos relevante para proteger o mais relevante, o que fará através da ponderação dos interesses em disputa. (...) É, pois, possível relativizar a garantia constitucional da coisa julgada. A questão fundamental, no entanto, é saber quando isto poderá ocorrer. (CÂMARA, 2003, p. 193-194)*

O excerto acima transcrito afigura-se inteiramente pertinente, eis que entendimento diverso seria menosprezar o princípio da segurança jurídica, visto que a tese que vem ganhando força é a de que a coisa julgada é matéria de índole processual, podendo sua intangibilidade ser questionada, desde que contrária à Constituição Federal.

Com a introdução parágrafo único ao art. 741 do *Codex* Processual restou evidente que no caso de título judicial, fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais, poderá ser objeto de embargos à execução, afastando a regra do prazo bienal da ação rescisória, mesmo que tenha transcorrido o prazo de dois anos para a ação rescisória, por outro meio, obter o seu reconhecimento.

## 2.2. Coisa julgada inconstitucional e prazo para ajuizamento da ação rescisória

Resta saber quais são os meios processuais adequados para a impugnação das decisões inconstitucionais.

São citadas várias alternativas<sup>6</sup>, porém, a nosso ver, o meio impugnatório para a desconstituição da sentença transitada em julgado, no sistema processual civil brasileiro, é a ação rescisória, fundamentada no artigo 485, inciso V do Código de Processo Civil, que preceitua o cabimento da rescisória para a sentença de mérito que viola frontalmente qualquer disposição de lei, salvo no caso dos embargos à execução previstos no parágrafo único do art. 741 do Código Processual Civil.

Neste tópico busca-se saber se será possível o ajuizamento da ação rescisória de sentença inconstitucional ou baseada em lei declarada inconstitucional posteriormente ao transcurso do prazo decadencial de dois anos, estabelecido no art. 495 do Código Processual Civil.

Assim, a coisa julgada será imutável apenas nos limites de sua constitucionalidade, visto que se o fundamento da decisão for lei inconstitucional, este vício atingirá o julgado e é relevante esclarecer que lei infraconstitucional, tal como o é o Código de Processo Civil, ao delimitar o tempo de dois anos para o exercício da ação rescisória, não pode ser vista como impedimento à rescisão da coisa julgada inconstitucional, pois coisa julgada, diferentemente do que muitos afirmam, não significa verdade absoluta.

6 "A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade – esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática (...). Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação incidenter tantum em algum outro processo, inclusive em peças defensivas." (DINAMARCO, 2001)

Por outro lado, há aqueles que não se restringem à possibilidade de ação rescisória nos seguintes termos:

*(...) diante da admissibilidade da coisa julgada inconstitucional, salta aos olhos a desnecessidade da propositura da ação rescisória quando se colima a sua invalidação, malgrado a mesma deva ser conhecida se interposta, vez que as nulidades ipso jure, independentem de procedimento especial para a sua declaração. Outros meios de impugnação há, podendo sua nulidade ser declarada a qualquer tempo, ex officio, conforme dispõe o art. 168 e seu parágrafo único do novo código civil, ou mediante a ação autônoma declaratória de nulidade (antiga actio querela nullitatis)<sup>7</sup> e, inclusive, como sobrevisto, através do processo incidente de embargos à execução, fundado em inexigibilidade do título executivo judicial. (CAMINHA, p.08)*

7 Acresça-se que "essa ação de nulidade outra não é senão a querela nullitatis insanabilis, que subsiste no direito positivo brasileiro e 'é o remédio volatado para a impugnação de erros graves cometidos no âmbito da jurisdição'. Sem dúvida, a ação de nulidade, declaratória ou constitutiva, tem a querela nullitatis por uma das suas fontes, mas não é a própria querela, simplesmente porque o direito brasileiro não contempla esse instituto. Não existe um procedimento especial com essa denominação, nem normas que consagrem a querela, tal como existente e aplicada nas origens. Dizer-se que a ação para a declaração de nulidade da sentença é a querela nullitatis seria o mesmo que entender, por exemplo, que o agravo de instrumento é o agravo ordinário português, ou quiçá a suplicatio romana, sobrevivente no direito pátrio. Se existe a nulidade da coisa julgada por contrária à Constituição, como no livro se sustenta, tem de existir ação de declaração dessa nulidade, sem que, só por isso, haja sobrevivido o instituto. Há exagero na construção, respeitáveis embora as opiniões que a amparam." (BERMUDES, 2003, p. 235.)

Para Alexandre Freitas Câmara temos os seguintes mecanismos processuais para rediscutir a coisa julgada:

*O primeiro meio adequado para que se suscite a inconstitucionalidade da sentença transitada em julgado é, indubitavelmente, a 'ação rescisória'. Esta poderá ser ajuizada com fundamento no disposto no art. 485, V, do Código de Processo Civil, que permite a rescisão de sentenças transitadas em julgado que violem 'literal disposição de lei'. (...) Outro mecanismo processual logo se revela adequado, em razão de expressa previsão de sua utilização para tal fim. Refiro-me aos embargos do executado, na forma do disposto no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil. (...) Registre-se, ainda, o fato de que – por ser a matéria de ordem pública – poderá tal alegação ser feita independentemente do oferecimento dos embargos, através de 'exceção de pré-executividade'. É certo, porém, que tanto os embargos do executado como a 'exceção de pré-executividade' só poderão ser usados quando a sentença inconstitucional transitada em julgado tiver natureza condenatória. Além disso, sua utilização pressupõe a inércia do executado, que pode optar por se adiantar ao exequente e, antes mesmo do ajuizamento da execução, querer tomar as medidas judiciais cabíveis para ver reconhecida a inconstitucionalidade do conteúdo da sentença transitada em julgado. Para tais hipóteses, poderá o vencido no processo em que se*

*proferiu a sentença inconstitucional já transitada em julgado valer-se da querela nulitatis. Esta é, apesar do nome – que pode induzir a erro – uma demanda de declaração de ineficácia da sentença transitada em julgado. (CÂMARA, 2003, p. 196-199)*

Em relação à contagem do prazo trazemos os seguintes argumentos:

*Ademais, a reafirmar a tese de que o prazo decadencial não é absoluto, vale ressaltar que a pretensão jurídica para a reforma da decisão inconstitucional que tenha transitado em julgado, poderá surgir somente após a prolação de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, quando já tenha transcorrido o lapso temporal constante do art. 495 do CPC, logo, conclui-se que somente com a publicação da decisão da Excelsa Corte é que o prazo para o exercício do direito à ação rescisória deve ser contado. (BARROS, 2004, p.92)*

Conclui-se que o prazo para ajuizamento neste caso começará a transcorrer a partir da publicação da decisão do STF, sendo perfeitamente cabível a ação rescisória, sendo a função precípua desta reparar a injustiça da decisão, ainda mais quando se tratar de violação ao texto constitucional, visto que as sentenças encontram-se viciadas, estando impossibilitadas de irradiarem seus efeitos.

Não encontramos manifestação explícita na jurisprudência acerca da possibilidade de ajuizamento da ação rescisória após o prazo de dois anos, mas podemos, por analogia, verificando o RE 97589 do Supremo Tribunal Federal, aplicar o julgado às decisões inconstitucionais, levando-nos a entender que estas não se sujeitam ao prazo do artigo 495 do CPC.<sup>8</sup>

Propõe-se uma reforma processual no regime da ação rescisória, objetivando admitir, em casos excepcionais, que a rescisão no caso de coisa julgada inconstitucional não fique sujeita a qualquer prazo ou que, conforme mencionado acima, que o prazo de dois anos comece a contar da publicação da decisão da Excelsa Corte em controle concentrado, declarando a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei.<sup>9</sup>

Vale ressaltar, ainda, a hipótese mencionada por Francisco Barros Dias, em artigo da internet:

8 "Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu revel na ação em que ela foi proferida. 1. para a hipótese prevista no artigo 741, i, do atual CPC - que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia - persiste, no direito positivo brasileiro - a "querela nullitatis", o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é a cabível para essa hipótese. 2. Recurso extraordinário conhecido, negando-se-lhe, porém, provimento." (STF, Tribunal Pleno, RE 97589/ SC, Relator: Min. Moreira Alves, j. em 17.11.1982, D.J. em 03.06.1983)

9 "Assim, em tempos de reformas processuais, parece oportuno a revisão das hipóteses de cabimento de AR e, quiçá, até mesmo, o exame da vigência do prazo decadencial existente, observando, por derradeiro, que no plano criminal a revisão - irmã siamesa da rescisória - não goza desta limitação, em face da natureza relevante do direito posto em causa e, ao que consta, tal circunstância não gera uma crise social intolerável. (...) Desta forma, a ampliação das hipóteses de cabimento de demanda de cunho rescisório, a dilação do prazo decadencial para interposição destas e a supressão deste para hipóteses excepcionalíssimas, vez que portadoras de vícios invalvidáveis, parece ser uma bem temperada fórmula de pacificação jurídica. Portanto, máxima venia, o desafio não é - simplesmente - relativizar de qualquer modo, a qualquer tempo e por qualquer juízo a coisa julgada, em verdadeiro desprestígio aos óbvios motivos que ensejaram sua criação, mas sim prestigiá-la, com um sistema, dentro da ordem jurídica, compatível com a realidade deste início de século". (PORTO apud CÂMARA, 2003, p. 189)

*Outro caminho que vislumbro mais viável, até pelo fato de entender que a coisa julgada inconstitucional inexistente no mundo jurídico, é o da ação declaratória de inexistência da coisa julgada, ação essa que não estaria sujeita a prazo prescricional ou decadencial, e poderia ser proposta em primeiro grau, ressaltando apenas os casos de competência originária dos Tribunais. Essa hipótese levaria a se restringir a discussão ao campo exclusivo de uma razoável interpretação jurisprudencial e não encontraria qualquer óbice no ordenamento jurídico nacional, além de ser prática e eficaz. (DIAS, p.12)*

### 2.3. Retroatividade dos efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade

Somente após o Supremo Tribunal Federal, através da via concentrada de controle de constitucionalidade, declarar a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de um ato normativo federal ou estadual é que pode haver a invalidação da coisa julgada inconstitucional, pois apenas na via concentrada temos os efeitos *erga omnes*, diferentemente do controle difuso com efeitos apenas *inter partes*.

Pelo art. 182 do Código Civil as partes serão restituídas ao estado anterior, tendo o acórdão da ação rescisória efeitos *ex tunc*. Porém, isto poderá comprometer o princípio da segurança jurídica, motivo pelo qual o órgão julgante, em hipótese de relevante interesse, fun-

damentado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, deverá declarar sua eficácia *ex nunc*, preservando-se os efeitos jurídicos pretéritos.

### 3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, resulta clara a necessidade de relativização da coisa julgada material, objetivando criar um sistema jurídico e político mais justo, sendo indispensável uma posição uníssona da doutrina e da jurisprudência acerca do instituto da coisa julgada quando violadora da Carta Magna, em face do impressionismo provocado pela diversidade de julgados contraditórios e, em especial, quando entre eles existe um que afronte dispositivo da Lei Máxima.<sup>10</sup>

Em síntese, a coisa julgada, apesar de prevista na Lei Maior, não deve ser vista de forma ilimitada e absoluta, face à unidade da Constituição, cedendo o princípio da segurança jurídica lugar ao princípio da justiça. Estamos numa época em que se busca justiça nas decisões e não nos parece justo eternizar uma decisão inconstitucional sob o argumento de que deve ser preservada a *res judicata*.

De fato, a coisa julgada é necessária para pôr fim às demandas. Contudo, sabe-se que, com certeza, transitam em julgado decisões injustas e, em se tratando de julgados inconstitucionais, deve-se buscar a relativização da coisa julgada.

10 "Há de ser entendida como de perplexidade, a situação de um jurisdicionado que vai ao Judiciário e se depara com uma decisão contrária à Constituição e não tem como remediar esse erro, o que leva o órgão estatal a sofrer pesadas críticas e ser, logicamente, incompreendido em sua real função." (DIAS, p. 12-13)

A nosso ver, a solução que se impõe é a previsão legal de casos em que a sentença possa ser rescindida a qualquer tempo, tal como ocorre no processo penal por meio da revisão criminal, através de ação rescisória ou por outro meio como já criado no parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil.

Assim, sujeita-se a coisa julgada à modificação mediante ação rescisória, objetivando preservar a justiça. Será, também, a ação rescisória o meio hábil para rescindir a coisa julgada formada com base em lei ou ato normativo inconstitucional, não se aplicando o prazo bienal previsto no art. 485 do Código de Processo Civil.

#### 4. REFERÊNCIAS

BARROS, Evandro Silva. Coisa julgada inconstitucional e limitação temporal para a propositura da ação rescisória. **Revista de direito constitucional e internacional**, a. 12, abr./jun. 2004.

BERMUDES, Sergio. Coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Válber (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Válber (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

CAMINHA, Marcus Vinícius. **Coisa julgada inconstitucional: divagações**. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 26.07.2004.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Válber (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DIAS, Francisco Barros. **Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional**. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina129.doc>>. Acesso em: 06 set. 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Procuradoria geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 55-56, jan./dez. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual>>. Acesso em: 21.07.2004.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. **Contribuição à teoria da coisa julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. V

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

PASSOS, J. J. Calmon de. Coisa julgada civil – I. In: FRANCA, R.Limongi de. **ENCICLOPÉDIA SARAIVA DO DIREITO**. São Paulo: Saraiva, 1977.

SALOMÃO, Jorge. **Da coisa julgada nas ações de estado**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de processo civil anotado**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

## O ALCANCE DO INTERESSE PROCESSUAL: UM ENFOQUE INSTRUMENTAL

**Ricardo de Oliveira Paes Barreto**

*Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Cível da Comarca do Recife. Juiz Assessor Especial da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Professor de Direito Processual Civil (graduação e pós-graduação) da Universidade Católica de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.*

A vida em sociedade está marcada pela existência de constantes conflitos de interesses que comumente se estabelecem entre seus cidadãos, entre estes e as pessoas jurídicas, sejam elas de direito público ou privado, e até mesmo entre pessoas jurídicas, sejam elas de direito público ou privado.

Estes conflitos decorrem dos bens da vida que cada um de nós possuímos, pessoa física ou jurídica, sejam materialmente considerados, como os bens patrimoniais em geral, móveis, imóveis ou direitos, seja no plano imaterial, como a liberdade de expressão ou de pensamento, o direito de ir e vir, a dignidade, a paz, o sossego, entre tantos outros.<sup>1</sup>

O convívio social adequado pressupõe continência a esses direitos, aos quais “os particulares devem, em suas relações sociais, ajustar sua conduta”<sup>2</sup>, no sentido mais amplo, pois onde se encerra meu direito, inicia-se

<sup>1</sup> Neste sentido, conferir PONTES DE MIRANDA. *Comentários ao Código de processo civil: tomo, arts. 1º-45*. Rio de Janeiro: Forense 1973. p. 31.

<sup>2</sup> CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra D. F. Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. I, p. 96.

o alheio, de modo que o respeito ao próximo, entenda-se, aos direitos dos próximos, faz com que essa convivência seja harmoniosa.

Porém é cediço que nem sempre tal ideal é possível, pois a presunção de que determinados direitos estão sendo desrespeitados por quem quer que seja é algo que se multiplica a cada dia, e quanto maior o número dessas pessoas que passam a conviver, maior o evidente volume de controvérsias entre os respectivos interesses.<sup>3</sup>

Muitos desses conflitos, entre vizinhos, entre empresas, entre desafetos, por questões de trabalho, por interpretações de contratos ou de suas cláusulas, entre familiares, entre cônjuges, enfim, por uma série infinita de questões que decorrem desses bens da vida de cada um, são solucionados de forma consensual, mediante composição entre as partes envolvidas na controvérsia específica.

Seria também um ideal que os conflitos pudessem ser solucionados entre os próprios envolvidos na controvérsia específica, mas nem sempre, ou quase sempre, as coisas se definem pacificamente, seja por intransigência, seja por indisponibilidade do bem da vida em conflito ou do próprio interesse público<sup>4</sup>, seja porque os envolvidos entendem, reciprocamente, serem os detentores do que se costuma denominar bom direito.<sup>5</sup>

3 Conferir CALAMANDREI, op. cit., p. 104/107, § 11, "O direito e a possibilidade de sua inobservância: o problema da coação".

4 Por exemplo: "O controle da constitucionalidade, praticado pelos tribunais constitucionais, desenvolvem-se em abstrato, sem qualquer referência a um caso concreto", conforme bem explicitado por TAVARES, André Ramos, em seu *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 207.

5 O profundo conhecimento do saudoso VILANOVA, Lourival, em seu artigo *Teoria da norma fundamental*, publica no *Anuário do Mestrado em Direito* da UFPE/FDR, Recife, 1977, p. 132, nos traz a exata certeza de que é "em função da solução prática dos conflitos de interesses, que as condutas reciprocamente interferentes apresentam, que vão das normas aos fatos, e dos fatos às normas que os enquadram".

Para tanto o Estado tomou para si, em regra geral<sup>6</sup>, o monopólio de decidir esses conflitos de interesses, a denominada lide, por seus variados órgãos especializados, em primeiro ou segundo graus, e, ainda, quando cabível, nas vias excepcionais, através do seu Poder Judiciário, já que "*la jurisdicción contituye una potestad del Estado*"<sup>7</sup>, "instância final de apreciação das lesões ou ameaças a direitos"<sup>8</sup>.

Neste particular, interessante lembrar o que ocorreu na Revolução Francesa, a denominada revolução intelectual, que buscou, e posteriormente consolidou, através de uma Constituição vinculada à formação de um Estado social, democrático e voltado prioritariamente ao bem comum, bem diferente do Estado então reformado, sob o império dos despóticos soberanos da época, e no qual o Poder Judiciário sofreu tamanha distorção, por seus juízes parciais, por aqueles nomeados e agindo, por óbvio, em defesa dos interesses prioritários da corte, que foi então extinto pelos revolucionários.

De acordo com o ideal revolucionário, de pouca, ou mesmo nenhuma valia social teria um Poder Judiciário desvirtuado, privatista, defensor dos interesses dos poderosos econômica e politicamente considerados, sem os critérios pautados pelo devido processo legal, como imparcialidade, discricionariedade, ampla defesa, efetivo contraditório, dentre outros.

6 Excepciona-se a mediação e a arbitragem, conforme ditames da Lei nº 9.037/96, com poder compositivo apenas em relação às controvérsias privadas e disponíveis.

7 DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés et alii. *Derecho procesal civil*. 2 ed. Madrid: Colex, 1997, p. 50.

8 ROCHA, José Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 80.



Ocorre que esses conflitos sociais de interesses não se encerraram com o advento da Revolução do então Estado novo lastreado em ideais humanitários, ao contrário, as controvérsias continuaram, já que são inerentes ao convívio humano, conforme é cediço, e se multiplicavam sem solução adequada, e os revolucionários não tinham preparo suficiente para, tecnicamente, decidir dentro dos novos princípios constitucionais que se instalaram, do *due process of law*, e tiveram que criar um novo Poder Judiciário, cujos novos magistrados tiveram suas condutas regradas na estrita legalidade.<sup>9</sup>

Conforme vemos, embora se possa minimizar, é impossível evitar a ocorrência de encontros de interesses conflitantes, que fazem demandar a procura de sua solução através dos órgãos competentes do Poder Judiciário, quando “o autor vai a juízo, perante o Estado, ao pedir a tutela jurídica”<sup>10</sup>, a “providência que se visa é a prestação jurisdicional consubstanciada na sentença definitiva”, cujos contornos estão fixados pelo pedido do autor, “ao qual corresponde, na linguagem da doutrina, o *objeto do processo*”.<sup>11</sup>

Aqui e agora, muito se tem feito em busca de um efetivo acesso não apenas ao Poder Judiciário, dando-se especial enfoque aos Juizados Especiais de Pequenas Causas, mas à própria justiça, célere, efetiva e acima de tudo justa, como forma de dirimir as controvérsias e solidificar o convívio social harmônico.<sup>12</sup>

9 Observa CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 96, que “o conceito da função jurisdicional não pode ser compreendido senão em relação ao sistema da legalidade”, afirmando, ainda, que a jurisdição é um complemento e um instrumento da legalidade.

10 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas: Red. 1999. p. 28.

11 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Borsoli, 1971. p. 11.

12 Conferir a indispensável obra de CAPPELLETTI, Mauro/GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

Infelizmente, por uma série de questões estruturais, e até mesmo culturais, os órgãos do Poder Judiciário nem sempre estão devidamente aparelhados material e tecnicamente para prestar uma jurisdição efetiva e, ainda mais infelizmente, justa.

A eficiência por vezes é colocada em segundo plano e o apego excessivo à forma danifica o caminho sem volta traçado ao processo moderno, dificultando o acesso à justiça na sua acepção mais sublime, que é atender com presteza os que dela sentem sede.

Mas não se tenha em mente que estamos mergulhando num poço sem fundo, ao contrário, embora parcas as dotações financeiras para investimentos na área judicial do Estado, temos visto uma melhora significativa e otimizada na qualidade da prestação jurisdicional, especialmente com o uso adequado da computação e o preparo técnico dos magistrados e servidores em geral, grande parte freqüentando cursos de especialização, cujos resultados já são sentidos e com o passar dos tempos trarão a todos uma qualidade refinada de atendimento às expectativas da sociedade.

Com essa preparação técnico-qualitativa, uma série de dogmas estão sendo expurgados dos domínios judiciários, um processo resultado e efetivo vem sendo plantado contra barreiras sólidas de resistências muitas vezes injustificadas, mas que decorrem de uma formação de vida, de um período em que o respeito e apego excessivo à forma, repiso, quase que levou o Estado juiz ao colapso.

Portanto, quando se busca do Estado, por seus órgãos jurisdicionais, a solução de determinada controvérsia de direito material, muitas vezes sem litígio, sem

briga, mas por um mero encontro de interesses conflitantes ou por haver indisponibilidade de determinado bem da vida, como os bens e direitos públicos ou de interditados, por exemplo, espera-se uma atuação serena, imparcial, efetiva e justa.

E só haverá legitimação, não mera legalidade, nessa prestação de serviço público essencial, se os julgadores puderem compreender sua real função de fazer justiça, sem arrogância, sem sequer pensar que sabe de tudo e que é preciso constantemente se aperfeiçoar, escutando bem as opiniões de todos, lendo e continuamente estudando, pesquisando, descobrindo os erros do passado, inclusive pessoais, para que não se repitam, e, principalmente, buscando soluções eficientes para concretizar a grandeza institucional do nosso Poder Judiciário.

Ocorre que pelo excesso de controvérsias, de um lado, e a falta de recursos adequados (em todos os sentidos), de outro, temos visto um impressionante avolumamento de processos nas prateleiras das serventias judiciárias, sendo certo que “o excesso de causas constitui uma das principais origens da morosidade do serviço judiciário”.<sup>13</sup>

São processos que chegam aos montes para os juízes de primeiro grau, ou mesmo quando originários dos tribunais, que ao recepcioná-los, começam a decidir e daí se multiplicam os recursos, especialmente os de agravo em geral, avolumando, também de forma imensurada, os estoques processuais dos tribunais inferiores e excepcionais, inviabilizando o ideal de Justiça que a

13 BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. I, p. 57.

pouco nos referimos, pois a demora na prestação jurisdicional, como é de há muito e de todos sabido, mesmo que técnica e qualitativamente boa, muitas vezes perde eficácia, perde eficiência, não traz resultado prático algum, frustrando os jurisdicionados e a crença numa justiça adequada.

Revelando a precisão cirúrgica de sua cátedra, Frederico Neves assenta que “o fator tempo no processo é causador, bastas vezes, de gravames irreparáveis”<sup>14</sup>, entenda-se, seja por demora na prestação jurisdicional, que às vezes se torna inútil pela ação do tempo, seja pela geração de expectativa temporal inútil, ao se recepcionar petição inicial sem análise adequada de sua adequação.

Com toda propriedade, que comumente lhe é peculiar, Cândido Dinamarco afirma que “o notório e angustiante congestionamento do Poder Judiciário vem conduzindo o processo civil brasileiro por tentativas e caminhos novos”<sup>15</sup>, no afã de superar a forma tradicional e severamente dogmática do processo clássico, cuja morosidade “estrangula os direitos fundamentais do cidadão”<sup>16</sup>, questão estreitamente ligada ao sistema compositivo que é o processo.

É preciso, portanto, dentre várias outras mudanças conceituais, atuar jurisdicionalmente e cada vez mais

14 NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. *Mandado de segurança: liquidez e certeza do direito. Interesse e pressuposto processuais*. *Revista da ESMape*, Recife, v. 9, n. 19, p. 124 jan/jun 2004.

15 DINAMARCO, Cândido Rangel. *O relator, a jurisprudência e os recursos*. *Tribuna da Magistratura*, caderno de doutrina. mai. 1999, p. 69.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29, que nos traz, ainda, a preocupante confirmação quando de pesquisa realizada pelo IDESP com 351 juizes, e todos afirmaram que a justiça é muito lenta, ou seja, é a comprovação de que os próprios operadores estão incomodados.

dando especial atenção aos princípios da discricionariedade e da proporcionalidade no enfrentamento das petições iniciais de origem ou mesmo recursais, no sentido de filtrá-las tecnicamente na origem e só recepcionar aquelas que tenham ao menos mínimas condições de sucesso, evitando-se, entretanto e sempre, os excessos, pois assim estaríamos voltando ao processo forma, e não é este o alvo que almejam os instrumentalistas.

Deve-se atuar com adequação racional<sup>17</sup>, recebendo as petições efetivamente adequadas, deferindo as tutelas requeridas de forma adequada, enfim, compondo a controvérsia de forma adequada, ou seja, não se deve abrir as portas do Judiciário para pedidos inúteis, criando expectativa indevida de direitos aos jurisdicionados, nem se deferir tutelas jurisdicionais em geral, liminares, interlocutórias ou definitivas, se não forem necessárias, úteis e, assim, adequadas.

Desse modo, ao se buscar de um Poder Judiciário sobrecarregado e custoso uma determinada prestação jurisdicional, em face da impossibilidade de composição voluntária do interesse específico, faz-se premente que a parte legitimada, envolvida na controvérsia originária, apresente com bastante clareza sua causa de pedir, e com base nela exerça sua pretensão de direito material, para que o magistrado competente analise se aquela ação, instrumento de acesso à jurisdição, está lastreada na necessidade de se buscar a tutela ali reclamada, mas não só essa necessidade, é preciso também

17 Conforme MACHADO NETTO, A. L., em sua *Sociologia jurídica*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 386, "como na vida, temos de dar razão de todos os nossos atos, justificando-os em face da motivação vital que os originou e do projeto a que se submete", "donde vem e porque vem, e para onde e porque vai nessa determinada direção", limitando a liberdade discricionária do julgador às circunstâncias do caso concreto.

que, por outro prisma, a prestação jurisdicional requerida tenha utilidade prática e, ainda, adequação técnica diante do caso concreto.

É que o processo<sup>18</sup>, instrumento de efetivação da jurisdição estatal na sua função de fazer justiça, constitui um complexo de atos sucessivos e lógicos que se adequam (também) ao tipo de pedido formulado, daí decorrendo o procedimento específico, que estabelecerá a regra de desenvolvimento daquela contenda que se formará, como num jogo de futebol ou de basquete, em que as regras variam e que se não forem observadas os infratores sofrerão gravames previamente estabelecidos.

Se as regras procedimentais não forem observadas, portanto, é porque tecnicamente, ou não se recepcionará a pretensão de direito material na forma proposta, tornando-a no nascedouro, ou, desde que recepcionada a petição inicial, serão geradas nulidades processuais, muitas delas insanáveis e que atrasarão a efetividade que se espera e que se faz necessária no comando do processo, contaminando a crença na justiça.

Criar expectativa de direito ao pretendente, dar início a mais um processo, mediante amplo contraditório, com seus altos custos financeiros e, como se vê, com um aparelho judiciário excessivamente sobrecarregado, é medida que exige extrema análise técnica de acesso por parte do julgador competente.

As portas de entrada ao Judiciário estarão sempre abertas aos jurisdicionados (art. 5º, incs. XXXIV, "a" e XXXV, da CF), mas é preciso que aquela busca de solução

18 Para JAUERNIG, Othmar. *Direito processual civil*. Trad. F. Oliveira Ramos. 25 ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 36, o processo "é um procedimento perante o tribunal do Estado".

da pretensão de direito material esteja amparada pelo incontroverso *interesse processual*, “requisito indispensável à admissibilidade de *qualquer ação*”<sup>19</sup>, em seus múltiplos sentidos, não se indeferindo a petição inicial por vício sanável, já que a instrumentalidade do processo reclama sempre a oportuna correção para que, só então, ocorrendo inércia, seja aplicada a penalidade do trancamento da petição inicial no seu nascedouro, mas verificando se estão presentes, todos em conjunto, a necessidade, a utilidade e a adequação.<sup>20</sup>

Afirma com propriedade Jauernig que “um interessado substantivamente não pode recorrer ao tribunal inútil ou deslealmente ou aproveitar-se dum processo judicial para alcançar fim processualmente impróprio e, por conseguinte, indigno de proteção”<sup>21</sup>, pois o abstrato direito de ação “só se entende que pertence a quem possa **sinceramente** afirmar a existência de uma norma legal; exige-se uma justa esperança de ter direito”<sup>22</sup>, já que “ninguém tem o direito de suscitar litígios que não lhe aproveitem, ocupando os juízes, cujo tempo é precioso, com questões que não lhe interessam”.<sup>23</sup>

A *necessidade* é inerente à resistência legal ou pessoal no exercício voluntário de determinado direito material, e vem como primeiro elemento configurativo do interesse processual, pois só há necessidade de se buscar a tutela jurisdicional se a lei vedar o exercício voluntário de determinados direitos (resistência legal), através

19 MOREIRA, *op. cit.*, p. 12.

20 Conferir MOREIRA, *op. cit.*, p. 17.

21 JAUERNIG, *op. cit.*, p. 195.

22 COUTURE, *op. cit.*, p. 37/38.

23 SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código de processo civil interpretado*. 4 ed. Rio: Freitas Bastos, 1956. v. I, p. 36.

da jurisdição voluntária, ou se a outra parte envolvida na controvérsia resistir ao cumprimento voluntário de uma determinada pretensão (resistência pessoal), agora através da jurisdição contenciosa.

Em seguida, deve-se analisar se a tutela de direito material reclamada tem *utilidade prática*, se esta uma vez hipoteticamente deferida terá o condão, o potencial de compor eficazmente a questão posta, trazendo ao caso concreto uma solução juridicamente viável, útil, ou, em outras palavras, se os meios a serem utilizados pela jurisdição justificam os fins propostos, se “se invoca *possível* relação de direito que o justifique”.<sup>24</sup>

Por derradeiro, deve ser analisado na ação proposta se presente o terceiro elo configurativo do interesse processual, que é a *adequação procedimental*, ou seja, se o procedimento eleito pela parte requerente tem adequação com a natureza jurídica do pedido, se há nexos de causalidade entre o que se pede e a forma procedimental eleita para tanto, até mesmo substancialmente se considerando a pretensão exercida, pois é indispensável que o autor peça o remédio (ação) adequado à situação afirmada.<sup>25</sup>

Neste último aspecto, faz-se também premente uma mudança de comportamento nos julgadores mais formais, como meio adequado de formação das novas gerações operacionalizadoras do direito, e com função instrumentalizadora de efetividade no manuseio da tão sobrecarregada máquina jurisdicional, no sentido de negar seguimento liminar a pretensões inócuas, e que, por

24 PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 159.

25 *Idem*, p. 130.

óbvio, inobstante a garantia do direito de petição (no qual está embutido o direito de ação), esbarrarão no seu futuro e obvio improvimento, ultrapassando a fronteira do trancamento meramente formal, mas também, embora excepcionalmente e diante de casos concretos, possibilitando o trancamento substancial da pretensão exercida.

Trancamento da pretensão substancial sim, embora em análise de casos concretos.

A possibilidade do trancamento da vestibular quanto à própria pretensão de direito material, aparentemente inócua, não constitui novidade alguma na processualística compositiva vigente, visualizando-a sistematicamente, até porque, nos termos do art. 557 do CPC, admite-se negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior; compreenda-se, nega-se seguimento liminar e monocrático a pretensões inócuas, por evidente falta de interesse.

Outra não é a previsão do art. 120, par. único, do CPC, possibilitando ao relator decidir monocraticamente conflito de competência, havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada.

Já há, portanto, e sem qualquer sombra de dúvida, previsão de trancamento material de pretensão originária no seu nascedouro, e se a Corte competente pode assim o fazer, em atenção à instrumentalidade e à efetividade do processo, como de resto à economicidade processual, embora em duplo grau de jurisdição, nada mais saudável que ampliar esse instituto, que tão bem tem servido ao desafio dos tribunais pátrios, ao juízo natural das ações.

A Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), através de Caderno Especial<sup>26</sup>, entre outros, elaborou anteprojeto de lei no sentido proposto, sugerindo a inserção nos arts. 269, I, e 295, § 1º, do CPC, o seguinte texto, *verbis*:

art. 269.....

*I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor, ou ainda quando indeferir a petição inicial com fundamento no § 1º do art. 295.”*

art. 295.....

*§ 1º – Poderá o juiz indeferir a inicial quando o pedido estiver em confronto com súmula do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores ou do Tribunal a quem o recurso será interposto, com ciência à parte contrária.”*

É só questão de tempo aguardar a normatização em foco, o que não impede, desde pronto, que os julgadores iniciem, desde que criteriosamente, essa cruzada de verdadeira fé processual, uma fé na salvação deste instrumento técnico essencial de fazer a Justiça do caso concreto e que quase chegou à falência múltipla, exatamente quando compreendido apenas em seu aspecto formal, mas que muito tem de útil a serviço do Estado Democrático

<sup>26</sup> *Campanha pela efetividade da Justiça*, caderno 01, propostas da Comissão para a efetividade da Justiça da AMB, Brasília-DF, mar. 2004, p. 23.

de Direito<sup>27</sup>, procurando “restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei”.<sup>28</sup>

Ainda que não se admita tamanha flexibilização, o que é comum em relação a um grande número de operadores mais dogmáticos, que ao menos se controle com maior eficiência técnico-instrumental o acesso das pretensões endereçadas ao Judiciário, por evidente falta de interesse, de utilidade potencial da jurisdição<sup>29</sup>, que usualmente se estampa quando do estudo dos termos de determinadas exordiais.

Não há que se confundir, todavia, o *interesse* no seu aspecto *adequação*, com a *possibilidade jurídica do pedido*, já que aquele diz respeito à eleição de via procedimental para discussão do pedido, havendo outra ou outras vias possíveis caso aquela lhe seja negada, enquanto que a última está associada à eventual viabilidade jurídica da própria pretensão, à contemplação abstrata no ordenamento jurídico, ou proibido por este<sup>30</sup>, não comportando outra via procedimental caso negada aquela possibilidade<sup>31</sup>, inclusive quanto a pedidos cumulados, rejeitando-se o inviável e recepcionando-se a vestibular tão somente naquilo que cabível.

Como exemplos de *falta de interesse adequação*, podemos mencionar a eleição da via do *mandamus*,

27 Que fique bastante explícita minha posição totalmente contrária à instituição da denominada súmula vinculante, já que a mesma agride os princípios da igualdade, no seu sentido substancial, da discricionariedade e da proporcionalidade, retirando do magistrado a possibilidade de análise de casos concretos, especialmente quando da tutela de direitos fundamentais.

28 SANTOS, op. cit., p. 7.

29 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *Condições da ação*. São Paulo: RT, 2000. p. 119.

30 COSTA, Lopes da. *Manual elementar de direito processual civil*. 3 ed. Rio: Forense, 1978. p. 35.

31 Neste sentido, ROCHA, op. cit., p. 176.

quando adequada a via ordinária, seja por falta de aparente prova de liquidez e certeza do direito reclamado (questão substancial), seja porque extrapolado o prazo decadencial para seu exercício (questão formal); a via executiva, quando adequada a via monitória; o reconhecimento de fraude a credores nos embargos de terceiro, quando a via adequada se dá através da ação pauliana, ou a via reintegratória, quando adequada a via petitoria, ou seja, o caminho eleito é negado, mas há outro, e apenas outro, que se adequa à composição da pretensão de direito material a ser enfrentada.

Neste particular, e com os olhos igualmente voltados para a instrumentalidade e a efetividade que se almeja na consolidação do processo justo, especial enfoque deve se dar ao contido no art. 295, V do CPC, pois só deverá ser trancada a exordial se não for possível fungibilizá-la, adequando-a ao tipo de procedimento legal, como por exemplo, eleição da via de manutenção de posse, quando a via adequada é a de reintegração de posse.

Como exemplos de *impossibilidade jurídica do pedido*, podemos identificar duas hipóteses<sup>32</sup>: *inviabilidade jurídica da própria pretensão*, dita absoluta, como por exemplo, o arresto ou a cobrança fundados em dívida de jogo, ou a substituição de garantia contratual voluntariamente prestada por determinação judicial; ou também poderá ocorrer *inviabilidade jurídica na forma posta*, dita relativa, como por exemplo, a execução de sentença ilíquida, o pedido de revisão contratual genérico,

32 Observar ROCHA, op. cit., p. 176, e PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. III, p. 204.

ou a nunciação de obra já encerrada, ou seja, não há outra via que se adeque à apreciação da questão posta, exatamente por sua inviabilidade jurídica.

Pois bem, se a parte pleiteia jurisdicionalmente a cobrança do cumprimento de uma determinada obrigação cuja satisfação restou comprovada, ou a consignação de quantia sob alegação de negativa de recebimento e se prova em contrário, ela não tem interesse processual, seja no sentido falta de necessidade, como também eventual julgamento meritório do pedido não trará utilidade prática alguma ao bem da vida em tese reclamado pelo autor, *ex tunc*.

Igualmente não terá interesse a parte que pleiteia uma consignação em pagamento de quantia, por exemplo, sob alegação de que o réu não cumpre determinada obrigação, enquanto cabível ação cominatória de obrigação de fazer, agora tendo ele necessidade de buscar uma tutela jurisdicional compositiva, mas sem resultado prático e adequação à hipótese específica.

Ainda, se o pedido era necessário de início, mas fato superveniente fez com que, durante o curso da demanda, perdesse ele objeto, como em face de uma conciliação, de uma transação ou por perecimento do direito controvertido, por qualquer circunstância que torne impossível sua execução, ocorre a denominada falta de interesse superveniente, quando se tinha necessidade, portanto, mas posteriormente se deixou de ter, pois havia, mas deixou de haver utilidade prática na persecução dirimatória do direito então controvertido, *ex nunc*.

Nas hipóteses dantes aventadas, o magistrado recepcionou a ação e declarou a carência de ação por falta de interesse após contraditório, pois não havia elementos suficientes para trancamento liminar da exordial.

Diferentemente ocorre, e se faz premente observar e efetivar, quando ao analisar os termos da petição inicial o magistrado já enxerga, *primo oculi*, a estampa de carência de ação neste liame configurada.

Comumente, até pelo volume excessivo de serviços, o magistrado determina a citação da parte ré, recepcionando, assim, a petição inicial aforada, abrindo indistintamente as portas do Judiciário já assoberbado de tantos processos, para tramitar mais uma ação, muitas vezes quando aparente sua carência, o que possibilitaria fulminar liminarmente aquele exercício de direito, repito, não por meros vícios sanáveis em aparente bacharelada, mas porque já se sabe, ou se deveria saber, que desde o nascedouro aquela pretensão é inviável, e que, mais dia, menos dia, após alguns meses ou anos avolumando as prateleiras já sobrecarregadas, o resultado nenhuma utilidade prática trará ao bem da vida reclamado originariamente.<sup>33</sup>

Assim é que observamos que a falta de interesse processual, por qualquer dos seus três aspectos constitutivos, necessidade, utilidade prática (adequação de meios) e adequação procedimental, formal ou mesmo substancial, esta última em exames de casos concretos, *per se*, já tem o condão de barrar a ação proposta, com amparo técnico, como mais uma alternativa de desafogamento da pesada máquina judiciária, e em especial atenção não só ao pretendente da ação negada no nascedouro, não lhe criando uma expectativa de direito material que já se sabe inadequada, mas especialmente à toda comunidade jurídica, com função educadora e construtiva para eficiência do sistema jurisdicional hodiernamente tão criticado.

<sup>33</sup>Na mesma trilha, a doutrina de NEVES, *op. cit.*, p. 126-127.

São novas visões sistemáticas, já que todo o sistema jurídico é que tem a função compositiva, e não meras alternativas pessoais<sup>34</sup>, concentradas em convencimentos próprios, divorciados do debate e da modernidade racional, que possuem o condão de trazer ao nosso mundo um Poder Judiciário eficiente, demonstrando que tem capacidade de sair da beira do abismo que se encontra e se legitimar, cada vez mais, perante a sociedade que jurisdicionaliza e à qual deve render satisfações de operacionalidade, em respeito ao alto custo que representa para todos.

Por mais importante que se aparentem as inovações postas, entretantes, não podemos esquecer que procedimentos altamente técnicos foram moldados ao longo de muitos séculos de esforços para prevenir arbitrariedades e injustiças, conforme precisas palavras de Cappelletti, que acrescenta, “embora o procedimento formal não seja, infelizmente, o mais adequado para segurar os “novos” direitos, especialmente (mas não apenas) ao nível individual, ele atende a algumas importantes funções que não podem ser ignoradas”<sup>35</sup>, pois as pressões necessárias não podem subverter os fundamentos de um procedimento justo.

A mudança de mentalidade na utilização dessas regras, na perspectiva do caminho traçado, é que se faz premente, para que “o judiciário possa alinhar-se ao compromisso de prestar uma tutela adequada, pronta e eficiente”<sup>36</sup>.

Em sentido contrário, mantidos os dogmas atuais, lembremo-nos da Revolução Francesa.

.....

<sup>34</sup> O processo flexível não deve ser concebido a nível de alternatividade, que causa surpresas aos jurisdicionados, mas como uma obrigação dos operadores em celerizar, economizar, racionalizar e efetivar a prestação jurisdicional compositiva.

<sup>35</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 164.

<sup>36</sup> NEVES, op. cit., p. 127.

## REFERÊNCIAS

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. Rio: Forense, 1975. v. I.

CAMPANHA PELA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA. Caderno 01, propostas da Comissão para a efetividade da Justiça da AMB, Brasília-DF, mar. 2004.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra D. F. Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. I.

COSTA, Lopes da. **Manual elementar de direito processual civil**. 3 ed. Rio: Forense, 1978.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas: Red. 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. **Tribuna da Magistratura**, caderno de doutrina, maio 1999.

DOMÍNGUEZ, Valentín Cortés *et al.* **Derecho procesal civil**. 2 ed. Madrid: Colex, 1997.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da ação**. São Paulo: RT, 2000.

JAUERNIG, Othmar. **Direito processual civil**. Trad. F. Oliveira Ramos. 25 ed. Coimbra: Almedina, 2002.



MACHADO NETTO, A. L. **Sociologia jurídica**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Direito processual civil**. Rio: Borsoi, 1971.

NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. Mandado de segurança: liquidez e certeza do direito. Interesse e pressuposto processuais. **Revista da ESMape**, Recife, v. 9, n. 19, jan/jun 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. III.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários ao Código de processo civil: tomo, arts. 1º-45**. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

ROCHA, José Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código de processo civil interpretado**. 4 ed. Rio: Freitas Bastos, 1956. v. I.

TAVARES, André Ramos, em seu **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

VILANOVA, Lourival. Teoria da norma fundamental. **Anuário do Mestrado em Direito**, UFPE/FDR, Recife, 1977.

# PERDA DA PROPRIEDADE POR INTERESSE SOCIAL NA AÇÃO DO PROPRIETÁRIO: NATUREZA JURÍDICA E SEUS ASPECTOS CIVIS, PROCESSUAIS E CONSTITUCIONAIS

Simone Florêncio Costa

Bacharelada do 5º ano da Graduação em Direito na Faculdade de Direito de Olinda – AESO.

## SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. A PERDA DA PROPRIEDADE POR DECISÃO JUDICIAL; 2.1. Origem do art. 1.228 §§ 4º e 5º do Código Civil de 2002; 2.2. Denominação do instituto; 2.3. O novo instituto e seus requisitos; 2.4. Da função social da propriedade; 2.5. Modelo jurídico adotado; 2.6. Indenização: Requisito ou consequência?; 2.7. Aplicação do instituto em face dos bens públicos; 3. NATUREZA JURÍDICA: DESAPROPRIAÇÃO OU USUCAPIÃO?; 4. DO PROCESSO; 4.1. Espécies de ações aplicáveis ao instituto; 4.2. Meio processual e competência para alegação do § 4º do art. 1.228 do Código Civil; 4.3. Da Sentença; 4.4. Da indenização do § 5º do art. 1.228 do Código Civil; 4.5. Da execução da indenização; 5. CONCLUSÃO; 6. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O novo Código Civil surgiu trazendo vários dispositivos e institutos que já estavam, implícita ou explicitamente, contidos no ordenamento jurídico nacional, através da Constituição Federal de 1988, entre outros diplomas legislativos.

Contudo, também houve inovações, com a previsão de figuras não mencionadas anteriormente na legislação, como é o caso do novo instituto oriundo do art. 1.228, § 4º e 5º do Código Civil de 2002.

O instituto surgido com os dispositivos supracitados recebeu várias denominações pela doutrina, dentre elas a mais conhecida é “desapropriação judicial”, também chamada de posse-trabalho.

É um instituto ainda pouco discutido pela doutrina, mas capaz de gerar infindáveis divergências doutrinárias em decorrência das inovações trazidas por essa norma.

Teve por objetivo, o legislador, ao inserir esse dispositivo no novo Código Civil, conferir eficácia à função social da propriedade garantida constitucionalmente no art. 5º, XXIII da Carta Magna.

Apesar da nobreza do novo instituto, muitas indagações estão surgindo em decorrência das lacunas deixadas pelo legislador, chegando ao ponto, inclusive, de se indagar a constitucionalidade do instituto.

Portanto, o objetivo geral deste trabalho de investigação científica é observar e analisar o tema para aprofundar o conhecimento sobre o instituto do novo dispositivo civil, ainda pouco conhecido e estudado, mas que promete ser alvo de grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais face às grandes inovações propostas por ele.

## 2. A PERDA DA PROPRIEDADE POR DECISÃO JUDICIAL

### 2.1. Origem do art. 1.228 §§ 4º e 5º do Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002, entre as diversas inovações, trouxe o art. 1.228 §§ 4º e 5º, considerado por muitos doutrinadores como a mais importante delas. Trata-se de uma forma de privação da propriedade por

Decisão Judicial, que segundo Kioitsi Chicuta<sup>1</sup>, teve como inspiração a Apelação nº 212.726, da 8.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo relator foi o Desembargador José Osório, em 16 de dezembro de 1994. A decisão teve o seguinte sentido:

*Ementa. Ação reivindicatória – Área integrante de antigo loteamento, abandonado por anos e, depois, gradativamente ocupada por favela – Situação social consolidada a impedir a reivindicação e, sobretudo, sua execução – Perecimento do direito – Função social da propriedade – Improcedência – CF/88, art. 5º, XXIII – CCB, art. 524. (Com doutrina).*

*O desalojamento forçado de trinta famílias, cerca de cem pessoas, todas inseridas na comunidade urbana muito maior da extensa favela, já consolidada, implica uma operação de cirurgia de natureza ético-social, sem anestesia, inteiramente incompatível com a vida e a natureza do Direito. É uma operação socialmente impossível. E o que é socialmente impossível é juridicamente impossível.*

*(Ap. Cív. 212.726-1/8 – São Paulo – Aptes. e reciprocamente Apdos.: A. B. e outros, O. P. de P. e outros e R. B. S. e outros – Rel.: Des. José Osório – J. em 16.12.1994 – TJSP).*

Argumenta, o relator, que a coisa reivindicada não possui mais existência concreta, isto é, é mera abstração

<sup>1</sup> CHICUTA, Kioitsi. *A função registral e a atuação do Judiciário. Breves considerações sobre a desapropriação judicial e a concessão real de uso*. Disponível em <<http://www.irib.org.br/salas/boletimel804a.asp>>. Acesso em: 20 de mar de 2004.

jurídica em decorrência da modificação da realidade urbana da área em litígio, posto que no local encontra-se favela com vida própria, dotada, inclusive, de equipamentos urbanos.

Apesar de lotes e loteamentos serem fatos e realidades urbanas, se tragados por favela consolidada, “*por força de uma certa erosão social, deixam de existir como loteamento e como lotes.*”<sup>2</sup>

Permite-se, então, o entendimento de que o valor decisivo não é a existência da coisa, mas a finalidade viável, jurídica e economicamente.

Por esta razão foi feito um paralelo pelos julgadores com a desapropriação indireta, em que o imóvel, seja urbano ou rural, se ocupado de forma ilícita pela Administração Pública, poderá ser retomado pelo proprietário por meio de ações possessórias ou dominiais, mas que se este se manteve inerte diante da situação e nesta área for construída, por exemplo, rua, edifício público ou estrada, perderá, o esbulhado, o direito de requerer a retomada da posse, cabendo-lhe apenas mera ação indenizatória, apesar de continuar havendo a existência física do terreno.

Vislumbram, então, os julgadores que “*a dimensão simplesmente normativa do Direito é inseparável do conteúdo ético-social do mesmo, deixando a certeza de que a solução que se revela impossível do ponto de vista social é igualmente impossível do ponto de vista jurídico*”<sup>3</sup>.

2 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação reivindicatória – Área integrante de antigo loteamento, abandonado por anos e, depois, gradativamente ocupada por favela – Situação social consolidada a impedir a reivindicação e, sobretudo, sua execução – Perecimento do direito – Função social da propriedade – Imprudência – CF/88, art. 5º, XXIII – CCB, art. 524. Litigantes: A. B. e outros e O. P. de P. e outros e R. S. e outros. Relator: Desembargador José Osório. Apelação nº 212.726. 8.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo. Data: 16 de dez de 1994.

3 Idem.

É possível entrever os argumentos utilizados no acórdão supramencionado, a prevalência do interesse social frente ao particular, além da importância do ressarcimento indenizatório ao particular que teve perdida a propriedade do bem. No mesmo sentido é o instituto em estudo que passaremos a analisar.

Contudo, apesar deste novo instituto ter o mesmo sentido do acórdão indicado por Kioitsi Chicuta como origem do dispositivo do art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil vigente, afirma o professor Miguel Reale ser outra a procedência, *verbis*:

*Esse princípio da socialidade e da eticidade é tão grande que me lembrei de uma questão que tive como advogado, logo no início da minha carreira. Tratava-se de uma ação de reivindicação de propriedade, proposta contra uma área imensa do interior do estado onde tinha surgido uma cidade. Ao pé da letra, o autor teria direito de recuperar toda aquela área, onde havia valores a serem levados em consideração. Diante da draconiana legislação então vigente, ele teve ganho de causa e obrigou praticamente os possuidores, ainda que de boa-fé, mas com títulos passados que se revelaram falsos, a fazer composições, quando não a perder aquilo que tinham. Diante dessa lembrança, incluí pessoalmente o parágrafo 4º do artigo 1228, que alguns consideram inconstitucional mas que reputo uma expressão máxima de uma compreensão social da Constituição. (.....) Estamos aqui dando um passo altamente elogiável e peri-*

*goso, à luz dos egoístas do mundo jurídico. Estou oferecendo ao juiz a competência para expropriar, por serviço social ou por função social.*<sup>4</sup>

Vislumbramos, então, duas possíveis origens para o instituto, de forma que, independente de qual delas seja a verdadeira, ambas possuem a mesma filosofia, que é a busca da proteção do interesse social em face do privado.

## 2.2. Denominação do instituto

Entre as digressões da doutrina referentes ao dispositivo em comento, encontra-se a discussão sobre a nomenclatura do instituto, que varia de acordo com o entendimento quanto à natureza jurídica do dispositivo.

Os adeptos do instituto como espécie de desapropriação costumam denominá-lo “desapropriação judicial”, nome com o qual se vulgarizou o instituto. Tal denominação encontra respaldo em autores como: José Maria Tesheimer<sup>5</sup>, Kioitsi Chicuta<sup>6</sup>, Mônica Castro<sup>7</sup>, entre outros.

Contudo, entre os que entendem ser o instituto espécie de usucapião, tem-se Marina Câmara Albuquerque<sup>8</sup> que o denomina “usucapião coletiva *pro labore*”.

4 REALE, Miguel. *O novo Código Civil*. Disponível em: <[http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas/pb/artigo.cfm?Edicao\\_Id=133&Artigo\\_Id=1882](http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas/pb/artigo.cfm?Edicao_Id=133&Artigo_Id=1882)>. Acesso em: 14 mar. 2004.

5 TESHEIMER, José Maria. *Desapropriação judicial*. (Cód. Civil, art. 1.228). Disponível em: <[www.tex.pro.br/wwwroot/05de2003/desapropriacaojudicial.htm](http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2003/desapropriacaojudicial.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2004.

6 CHICUTA, Kioitsi. *A função registral e a atuação do Judiciário. Breves considerações sobre a desapropriação judicial e a concessão real de uso*. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/salas/boletimel804a.asp>>. Acesso em: 20 mar. 2004.

7 CASTRO, Mônica. *A Desapropriação Judicial no novo Código Civil*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 4, n.19, p.145/150, set./out. 2002.

8 ALBUQUERQUE, Marina Câmara. *A usucapião coletiva no novo Código Civil*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+4157>>. Acesso em: 16 mai. 2004.

Existe ainda uma terceira corrente que, como será visto posteriormente, não considera o instituto nem espécie de desapropriação nem de usucapião. Uma das adeptas dessa corrente é Carla Andrade Barreto, que denomina o instituto como “Ação Reivindicatória Qualificada pela Perda da Propriedade”. Fundamenta a advogada nos seguintes termos:

*- Não se trata de simples ação reivindicatória, visto que nesta, pode ocorrer um dos seguintes desfechos: ou ao autor (reivindicante) é reconhecido o direito de propriedade, a qual permanecerá integrando o seu patrimônio; ou lhe é negada a titularidade do domínio, caso em que sairá perdedor na demanda, por não haver provado seu direito de propriedade.*

*- Já a Ação Reivindicatória aqui tratada, prevista no parágrafo 4º do artigo 1.228 do Novo Código Civil, resulta no reconhecimento de que o reivindicante é, de fato, proprietário da área, mas, apesar desta situação jurídica de titular do domínio, perderá a propriedade em razão da combinação dos fatores mencionados naquele dispositivo.*<sup>9</sup>

Como será possível vislumbrar, aderimos à terceira corrente, mas adotamos denominação própria para o

9 BARRETO, Carla Andrade. *Efeitos da Ação Reivindicatória previstos no parágrafo 4º do artigo 1.228 do novo Código Civil*. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_agosto2003/convidados/convextra02.DOC](http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_agosto2003/convidados/convextra02.DOC)>. Acesso em: 13 mai. 2004.

instituto, que passaremos a tratar como: Perda da Propriedade por Interesse Social, pelos motivos que serão explanados no decorrer do trabalho.

### 2.3. O novo instituto e seus requisitos

Baseado, então, nas possíveis origens supracitadas, criou-se o novo instituto ao inserir os §§ 4º e 5º do art. 1.228 na nova legislação civil, para regulamentar a hipótese observada, *verbis*:

*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.*

(...)

*§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.*

*§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.*

Temos que o legislador, através dos parágrafos acima transcritos, determinou os seguintes requisitos para a concessão da transferência da propriedade por meio de decisão judicial: “extensa área”, “posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 anos”, “considerável número de pessoas” e “obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”.

Os mais objetivos dos requisitos são os da “posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 anos”.

Assim, ter-se-á posse ininterrupta quando a posse não houver intervalos, isto é, quando o ocupante não perder por nenhum espaço de tempo a posse do imóvel. Podemos considerar perdida para efeito de interrupção quando cessa o exercício da posse ainda contra a vontade do possuidor, ou em razão do constituto possessório.

Para evitar qualquer discussão quanto ao conceito de boa-fé, o legislador o conceituou no art 1.201 e 1.202 do Código Civil.

A posse de boa-fé não será caracterizada quando a ignorância derivar de fato facilmente perceptível pelo homem comum. Mas, “*em determinadas circunstâncias, o erro (e também a ignorância) de direito, de lei não cogente, pode caracterizar posse de boa-fé, enquanto não alertado ou não ficar ciente o possuidor*”<sup>10</sup>

Poder-se-ia utilizar, analogicamente, ainda, do art. 1.256 e seu parágrafo único, que trata da má-fé do proprietário e do possuidor nas construções e plantações, para ser aplicado como forma de neutralização da má-fé no instituto da perda.

<sup>10</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5, p. 76.

Assim, baseado no dispositivo supracitado, poderíamos entender que tendo o proprietário conhecimento da realização das obras e serviços pelos possuidores no imóvel de seu domínio, presumida estará a má-fé do proprietário. O que nos força concluir que, diante de tal hipótese, mesmo estando os possuidores de má-fé, possível será a aplicação do instituto da perda da propriedade, porque se, de ambas as partes, houve má-fé, neutralizada estará a situação, possibilitando, desta forma, a declaração da perda da propriedade e a condenação dos possuidores ao pagamento da indenização devida ao proprietário.

O lapso temporal para a aplicação do dispositivo legal em estudo é de 5 anos, mas em sendo iniciada a posse anteriormente à vigência do Código Civil de 2002 ou durante a *vacatio legis*, dever-se-á acrescer 2 (dois) anos a esse prazo por força dos arts. 2.029 e 2.030 do novo Código, independente do tempo transcorrido sob a égide do Código de 1916.

Contudo, nos demais requisitos do instituto (“extensa área”, “considerável número de pessoas”, “obras e serviços de interesse social e econômico relevante”) o legislador utilizou-se de conceitos jurídicos indeterminados.

Percebe-se que diante da indeterminação dos conceitos utilizados, o juiz possui aparentemente inúmeros caminhos para o preenchimento do conteúdo jurídico. Diz-se:

*aparentemente porque um conceito jurídico indeterminado pode ser determinado pelo conhecimento técnico, pela experiência comum, pelos antecedentes históricos, dentre outros fatores. Ou, de forma mais exata, indeterminado por ser de fácil ou difícil determinação, nunca impossível<sup>11</sup>.*

11 CASTRO, Mônica, A desapropriação Judicial no novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. V.4 n. 19, p. 147 set./out. 2002.

Assim, a Juíza Federal e professora de Direito Civil da UFBA Mônica Castro, no que se refere ao conceito de “extensa área”, é de opinião que para se proceder à referida definição será necessário observar os prédios semelhantes da região, pois diante destes paradigmas será possível definir a grandeza da área.

Quanto à expressão “considerável número de pessoas”, entende ser incabível a aplicação do dispositivo em análise para o caso de ocupação da área por apenas uma família, por mais numerosa que ela possa ser, visto que desta forma não estará sendo atendido o interesse social pretendido, senão apenas conservando o interesse individual, mas de um núcleo familiar diverso do proprietário. Assim, teríamos o choque de dois interesses individuais, o que não corresponde ao objetivo legal que é a supremacia do interesse social sobre o individual. O que nos força a concluir que a expressão “considerável número de pessoas” refere-se a um conjunto de entidades familiares.

No que concerne a “obras e serviços de interesse social e econômico relevante”, tem-se que, do mesmo modo, atentar para o caráter altruístico da medida, afastando o egoísmo do interesse particular em face da coletividade.<sup>12</sup>

Acrescenta, ainda, a advogada Carla Andrade Barreto, quanto a esse requisito que:

*Em se tratando de imóvel rural, haverá interesse social e econômico relevante caso a utilização da terra aproveite os recursos naturais e explore*

12 *Idem*, p. 148

*a potencialidade natural da terra dentro dos índices fixados pelos órgãos competentes.*

*Tratando-se de imóvel urbano, poderão ser constatados a relevância e o interesse social e econômico da utilização da propriedade se estiver sendo atendido o disposto no Plano Diretor do Município, conforme diretrizes mandamentos constantes na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01).<sup>13</sup>*

Diante de todo o exposto, é possível perceber que o legislador, ao criar o instituto em estudo, buscou conceituá-lo demonstrando os seus requisitos, ou seja, na falta de qualquer destes requisitos não poderá se falar no instituto em questão.

## 2.4. Da Função Social da Propriedade

Além dos requisitos supra-analisados, necessário se faz, para a aplicação do instituto, da perda, o desatendimento, pelo proprietário, ao princípio da função social da propriedade, por um lado, e o atendimento, nesse sentido, pelos possuidores, por outro.

Isso porque a própria Constituição Federal de 1988 assegura, no seu art. 5º, o direito de propriedade (inciso XXII), mas, logo em seguida, estabelece condição ao seu exercício, dispondo que a propriedade deverá atender à função social (inciso XXIII).

13 BARRETO, Carla Andrade. *Efeitos da Ação Reivindicatória previstos no parágrafo 4º do artigo 1.228 do novo Código Civil*. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_agosto2003/convidados/convextra02.DOC](http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_agosto2003/convidados/convextra02.DOC)>. Acesso em: 13 mai.2004.

Sendo assim, necessário se faz que o proprietário dê ao bem sob seu domínio uma destinação economicamente viável e socialmente útil. De forma que, se o proprietário mostra-se indiferente quanto à utilização do imóvel, não o explorando como exige a sua função social, tendo, em contrapartida, terceiros que não apenas demonstram esse interesse, mas, efetivamente, utilizam-se do bem, por longo lapso temporal, na ordem de preferência adotado pelo Código, inspirado nos postulados da função social, nítido está a quem este direito de propriedade deverá pertencer. Justo, então, seria a transferência desse direito aos possuidores. Mas tal transferência não pode se dar de qualquer forma, tem-se que respeitar as formalidades e as normas legais para que não resulte em injustiças maiores.

Assim, se o proprietário não se utiliza das prerrogativas que o domínio oferece (usar, gozar e dispor), deixando que terceiros tenham a “fruição plena e exclusiva” do imóvel, por um período superior a 5 anos, vislumbra-se claramente a falta de interesse no domínio do bem e o nascimento do direito dos possuidores a serem mantidos na posse do imóvel, até que, com o pagamento da indenização ao proprietário, haja a transferência da propriedade.

O proprietário tem não apenas o poder sobre o bem, mas o poder-dever de explorar o bem de forma eficaz e adequada. A partir do momento em que ele deixa de se utilizar do bem, riquezas deixam de ser produzidas, o que resulta em prejuízo a toda a economia nacional. Assim, “(.....) é como se a propriedade se apagasse quando a utilização econômica desaparece”<sup>14</sup>.

14 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. p. 122.

O novo código civil ratifica o novo espírito constitucionalista ao estabelecer, no § 1º do art. 1.228 do Código Civil de 2002, que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais (.....)”. Como se não fosse suficiente, dispôs no parágrafo único do seu art. 2.035 que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Assim, mesmo sabendo ser a propriedade direito individual fundamental, não poderá se sobrepor ao direito coletivo fundamental da função social da propriedade, pois como bem ensina Marcelo Dias Varella:

*Deve-se entender que a função social é um limite encontrado pelo legislador para delinear a propriedade, em obediência ao princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse particular. Tal princípio vem determinar que sempre que houver um interesse público em conflito com um interesse particular, aquele deve prevalecer porque representa a vontade da coletividade, que não pode ser submetida à vontade de um indivíduo apenas. Não significa a anulação completa de todos os direitos do antigo proprietário, pois neste caso, não haveria sequer a previsão legal de justa indenização, mas esta exige, logo, resta ainda o direito de ser indenizado, para se evitar prejuízos, o que se perde é o direito de continuar proprietário, conforme o art. 184 da Constituição Federal.<sup>15</sup>*

15 VARELLA apud FREITAS, Cleuton César Ripol de. **A Desapropriação Judiciária e os Conflitos Coletivos pela Posse**. Disponível em: <<http://www.ug.br/jur/pdf/CleutonFreitas.pdf>>. Acesso em :13 maio 2004.

José Afonso da Silva, contudo, não considera a função social como um limite da propriedade, pois, segundo ele, esse diz respeito ao exercício do direito de propriedade, enquanto aquele corresponde ao próprio direito de propriedade.<sup>16</sup>

Independentemente de ser ou não a função social limite ao direito de propriedade, define, a Constituição Federal, o que é esse princípio para a propriedade urbana e a rural, respectivamente, nos arts. 182, § 2º, e 186.

Válido salientar a importância das obras e serviços de interesse social e econômico para a caracterização da função social da propriedade porque, o que pretende o legislador com a inserção desse requisito, é a qualificação da posse. Não basta a simples posse para ensejar a aplicação do instituto da perda, necessário se faz a ocorrência da posse-trabalho.

Importante, também, a insuficiência da simples obra e serviço no imóvel alheio para que seja preenchido o requisito do instituto da perda da propriedade. Tem-se que observar o interesse social e econômico relevante que será valorizado pelo juiz da causa.

Assim, sendo observada a discutida “obra e serviço de interesse social e econômico relevante” realizada pelos possuidores, caracterizado estará o exercício da função social da propriedade pelos ocupantes do imóvel e, conseqüentemente, autorizada estará a aplicação dos §§ 4º e 5º art. 1.228 do Código Civil de 2002.

## 2.5. Modelo jurídico adotado

É possível observar no novo instituto a opção do legislador “(.....) por normas genéricas ou cláusulas ge-

16 Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 248/287



rais sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais<sup>17</sup>

O novo Código Civil possui um novo espírito, e na sua interpretação é necessária a presença de pressupostos basilares como: a sociabilidade (prevalência dos valores coletivos frente aos individuais), a eticidade (que é o impacto da ética no novo diploma legal, encontrado na equidade, na boa-fé e na justa-causa, entre outros signos éticos) e a operabilidade (que tem por vista a efetivação do direito, sua execução e sua realização).

Então, o Juiz, que com esta norma teve os seus poderes ampliados, estará restrito na sua decisão aos limites impostos pelos princípios da sociabilidade, eticidade e operabilidade.

Miguel Reale acrescenta, ainda, que o Juiz deve “realizar uma justiça concreta, conforme jurisprudência fundamental”<sup>18</sup>. Mas ao ser indagado sobre a possibilidade da ampliação da latitude jurisprudencial resultar na introdução da *common law* no sistema brasileiro, o professor esboçou a seguinte opinião: “Não digo que seja a introdução dos princípios da *common law* no direito brasileiro, mas significa que estamos levando em consideração a importância dos usos e costumes na vida do direito, o que tinha sido esquecido por uma concepção excessivamente acentuada da lei como norma por excelência.”<sup>19</sup> (.....)”.  
 . . . . .

17 REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n. 9, p. 9 - 17 jan./mar. 2002.

18 REALE, Miguel. O novo Código Civil. Disponível em: < [http://www.seccsp.org.br/seccsp/revistas/pb/artigo.cfm?Edicao\\_ID=133&Artigo\\_ID=1882](http://www.seccsp.org.br/seccsp/revistas/pb/artigo.cfm?Edicao_ID=133&Artigo_ID=1882) > Acesso em: 14 de mar de 2004.

19 Idem, *Ibidem*.

## 2.6. Indenização: requisito ou consequência?

Não é possível omitir-se quanto ao § 5º do artigo em estudo, pois diferentemente do que possa em princípio parecer, não constitui o pagamento de “justa indenização” requisito de eficácia da sentença, mas consequência da mesma. Na sua decisão monocrática, o Juiz apenas fixará o valor da indenização cabível, valendo como título executivo, para apenas, em momento posterior, o autor vencido na ação receber o que lhe é de direito.

Contudo, na falta desse pagamento, não será possível haver a transmissão da propriedade para os possuidores, o que só ocorrerá após o efetivo pagamento da indenização através do Registro no Cartório de Imóveis, servindo a sentença como título para tal registro. O que não retira a eficácia da decisão, pois o objetivo principal dos possuidores, ora réus na ação, é a permanência no imóvel, sendo a transferência da propriedade objetivo secundário.

Isto porque, sendo o instituto uma forma de perda da propriedade, o objetivo principal da sentença é a declaração da perda da propriedade, passando, então, o imóvel a ser terra de ninguém, o que possibilita a permanência na posse dos possuidores. No entanto, a transferência da propriedade ocorrerá apenas com o pagamento da indenização ao proprietário vencido na ação reivindicatória.

## 2.7. Aplicação do instituto em face dos bens públicos

A aplicação do novo instituto, disposto no art. 1.228, §§ 4º e 5º, do Código Civil, em face de bens públicos, é algo discutível e pouco explorado pela doutrina.

Segundo a advogada Renata Fabiana S. Silva<sup>20</sup>, por serem os bens dominicais passíveis de alienabilidade, diferentemente dos demais tipos de bens públicos, apenas estes poderão sujeitar-se ao § 4º do art. 1.228 do atual Código Civil.

Contudo, admitimos opinião contrária, por entender ser tal possibilidade de difícil aplicação. Apesar de ser permitida a alienação dos bens dominicais, alguns requisitos são exigidos, e esses são incompatíveis com o instituto da perda.

O professor Luiz Carlos Duarte Mendes, ao explicar sobre as formalidades da alienação de bens públicos, afirma que além dessa alienação ser permitida apenas aos bens dominicais: *“só pode ocorrer na forma da lei, isto é, no caso de bens imóveis, com autorização legislativa, avaliação do bem e licitação, conforme prevêm os arts. 17 e 19 da Lei 8.666/93.”*<sup>21</sup>

Assim, o objetivo primeiro do § 4º do art. 1.228 do Código Civil é a declaração da perda para apenas em momento posterior haver a transferência da propriedade, condicionada, necessariamente, ao pagamento de indenização ao proprietário vencido na ação. Percebemos a dificuldade de se aplicar aos bens públicos em razão dos seus requisitos pois, somente como forma exemplificativa, imaginemos como seria a autorização legislativa e a licitação no instituto em estudo. É algo de difícil percepção, em razão de sua complexi-

20 SILVA, Renata Fabiana S. *Desapropriação judicial. Cabível contra o Poder Público?*. Disponível em: < [www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/artigos/convidados/consideraes\\_acerca\\_do\\_art.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/artigos/convidados/consideraes_acerca_do_art.pdf) > Acesso em : 06 fev. 2004.

21 MENDES, Luiz Carlos Duarte Mendes. *Bens Públicos*. Disponível em: <<http://www.fada.adm.br/bbens.htm>>. Acesso em: 19 maio 2004.

dade e incompatibilidade, o que nos força a concluir pela inaplicabilidade do instituto frente aos bens públicos.

Ademais, a perda da propriedade pública em razão de posse de particulares, qualificada por obras e serviços de interesse social, mesmo mediante pagamento de indenização, infringiria, analogicamente, norma constitucional que veda a usucapião de bens públicos (art. 183 § 3º e 191, parágrafo único), por serem tais bens inalienáveis e impenhoráveis, além da consagração desse entendimento pela Súmula nº 340 do Supremo Tribunal Federal.

Poder-se-ia, no entanto, alegar que a vedação constitucional dos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, não deve ser aplicada ao instituto da perda por não ser espécie de usucapião. De fato, usucapião não é, mas mesmo havendo o pagamento da indenização, não poderá ser aplicado o instituto da perda, pois não poderia o Estado ser obrigado a dispor de qualquer de seus bens em prol de particulares, mesmo que dominicais, pois estaria infringindo interesse da sociedade como um todo, a verdadeira proprietária dos bens públicos.

Para finalizar, temos que o instituto da perda só é aplicado nas hipóteses em que o proprietário não estiver cumprindo a função social da sua propriedade. E, segundo Celso Ribeiro Bastos, *“(.....) é forçoso concluir-se que o acervo de medidas ao alcance do Estado, voltadas ao descumprimento da função social da propriedade, só podem ter por objeto terras particulares, sejam urbanas ou rurais.”*<sup>22</sup>

22 BASTOS, Celso Ribeiro, *Comentários à Constituição do Brasil*: Promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, p.120.

### 3. NATUREZA JURÍDICA: DESAPROPRIAÇÃO OU USUCAPIÃO?

A natureza jurídica do novo instituto é a principal das discussões doutrinárias sobre o assunto, pois é a partir desta definição que se norteará todo o instituto.

Autores como Miguel Reale e Mônica Castro entendem que com o art. 1.228 §§ 4º e 5º, "(.....) surge uma nova via de desapropriação, instituto que não deve ser entendido como prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo."<sup>23</sup>

Enquanto isso, doutrinadores como Carlos Alberto Dabus Maluf<sup>24</sup> são da opinião que essa norma fez surgir novo tipo de usucapião especial.

Contudo há, ainda, opinião como a da advogada Renata Fabiana S. Silva<sup>25</sup> que entende ser a desapropriação judicial uma forma de legitimação da posse, que não pode ser confundida com a desapropriação nem com a usucapião coletiva, por possuir características próprias, apesar de algumas semelhanças com os institutos supracitados.

Entendemos, no entanto, que a partir da análise dos institutos da desapropriação e da usucapião é possível vislumbrar a impossibilidade desses abarcarem o instituto oriundo do art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil

23 CASTRO, Mônica. A desapropriação Judicial no novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v.4. nº 19, set-out, 2002, p.147.

24 MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Reflexões sobre mudanças ocorridas no novo Código Civil, no condomínio e na propriedade*. Disponível em: <<http://www.inteligentiajuridica.com.br/artigos/artigo1-oldmar2002.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2004.

25 SILVA, Renata Fabiana S. *Desapropriação judicial. Cabível contra o Poder Público?*. Disponível em: <[www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/artigos/convindados/consideraes\\_acerca\\_do\\_art.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/artigos/convindados/consideraes_acerca_do_art.pdf)>. Acesso em: 06 fev. 2004.

de 2002, não apenas pelas inúmeras diferenças relativas aos requisitos e formas de aplicabilidade como observado, mas pela essência dos institutos.

Isto porque, enquanto a desapropriação e a usucapião têm a natureza de modo originário de aquisição da propriedade, aquela para o direito administrativo e essa para o direito civil, como bem explica José Maria Pinheiro Madeira<sup>26</sup> e José de Farias Tavares<sup>27</sup>, respectivamente, o novo instituto em estudo é modo de perda da propriedade.

O instituto objeto deste trabalho é assim considerado em virtude do seu objetivo principal que é retirar a propriedade daqueles que não utilizam o imóvel com a devida função social e não simplesmente conceder a propriedade aos mais necessitados ou aos que verdadeiramente se utilizam da terra. Tal fato realmente poderá ocorrer, mas de forma secundária, como consequência da perda do imóvel pelo proprietário inerte.

O novo instituto pressupõe hipótese em que, pelo não uso do imóvel, haverá o seu perecimento, como explicitado pelo Desembargador José Osório em acórdão que originou o instituto em análise, *verbis*:

*O objeto da ação reivindicatória é, como se sabe, uma coisa corpórea, existente e bem definida (.....).*

*No caso dos autos, a coisa reivindicada não é mais concreta, nem mesmo existente. É uma ficção.*

26 Cf. MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Natureza Jurídica da Desapropriação*. Disponível em: <<http://hp.brhs.com.br/~danipais/desanatu.htm>>. Acesso em: 18 maio 2004.

27 Cf. TAVARES, José de Farias. *O usucapião e a inexigibilidade tributária*. Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina76.doc>>. Acesso em: 18 maio 2004.

*Os lotes de terreno reivindicados e o próprio loteamento não passam, há muito tempo, de mera abstração jurídica. A realidade urbana é outra. (...) Lá existe uma outra realidade urbana, com vida própria, com os direitos civis sendo exercitados com naturalidade. O comércio está presente, serviços são prestados, barracos são vendidos, comprados, alugados, tudo a mostrar que o primitivo loteamento hoje só tem vida no papel.*<sup>28</sup>

Logo, em havendo este perecimento da coisa, ter-se-á causa de perda da propriedade nos termos do art. 1.275, IV, do Código Civil vigente.

A coisa é perecida, portanto, quando perece o seu objeto. Mas o que seria “perecimento do objeto”? O Código em vigência não traz em seu bojo tal conceituação, diferentemente do anterior que dispunha no seu art. 78, I, que perece o objeto de direito “quando perde as qualidades essenciais, ou o valor econômico.”

Vislumbra-se que o instituto em tela se enquadra na hipótese do inciso primeiro do supratranscrito artigo, pois, estando o imóvel ocupado por famílias devidamente instaladas há pelo menos 5 anos, com toda a estrutura voltada para tal fim, ter-se-á, conseqüentemente, a perda das qualidades essenciais do objeto e, logicamente, o perecimento da coisa, visto que é impossível perdurar algo sem o seu objeto.

28 BRASIL, Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação reivindicatória – Área integrante de antigo loteamento, abandonado por anos e, depois, gradativamente ocupada por favela – Situação social consolidada a impedir a reivindicação e, sobretudo, sua execução – Perecimento do direito – Função social da propriedade – Improcedência – CF/88, art. 5º, XXIII – CCB, art. 524. Litigantes: A. B. e outros e O. P. de P. e outros e R. S. e outros. Relator: Desembargador José Osório. Apelação nº 212.726. 8.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo. Data: 16 de dez de 1994.

Entende-se, portanto, que apesar do Código Civil de 2002 não conceituar o “perecimento da coisa”, será possível utilizar-se do entendimento do Código anterior, por não se confrontar com a norma jurídica vigente, apenas suprir a omissão existente.

Ademais, acrescenta a advogada Carla Andrade Barreto, “**somente pode ser considerada propriedade e, como tal, merecedora de tutela jurídica, aquela que atende a sua função social. Caso contrário, carecerá de proteção pelo Direito**”<sup>29</sup>.

Vê-se, então, que o objetivo principal do instituto do art. 1.228, §§ 4º e 5º é retirar do proprietário o domínio do imóvel em razão da perda do objeto decorrente da sua omissão frente à função social da propriedade.

Assim, a transferência da propriedade aos possuidores será conseqüência dessa perda, condicionada ao pagamento de indenização ao proprietário pela diminuição do seu patrimônio, como já dito anteriormente. Por isso que não será possível considerar o novo instituto como modo de aquisição da propriedade. Nem muito menos considerá-lo espécie de desapropriação ou usucapião, pelas inúmeras diferenças existentes entre os institutos.

Tanto é que na sentença que reconhece a perda, o juiz não declara a aquisição por parte dos possuidores, como ocorre com a usucapião, mas apenas a perda da propriedade pelo seu titular, privando-o do seu domínio, como consta do § 4º do art. 1.228 do Código Civil.

29 BARRETO, Carla Andrade. **Efeitos da Ação Reivindicatória previstos no parágrafo 4º do artigo 1.228 do novo Código Civil**. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_agosto2003/convidados/convextra02.DOC](http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_agosto2003/convidados/convextra02.DOC)>. Acesso em : 13 maio 2004.

No parágrafo seguinte é que se trata de outra consequência da perda, qual seja: a possibilidade de aquisição da coisa perdida e sem dono (*res nullius*) pelos possuidores, caso indenize o proprietário.

Ademais, caso considerássemos o instituto como espécie de desapropriação, como faz presumir a denominação predominante, “Desapropriação Judicial”, estaríamos diante de um instituto eivado de inconstitucionalidade, pois exige o art. 5º, XXIV, da Constituição Federal, que o pagamento da indenização seja justo, prévio e em dinheiro. O que não corresponde ao instituto da perda da propriedade, pois nesse a indenização, apesar de ser em pecúnia e buscar a plena indenização do prejuízo, decorrente da perda, faz-se posteriormente à sentença que declara a perda da propriedade.

Assim, a principal problemática de se considerar o novo instituto espécie de desapropriação encontra-se no momento do pagamento da indenização que deve ser prévio, isto é, anterior à sentença, o que não é possível vislumbrar no instituto da perda, pois nesse o valor devido ao proprietário é pago sempre num momento posterior. A exceção encontra-se na hipótese da desapropriação indireta, que é uma forma excepcional de desapropriação, onde a indenização é paga após a sentença que a reconhece.

Quanto à exigência da indenização ser paga em dinheiro na desapropriação, ressalva o dispositivo supracitado apenas os casos previstos na Constituição Federal, que são os arts. 182, § 4º e o 184. Desta forma, se o caso não se enquadrar em nenhuma dessas hipóteses, não poderá ser considerado espécie de desapropriação, como ocorre no instituto da perda por interesse social.

## 4. DO PROCESSO

### 4.1. Espécies de ações aplicáveis ao instituto

A legislação brasileira não dispõe de forma satisfatória sobre a questão processual do instituto da perda da propriedade por interesse social, mas os §§ 4º e 5º do art. 1.228, do Código Civil, traçam as linhas gerais necessárias para a aplicação do dispositivo ao caso concreto.

Trata o § 4º do supracitado artigo de “*imóvel reivindicado*”, o que *a priori* nos leva a concluir ser o dispositivo aplicado somente às ações reivindicatórias, mas numa análise mais profunda do instituto percebemos a aplicabilidade em ações petitórias outras e em ações possessórias, respeitadas as suas limitações.

Quanto às ações petitórias poderíamos, exemplificativamente, demonstrar a hipótese de cabimento numa ação declaratória em que o proprietário objetiva declarar a sua propriedade frente a certo número de pessoas que ocupam determinada área. Diante de uma situação dessa, poderia, perfeitamente, o Juiz aplicar o dispositivo objeto desse trabalho, desde que seja observado o preenchimento dos requisitos exigidos pelo instituto. Segundo nossa ótica, não haveria na hipótese qualquer incompatibilidade.

Nos embargos de terceiros, outrossim, caberia a aplicação do dispositivo quando movido pelo proprietário com a finalidade de “*livrar o bem ou direito, de posse ou propriedade de terceiro, da constrição judicial que lhe foi injustamente imposta em processo de que não faz parte*”<sup>30</sup>. Assim, diante do preen-

30 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1135.

chimento dos requisitos do § 4º do art. 1.228 do Código Civil, poderia o Juiz declarar a perda da propriedade do embargante em favor de um dos embargados e fixar o valor da indenização nos moldes do instituto em comento.

Nas ações possessórias, no entanto, a aplicação do instituto é um pouco mais complexa em razão das suas limitações características, e bem lembradas por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, *verbis*:

*Para que a ação se caracterize como possessória, tanto o pedido (proteção possessória: manutenção ou reintegração) como a causa de pedir (fundamento do pedido) devem ser a posse. Se a causa de pedir de determinada ação for a propriedade, a ação não será possessória, mas petitoria (v.g., reivindicatória: causa de pedir = propriedade; pedido = posse) (.....)<sup>31</sup>*

Contudo, temos que a ação de reintegração de posse, *verbi gratia*, tem como objetivo do pedido “a restituição da coisa a seu possuidor ou seu valor, se ela não mais existir”<sup>32</sup>, finalidade essa semelhante a da ação reivindicatória. Daí porque a perda da propriedade declarada ou não judicialmente importa na perda do direito à posse (*ius possidendi*)

Assim, por ser ação possessória, não poderá ser reconhecido o direito do domínio na ação de reintegra-

31 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado: e legislação extravagante*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1135.

32 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5, p. 142.

ção (art. 923 do Código de Processo Civil), mas acaso haja debate quanto à função social da propriedade e a existência de obras e serviços de interesse social e econômico relevantes, por exemplo, em sendo observado o preenchimento dos demais requisitos do § 4º do art. 1.228 do Código Civil vigente, entendemos pela aplicabilidade do dispositivo. Isso não apenas garantirá a manutenção da posse pelos possuidores, que é um dos objetivos da ação possessória, como também dará a eles, como consequência, a possibilidade de adquirir a propriedade daquele imóvel, desde que efetuem o pagamento de indenização ao proprietário vencido.

Ademais, permite o § 2º do art. 1.210 do Código Civil a alegação de propriedade ou de qualquer outro direito em ação de manutenção e de reintegração na posse. No mesmo sentido é a Súmula nº 487 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe nos seguintes termos: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada”.

Percebemos, com a análise acima, a impossibilidade de restringir a aplicabilidade do instituto da perda apenas às ações reivindicatórias, pois se assim fosse entendido haveria vedação à proteção constitucional da função social da propriedade e premiação ao proprietário inerte quanto à utilização do imóvel.

Daí concluímos que a expressão “imóvel reivindicado” do § 5º do citado artigo deve ser entendida no seu sentido amplo, ou seja, de que sempre o imóvel seja objeto de pedido de restituição pelo dono, pouco importando o *nomen juris* da ação.

## 4.2. Meio processual e competência para alegação do § 4º do art. 1.228 do Código Civil

O Código Civil, ao tratar do novo instituto, foi omissivo quanto ao meio processual de aplicação do instituto e a quem compete a sua alegação.

Pela análise do dispositivo, contudo, concluímos ser a sua aplicabilidade incidental em ação reivindicatória ou outras petições, e, também, nas possessórias como explicitado anteriormente.

Mas a quem compete alegar a aplicação do dispositivo? Entendemos pela possibilidade de aplicação *ex officio* e por requerimento de qualquer das partes, ou do Ministério Público.

Quanto à aplicação *ex officio* do instituto, temos que segundo Miguel Reale, Coordenador da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, “é conferido ao juiz poder expropriatório, o que não é consagrado em nenhuma legislação”<sup>33</sup>.

Corroborando Eduardo Kraemer ainda mais nosso entendimento ao tecer o seguinte comentário sobre o § 4º do art. 1.228 do Código Civil vigente, *verbis*:

*Agrega-se, ainda, no capítulo de propriedade a atribuição de poderes ao magistrado para a conversão de ações petitorias em meras indenizatórias, de caráter pessoal, caso presentes os requisitos estabelecidos (art. 1.228, §§ 4º e 5º, do nCC). Refletindo o dispositivo legal a noção de*

33 REALE, Miguel. Visão Geral do Novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, n.9, p.14, jan./mar. 2002.

*função social da posse, conceito que deve ser compatibilizado com outro princípio constitucional consistente na função social da propriedade, as cláusulas gerais previstas no art. 1.228 e seus parágrafos consagram definitivamente a funcionalização da propriedade, criando funções negativas, imposição de limites, mas igualmente deveres positivos (art. 1.228, § 1º, do NCCB).*<sup>34</sup>

Comungamos da opinião do supracitado autor, discordando apenas em parte, no que concerne à “conversão de ações petitorias em meras indenizatórias”, por considerarmos que essa conversão não seja para mera ação indenizatória, mas declaratória-indenizatória.

Aduz, ainda, José Maria Tesheimer “que a aplicação dos parágrafos 4º e 5º do Código Civil insere-se entre os poderes do juiz. Independente de pedido dos possuidores, pela simples razão de que, no caso, o juiz julgará improcedente o pedido de reivindicação.”<sup>35</sup>

Assim, vislumbra-se a possibilidade do juiz, independentemente de requerimento das partes, aplicar o dispositivo em comento, pois coibir essa possibilidade significa negar efetividade ao processo que busca em sua primazia a defesa da função social da propriedade, protegida constitucionalmente.

Quanto ao requerimento das partes para a aplicação do dispositivo, defendemos essa faculdade tanto ao autor quanto ao réu.

34 SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) . *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003. p. 201-202.

35 TESHEIMER, José Maria. *Desapropriação judicial*. (Cód. Civil, art. 1.228). Disponível em: <[www.tex.pro.br/wwwroot/05de2003/desapropriacaojudicial.htm](http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2003/desapropriacaojudicial.htm)>. Acesso em : 14 mar. 2004.

Vislumbra-se o interesse do réu para, primeiramente, garantir a manutenção da sua posse pela negação da pretensão do reivindicante, e, num segundo momento, ter a oportunidade de adquirir a propriedade do imóvel em litígio, pela indenização.

Tal defesa é acolhida por Sílvio de Salvo Venosa<sup>36</sup> e Maria Helena Diniz<sup>37</sup> e poderá se operar por meio de contestação ou reconvenção.

Sobre a contestação para ações possessórias, dispõem os arts. 922 e 923 do Código de Processo Civil, que: “É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.”

Assim, observando os réus o preenchimento dos requisitos do § 4º do art. 1.228 do Código Civil, poderá requerer a sua aplicação para a defesa da sua posse que se encontra ameaçada por ação interposta contra eles pelo proprietário do imóvel. Ainda assim, não estará sendo infringido o art 923, que limita o reconhecimento de domínio em processo possessório, por se discutir, na hipótese, a impossibilidade do autor da demanda reaver a posse do bem em razão da perda do objeto da sua propriedade, sendo a possibilidade de aquisição por parte dos réus mera conseqüência, e não objetivo primeiro, tanto que poderá essa transferência da propriedade nem se operar, caso não haja o pagamento da indenização devida.

36 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5, p. 205.

37 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 9 ed, São Paulo: 2003. p.789.

Poderão, ainda, os réus utilizarem-se de Reconvenção, que segundo Humberto Theodoro “é um contra-ataque, uma verdadeira ação ajuizada pelo réu (reconvinte) contra o autor (reconvindo), nos mesmos autos”<sup>38</sup>. Isso porque, nos termos do art. 315 do Código de Processo Civil: “O réu pode reconvir ao autor no mesmo processo, toda vez que a reconvenção seja conexa com a ação principal ou com o fundamento da defesa.”

Nesta reconvenção poderão os réus requerer a perda da propriedade, com o fito de garantir a manutenção da sua posse de fato, que se encontra ameaçada pela reivindicação do proprietário.

O interesse do autor, no entanto, ocorre quando no transcurso da ação vislumbrar a perda do objeto pretendido, que acarretará a perda da ação interposta por ele mesmo, de forma que diante de tal resultado, além de ficar o proprietário (autor) privado da coisa, não receberá qualquer ressarcimento pela subtração ocorrida no seu patrimônio.

Assim, permite-se a interposição de Ação Declaratória Incidental, nos termos do art. 325 do Código de Processo Civil.

Tal possibilidade ocorre, pois:

*Não fazem coisa julgada os motivos da sentença, ainda que importantes para determinar o alcance de sua parte dispositiva; a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo (art. 469).*

38 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 351.



*Contudo, faz coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer, o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide (art. 470). Tem-se, aí, nesse dispositivo, o fundamento legal da declaração incidental ou ação declaratória incidental.*<sup>39</sup>

Poderá, ainda, ser requerida a aplicação do dispositivo em comento pelo Ministério Público, quando intervir em face do interesse público, por força do art. 82, III, do Código de Processo Civil.

Importante salientar que “a intervenção pode ocorrer por provocação da parte, por iniciativa do próprio MP ou por obra do juiz, de ofício, determinando a intimação do Parquet”<sup>40</sup>

### 4.3. Da sentença

A sentença de que trata o dispositivo em comento deverá obrigatoriamente declarar a perda da propriedade, e essa declaração favorecerá os possuidores do imóvel litigado.

O valor da indenização devida ao proprietário de que trata o artigo, no entanto, não necessita ser de pronto fixada, bastando, para isso, que o Juiz determine que a fixação desse valor seja por meio de liquidação de sentença.

39 DELARAÇÃO Incidental. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/curso/processoseconhecimentoocautelar/declaracaoincidental.htm>>. Acesso em : 31 mai. 2004.  
40 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op.Cit., p. 468.

Essas foram as determinações expressas do § 5º do art. 1.228 do Código Civil, no entanto, Kioitsi Chicuta levantou nova problemática referente à ausência de formas específicas para regularização da ocupação do imóvel pelos possuidores vencedores da ação proposta pelo autor, visto que existe sempre o suposto de que há um grupo considerável de famílias que ocupa a propriedade em litígio. E o juiz, na sua função jurisdicional, não irá preocupar-se de imediato com o acertamento individual de cada família para fins de registro do parcelamento do solo urbano, mas apenas com a concessão da posse do imóvel aos réus e a atribuição do título de propriedade a estes após o pagamento da indenização ao autor. Acrescentou o supracitado autor que: “A sentença deverá outorgar título de propriedade aos possuidores como se fossem condôminos, com especificação da fração ideal de cada qual, para que, após o registro, postulem a regularização do parcelamento (.....).”<sup>41</sup>

Estamos em perfeito acordo com as idéias do juiz do Segundo Tribunal de Alçada de São Paulo, Kioitsi Chicuta, exceto no que se refere à seguinte expressão: “A sentença deverá outorgar título de propriedade aos possuidores”. Discordamos dessa frase utilizada pelo magistrado em razão da sentença, por si só, não ser título suficiente para transferir a propriedade que depende do pagamento da indenização e conseqüente registro no Cartório de Imóveis. Teríamos, então, com a sentença,

41 CHICUTA, Kioitsi. A função registral e a atuação do Judiciário. *Breves considerações sobre a desapropriação judicial e a concessão real de uso*. Disponível em <<http://www.irib.org.br/salas/boletimel804a.asp>> Acesso em : 20 de mar. 2004.

no máximo, uma expectativa de propriedade, mas nunca um título de propriedade, que, como dito, se transforma apenas com o pagamento da indenização fixada pelo magistrado.

#### 4.4. Da indenização do § 5º do art. 1.228 do Código Civil

O procedimento do instituto inserido na legislação pátria pelos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil em vigor dependerá do entendimento quanto à natureza jurídica do dispositivo, pois a depender da corrente seguida, inúmeras serão as possibilidades e os questionamentos suscitados.

Isso porque o legislador, ao dispor que “o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário”, omitiu-se quanto a quem deveria pagá-la, o que causou divergência doutrinária, além da referente à natureza do instituto.

Assim, os adeptos à corrente que entendem ser o dispositivo em estudo espécie de desapropriação, concluem que o pagamento da indenização deverá ser efetuado pelo Estado que será chamado ao processo, alegando ser ele o sujeito ativo da desapropriação. Enquanto que os defensores do instituto como forma de usucapião, são da opinião que os possuidores é que devem arcar com os custos da indenização, visto serem eles os beneficiários da decisão judicial que lhes concede o título de proprietário.

Mas como explicitado anteriormente, aderimos à terceira corrente que considera o dispositivo, em estudo, instituto autônomo, diferente da desapropriação e

do usucapião. O que nos força concluir que o Estado não poderá ser responsável pelo pagamento da indenização, por ser ele estranho ao processo, apesar de entender pela responsabilidade dele na solução dos problemas sociais existentes.

Entendemos, então, serem os possuidores responsáveis pelo pagamento da indenização, mas não com fundamento nas razões da corrente defensora do instituto como usucapião, pois, de acordo com o § 5º do art. 1.228 do Código Civil, a propriedade não será transferida com a sentença, mas apenas com o registro dessa no Cartório de Imóveis, condicionada ao pagamento da indenização, o que, como já dito, não ocorre na usucapião.

Sendo assim, entendemos ser, a solução da advogada Carla Andrade Barreto<sup>42</sup>, a mais pertinente para o instituto em comento.

Segundo ela, poderão os réus argüir em sua defesa a usucapião coletiva para a aquisição da propriedade em litígio, desde que para isso preencham os requisitos exigidos pelo instituto,<sup>43</sup> o que resultará na impossibilidade do proprietário ser indenizado pela perda no seu patrimônio, em decorrência da gratuidade da aquisição, típica do instituto da usucapião em geral.

Não preenchidos os requisitos para a usucapião coletiva, poderão, ainda, os possuidores argüirem em sua defesa a aplicação do § 4º do art. 1.228 do Código Civil, para que seja declarada a perda da propriedade

<sup>42</sup> Cf. BARRETO, Carla Andrade. *Efeitos da Ação Reivindicatória previstos no parágrafo 4º do artigo 1.228 do novo Código Civil*. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_agosto2003/convidados/convextra02.DOC](http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_agosto2003/convidados/convextra02.DOC)>. Acesso em: 13 maio 2004.

<sup>43</sup> Vide requisitos do usucapião coletivo no tópico 2.2.2.1.

para posterior aquisição pelos ocupantes do imóvel. Mas nessa hipótese, por força do § 5º do mesmo artigo, ficarão os possuidores obrigados a indenizar o proprietário vencido na ação.

Ocorre dessa forma, porque os verdadeiros beneficiários da declaração da perda são os possuidores, que não adquirem de pronto a propriedade, mas dão causa à perda e adquirem uma expectativa de propriedade. Nada mais justo seria, então, que eles próprios ressarcissem o prejuízo do proprietário vencido na ação.

Assim, diante da declaração da perda, o autor vencido na ação reivindicatória perderá a propriedade do imóvel, mas passará a ser credor de indenização, cujos devedores serão os possuidores. Esses adquirirão a propriedade apenas com o pagamento desse valor ressarcitório, caso contrário haveria violação do princípio legal que veda o enriquecimento sem causa uma vez que não foram preenchidos os requisitos autorizadores da transferência da propriedade pela usucapião coletiva.

Vislumbra-se, então, ser a transferência da propriedade apenas mera consequência do instituto do art. 1.228 §§ 4º e 5º, pois em havendo o inadimplemento da indenização tal transferência ficará obstada, o que não prejudicará o objetivo do instituto, que é, na sua primazia, a declaração da perda.

Ter-se-ia, então, que o instituto dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 seria meio subsidiário de defesa dos interesses dos possuidores de imóvel não utilizado nos ditames da função social pelo proprietário, pois defenderiam aqueles não abarcados pela usucapião coletiva, instituto esse consideravelmente mais benéfico ao possuidor, que fica desobrigado ao pagamento de qualquer indenização.

Na hipótese, contudo, do não pagamento da tão discutida indenização no instituto do dispositivo em análise, surgirá situação um tanto quanto anômala, pois o proprietário perderá o seu direito que também não será adquirido pelos possuidores, mas que apesar disso poderão ser mantidos na posse do imóvel. O que ocorrerá, então, é a existência de uma terra de ninguém onerada pela posse de um considerável número de pessoas.

Logo, diante de tal situação, os possuidores se manterão na posse do imóvel até que preencham os requisitos de algum dos tipos de usucapião, mesmo que individualmente, para que no momento oportuno seja ajuizada a ação cabível e a consequente aquisição da propriedade. Todavia, mesmo sendo os possuidores contemplados com a prescrição aquisitiva da usucapião, não ficarão desobrigados ao pagamento da indenização, pois essa tem caráter reparador da perda sofrida pelo proprietário, visto que, como dito, a ninguém é permitido enriquecer-se às custas de outrem.

Ademais, a indenização devida tem caráter pessoal, não real, e poderá ser perseguida pelo proprietário vencido num prazo máximo de 10 (dez) anos, que é o período prescricional para reclamar o valor devido (art. 205 do Código Civil).

Tal prescrição, no entanto, refere-se ao tempo em que o proprietário vencido terá para ajuizar a execução contra o possuidor e não impedirá a aquisição da propriedade pela usucapião, que gera efeitos de caráter real, e não pessoal.

Essa obrigação se assemelha a do possuidor que, de boa-fé, constrói no imóvel alheio. Esse possuidor, embora tenha a possibilidade de adquirir a propriedade,

para posterior aquisição pelos ocupantes do imóvel. Mas nessa hipótese, por força do § 5º do mesmo artigo, ficarão os possuidores obrigados a indenizar o proprietário vencido na ação.

Ocorre dessa forma, porque os verdadeiros beneficiários da declaração da perda são os possuidores, que não adquirem de pronto a propriedade, mas dão causa à perda e adquirem uma expectativa de propriedade. Nada mais justo seria, então, que eles próprios ressarcissem o prejuízo do proprietário vencido na ação.

Assim, diante da declaração da perda, o autor vencido na ação reivindicatória perderá a propriedade do imóvel, mas passará a ser credor de indenização, cujos devedores serão os possuidores. Esses adquirirão a propriedade apenas com o pagamento desse valor ressarcitório, caso contrário haveria violação do princípio legal que veda o enriquecimento sem causa uma vez que não foram preenchidos os requisitos autorizadores da transferência da propriedade pela usucapião coletiva.

Vislumbra-se, então, ser a transferência da propriedade apenas mera consequência do instituto do art. 1.228 §§ 4º e 5º, pois em havendo o inadimplemento da indenização tal transferência ficará obstada, o que não prejudicará o objetivo do instituto, que é, na sua primazia, a declaração da perda.

Ter-se-ia, então, que o instituto dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 seria meio subsidiário de defesa dos interesses dos possuidores de imóvel não utilizado nos ditames da função social pelo proprietário, pois defenderiam aqueles não abarcados pela usucapião coletiva, instituto esse consideravelmente mais benéfico ao possuidor, que fica desobrigado ao pagamento de qualquer indenização.

Na hipótese, contudo, do não pagamento da tão discutida indenização no instituto do dispositivo em análise, surgirá situação um tanto quanto anômala, pois o proprietário perderá o seu direito que também não será adquirido pelos possuidores, mas que apesar disso poderão ser mantidos na posse do imóvel. O que ocorrerá, então, é a existência de uma terra de ninguém onerada pela posse de um considerável número de pessoas.

Logo, diante de tal situação, os possuidores se manterão na posse do imóvel até que preencham os requisitos de algum dos tipos de usucapião, mesmo que individualmente, para que no momento oportuno seja ajuizada a ação cabível e a consequente aquisição da propriedade. Todavia, mesmo sendo os possuidores contemplados com a prescrição aquisitiva da usucapião, não ficarão desobrigados ao pagamento da indenização, pois essa tem caráter reparador da perda sofrida pelo proprietário, visto que, como dito, a ninguém é permitido enriquecer-se às custas de outrem.

Ademais, a indenização devida tem caráter pessoal, não real, e poderá ser perseguida pelo proprietário vencido num prazo máximo de 10 (dez) anos, que é o período prescricional para reclamar o valor devido (art. 205 do Código Civil).

Tal prescrição, no entanto, refere-se ao tempo em que o proprietário vencido terá para ajuizar a execução contra o possuidor e não impedirá a aquisição da propriedade pela usucapião, que gera efeitos de caráter real, e não pessoal.

Essa obrigação se assemelha a do possuidor que, de boa-fé, constrói no imóvel alheio. Esse possuidor, embora tenha a possibilidade de adquirir a propriedade,

quando o valor da construção for consideravelmente maior que a do terreno, será, mesmo assim, obrigado a indenizar (art. 1.255, parágrafo único, do Código Civil), porque a aquisição forçada de um direito não anula o direito que terceiro tenha sobre o bem.

#### 4.5. Da execução da indenização

Determina o § 5º do art. 1.228 que “o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores”. O que não significa dizer que o magistrado deverá obrigatoriamente fixar o valor da indenização na sentença que declara a perda da propriedade. Pois, como foi dito anteriormente, poderá, o Julgador, utilizar-se do mecanismo da liquidação de sentença para determinar o valor da indenização. Isso desobriga de fixar o valor da verba ressarcitória naquele momento. Tal possibilidade decorre do art. 603 do Código de Processo Civil.

Existem três tipos de liquidação: por simples operação aritmética, por arbitramento e por artigos. No caso em estudo entendemos mais prudente a utilização da última espécie, descrita no art. 608 do Código de Processo Civil.

Vislumbramos, desta forma, a hipótese da indenização devida ao proprietário vencido na ação proposta por ele mesmo, pois na fixação desse valor deverá ser observado, não apenas o valor do imóvel, mas os danos sofridos pelo proprietário com essa perda, a sua concorrência para a perda do objeto do bem, a capacidade econômica dos possuidores, entre outros pontos importantes para a fixação desse valor.

Fixado, então, o valor da indenização, passarão os possuidores a ser devedores de obrigação de pagar, regidos, portanto, pelo direito obrigacional.

Caso os devedores da indenização paguem voluntariamente o valor fixado pelo Juiz, constituído estará o título aquisitivo, bastando, apenas, o registro no Cartório de Imóveis da sentença para a transferência da propriedade. Mas, na hipótese contrária, deverá o proprietário, vencido na reivindicatória, ora credor da indenização, ajuizar execução de título judicial para a satisfação do seu crédito (art. 566, I, do Código de Processo Civil).

Tal execução se dará nos termos do Código de Processo Civil e deverá ser contra cada possuidor individualmente (art. 568, I, do Código de Processo Civil), que pagará o valor proporcional à quota-parte a que teve direito, mas a transferência da propriedade se dará somente após o pagamento da totalidade da indenização. Isso demonstra, claramente, ser o momento da execução da indenização a maior dificuldade do instituto da perda da propriedade por interesse social.

Sendo assim, mesmo nas situações em que o possuidor não tiver condições financeiras de indenizar o proprietário vencido e não forem encontrados bens suficientes à satisfação da dívida, permanecerá obrigado ao pagamento da indenização.

Ocorre que, nesse caso, ajuizará, o credor, execução por quantia certa contra devedor insolvente, cabível sempre que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor (art. 748 do Código de Processo Civil).

Lembra-nos, portanto, Ernane Fidélis dos Santos que:

*Apenas o credor quirografário, ou seja, aquele que não tem garantia real, pode requerer a insolvência do devedor (art. 753, I). O credor com garantia real fica sem justificativa para promover a ação, já que há bens destinados a seu pagamento. O credor, porém, pode renunciar à garantia, ou, então, quando for o caso, demandar a declaração de insolvência pelo que lhe faltar no recebimento total da dívida.<sup>44</sup>*

Tal informação poderia, à primeira vista, levar-nos a concluir pela impossibilidade de utilização da execução por quantia certa contra devedor insolvente em face da obrigação do possuidor pagar indenização decorrente da aplicação do art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil. Contudo, tal conclusão não procede, visto não ter essa indenização natureza real, mas obrigacional.

Ademais, a sentença oriunda da aplicação do instituto da perda da propriedade por interesse social, como já dito inúmeras vezes, não transfere a propriedade aos possuidores, apenas fixa o pagamento da indenização. Assim, apesar de ter o direito de possuir o imóvel, não tem sobre ele o *jus abutendi*, impedindo, dessa forma, a penhora desse imóvel para o pagamento da indenização.

Diante da declaração de insolvência, fica o devedor impedido de administrar os seus bens, o que será feito por administrador nomeado, além de proibido de dispor dos seus bens, de forma que, se ocorrer ato de

44 SANTOS, Emani Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 72.

alienação, considerar-se-á nulo de pleno direito e ineficaz frente à execução.

Portanto, essa situação não poderá perdurar por toda a eternidade, de forma que prescreverá a obrigação em 5 (cinco) anos, contados a partir da sentença que declara a insolvência por força do art. 778 do Código de Processo Civil.

Assim, mesmo com o instituto da perda da propriedade por interesse social, onerando o possuidor ao pagamento da indenização, não estará sendo injusto com aqueles de condição financeira insuficiente à sobrevivência de sua família, pois há mecanismos jurídicos, como esse, capazes de salvaguardar a camada social menos favorecida.

## 5. CONCLUSÃO

Ao final da pesquisa, foi possível constatar que, apesar de representar o art. 1.228, §§ 4 e 5º do Código Civil, incontestavelmente, um grande avanço legislativo, sendo um marco inicial de uma nova forma de proteger os interesses da sociedade frente à propriedade privada, especificamente, no tocante ao interesse egoísta do proprietário que deixa de utilizar o seu imóvel de acordo com a função social da propriedade, apresenta algumas situações que deverão ainda ser aprimoradas pela doutrina e jurisprudência, ante as lacunas e omissões existentes, bem como pela presença de dispositivos vagos e imprecisos.

No entanto, sem dúvida alguma, uma das maiores inovações trazidas pelo novo Código Civil foi justamente a denominada perda da propriedade por interesse soci-

al, haja vista as implicações legais, constitucionais e sociais que se afiguram. Trata-se de instituto novo, sem precedentes no Direito Brasileiro.

No decorrer da pesquisa, pudemos perceber a importância do estudo do instituto em tela, até mesmo para uma perfeita compreensão do mesmo, já que a lei não lhe dedicou toda a atenção merecida, sendo omissa e lacunosa em certos momentos. Cuida-se de assunto muito polêmico, causador de controvérsias, o que constatamos pelas constantes divergências suscitadas entre os doutrinadores e juristas, relativas aos mais diversos aspectos estudados.

Inobstante tais considerações, entendemos que o ideal como alteração realmente satisfatória para a correta aplicabilidade e efetividade da proposta do art. 1.228, §§ 4º e 5º do Código Civil, é que a lei a trate de forma bem específica, detalhando todo o seu procedimento.

Entendemos, ainda, pela necessidade de extirpação do requisito da boa-fé do dispositivo analisado, pois uma vez que ela não é exigida em nenhuma das formas de usucapião especial, não há motivo de ser no instituto da perda. Isso serviria, apenas, como forma de burlar o objetivo do instituto, até porque difícil é imaginar uma invasão de imóveis, em que os possuidores estejam de boa-fé. Assim, em havendo tal exigência, difícil será a aplicação do instituto da perda.

Por tudo o que foi exposto, torna-se clara a necessidade de mudança na própria legislação, de modo a tratar o tema com menos lacunas e mais precisões, contribuindo para sua perfeita assimilação e aplicação prática, pois enquanto isso não for feito as discussões doutrinárias continuarão, dificultando, assim, a aplicação do instituto na prática, em razão da incerteza do seu procedimento.

## 6. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marina Câmara. **A usucapião coletiva no novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id+4157>>. Acesso em: 16 maio 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BARRETO, Carla Andrade. **Efeitos da Ação Reivindicatória previstos no parágrafo 4º do artigo 1.228 do novo Código Civil**. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao\\_agosto2003/convividos/convextra02.DOC](http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_agosto2003/convividos/convextra02.DOC)>. Acesso em :13 maio 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação reivindicatória – Área integrante de antigo loteamento, abandonado por anos e, depois, gradativamente ocupada por favela – Situação social consolidada a impedir a reivindicação e, sobretudo, sua execução – Perecimento do direito – Função social da propriedade – Improcedência – CF/88, art. 5º, XXIII – CCB, art. 524. Litigantes: A. B. e outros e O. P. de P. e outros e R. S. e outros. Relator: Desembargador José Osório. Apelação nº 212.726. 8.ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo. Data: 16 de dez de 1994.

CASTRO, Mônica. A Desapropriação Judicial no novo Código Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, v.4, n.19, p. 145-150, set./out. 2002.

CHICUTA, Kioitsi. **A função registral e a atuação do Judiciário. Breves considerações sobre a desapropri-**

**ação judicial e a concessão real de uso.** Disponível em <<http://www.irib.org.br/salas/boletimel804a.asp>>. Acesso em: 20 mar. 2004.

**DECLARAÇÃO Incidental.** Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/wwwroot/curso/processoseconhecimentoeautelar/declaracaoincidental.htm>>. Acesso em: 31 maio 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Cleuton César Ripol de. **A Desapropriação Judiciária e os Conflitos Coletivos pela Posse.** Disponível em: <<http://www.ucg.br/jur/pdf/CleutonFreitas.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2004.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Natureza Jurídica da Desapropriação.** Disponível em: <<http://hp.brhs.com.br/~danipais/desanatu.htm>>. Acesso em: 18 maio 2004.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Reflexões sobre mudanças ocorridas no novo Código Civil, no condomínio e na propriedade.** Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/artigos/artigo1-oldmar2002.html>>. Acesso em: 14 mar. 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado: e legislação extravagante.** 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. **O novo Código Civil.** Disponível em: <[http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas/pb/artigo.cfm?Edicao\\_Id=133&Artigo\\_ID=1882](http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas/pb/artigo.cfm?Edicao_Id=133&Artigo_ID=1882)>. Acesso em: 14 mar. 2004.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O novo Código Civil e a Constituição.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Renata Fabiana S. **Desapropriação judicial. Cabível contra o Poder Público?.** Disponível em: <[www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/artigos/convidados/consideraes\\_acerca\\_do\\_art.pdf](http://www.juspodivm.com.br/novodireitocivil/artigos/convidados/consideraes_acerca_do_art.pdf)>. Acesso em: 06 fev. 2004.

TAVARES, José de Farias. **O usucapião e a inexigibilidade tributária.** Disponível em: <<http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina76.doc>>. Acesso em: 18 maio 2004.

TESHEIMER, José Maria. **Desapropriação judicial. (Cód. Civil, art. 1.228).** Disponível em: <[www.tex.pro.br/wwwroot/05de2003/desapropriacaojudicial.htm](http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2003/desapropriacaojudicial.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 5.

REALE, Miguel. **Visão Geral do Novo Código Civil. Revista de Direito Privado,** São Paulo, jan./mar., p. 9-17, 2002.



# ASSÉDIO SEXUAL: CRIME CONTRA SUBORDINADOS

Tatiana Maria Martins Ribeiro Cavalcanti

Advogada. Aluna do 2º período do Curso de Preparação à Magistratura da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco -ESMAPE.

## SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES; 2. DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL; 3. ASSÉDIO SEXUAL; 3.1. Conceito; 3.2. Características; 3.3. Classificação e 3.4. Regulamentação; 3.4.1. Veto Ao Parágrafo Único Do Artigo 216-a; 3.4.2. Direito Comparado; 4. ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS; 4.1. Bens Jurídicos Protegidos; 4.2. Sujeitos do Crime; 4.3. Concurso de Pessoas; 4.4. Tipos: Objetivo e Subjetivo; 4.5. Concurso de Crimes; 4.6. Consumação e Tentativa; 4.7. Classificação doutrinária do crime; 4.8. Pena e Prescrição; 4.9. Ação Penal; 4.10. Das Provas; 5. ASSÉDIO SEXUAL X ASSÉDIO MORAL; 6. CONCLUSÃO; 7. REFERÊNCIAS.

## 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Encontra-se em tramitação no Poder Legislativo o projeto do novo Código Penal com diversas inovações decorrentes da mudança cultural e da modernização da sociedade. Contudo, a inovação que interessa a este estudo é a inclusão do crime de assédio sexual como nova modalidade de tipificação penal no capítulo dos crimes contra a liberdade sexual através da Lei n.º 10.224, de 15 de maio de 2001. Definiu-o assim:

*Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.*

O termo “*assédio*” tem origem no latim *obsidere*, significando pôr-se adiante, sitiá-lo, atacar. Na língua portuguesa, o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define a palavra assédio como a insistência importuna junto a alguém, com perguntas, propostas, pretensões.

Já no âmbito jurídico nacional, a jurista Maria Helena Diniz, ao definir o assédio, afirma que “*é o ato de constranger com gestos, palavras ou com emprego de violência, prevalecendo-se de relações de confiança, de autoridade ou empregatícia, com o escopo de obter vantagem sexual*”.<sup>1</sup>

Conforme o documento sobre Violência contra a Mulher, do Departamento de Igualdade de Gênero da OIT (Organização Internacional do Trabalho), o assédio sexual viola o direito das trabalhadoras à igualdade de oportunidades, pode criar condições prejudiciais ao seu bem-estar físico e psicológico e interfere no ambiente de trabalho ao criar uma atmosfera que fragiliza e desmoraliza a mulher trabalhadora.<sup>2</sup> É um ato que fere, também, o direito de liberdade sexual da pessoa, ou seja, acarreta a violação de um bem jurídico, sendo assim uma infração, mas para que o infrator venha a ser julgado é necessário que haja uma lei que preveja a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade do ato cometido. Para uma melhor compreensão é necessário que observemos o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade encontra-se expresso na Parte Geral do nosso Código Penal, no art. 1º. Visa garantir que a conduta humana apenas seja considerada

1 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 1, p. 285.  
2 GOMES, Luiz Flávio. *Assédio Sexual*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. V, n.º 110, p. 37, ago.2001.

uma infração penal se lei anterior assim a definir; por outro lado, ainda que haja o tipo penal, se faz necessário que o comportamento do agente se amolde perfeitamente à lei material, sob pena de se considerar atípica a conduta (ao menos do ponto de vista penal); este princípio garante, ainda, a irretroatividade da lei penal, salvo quando benéfica, e a clareza na formulação dos tipos penais (taxatividade).<sup>3</sup>

Como na maioria dos países modernos, é garantido que ninguém será punido sem lei anterior que defina claramente o respectivo fato como uma infração penal, devendo estar presente a necessidade da perfeita adequação entre a conduta humana e o tipo legal.

A lei penal brasileiro, em relação à liberdade sexual da pessoa humana, protege o interesse jurídico concernente à conservação do mínimo ético reclamado pela exigência social em torno dos fatos sexuais, protege a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais e, em última análise, protege a moral pública sexual. Enfim, a liberdade sexual é o direito de dispor do próprio corpo, de selecionar os parceiros e de praticar livremente os atos do sexo.

Os EUA (Estados Unidos da América) foram os primeiros a criminalizar a figura do assédio sexual, a partir da segunda metade dos anos 70, com a denominação de *sexual harassment*. Desde então vem aumentando o número de países que tem se preocupado com a questão. Todavia, a maioria coloca o tipo na legislação civil ou trabalhista, e poucos o consideram ou o inclu-

3 MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo delito de assédio sexual*. Disponível em : URL: <http://www.direitocriminal.com.br>. Acesso em : 24 ago.2001

em no direito penal. Menor ainda é o número de países que admitem a cumulação de tutela penal e extrapenal. Entre os países que adotaram o assédio como crime, todos na década de 90, estão a Espanha, Portugal, França e Itália.<sup>4</sup>

Neste trabalho será analisado o crime de assédio sexual em todas as suas peculiaridades. E para isto, a princípio, será estudada essa questão nos crimes contra a liberdade sexual.

## 2. DOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Para fazer uma análise dos crimes contra a liberdade sexual previstos em nosso Código Penal devemos, primeiramente, analisar o que é a liberdade sexual e, posteriormente, o que é uma ação sexual.

A liberdade é um bem jurídico que frequentemente é atacado como meio para atentar contra outros bens jurídicos, configurando-se com sua lesão delitos como: o roubo com intimidação, extorsão, usurpação, exercício arbitrário do próprio direito, o tipo qualificado de invasão de residência, atentado etc.<sup>5</sup>

Dentro da liberdade em geral, a liberdade sexual é entendida como aquela parte referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo aparece como um bem jurídico merecedor de uma proteção penal específica, não sendo suficiente para abarcar toda sua dimensão com a proteção genérica que concede a liberdade.<sup>6</sup>

4 DAL BOSCO, Maria Goretti. *Assédio Sexual nas relações de trabalho*. Disponível em : URL: <http://direitocriminal.com.br>. Acesso em : 03 set. 2001.

5 CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal: parte especial*. 12 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p.195.

6 *Idem* *Ibidem*, Ob. Cit. p. 195/196.

Segundo Muñoz Conde, a liberdade sexual tem efetivamente sua autonomia própria, ainda que os ataques violentos ou intimidatórios à mesma sejam também ataques à liberdade que igualmente poderiam ser castigados como tais. Sua referência ao exercício da sexualidade dá a sua proteção penal conotações próprias.<sup>7</sup>

Para Díez Ripollés, a liberdade sexual,

*es entendida en un doble aspecto, como libre disposición del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena y como facultad de repelar las agresiones sexuales de outro.*<sup>8</sup>

Sobre a Ação Sexual, Díez Ripollés entende que

*es toda conducta com la que su autor involucra a otra persona en un contexto sexual, entendiendo por contexto sexual roda situación social pra cuya valoración el autor de la conducta, cuanto menos, acude a jucios de valor referentes al instintivo humano que suscita atracción entre los sexos.*<sup>9</sup>

Para que uma ação sexual tenha relevância jurídico-penal há de ser cometida com a intenção de envolver uma outra pessoa em um contexto sexual no sentido anteriormente exposto. Ficam, pois, a margem do direito

7 CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho Penal: parte especial*. 12 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 196.

8 DÍEZ RIPOLLÉS, Carmona. Apud FERNÁNDEZ, Miguel Bajo et al. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areas, 1998. v. 2, p. 101-102.

9 FERNÁNDEZ, Miguel Bajo et al. *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areas, 1998. v. 2, p. 102.

penal sexual aquelas condutas aparentemente sexuais desde um ponto de vista objetivo, mas realizadas propriamente com fins terapêuticos, científicos.<sup>10</sup>

O Código Penal Brasileiro insere os crimes contra a liberdade sexual no capítulo dos crimes contra o costume. Neste, a Lei penal protege o interesse jurídico concernente à conservação do mínimo ético reclamado pela exigência social em torno dos fatos sexuais; e, em última análise, protege a moral pública sexual. Naquele, a lei protege a faculdade de livre escolha ou livre consentimento nas relações sexuais, i.e., protege o direito de dispor do próprio corpo, de selecionar os parceiros e de praticar livremente os atos do sexo.

Os crimes previstos como sendo contra a liberdade sexual foram enumerados sob os artigos 213 a 216. São eles: o estupro (art. 213), o atentado violento ao pudor (art.214), posse sexual mediante fraude (art. 215), o atentado ao pudor mediante fraude (art.216) e assédio sexual (art.216-A), o qual passaremos a analisar.

### 3. ASSÉDIO SEXUAL: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, CLASSIFICAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO

#### 3.1. Conceito

A Lei n.º 10.224, de 15 de maio de 2001, inclui o crime de assédio sexual no Código Penal, assim definido:

<sup>10</sup> Idem ibidem.

*Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.*

A partir da definição legal dada pela Lei do Assédio Sexual, conclui-se que o assédio sexual configura-se no ato de importunar alguém com o fim específico de obter alguma vantagem sexual, utilizando-se de sua situação de superioridade devido ao exercício de emprego, cargo ou função.

Várias definições doutrinárias surgiram acerca do crime de assédio sexual, vejamos:

Rômulo Moreira conceitua o assédio sexual criminoso como:

*Um constrangimento físico, moral ou de qualquer outra natureza, dirigido a outrem (homem ou mulher), com inafastáveis insinuações sexuais, visando à prática de ato sexual, prevalecendo-se o autor (homem ou mulher) de determinadas circunstâncias que o põe em posição destacada e de superioridade em relação à pessoa assediada, seja em razão de seu emprego, da sua função ou do seu cargo.<sup>11</sup>*

<sup>11</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo delito de assédio sexual*. Disponível em : <www.direitocriminal.com.br.> Acesso em : 16 jul.2001

Enquanto, para Luiz Flávio Gomes, o assédio sexual “é um constrangimento (ilegal) praticado em determinadas circunstâncias laborais e subordinado a uma finalidade especial (sexual).”<sup>12</sup>

### 3.2. Características

O crime de assédio sexual caracteriza-se como: um *constrangimento ilícito* (constrangimento significa compelir, obrigar, determinar, impor algo contra a vontade da vítima etc); por sua *finalidade especial* (vantagem ou favorecimento sexual) e pelo *abuso de uma posição de superioridade laboral*.<sup>13</sup>

### 3.3. Classificação

O assédio sexual pode ser classificado em quatro espécies: 1) assédio sexual laboral; 2) assédio sexual extralaboral, 3) assédio verbal; e o 4) assédio físico ou corporal.

Na lição de Drapeau, o **assédio sexual laboral** é toda conduta de conotação sexual não desejada, tanto verbal como física, geralmente repetida, de natureza a causar um efeito desfavorável no ambiente de trabalho da vítima, a acarretar conseqüências prejudiciais ao emprego ou a trazer atentado à integridade física ou psicológica da pessoa, à sua dignidade.<sup>14</sup>

12 GOMES, Luiz Flávio. Assédio Sexual. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. V, n. 110., p. 37, ago. 2001.

13 Assim entende Luiz Flávio Gomes em Assédio Sexual. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. V, n. 110, ago. 2001.

14 DRAPEAU. Apud. SZNICK, Valdir. *Assédio sexual e crimes sexuais violentos*. São Paulo: Ícone, 2001. p. 35-36.

O assédio sexual laboral está subdividido em duas espécies: o assédio *qui pro quo* e o assédio ambiental.

O **assédio qui pro quo** consiste na obtenção de favores sexuais mediante ameaça de vantagens profissionais ou de uma punição. O *qui pro quo* neste contexto não significa engano ou mal entendido, mas sim contraprestação ou compensação.<sup>15</sup>

O **assédio ambiental**, também chamado de assédio “clima de trabalho”, “ambiente hostil” ou ainda “clima de trabalho envenenado”, ocorre quando do abuso verbal ou referências sexuais sobre a aparência física do funcionário; perguntas indiscretas sobre o empregado; intimidades avançadas na conversa e outras condutas sexuais avançadas como insinuações inconvenientes e ofensivas e outras violências.

O **assédio sexual extralaboral** é o assédio ocorrido fora das relações de trabalho, como em escolas (professor-aluno), em clubes esportivos (treinador-atleta) e em locais de profissionais liberais (médico, dentista, advogado e outros) em relação aos clientes.<sup>16</sup>

O **assédio verbal** é aquele que ocorre mediante palavras, expressões verbais como: solicitações, insinuações, palavras dúbias, perguntas íntimas ou sexuais indiscretas, referências sobre a vida privada do empregado, abuso verbal, comentários, piadas etc. Inclui-se também nesta modalidade os simples gestos (mesmo ímorais).

E o **assédio físico ou corporal** vai dos simples avanços, toques em lugares impudicos, beijos, avanços

15 SZNICK, Valdir. *Assédio sexual e crimes sexuais violentos*. São Paulo: Ícone, 2001. p. 35.

16 *Idem* *Ibidem*, Ob. Cit. p. 36

sobre a pessoa, apalpadelas, beliscões em determinados locais, ameaças de agressão diante de recusa ou negativa, perseguições.

Valdir Sznick afirma que são condutas que indicam invasão da intimidade alheia, seja de maneira direta, seja indireta, tudo no sentido de conseguir benefícios sexuais.<sup>17</sup>

### 3.4. Regulamentação

Como exposto, o crime de assédio sexual foi incluído no Código Penal brasileiro a partir da Lei de n.º 10.224, de 15 de maio de 2001, data em que entrou em vigor.

A Lei, ao dispor que prevaleceria o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência *inerente ao exercício de emprego, cargo ou função*, tipificou como crime apenas o assédio sexual laboral, ou seja, aquele decorrente de relação empregatícia.

Observa-se que como o legislador não especificou o meio pelo qual se leva a efeito o constrangimento (quer mediante violência ou grave ameaça), pode ser utilizado qualquer meio ainda que não seja a violência física ou a moral.

Deve ser feito com a intenção *indivisa* (sem dúvidas) de se obter favor sexual (vantagens ou favorecimento).

Por ter sido incluído em 16/05/2001, o crime de assédio sexual atinge apenas os fatos ocorridos a partir dessa data, já que o ordenamento jurídico brasileiro determina que não há retroatividade de lei penal in-

17 SZNICK, Valdir. *Assédio sexual e crimes sexuais violentos*. São Paulo: Ícone, 2001. p.36.

criminadora, salvo para beneficiar o réu, como está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, inciso XL.

Então, a lei nova incriminadora (*novatio legis*) não possui eficácia retroativa. Por conseguinte, só será aplicada para os fatos ocorridos após 16/05/2001.

Os fatos precedentes devem continuar regidos pelo Direito precedente (constrangimento ilegal, importunação ofensiva ao pudor, perturbações da tranqüilidade).<sup>18</sup>

#### 3.4.1. Veto ao parágrafo único do artigo 216-A

Na redação inicial do projeto de lei que define o crime de assédio sexual constava o parágrafo único ao artigo 216-A que foi vedado pelo Presidente da República.

Alguns Doutrinadores concordaram com o veto e outros não. Luiz Flávio Gomes não concordou com o veto, alegando que “o veto fez a profecia da impunidade” pelo fato de ter reduzido o assédio sexual apenas à modalidade laboral, enquanto o projeto aprovado pelo legislador versava, além do assédio sexual laboral, outras cinco modalidades: 1) doméstico, 2) o proveniente de coabitação, 3) de hospitalidade, 4) de abuso inerente a ofício ou 5) de ministério.<sup>19</sup> Já Rômulo Moreira e Damásio de Jesus são a favor do veto.

Damásio de Jesus alega que

*foi correto o posicionamento do Presidente, pois, do contrário, as hipóteses no parágrafo projetado, que são mais graves, não poderiam sofrer agravação com o art. 226, sob pena*

18 GOMES, Luiz Flávio. *Assédio Sexual*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. V, n. 110., p. 37, ago. 2001.

19 *Idem* *Ibidem*, Ob. Cit. p. 37.

de violar o princípio do *no bis in idem*". Diz ainda que, "a vertente negativa da prevenção geral também pode ser invocada, porque a criminalização da conduta pode fazer com que o agente se afaste dela, com receio de vir a sofrer a imposição penal."<sup>20</sup>

### 3.4.2. Direito Comparado

O crime de assédio sexual está tipificado em diversas legislações alienígenas como: 1) os EUA foram os primeiros a incriminar, *sexual harassmant*, já a partir da 2ª metade da década de 70; 2) na Espanha está regulado no art. 184, 1 e 2 do CP de 1995, com nova redação dada pela Lei 11/99; 3) na França está previsto nos arts. 222 – 233 do CP de 1944; em Portugal está disciplinado no art. 164, n.º 2, CP, acrescentado pela Lei 55/98; e na Itália está tipificado no art. 71 do CP.

## 4. ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS

### 4.1. Bens jurídicos protegidos

No crime de assédio sexual temos cinco bens jurídicos tutelados. São eles: a liberdade sexual, a honra, o direito à não-discriminação no trabalho, a liberdade no exercício do trabalho e a autodeterminação no trabalho.

A liberdade sexual determina que ninguém é obrigado a se relacionar sexualmente com outra pessoa sem seu consentimento. E a honra: sentimento da dignidade pessoal.

20 JESUS, Damásio Evangelista de. *Assédio Sexual: Primeiros posicionamentos*. *Revista Meio Jurídico*, São Paulo, a. IV, n. 46, jun.2001.

Luiz Flávio Gomes afirma que "a delimitação do bem jurídico é fundamental para a boa compreensão do tipo penal (tipo de injusto)".<sup>21</sup>

Sobre a possibilidade de ocorrer ofensa a uma pluralidade de bens jurídicos, Bianchini afirma que "tem-se por mais correta a postura que entende que o crime de assédio é pluriofensivo, havendo, assim, afetação a diversos bens jurídicos, a depender da situação concreta que se esteja analisando".<sup>22</sup>

### 4.2. Sujeitos do Crime

Os sujeitos do crime de assédio sexual podem ser qualquer pessoa, ou seja, tanto o ativo quanto o passivo pode ser homem ou mulher, independe a preferência sexual, incluindo, então, o homossexual.

Mirabete afirma que o assédio sexual "trata-se de um crime *bipróprio*, ou seja, exige uma situação tanto do sujeito ativo como do sujeito passivo".(sic)<sup>23</sup>

Por tratar-se de um *crime próprio*, o crime de assédio sexual exige uma especial qualidade do **sujeito ativo**, isto é, para ser autor deste delito, a pessoa teve possuir a "condição de superior hierárquico ou ascendência".<sup>24</sup> Um terceiro sem esta qualificação pode ser partícipe, mas nunca autor. Por conseguinte, o assédio

21 GOMES, Luiz Flávio. *Assédio Sexual*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. V, n. 110., p. 38, ago. 2001 1

22 BIANCHINI, Alice. JESUS, Damásio Evangelista de. *Assédio sexual agora é crime*. Disponível em : URL: <http://www.ibecrim.com.br>. Acesso em : 30 ago.2001.

23 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 426.

24 Entende Valdir Sznick que o sujeito ativo pode ser "qualquer um; trata-se de crime comum (mas superior hierárquico). Pode ser homem ou mulher". *Assédio sexual e crimes sexuais violentos*. São Paulo: Ícone, 2001. p. 59.

sexual só pode ser praticado de cima para baixo, nunca de baixo para cima. Sem a relação de superioridade ou ascendência não há crime.

Por exigir a especial qualidade de ser superior hierárquico na relação trabalhista em relação ao passivo, exclui-se aquele que exerce a mesma função ou cargo inferior ao da vítima.

O **sujeito passivo** não pode ser qualquer pessoa. Também deve atender a alguns requisitos, como *ser inferior hierárquico ou sujeito a uma ascendência*. Conseqüentemente, se a vítima não tem nenhum vínculo de subordinação, não há delito do art. 216-A do Código Penal. O mesmo ocorrerá se a vítima ocupa posição igual ou superior ao agente.

Verifica-se, portanto, que o tipo penal não faz qualquer distinção do sexo do sujeito ativo ou passivo, não importando o sexo do autor ou da vítima, nem a preferência sexual, sendo assim pode ser praticado por homossexuais.<sup>25</sup>

Quanto à superioridade hierárquica e à ascendência, estas poderão ocorrer tanto nas relações laborais de Direito Privado como nas de Direito Público.

A lei fala de emprego, cargo ou função. Define-se o emprego para relações privadas; cargo ou função para as relações públicas.

Para a configuração do delito não basta a *superioridade hierárquica ou ascendência*, deve-se ainda constar outras duas exigências típicas: que o sujeito ativo prevaleça de sua condição e que a superiorida-

25 GOMES, Luiz Flávio. Assédio Sexual. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. V, n. 110, p. 39, ago. 2001.

de ou ascendência seja *'inerente'* ao exercício de emprego, cargo ou função, devendo haver uma relação empregatícia.

Não haverá delito se não houver relação empregatícia, se constrangimento não estiver diretamente relacionado com o prevalecendo da posição do sujeito ativo, se a proposta feita pelo superior nada tem a ver com essa condição, ou se ocorrer fora das respectivas funções e sem se prevalecer de sua hierarquia.

Haverá crime quando o patrão (empregador) assedia empregada doméstica porque aí há uma relação empregatícia. Entende-se que como a diarista, segundo o Direito do Trabalho, não é considerada empregada, não configura o delito, pois não basta a relação doméstica, tem que haver a relação empregatícia.

Cezar Bitencourt entende de outra forma, afirma que a diarista também pode ser vítima desse crime, pois, ainda que de forma passageira, encontra-se inferiorizada na relação laboral.<sup>26</sup>

Como não é qualquer tipo de ascendência, mas só a decorrente da relação empregatícia, não se configura delito do art. 216-A o crime praticado quanto à relação pai e filha e quanto à ascendência religiosa.

Também não há crime de assédio sexual em relação ao professor, sendo particular, que leciona como profissional autônomo, pois não há relação empregatícia. Todavia se o professor conta com ascendência, só comete o crime se essa ascendência docente for inerente a algum emprego, cargo ou função.

26 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.875.



### 4.3. Concurso de Pessoas

É possível ocorrer co-autoria e participação, não sendo exigido a estes a condição especial exigida para o autor do delito, a qualidade de superior hierárquico. Podem ocorrer pela forma de instigação, de cumplicidade ou de auxílio. Um exemplo de co-autoria é quando o favor sexual for para ser prestado a um terceiro.

Para Celso Delmanto, admite-se **concurso de pessoas** desde que o co-autor ou partícipe saiba da superioridade hierárquica ou ascendência do agente sobre a vítima (CP, art. 30) e a real intenção daquele (CP, art. 29).<sup>27</sup> Luiz Regis Prado leciona que é admissível a co-autoria, quando ambos os agentes detêm a qualidade pessoal exigida pelo tipo penal, ou mesmo a participação, quando o terceiro for pessoa comum.<sup>28</sup>

### 4.4. Tipos: objetivo e subjetivo

O núcleo **tipo objetivo** é o verbo constranger que significa compelir, coagir, obrigar, forçar, determinar, impor algo à vontade da vítima ou apenas causar um embaraço sério.

O assédio sexual, de acordo com a lei, tem como elemento típico o constrangimento exercido por alguém em busca de satisfação sexual. Envolve a relação de poder, sujeição da vítima, ofensa à sua dignidade e afetação à sua liberdade sexual.

27 No mesmo sentido: DELMANTO, Celso. et al. *Código Penal Comentado*. 6 ed. Atual. e amp.. Rio de Janeiro: Flenovar, 2002. p. 471.

28 PRADO, Luiz Regis. *Considerações sobre o novo delito de Assédio Sexual. Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 91, v. 795, p. 456, jan.2002..

O legislador não se preocupou em indicar o meio de execução, logo o crime é de execução livre. Então, qualquer meio idôneo pode ser utilizado para o constrangimento: palavras, gestos, escritos.

É necessário bom senso para distinguir o assédio sexual do simples gracejo, pois o assédio implica uma importunação séria, ofensiva, insistente, embaraçosa, chantageira. E, no caso de contato físico, pode configurar crime distinto, p. ex. atentado violento ao pudor, estupro.

Disciplina Luiz Flávio Gomes que “além de ter a finalidade sexual, ainda requer determinadas condições: só é típico (para fins do art. 216-A) se ocorrer dentro de uma relação de subordinação empregatícia. O assédio tem que ter relação com o emprego ou cargo público”.<sup>29</sup>

Quanto ao **tipo subjetivo**, salienta-se que no assédio cuida-se de *crime doloso*. Leciona Cláudio Brandão que “o dolo é definido como a consciência e vontade da realização dos elementos objetivos do tipo”.<sup>30</sup> Significa que o dolo do agente, no assédio sexual, constitui-se pela vontade livre e consciente de constranger a vítima.

Além do dolo, o tipo penal exige um *requisito subjetivo especial* que é o *intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual*. Não basta constranger, deve também ter o intuito de obter uma vantagem ou favorecimento sexual, mesmo que não o venha obter.

A lei não menciona, mas é possível que a satisfação seja para si ou para outrem. A lei fala em ‘vantagem

29 GOMES, Luiz Flávio. *Assédio Sexual. Revista Jurídica Consulex*, Brasília, a. V, n.110, p. 39, ago.2001.

30 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 67.

ou favorecimento sexual; logo, qualquer tipo de ato sexual é válido para a configuração do crime (qualquer ato que venha a satisfazer a libido ou a concupiscência do agente). De qualquer forma, o constrangimento tem que ter uma finalidade voluptuosa.<sup>31</sup>

#### 4.5. Concurso de crimes

É possível a ocorrência de concurso de crimes, por exemplo: no caso de haver ameaça de mal grave e injusto, além do constrangimento, dá-se o **concurso material** dos crimes do 216-A e do 147 do CP, já que houve ofensa a bens jurídicos distintos.

Se o agente, além do constrangimento, *no mesmo e único contexto fático*, pratica algum ato sexual, o crime maior absorve o menor. Não sendo contexto fático único (o sujeito assediou por certo período, e, depois, praticou algum ato sexual) haverá concurso material de crimes: 216-A cumulado ao crime praticado.<sup>32</sup>

Nas palavras de Luiz Regis Prado, “*se o agente, na mesma conduta delituosa, além do assédio sexual culmina por perpetrar conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso com a vítima, utilizando-se de violência ou grave ameaça, haverá absorção do delito de assédio por um dos crimes mais graves, em aplicação do critério da subsidiariedade*”.<sup>33</sup>

Admite-se o concurso de crimes, na hipótese do assédio físico, quando da ocorrência de lesões houver dano, bem como no caso de importunação ofensiva ao pudor.

31 Assim entende Luiz Flávio Gomes em seu artigo Assédio Sexual, Op. Cit. p. 39.  
32 GOMES, Luiz Flávio. Assédio Sexual. *Revista Jurídica Consulex*, a. V, n. 110. Brasília: Consulex, p.39. ago. 2001.

33 PRADO, Luiz Regis. Considerações sobre o novo delito de Assédio Sexual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 91, v. 795, p. 461, jan.2002.

Moreira entende que se a vantagem ou favor for efetivamente prestado estaremos em face de mero exaurimento do delito, salvo se por si só configurar-se outra infração penal, como estupro ou atentado violento ao pudor, quando estaremos, então, diante de um concurso de crimes.<sup>34</sup>

#### 4.6. Consumação e tentativa

Para Bitencourt, a ação de constranger é suficiente para a consumação do tipo penal. O intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual não precisa realizar-se.<sup>35</sup>

Por ser um crime formal, o crime de assédio sexual se consuma com conduta do sujeito ativo em constranger a vítima com o intuito de obter uma vantagem ou favorecimento sexual, ainda que não tenha obtido.

A violação dos bens jurídicos não requer nenhum comportamento da vítima. O constrangimento, com grave importunação nas relações de trabalho, por si só já é suficiente para a incriminação. O constrangimento existe mesmo que a vítima não pratique nenhuma conduta positiva, pois, pode ser que o favor seja em relação à terceira pessoa.

Bastará que o sujeito ativo, prevalecendo-se de sua condição de superior hierárquico ou de sua ascendência em razão do exercício do emprego, cargo ou função, constranja o outro, por qualquer meio, direta ou indiretamente, à prestação de favor de natureza sexual para que se consuma o delito, indepen-

34 MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo delito de assédio sexual*. Disponível em : < www.direitocriminal.com.br >. Acesso em : 16 jul. 2001.

35 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 873.

dente da vítima ter-se submetido à proposta. Enfim, para sua configuração basta o mero constrangimento e a finalidade espúria.

Ainda que o superior hierárquico constranja um seu funcionário, com aquela finalidade odiosa, mas o faça em contexto divorciado de suas funções, outro delito pode vir a se consumar, menos o do artigo 216-A (assédio sexual).<sup>36</sup>

Para Nelson Hungria, o constrangimento “*pode ser formulado diretamente, a viso aperto ou facie ad faciem, sob a ameaça explícita ou implícita de represálias (imediatas ou futuras), ou indiretamente, servindo-se o agente de interposta pessoa, ou de velada pressão, ou fazendo supor, com maliciosas ou falsas interpretações, ou capciosas sugestões, a legitimidade da exigência*”.<sup>37</sup>

Não há de se cogitar a modalidade culposa.

Quanto à tentativa, Rômulo Moreira entende que é admissível a hipótese, por exemplo, da interceptação de uma carta na qual constava a ameaça e o pedido de natureza sexual.<sup>38</sup> Já Valdir Sznick diz que no assédio verbal é difícil de ocorrer, mas no assédio físico é possível, por exemplo: tirar a roupa, tentar agarrar a vítima etc.<sup>39</sup>

Celso Delmanto entende que a tentativa “*não é possível, por tratar de crime unissubsistente, cuja conduta não pode ser fracionada*”.<sup>40</sup>

36 MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo delito de assédio sexual**. Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em 16 jul. 2001.

37 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. IX, p. 361.

38 MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo delito de assédio sexual**. Disponível em: www.direitocriminal.com.br. Acesso em 16 jul. 2001, às 12:49.

39 SZNICK, Valdir. **Assédio sexual e crimes sexuais violentos**. São Paulo: Icone, 2001. p. 60.

40 DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal Comentado**. 6 ed. Atual. e amp.. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 471.

#### 4.7. Classificação doutrinária do crime

O assédio sexual trata de um **crime próprio** (só pode ser praticado pelos sujeitos determinados no tipo penal<sup>41</sup>), devendo ser praticado somente por quem tem a condição especial de superior hierárquico ou ascendência sobre a vítima, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. É um **crime comissivo** pela sua própria natureza. É um **crime doloso**, não havendo a previsão da modalidade culposa. É **instantâneo** (se dá em um momento único e determinado<sup>42</sup>), não se prolongando no tempo. É **unissubjetivo**, cometido por uma única pessoa. É um **crime formal**, pois o tipo penal descreve a conduta e o resultado visado pelo sujeito ativo mas não exige a ocorrência deste. E, é um crime **plurissubsistente** (pode ser dividido em vários atos<sup>43</sup>).

Para o doutrinador Celso Delmanto trata-se de crime unissubsistente, cuja conduta não pode ser fracionada.<sup>44</sup>

#### 4.8. Pena e Prescrição

O crime de assédio sexual é punido com detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos. Com o parágrafo único do artigo 2º da Lei n.º 10.259/2001, esse crime passou a ser infração de menor potencial ofensivo, sendo o Juizado Especial Criminal competente para o processamento e julgamento da ação penal.

41 BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 17.

42 Idem, *Ibidem*. Op. Cit. p. 16.

43 Idem, *Ibidem*. Op. Cit. P. 17.

44 DELMANTO, Celso. et al. **Código Penal Comentado**. 6 ed. Atualizado e ampliado. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.471

É um crime afiançável e susceptível de liberdade provisória.

Quanto às causas de agravamento de pena previstas no art. 226 do CP, só podem incidir no assédio sexual duas das três causas. São elas: o inciso I que trata do concurso de pessoas e o inciso III referente ao agente casado. Não se aplica o inciso II (se o agente é empregador ou tem autoridade sobre a vítima) porque, no caso, ocorreria o *bis in idem*, já que a qualidade de ser empregador ou ter autoridade sobre a vítima corresponde a uma das elementares do tipo penal do crime de assédio sexual que é a condição de superior hierárquico ou ascendência do sujeito ativo.

#### 4.9. Ação penal

Por ser uma modalidade dos crimes contra os costumes, no crime de assédio sexual, a regra é que a ação penal é de exclusiva iniciativa da vítima. Mas, nas hipóteses do art. 225, § 1º, II (se da violência resultar lesão corporal de natureza grave ou morte) caberá a ação penal pública incondicionada e nos §§ 1º, I e 2º (misericórdia do ofendido ou abuso do pátrio-poder, tutela ou curatela) a ação penal será pública, condicionada à representação.

A este crime caberá *suspensão condicional do processo* e a *aplicação de penas substitutas*. Caberá também *composição* em se tratando de ação penal privada e *transação* no caso de ação penal pública incondicionada (art. 225 § 1º, II) ou condicionada (art. 225, §§ 1º, I e 2º).

O Supremo Tribunal Federal tem entendido ser temerário o recebimento da queixa-crime, em razão da inconsistência das provas apresentadas com a inicial e da falta de perspectiva da eventual ação penal. Ressaltou-se, também, que não basta a narração dos fatos ou circunstâncias criminosas que se atribuem ao querelado para o recebimento da queixa-crime, sendo necessário que as alegações estejam minimamente embasadas em provas ou, ao menos, indícios da efetiva ocorrência dos fatos. (*in Assédio e Ausência de Provas, Informativo do STF 352, 2004*).

#### 4.10. Das Provas

O ônus da prova cabe a quem fez a alegação. Não existe inversão do ônus da prova. Todos os meios de prova são admitidos a princípio (regra de liberdade de provas).

Conforme Rômulo Moreira, “o artigo 165 CP dispõe que cabe a quem alegar, seja o acusado, Ministério Público ou ofendido. Ocorre que tal delito tem natureza clandestina, pelo qual difícil será a sua comprovação por meio de testemunhas. Nestes casos é indubitável que a palavra da vítima adquire relevo especial. O certo é que nos delitos de natureza sexual, a palavra da vítima se reveste de suma importância. A maioria da jurisprudência entende que a palavra da vítima nos crimes sexuais é de fundamental importância para a elucidação da ocorrência (RJTJSP 41/373; RT 718/389) Entendimento contrário (RT422/380).”<sup>45</sup>

45 MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O novo delito de assédio sexual*. Disponível em: [www.direitocriminal.com.br](http://www.direitocriminal.com.br). Acesso em: 16 jul. 2001, às 12:49

Com posição diversa, Bitencourt afirma que “*é inadmissível que, como normalmente ocorre em determinados crimes sexuais, aceitar somente a palavra da vítima como fundamento de uma decisão condenatória, que não venha corroborada com outros convincentes elementos probatórios.(...) Não ignoramos que, de regra, os crimes sexuais são praticados na clandestinidade, sendo praticamente impossível a existência de prova testemunhal. Contudo no assédio sexual a regra será outra: ambiente de trabalho, (...) flores, bilhetinhos, enfim, é possível deixar um rastro de dados, indícios e provas denunciadoras, pelo menos da existência de uma relação extraprofissional. Necessário se faz, também, a demonstração do ‘prevalhecimento de condição superior’ e a ‘finalidade de obter favores sexuais’*”.<sup>46</sup>

## 5. ASSÉDIO SEXUAL X ASSÉDIO MORAL

A França foi o primeiro a prever o assédio sexual, e agora também é o pioneiro na incriminação do assédio moral.

A diferença fundamental entre os dois delitos não está tanto no meio de execução (constrangimento), senão, sobretudo, na finalidade especial do agente.

No assédio moral o agente pretende o “*enquadramento*” do empregado, ou seja, a eliminação da sua autodeterminação no trabalho ou a degradação das suas condições pessoais no trabalho, que traz conseqüências drásticas para a integralidade física e psíquica do trabalhador.<sup>47</sup>

46 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 877/878.

47 GOMES, Luiz Flávio. *Assédio Sexual*. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: Consulex, a. V, n.110, p. 37, ago.2001

Em suma, o assédio moral tem como finalidade humilhar, constranger moralmente a vítima ou colocá-la numa situação vexatória. Não tem a finalidade de obter “vantagem ou favorecimento moral” como ocorre no assédio sexual.

Geralmente, o assédio moral causa na vítima a perda da vontade de sorrir, depressão, perda da autoconfiança, isolamento, chegando-se às vezes ao suicídio. No Brasil a prática do crime assédio moral pode ser enquadrado no art. 146 do Código Penal (constrangimento ilegal).

## 6. CONCLUSÃO

Para alguns doutrinadores, a inclusão deste novo tipo penal foi desnecessária por já existirem tipificações penais que se enquadrariam à conduta delituosa resultante no crime de assédio sexual, por exemplo, o crime de constrangimento ilegal, prática de ato obsceno, crime de injúria<sup>48</sup>.

Mas, concordamos com o entendimento que “*a inclusão desse tipo penal demonstra um amadurecimento e uma tomada de posição em relação a certos temas que, não obstante trazerem enorme prejuízo, principalmente, às mulheres trabalhadoras, não vinham sendo tratados com necessária atenção (sic)*”.<sup>49</sup>

Como as únicas condutas configuradoras de assédio sexual incriminadas pelo Código Penal foram as decorrentes da relação laboral, caracterizada pela subordinação de um indivíduo (empregado) perante o outro (empregador), entendemos que o tipo penal deveria ser definido como assédio sexual laboral.

48 Assim entendem: Rômulo de Andrade Moreira, Luiz Flávio Gomes, Cezar Roberto Bitencourt.

49 JESUS, Damásio Evangelista de. *Assédio Sexual: Primeiros Posicionamentos*. *Revista Meio Jurídico*, São Paulo: Meio Jurídico Editora, a. IV, n. 46, p.48, jun.2001.

## 7. REFERÊNCIAS

### a) Livros

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CONDE, Francisco Muñoz. **Derecho Penal: parte especial**. 12 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

DELMANTO, Celso, *et al.* **Código Penal Comentado**. 6 ed. Atual.e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo *et al.* **Compendio de Derecho Penal** (Parte Especial). Madrid: Centro de Estudios Ramón Areas, 1998. v.2

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2

SZNICK, Valdir. **Assédio sexual e crimes sexuais violentos**. São Paulo: Ícone, 2001.

### b) Artigos de Revistas Jurídicas

CAMARA, Edson de Arruda. Assédio Sexual, Direito Positivo e Necessidade de interpretar. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, a. V, n.110, p. 56 e ss,ago.2001.

DOTTI, René Ariel. A Criminalização do Assédio Sexual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 345, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. Assédio Sexual. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, a. V, n. 110, p.36 e ss, ago.2001.

PRADO, Luiz Regis. Considerações sobre o novo delito de Assédio Sexual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 91, p. 452-463, v. 795, jan.2002.

### c) Artigos da Internet

BIANCHINI, Alice. JESUS, Damásio Evangelista de. **Assédio sexual agora é crime**. Disponível em:<URL: <http://www.ibecrim.com.br>>. Acesso em: 30 ago.2001.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Assédio Sexual nas Relações de trabalho**. Disponível em: <URL: <http://www.direitocriminal.com.br>>. Acesso em: 16 ago.2001.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei do assédio sexual (10.224/01): Primeiras notas interpretativas**. Disponível em: <URL: <http://www.direitocriminal.com.br> >. Acesso em: 21 ago.2001.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Assédio Sexual – Um enfoque criminal**. Disponível em: < URL: <http://www.direitocriminal.com.br>>. Acesso em 21 ago.2001.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **O novo delito de assédio sexual**. Disponível em: <URL: <http://www.direitocriminal.com.br>>. Acesso em: 24 ago. 2001.

# ÍNDICE ONOMÁSTICO

Revistas de 1 a 20



# ÍNDICE ONOMÁSTICO

Revistas de 1 a 20





# ÍNDICE ONOMÁSTICO

## ÍNDICE ONOMÁSTICO

	Núm.	p.
<b>ADA PELLEGRINI</b>		
• <i>A Reforma do Código de Processo Penal</i>	12	25
<b>ADEILDO NUNES</b>		
• <i>O Crime nas Licitações.</i>	09	25
• <i>O Regime Disciplinar na Prisão</i>	18	25
<b>ADONIS COSTA E SILVA</b>		
• <i>Direito Comunitário Fiscal: apontamentos para um Direito da Harmonização Fiscal no Século XXI.</i>	15	19
• <i>O Mandato do § Único do Art. 4º da Constituição Brasileira de 1988 e a Primeira Fase da Evolução dos Tratados de Integração Latino-americana</i>	16/17	23
• <i>A Jurisdicionalização do Processo Administrativo Fiscal perante os conselhos de contribuintes e a Câmara Superior de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda</i>	20	23
<b>ADRIANA MANDIM THEODORO DE MELLO</b>		
• <i>O Regime do Contrato (Típico) de Agência e Distribuição (Representação Comercial) no Novo Código Civil em cotejo com a situação Jurídica do Contrato (Atípico) de Concessão Comercial. Indenizações Cabíveis na Extinção da Relação Contratual</i>	18	39

	Núm.	p.
<b>AGENOR FERREIRA DE LIMA FILHO</b>		
• <i>A Justiça de Consenso no Campo Penal</i>	01	178
• <i>Sentença Cível. Responsabilidade Civil Danos Materiais e Morais</i>	04	499
<b>ALBA MARIA PIRES BARBOSA</b>		
• <i>A Litigância de Má-fé no processo trabalhista</i>	03	13
• <i>Trabalho educativo: uma nova proposta</i>	04	15
<b>ALBERTO FLÁVIO BARROS PATRIOTA</b>		
• <i>Do Indeferimento de Plano do agravo. Algumas Considerações</i>	07	17
• <i>Sentença Cível. Direito Civil e Processual Civil. Indenização. Responsabilidade Civil por Ato Ilícito - Homicídio. Pena de Confissão. Inaplicabilidade à falta de Intimação Pessoal dos Réus. Sentença de Pronúncia. Insuficiência de Prova Improcedência. Litigância de Má-fé</i>	09	407
<b>ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL</b>		
• <i>Poder, Estado e Direito. a supralegalidade do Direito Vivo</i>	03	23
• <i>Um estudo comparado dos núcleos constitucionais e da limitação dos poderes reformadores brasileiro e portugueses</i>	06	17
• <i>Linguagem, simbologia e lógica aplicáveis ao direito cibernético</i>	09	69
• <i>Do direito natural ao direito artificial</i>	10	43
• <i>Sentença Cível. Ação Ordinária Declaratória Fiscal e de Repetição de Indébito Tributário.</i>	20	101
<b>ALEXANDRE DA MAIA</b>		
• <i>Interpretação e integração jurídicas no direito tributário: notas acerca da admissibilidade de uma perspectiva indutivo-hermenêutica</i>	03	43

	Núm.	p.
• <i>Autopoiese versus prática procedimental: o falso dilema do poder judiciário</i>	09	39
• <i>O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli - Notas introdutórias</i>	10	25
<b>ALEXANDRE DE MORAES</b>		
• <i>Reforma Política do Estado e Democratização</i>	12	45
• <i>Limitações Constitucionais às Comissões Parlamentares de Inquérito</i>	14	21
<b>ALEXANDRE MILTON PRAZERES DA COSTA</b>		
• <i>Medida Provisória em matéria Tributária</i>	07	29
<b>ALYSSON CAMILO</b>		
• <i>Inquérito Policial: do obsoletismo em face da Estrutura Principiológica Constitucional e Legislação Ordinária Vigorante</i>	14	39
<b>ALFREDO SÉRGIO MAGALHÃES JAMBO</b>		
• <i>Anotações sobre o indivíduo transgressor</i>	03	63
<b>ALVINO AUGUSTO DE SÁ</b>		
• <i>Algumas ponderações acerca da Reintegração Social dos condenados à pena privativa de liberdade</i>	11	25
<b>AMADOR PAES DE ALMEIDA</b>		
• <i>Ação Revocatória Falencial e a Lei dos Registros Públicos</i>	13	21
<b>ANA CLÁUDIA MANSO S. O. RODRIGUES</b>		
• <i>Expedição de Medidas Provisórias - Limites Constitucionais</i>	05	17
<b>ANA LUÍSA CELINO COUTINHO</b>		
• <i>A Estabilidade do Servidor Público na Reforma Administrativa</i>	09	99
<b>ANA LUIZA WANDERLEY DE MESQUITA</b>		
• <i>O Estado Gerencial e suas "Soluções"</i>	14	59

	Núm.	P.
<b>ANAMARIA CAMPOS TÔRRES</b>		
• <i>Da Progressão do Regime Prisional</i>	19	23
<b>ANA PAULA DUARTE DAMASCENO</b>		
• <i>Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no Controle de Constitucionalidade</i>	12	99
<b>ANAPAUALIRAMELO</b>		
• <i>O Estado de necessidade e o saque</i>	12	121
<b>ANA REGINA DE ANDRADE VASQUES</b>		
• <i>A Extinção da Punibilidade pelo pagamento dos Tributos nos crimes contra a Ordem Tributária</i> "O Privilégio do Sonegador Fiscal"	18	127
<b>ANDRÉ DE ALBUQUERQUE GARCIA</b>		
• <i>Efeitos do Controle de Constitucionalidade no Brasil</i>	15	41
<b>ANDRÉ GUSTAVO BARROS</b>		
• <i>COFINS – Aspectos Controvertidos da Medida Provisória Nº 135/03/03 Convertida na Lei Nº 10.833/03: Inconstitucionalidades sob os aspectos formal e material</i>	20	31
<b>ANDRÉ LUIZ ANDRADE VICTOR DE ARAÚJO</b>		
• <i>Questões Jurídicas Relevantes na Internet: conflitos existentes entre nomes de Domínio e Marca</i>	10	61
<b>ANDRÉA SILVA MARROCOS DE OLIVEIRA</b>		
• <i>Medidas Provisórias: o Executivo em ação, a sociedade em choque e a democracia em xeque</i>	13	41
<b>ANGÉLIKA DE SOUZA VERÍSSIMO DA COSTA</b>		
• <i>Comentários aos princípios da fungibilidade e da efetividade, com o acréscimo do § 7º ao Artigo 273, do Código de Processo Civil</i>	18	155

	Núm.	P.
<b>ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO</b>		
• <i>A Súmula Vinculante e a Independência Jurídica do Juiz</i>	06	49
<b>ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN</b>		
• <i>Reflexões sobre a Hipertrofia do Direito de Propriedade na Tutela da Reserva legal e das Áreas de preservação permanente</i>	05	33
<b>ANTÔNIO MACHADO GUEDES ALCOFORADO</b>		
• <i>Estudo da Terminologia Processo Administrativo-tributário e da Aplicabilidade de Alguns Princípios Inerentes</i>	14	77
<b>ANTÔNIO NATANAEL MARTINS SARMENTO</b>		
• <i>Sufrágio, Cidadania e Estado Democrático de Direito no Brasil</i>	06	61
<b>ANTÔNIO VITAL DE MORAES</b>		
• <i>Sentença Cível. Direito Tributário. Mandado de Segurança. Iss. Laboratório de Análises Clínicas</i>	06	491
• <i>Sentença Cível. Ação de anulação de desapropriação</i>	15	605
• <i>Execução. Banco. Fazenda Pública Municipal. Financiamento. Nevação. Autorização Legislativa. Ausência. Nulidade do Título. Embargos. Procedência</i>	16/17	609
• <i>Sentença Criminal. Roubos. Concurso de Pessoas e Emprego da Arma. Vítimas Diversas. Crime Continuado. Latrocínio. Concurso Material. Confissão na Polícia e Retratação em Juízo. Autoria. Definição.</i>	20	461
<b>ARAKEN DE ASSIS</b>		
• <i>Antecipação da tutela</i>	04	28
<b>ARTUR ORLANDO DE A. DA COSTA LINS</b>		
• <i>O Aperfeiçoamento do Efeito Devolutivo como Sinônimo de Efetividade do Duplo Grau de Jurisdição</i>	15	95

	Núm.	p.
• <i>A Extensão do Efeito Devolutivo da Apelação e o Art. 515, §3º do Código de Processo Civil</i>	20	59
<b>ARTHUR PIO DOS SANTOS NETO</b>		
• <i>O Magistrado e a Reforma Agrária</i>	01	123
<b>ARTUR STAMFORD</b>		
• <i>As audiências judiciais como processo de Legitimação e Justiça Social (à luz da teoria da Justiça de Rawls e da Legitimação pelo procedimento de Luhmann)</i>	07	43
<b>ARNALDO SPERA FERREIRA JÚNIOR</b>		
• <i>Sentença Cível. Embargos à Execução. Título Extrajudicial. Contrato Bilateral. Compra e Venda Internacional</i>	20	155
<b>AURÉLIO AGOSTINHO DA BÔAVIAGEM</b>		
• <i>A Autonomia da vontade, indicadora da Lei aplicável aos contratos internacionais de comércio</i>	15	123
<b>BELIZE CÂMARA CORREIA</b>		
• <i>O Direito de Família Sumulado Frente ao Novo Código Civil</i>	18	175
<b>BENEDITO PEREIRA FILHO</b>		
• <i>A natureza mandamental na execução por soma</i>	19	37
<b>BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS</b>		
• <i>As dificuldades de operacionalização do contrato de factoring ante a ausência de Legislação Específica</i>	15	149
<b>BRASÍLIO ANTÔNIO GUERRA</b>		
• <i>O Controle da Constitucionalidade como um Sistema de Defesa da Constituição</i>	11	71

	Núm.	p.
<b>BRUNO ARAÚJO DA COSTA</b>		
• <i>O princípio da eficiência administrativa, o cidadão e suas implicações no atual ordenamento constitucional</i>	20	77
<b>BRUNO FELIPE DA SILVA MARTIN DE ARRIBAS</b>		
• <i>Decisão Monocrática Relatorial: análise do Artigo 557 do Código de Processo Civil</i>	20	97
<b>BRUNO GALINDO</b>		
• <i>Princípios Fundamentais da Constituição Econômica. Uma abordagem científica</i>	08	19
• <i>O Estado do Século XXI: coexistência ou substituição pelas insurgentes Organizações Políticas?</i>	14	103
<b>BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI</b>		
• <i>A Relação Jurídica Processual (Conceito, Características, Estrutura)</i>	13	73
<b>CAETANO LAGRASTA NETO</b>		
• <i>Mercosul e Integração Legislativa: o papel da Magistratura Perante a Justiça Social</i>	04	55
• <i>Educação e Justiça Supranacional</i>	06	123
• <i>Reflexões em Torno D' "O Salão dos Passos Perdidos"</i>	07	67
• <i>Crime e Processo: Doença Mental e Aids</i>	12	169
<b>CAIO DRUSO DE CASTRO PENALVA VITA</b>		
• <i>A Consolidação Imaginária: Debate Estratégico e Imaginário Social na Consolidação das Leis do Trabalho</i>	15	173
<b>CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO</b>		
• <i>A Execução na Reforma do Código de Processo Civil</i>	03	95
<b>CARINE DELGADO CAÚLA REIS</b>		
• <i>Ensino Jurídico: breves reflexões sobre o tema</i>	09	125
• <i>Natureza Jurídica dos Partidos Políticos</i>	12	181

	Núm.	p.
• <i>A Extensão do Efeito Devolutivo da Apelação e o Art. 515, §3º do Código de Processo Civil</i>	20	59
<b>ARTHUR PIO DOS SANTOS NETO</b>		
• <i>O Magistrado e a Reforma Agrária</i>	01	123
<b>ARTUR STAMFORD</b>		
• <i>As audiências judiciais como processo de Legitimação e Justiça Social (à luz da teoria da Justiça de Rawls e da Legitimação pelo procedimento de Luhmann)</i>	07	43
<b>ARNALDO SPERA FERREIRA JÚNIOR</b>		
• <i>Sentença Cível. Embargos à Execução. Título Extrajudicial. Contrato Bilateral. Compra e Venda Internacional</i>	20	155
<b>AURÉLIO AGOSTINHO DA BÔAVIAGEM</b>		
• <i>A Autonomia da vontade, indicadora da Lei aplicável aos contratos internacionais de comércio</i>	15	123
<b>BELIZE CÂMARA CORREIA</b>		
• <i>O Direito de Família Sumulado Frente ao Novo Código Civil</i>	18	175
<b>BENEDITO PEREIRA FILHO</b>		
• <i>A natureza mandamental na execução por soma</i>	19	37
<b>BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS</b>		
• <i>As dificuldades de operacionalização do contrato de factoring ante a ausência de Legislação Específica</i>	15	149
<b>BRÁSÍLIO ANTÔNIO GUERRA</b>		
• <i>O Controle da Constitucionalidade como um Sistema de Defesa da Constituição</i>	11	71

	Núm.	p.
<b>BRUNO ARAÚJO DA COSTA</b>		
• <i>O princípio da eficiência administrativa, o cidadão e suas implicações no atual ordenamento constitucional</i>	20	77
<b>BRUNO FELIPE DA SILVA MARTIN DE ARRIBAS</b>		
• <i>Decisão Monocrática Relatorial: análise do Artigo 557 do Código de Processo Civil</i>	20	97
<b>BRUNO GALINDO</b>		
• <i>Princípios Fundamentais da Constituição Econômica. Uma abordagem científica</i>	08	19
• <i>O Estado do Século XXI: coexistência ou substituição pelas insurgentes Organizações Políticas?</i>	14	103
<b>BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI</b>		
• <i>A Relação Jurídica Processual (Conceito, Características, Estrutura)</i>	13	73
<b>CAETANO LAGRASTA NETO</b>		
• <i>Mercosul e Integração Legislativa: o papel da Magistratura Perante a Justiça Social</i>	04	55
• <i>Educação e Justiça Supranacional</i>	06	123
• <i>Reflexões em Torno D' "O Salão dos Passos Perdidos"</i>	07	67
• <i>Crime e Processo: Doença Mental e Aids</i>	12	169
<b>CAIO DRUSO DE CASTRO PENALVA VITA</b>		
• <i>A Consolidação Imaginária: Debate Estratégico e Imaginário Social na Consolidação das Leis do Trabalho</i>	15	173
<b>CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO</b>		
• <i>A Execução na Reforma do Código de Processo Civil</i>	03	95
<b>CARINE DELGADO CAÚLA REIS</b>		
• <i>Ensino Jurídico: breves reflexões sobre o tema</i>	09	125
• <i>Natureza Jurídica dos Partidos Políticos</i>	12	181

	Núm.	p.
<b>CARLOS ALBERTO BERRIEL PESSANHA</b>		
• <i>Mercosul: Aspectos da necessidade de criação de um Tribunal de Justiça Supranacional</i>	08	41
<b>CARLOS ANTÔNIO R. RIBEIRO</b>		
• <i>Violência presumida nos crimes contra a liberdade sexual</i>	12	211
<b>CARLOS GONÇALVES DE ANDRADE NETO</b>		
• <i>Desemprego Estrutural e Legislação Trabalhista – Problemas e Possibilidades</i>	20	129
<b>CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO</b>		
• <i>Do Poder Judiciário: Organização e Competência</i>	14	69
<b>CARLOS MAGNO CYSNEIROS SAMPAIO</b>		
• <i>Sentença Criminal. Assalto</i>	20	477
<b>CARLOS MORAES</b>		
• <i>Sentença. Alienação Fiduciária</i>	08	443
<b>CATARINA VILA-NOVA ALVES DE LIMA</b>		
• <i>Contagem de Tempo Fictício: Alterações Constitucionais e suas Implicações</i>	15	191
• <i>Sentença Criminal. Estupro. Autoria e Materialidade Comprovadas. Palavra da Vítima em Consonância com o Conteúdo Probatório. Vítima Menor de Catorze Anos. Violência Presumida. Art. 9º da Lei 8.072/90. Condenação.</i>	20	541
<b>CÁTIA LUCIENE LARANJEIRA DE SÁ SAMPAIO</b>		
• <i>Sentença Cível. Ação Declaratória de Inexistência de Filiação Legítima, cumulada com ação de anulação de assentamento de registro civil e de petição de herança</i>	20	173
<b>CECILIA LOU</b>		
• <i>A Medida de Internação à Luz das garantias Processuais conferidas ao adolescente em conflito com a Lei</i>	16/17	49

	Núm.	p.
<b>CECÍLIA MACDOWELL SANTOS</b>		
• <i>Delegacias da Mulher em São Paulo: Percursos e Percalços</i>	18	203
<b>CÉLIA MORAIS</b>		
• <i>“Leasing” Financeiro – desconfiguração do contrato pelo pagamento antecipado do Vrg e suas conseqüências</i>	14	153
<b>CELSO ANTONIO P. FIORILLO</b>		
• <i>O Princípio da Prevenção e a Utilização de Liminares no Direito Ambiental Brasileiro</i>	04	101
<b>CÍNTIA DANIELA BEZERRA DE ALBUQUERQUE</b>		
• <i>Sentença Cível. Ação de Cobrança. Seguro Obrigatório (DPVAT)</i>	20	183
<b>CLARICE MARINHO MARTINS DE CASTRO</b>		
• <i>Considerações Acerca do Direito de Propriedade Intelectual</i>	16/17	87
<b>CLÁUDIA CRISTINE SILVA ARAÚJO</b>		
• <i>Processo Judicial Tributário: Argumentos Favoráveis à sua plena autonomia didática</i>	18	219
<b>CLÁUDIA OLIVEIRA PACHÚ</b>		
• <i>Os Princípios do Sistema dos Juizados Especiais Criminais em face do sistema do Código de Processo Penal Brasileiro</i>	08	59
• <i>A Insuficiência do Critério Lógico-sistemático para aferição da inconstitucionalidade das Normas Jurídicas</i>	16/17	115
• <i>Aspectos Gerais dos efeitos da declaração de (In) Constitucionalidade das Leis no controle abstrato de normas</i>	19	73
• <i>Da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal</i>	20	153
<b>CLÁUDIO BRANDÃO</b>		
• <i>A consciência da antijuridicidade na teoria do delito</i>	05	69

	Núm.	p.
• <i>Poder Disciplinar: um direito penal Administrativo?</i>	07	83
• <i>Poder do empregador e exclusão da culpabilidade criminal</i>	11	95
<b>CLÁUDIO DE CICCO</b>		
• <i>Interpretação Histórica para as lacunas do Novo Código Civil de 2002</i>	19	99
<b>CLÁUDIO SOUTO</b>		
• <i>Direito Alternativo: em busca de sua teoria Sociológica</i>	01	16
• <i>Pós-modernidade Científica e Ciência do Direito</i>	02	107
• <i>Formalidade e informalidade no controle social pelo direito</i>	04	435
• <i>A Sociologia do Direito no Brasil: os anos do início de consolidação</i>	05	79
• <i>De um possível caráter ubiqüitário do direito</i>	08	81
<b>CLÁUDIO VIANNA DE LIMA</b>		
• <i>Escolas da Magistratura</i>	02	13
<b>CLICÉRIO BEZERRA E SILVA</b>		
• <i>Sentença Cível. Ação Monitória. Embargos ao Mandado Injuntivo. Inadmissibilidade de Litis denunciação em Deferência ao Tipo de Ação Proposta pelo autor para Resgarde dos seus direitos.</i>	20	201
<b>CLÓVIS CEZAR DE MENDONZA</b>		
• <i>O Perito e as Perícias – sua importância para a justiça</i>	16/17	137
<b>CRISTIANE GOUVEIA DE BARROS</b>		
• <i>Legalidade e Legitimidade: subsídios para uma Diferenciação Filosófica</i>	04	126
• <i>Poder Constituinte: análise e comparações da posição do positivismo Kelseniano e sua eevlância atual</i>	06	97

	Núm.	p.
<b>CRISTIANO JACQUES DE LIMA ARAÚJO</b>		
• <i>A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de Exclusão da culpabilidade e sua aplicação no Direito Brasileiro</i>	16/17	165
<b>CRISTINA OSSIBE MARTINS BOTELHO</b>		
• <i>Considerações acerca das inelegibilidades</i>	14	171
<b>DAMÁSIO DE JESUS</b>		
• <i>Crime de bagatela: reconhecimento do princípio da insignificância no delito de descaminho e seu efeito nos tipos privilegiados do furto e da apropriação indébita</i>	12	229
• <i>Sustação do Processo Criminal contra parlamentar</i>	15	213
• <i>Mesa de Ciências Criminais – a nova maioria civil: Reflexos Penais e Processuais Penais</i>	16/17	191
• <i>Estatuto do Desarmamento: medida provisória pode adiar o início de vigência de Norma Penal Incriminadora?</i>	19	103
<b>DANIELA MADRUGA REGO BARROS</b>		
• <i>Pluralismo Jurídico: uma questão de fato ou de direito?</i>	20	185
<b>DANIELA RAMOS GALVÃO</b>		
• <i>Dano Moral</i>	14	209
<b>DANIELE SILVA MEIRA</b>		
• <i>A Juridicização dos Transgênicos – o fato Jurídico da atualidade</i>	16/17	209
<b>DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA</b>		
• <i>Contribuição do Servidor Público Federal Aposentado ao Plano de Seguridade Social</i>	02	249
<b>DANÚBIA FABIANA SILVA DE ANDRADE</b>		
• <i>A Finalidade da Pena no Direito Penal Brasileiro</i>	20	223

	Núm.	p.
<b>DÁRIO ROCHA</b>		
• <i>A Propósito da Deontologia da Magistratura</i>	04	167
• <i>Apresentação</i>	07	13
• <i>Considerações digressivas e nem sempre ortodoxas de como e porque ser e não ser alternativo</i>	07	103
• <i>Apresentação</i>	08	15
• <i>Justiça, vida e coragem</i>	08	93
• <i>Apresentação</i>	09	21
• <i>Apresentação</i>	10	21
• <i>Modernização e agilização do Judiciário - uma visão substantiva</i>	10	107
<b>DARLEY KLEBER TIMÓTEO FLORENTINO</b>		
• <i>Da alienação fiduciária em garantia - Dec. Lei 911/69</i>	07	121
<b>DAYANA NAVARRO NÓBREGA</b>		
• <i>Os Direitos Sucessórios dos Companheiros no Código Civil de 2002: uma abordagem diante das Leis do concubinato e da Constituição Federal</i>	20	257
<b>DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO</b>		
• <i>Sentença Criminal - Processo N. 5.336/92</i>	01	292
• <i>Ação Evictória - Denúnciação da Lide, possibilidade de condenação direta do denunciado</i>	02	362
• <i>As cláusulas abusivas e a visão do Poder Judiciário</i>	04	156
• <i>Do Direito à percepção de verba de Representação pelos Juízes auxiliares da corregedoria de Justiça</i>	05	117
• <i>O Poder Interativo do Juiz Nos Contratos de Consumo</i>	06	141
• <i>Da capacidade para o exercício da Advocacia dos conciliadores e Juízes Leigos dos Juizados Especiais Cíveis</i>	07	139
• <i>Saúde como "contrato cativo de longa duração": aspectos referentes ao reajuste das mensalidades e ao Direito de rescisão</i>	08	99

	Núm.	p.
<b>DENISE FROSSARD</b>		
• <i>O papel do Judiciário no Estado Democrático</i>	06	155
<b>DJACI FALCÃO</b>		
• <i>Parecer. Mandado de segurança. Matéria Tributária. Imunidade</i>	05	501
• <i>Parecer. Matéria Tributária. Isenção.</i>	06	501
<b>DJASON B. DELLA CUNHA</b>		
• <i>Globalização e Ordem Jurídica: O dilema da cidadania nos Estados Periféricos</i>	07	151
• <i>O Direito como fato social: A racionalidade do método positivo</i>	09	141
• <i>A Cultura e o Direito: A dinâmica do fenômeno jurídico</i>	11	115
• <i>Biodireito: O novo direito face à Bioética</i>	13	093
<b>DOMINGOS TOCHETTO</b>		
• <i>Criminalística</i>	06	163
<b>EDIL BATISTA JÚNIOR</b>		
• <i>O Ilógico necessário (considerações acerca da crise da codificação Jusracionalista)</i>	13	111
<b>EDSON DE ARRUDA CÂMARA</b>		
• <i>O Direito achado na rua. Sinal dos tempos</i>	02	150
• <i>Governo e Estado Democrático de Direito. Caso Brasileiro</i>	03	111
<b>EDUARDO AUGUSTO PAURÁ PERES</b>		
• <i>Sentença Cível. Consignação em Pagamento. Anatocismo</i>	04	526
• <i>Sentença Cível. Rescisão de contrato com perdas e danos. Teoria da Imprevisão</i>	05	525
<b>EDUARDO GUILLIOD MARANHÃO</b>		
• <i>Sentença Cível. Direito do Consumidor. Ação de Obrigação de não fazer. Interrupção de Fornecimento de Energia Elétrica. Hospital. Legalidade.</i>	20	215



	Núm.	p.
<b>EDUARDO R. RABENHORST</b>		
• <i>Sujeito de Direito: Algumas considerações em torno do "Direito dos Animais"</i>	03	119
<b>ÉLSON ZOPELLARO MACHADO</b>		
• <i>Desforço In Continenti - Desforço Imediato</i>	07	189
• <i>Sentença Cível. Responsabilidade Civil. Objetiva. Fazenda Pública.</i>	20	229
<b>ELIANE DOS SANTOS M. MASCARENHAS</b>		
• <i>Sentença Cível: ressarcimento de danos</i>	03	559
<b>ELZANY CINTRA DE MORAIS</b>		
• <i>Curso de Crimes</i>	10	119
<b>EMANUEL BONFIM CARNEIRO AMARAL FILHO</b>		
• <i>Sentença Cível. Ação de Indenização por Danos Morais</i>	20	239
<b>EMMANUEL PEDRO S. G. RIBEIRO</b>		
• <i>Adoção à Brasileira: uma análise Sócio-jurídica</i>	06	181
<b>EMÍLIO GARCIA MENDEZ</b>		
• <i>Adolescentes em conflito com a Lei (Segurança Cidadã e Direitos Fundamentais)</i>	07	199
<b>EMÍLIO D'ALMEIDA LINS</b>		
• <i>Interpretação dos Contratos – Dirigismo e Relação Contratual de consumo</i>	15	219
<b>ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO</b>		
• <i>A Justiça do trabalho no Brasil e seu papel diante das transformações no mundo do trabalho</i>	02	201
• <i>François Geny: uma análise crítica de sua Filosofia do Direito</i>	05	127
• <i>Regulações coletivas de consumo e de Trabalho: as semelhanças em busca do equilíbrio social</i>	07	213

	Núm.	p.
<b>ESMAPE</b>		
• <i>Atividades desenvolvidas pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco</i>	02	500
• <i>Regulações coletivas de consumo e de Trabalho: As semelhanças em busca do Equilíbrio Social</i>	07	213
<b>ETÉRIO GALVÃO</b>		
• <i>O Juiz é um ser Político</i>	11	139
• <i>Apresentação</i>	11	21
• <i>Apresentação</i>	12	21
• <i>Apresentação</i>	13	17
<b>EUGÊNIA GIOVANNA SIMÕES INÁCIO CAVALCANTI</b>		
• <i>O Instituto do solo criado como instrumento de controle urbanístico</i>	06	201
• <i>O Partido Político como instrumento fundamental da democracia</i>	16/17	217
<b>EURICO DE BARROS CORREIA FILHO</b>		
• <i>Sentença Cível. Ação Ordinária de Nulidade de Cláusula de Testamento</i>	20	247
<b>FÁBIA AMARAL DE OLIVEIRA MELLO</b>		
• <i>A Prova Ilícita e a Possibilidade de sua Aplicação no Processo Penal</i>	15	247
<b>FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA</b>		
• <i>O Anti-Semitismo por Jean Paul Sartre</i>	08	107
<b>FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA</b>		
• <i>Democracia e Legalidade da Tributação na Constituição Federal de 1988</i>	04	181
• <i>O significado da constitucionalidade: notas para uma abordagem sociológica</i>	07	253
<b>FÁBIO EUGÊNIO D. OLIVEIRA LIMA</b>		
• <i>A competência relativa e sua declaração de ofício. Derrogação Imprópria da súmula 33 Do Stj em face do Código de Defesa do Consumidor</i>	04	204

	Núm.	p.
• <i>Sentença Cível. Ecad. Arrecadação de importâncias relativas a Direitos Autorais. Interesse Processual</i>	06	523
<b>FÁBIO ULHOA COELHO</b>		
• <i>Representação comercial: Globalização e Internet</i>	13	141
<b>FABIÓLA SANTOS ALBUQUERQUE</b>		
• <i>A Responsabilidade Civil e o Princípio do Poluidor - Pagador</i>	09	159
• <i>Mercosul - Mercado Comum - Realidade ou Utopia</i>	12	235
<b>FÁBIO MUNIZ GUERRA NERY</b>		
• <i>Da não incidência do ISS sobre os atos cooperativos</i>	18	251
<b>FÁTIMA NANCY ANDZIGHI</b>		
• <i>Da ação monitoria: Oopção do autor.</i>	01	9
• <i>Reflexões sobre o futuro código de Trânsito Brasileiro</i>	05	117
<b>FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO</b>		
• <i>O Lícito na Teoria Geral do Direito: uma Análise das Teorias de Kelsen e Pontes de Miranda</i>	12	259
<b>FERNANDO EDUARDO FERREIRA</b>		
• <i>Mandado de Segurança. Concurso Público. Prova. Controle de Legalidade. Impossibilidade de o Poder Judiciário se fazer substituir a Comissão Examinadora</i>	20	559
<b>FERNANDO JOSÉ PEREIRA DE ARAÚJO</b>		
• <i>Parecer CPRH</i>	08	473
<b>FERNANDO CERQUEIRA NORBERTO DOS SANTOS</b>		
• <i>Mandado de Segurança. Ato Legislativo. Câmara Municipal</i>	02	477
• <i>Sentença Tributária. Execução Fiscal</i>	08	455

	Núm.	p.
<b>FERNANDO MONTEIRO</b>		
• <i>Definição de Direito - uma ponte entre Flavio Lopez de Oñate e Luiz Recagens Siches</i>	16/07	229
<b>FLÁVIO AUGUSTO FONTES DE LIMA</b>		
• <i>A incidência dos serviços essenciais no código do consumidor</i>	01	202
• <i>“ Nos nossos dias não há crianças, mas moças de 12 anos”, estudo de um Julgamento do Supremo Tribunal Federal</i>	03	131
• <i>O Revolucionário Instituto da Suspensão do Processo (Primeiras Linhas)</i>	05	215
• <i>No novel Instituto da Suspensão do Processo, face ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência</i>	06	213
• <i>A eletricidade e o furto de energia</i>	07	291
• <i>Composição dos danos civis nas infrações penais de menor potencial ofensivo civilização do Direito Penal?</i>	08	121
• <i>Indeclinabilidade do Julgar</i>	10	153
<b>FRANCISCO ALVES DOS SANTOS JÚNIOR</b>		
• <i>O princípio da progressividade tributária na diminuição das diferenças, na terceira via e no consenso de Washington</i>	13	153
<b>FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA</b> <i>Ver Dário Rocha</i>		
<b>FRANCISCO DEMETRIUS P. DE OLIVEIRA</b>		
• <i>O problema do direito enquanto ciência</i>	12	285
<b>FRANCISCO RODRIGUES DA SILVA</b>		
• <i>Sentença criminal. Ação Penal Privada - alegação de ocorrência de crimes contra a honra de pessoa “referida” em depoimento firmado em sede de investigação levada a efeito por comissão parlamentar de inquérito - fato atípico e ilegitimidade ad causam - rejeição liminar</i>	20	575

	Núm.	p.
<b>FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES</b>		
• <i>Litigância de Má-fé. Condenação de Ofício: Restrições Indesejáveis, porém Inevitáveis</i>	05	237
• <i>Efetividade do processo, Conceitos Indeterminados e Direito Jurisprudencial</i>	18	271
• <i>Mandado de segurança, liquidez e certeza do direito material – interesse e pressuposto processuais</i>	19	117
<b>GERALDO PRADO</b>		
• <i>Realidade e disfunções do judiciário</i>	04	222
<b>GISELDA MARIA FERNANDES NOVAES HIRONAKA</b>		
• <i>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</i>	20	295
<b>GÜNTHER KAISER</b>		
• <i>La funcion de la criminalologia con respecto a la política legislativa penal</i>	05	251
<b>GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA</b>		
• <i>Jusnaturalismo e conhecimento Jurídico.</i>	03	149
• <i>Observações sobre a proposta de convocação de uma Assembléia Constituinte em 1999</i>	07	317
<b>HAILTON GONÇALVES DA SILVA</b>		
• <i>Sentença Criminal. Furto.</i>	20	583
<b>HÉLIO SÍLVIO OUREM CAMPOS</b>		
• <i>I. Confins: três questões tributárias</i>	01	74
• <i>Plano de Seguridade Social do Servidor Público Federal</i>	02	240
• <i>Os Princípios e o Direito</i>	03	177
• <i>Um Congresso em Homenagem a Geraldo Ataliba</i>	03	185
• <i>Da igualdade</i>	05	269
• <i>O INSS em debate</i>	06	243

	Núm.	p.
• <i>De 88 em diante</i>	07	339
• <i>Lourival Vilanova/Torquato Castro: causalidade e relação no Direito/Teoria da Situação Jurídica em Direito Privado Nacional</i>	12	313
• <i>Estado de Direito e Organização de Poderes – Uma Evolução Histórica</i>	16/17	281
• <i>O Estado de Direito no Século Xxi – Desafios e Opções</i>	18	283
• <i>Normas Gerais de Direito Tributário</i>	19	129
• <i>Segurança Jurídica: valores e expressões objetivas</i>	20	341
<b>HIDELBRANDO CAMPESTRINI</b>		
• <i>Linguagem Jurídica e Pós-Modernidade</i>	02	90
<b>HUGO CAVALCANTI MELO FILHO</b>		
• <i>Limitações Legais à autonomia privada coletiva,</i>	03	191
<b>HUMBERTO BARRETO URQUIZA</b>		
• <i>Análise da discussão doutrinária sobre aplicação da actio libera in causa, existência de responsabilidade penal objetiva e punibilidade a título de culpa, nos casos de crimes cometidos por agentes sob o estado de embriaguez completa, não acidental</i>	18	343
<b>HUMBERTO BRUNO DE ALMEIDA FERREIRA</b>		
• <i>Bioética e Direito. Introdução às problemáticas dos Avanços médico-científicos</i>	12	351
<b>HUMBERTO THEODORO JÚNIOR</b>		
• <i>As alterações do Código de Processo Civil Introduzidas pela Lei Nº 9.756 De 17-12-98</i>	09	177
• <i>Parecer – Mandato. Administrador. Poderes Gerais e Especiais. Interpretação. Excesso de Mandato. Ratificação</i>	11	455
• <i>Responsabilidade civil objetiva derivada de execução de medida cautelar ou medida de antecipação de tutela</i>	15	265
• <i>O regime do contrato (Típico) de agência e distribuição (representação comercial) no Novo Código Civil em cotejo com a situação Jurídica do contrato (Atípico) de concessão comercial. Indenizações cabíveis na extinção da relação contratual</i>	18	39

	Núm.	p.
<b>IDÍLIO OLIVEIRA DE ARAÚJO</b>		
• <i>Sentença Criminal. Homicídio Culposo</i>	09	431
<b>INÊS CRISTINA SELBMANN</b>		
• <i>Uma reflexão crítica acerca da visão dogmática de Direito</i>	07	367
• <i>Responsabilidade civil do empregador pelos atos ilícitos dos empregados</i>	08	151
• <i>Seriam o fortuito e a força maior excludentes da responsabilidade civil do estado?</i>	10	179
• <i>Responsabilidade Civil na prestação dos serviços essenciais</i>	12	373
<b>IRACEMA REBECA DE MEDEIROS FAZIO</b>		
• <i>Concurso de Pessoas</i>	08	169
<b>ISAÍAS ANDRADE LINS NETO</b>		
• <i>Quando a solução está no Judiciário</i>	09	203
• <i>Sentença. Poder Judiciário. Primeiro Juizado especial das relações de consumo – Recife-pe</i>	10	395
• <i>Varas especializadas em relações de consumo – uma exigência da Lei 8.078/90</i>	11	143
<b>ISABELA LINS CARVALHO DE AGUIAR</b>		
• <i>A natureza dos embargos no procedimento monitorio: uma análise dos efeitos decorrentes da ausência de impugnação</i>	19	149
<b>ISABELLE AMORIM DE MORAES</b>		
• <i>Concurso de Crimes</i>	08	195
<b>IVAN LUIZ DA SILVA</b>		
• <i>Crime organizado: enfoques conceituais e criminológicos</i>	05	315
• <i>O Judiciário e o princípio da insignificância em matéria vriminal</i>	16/17	311

	Núm.	p.
<b>IVES GANDRA DA SILVA MARTINS</b>		
• <i>Os depósitos em Instituições Financeiras à luz do (Parágrafo) 30 do artigo 164 da Constituição Federal</i>	13	205
• <i>Inteligência do artigo 199, § 3º, da C.f. - Hipóteses em que o capital estrangeiro pode ser admitido na assistência à saúde – parecer</i>	15	625
<b>IVO DANTAS</b>		
• <i>Servidor Público, aposentadoria e direito adquirido</i>	03	201
• <i>As denominadas famílias de direito. Civil Law e Common Law: semelhanças e dessemelhanças</i>	11	151
<b>ITAMAR DIAS NORONHA FILHO</b>		
• <i>Um Resgate do pensamento Jurídico Brasileiro: a genialidade do Jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas</i>	19	191
<b>JACKSON BORGES DE ARAÚJO</b>		
• <i>Mandado de Segurança: da Norma de Tratado Internacional como norma Constitucional.</i>	03	571
• <i>Mandado de Segurança. da prova por presunção e o Direito de ampla defesa</i>	06	191
• <i>Do Direito do Estado ao Estado de Direito: uma abordagem sociológica sobre a (Im)Possibilidade do Pluralismo Jurídico nas sociedades periféricas</i>	07	383
<b>JANEIDE OLIVEIRA DE LIMA</b>		
• <i>Tráfico de homens para a prostituição.</i>	03	215
• <i>A criança e a agravante genérica do Art. 61 do Código Penal</i>	06	249
• <i>Produtos que causam e que podem causar dependência física ou psíquica: perspectiva crítica</i>	08	223
<b>J.E. CARREIRAALVIM</b>		
• <i>Ação Civil Pública e o Direito Difuso à Segurança Pública</i>	16/17	325

	Núm.	p.
<b>JOÃO ALFREDO DOS ANJOS</b>		
• <i>Organização Internacional do trabalho (Oit) - antecedentes, composição e funcionamento</i>	05	337
<b>JOÃO ARMANDO COSTA MENEZES</b>		
• <i>Da redefinição da capacidade civil e seu efeito revogador em relação aos artigos 15, 194, 262 e 564 Código de Processo Penal</i>	19	209
<b>JOÃO MAURÍCIO L. ADEODATO</b>		
• <i>Filosofia do Direito e dogmática Jurídica</i>	01	266
• <i>A "Concretização Constitucional" de Friedrich Müller</i>	03	233
• <i>Modernidade e Direito</i>	06	255
<b>JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA</b>		
• <i>Alternatividade e retórica no direito: para além do embate ideológico</i>	05	383
• <i>A caracterização do objeto da ciência do direito e o seu problema Hermenêutico-decisório</i>	07	405
• <i>Jurisdição e Direitos Fundamentais: a proposta do garantismo Jurídico como superação do formalismo Kelseniano</i>	15	297
<b>JOÃO PAULO CORDEIRO CAVALCANTI</b>		
• <i>O direito como ferramenta de melhoria da qualidade de vida dos portadores de Sida</i>	18	357
<b>JOAQUIM CORREIA DE CARVALHO JÚNIOR</b>		
• <i>Nós e os Juízes</i>	05	357
<b>JOAQUIM LUSTOSA FILHO</b>		
• <i>Parecer. Taxa de Prevenção e extinção de incêndio do Estado de Pernambuco. Taxa de Limpeza Pública do município do Recife. Inconstitucionalidade. Inteligência dos Arts. 144 E 145 da Constituição da República</i>	11	48

	Núm.	p.
<b>JOILSON ANDRADE DE SOUZA</b>		
• <i>Empréstimo compulsório – conseqüências decorrentes de sua caracterização Jurídica</i>	18	383
• <i>Transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. Regulamentação</i>	20	381
<b>JOEL J. CÂNDIDO</b>		
• <i>Da elaboração, pela Ordem dos Advogados do Brasil, de lista sêxtupla de advogados para Integrar os Tribunais Eleitorais</i>	15	327
<b>JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA</b>		
• <i>Sentença Cível: Processo N.º 1.178/93</i>	01	230
• <i>Sentença Cível. Direito do Consumidor Relação de Consumo. Rescisão Contratual cumulada com perdas e danos</i>	02	467
• <i>Sentença Cível: ação para anulação de doação</i>	03	589
• <i>Sentença Cível. Direito Comercial e Processual Civil. Título de Crédito</i>	05	623
• <i>Sentença Cível. Responsabilidade Civil. Infecção Hospitalar</i>	09	457
• <i>Sentença Cível. Seguro de vida.</i>	10	409
• <i>Sentença Cível: Nome comercial. Marca. Registros na junta comercial e no Inp.i colidência. Empresas da mesma área de Atuação</i>	11	505
• <i>Sentença Cível. Responsabilidade Civil Contratual. Dano Moral Perfeitamente Caracterizado</i>	14	625
• <i>Direito Comercial. Factoring – Exigência de garantia do faturizado. Impossibilidade.</i>	16/17	619
• <i>Sentença: Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais. Erro de Diagnóstico</i>	18	585
• <i>Sentença Cível: Prestação de Serviços Contrato de Êxito. Condição Suspensiva Direito Eventual</i>	19	613

	Núm.	p.
• <i>Sentença Cível. Cessão de ações de sociedade por quotas de responsabilidade limitada – ato praticado por procurador com poderes para alienação para si próprio – caracterização do auto-contrato – nulidade do ato.</i>	20	255
<b>JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO</b>		
• <i>Sentença Cível: embargos à execução</i>	16/17	635
• <i>Sentença cível. Despejo. Falta de pagamento. Pedido cumulado com cobrança. dívida “portable”.</i>	20	267
<b>JOSÉ ARTEIRO VIEIRA DE MELLO</b>		
• <i>A Responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade Jurisdicional</i>	15	349
<b>JOSÉ AUGUSTO DELGADO</b>		
• <i>Reflexões sobre os efeitos da tutela antecipada</i>	03	233
<b>JOSÉ DE MOURA ROCHA</b>		
• <i>Ação de Locupletamento. Destaque no Direito Cambiário ( Enriquecimento Ilícito)</i>	03	261
• <i>Prova Ilícita e Constituição</i>	04	229
• <i>Código de Processo Civil (Reflexões-alterações-inovações)</i>	06	275
• <i>Constituição, Interpretação, costume</i>	07	449
<b>JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO</b>		
• <i>A reutilização de documentos do Sector Público</i>	19	219
<b>JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO</b>		
• <i>Embargos de declaração de efeito modificativo</i>	20	399
<b>JOSÉ CARLOS DE ARRUDA DANTAS</b>		
• <i>Controle de Constitucionalidade de Leis: aspectos doutrinários</i>	07	429
• <i>A (Des) necessidade da firma reconhecida no Instrumento Procuratório “Ad Judicia”</i>	08	233

	Núm.	p.
• <i>Tutela Cautelar &amp; Tutela Antecipatória: Elementos de Distinção</i>	09	211
• <i>A Cobrança Judicial da Pena Pecuniária no Estado de Pernambuco</i>	12	383
• <i>A (In)Constitucionalidade da Exigência do depósito Recursal Prévio como pressuposto de admissibilidade Recursal</i>	15	399
<b>JOSÉ DURVAL DE LEMOS LINS FILHO</b>		
• <i>O Legado das Teorias Bioantropológicas da criminalidade</i>	19	247
<b>JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM</b>		
• <i>Tutela antecipada <u>antes</u> da sentença e tutela antecipada <u>na</u> sentença de mérito</i>	15	417
<b>JOSÉ FERNANDES DE LEMOS</b>		
• <i>Direito Eleitoral: Investigação Judicial. Abuso do Poder Econômico. Prática do Clientelismo</i>	03	603
<b>JOSÉ JANGUIÊ BEZERRA DINIZ</b>		
• <i>Os embargos infringentes à luz da Lei 8.950/94</i>	02	339
• <i>Formas de solução dos conflitos trabalhistas no Brasil</i>	03	287
• <i>Princípios Constitucionais do Processo.</i>	05	405
• <i>O valor da justiça</i>	06	301
• <i>Perspectivas da Justiça do trabalho numa sociedade globalizada</i>	07	481
<b>JOSÉ LEBRE DE FREITAS</b>		
• <i>A acção popular no Direito Português</i>	16/17	345
<b>JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA</b>		
• <i>A função do juiz</i>	01	184
<b>JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO</b>		
• <i>As novas tecnologias e os Direitos de Exploração das obras Intelectuais.</i>	12	403
• <i>O Futuro do “Direito Moral”</i>	16/17	377

	Núm.	p.
• <i>Sentença Cível. Cessão de ações de sociedade por quotas de responsabilidade limitada – ato praticado por procurador com poderes para alienação para si próprio – caracterização do auto-contrato – nulidade do ato.</i>	20	255
<b>JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO</b>		
• <i>Sentença Cível: embargos à execução</i>	16/17	635
• <i>Sentença cível. Despejo. Falta de pagamento. Pedido cumulado com cobrança. dívida “portable”.</i>	20	267
<b>JOSÉ ARTEIRO VIEIRA DE MELLO</b>		
• <i>A Responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade Jurisdicional</i>	15	349
<b>JOSÉ AUGUSTO DELGADO</b>		
• <i>Reflexões sobre os efeitos da tutela antecipada</i>	03	233
<b>JOSÉ DE MOURA ROCHA</b>		
• <i>Ação de Locupletamento. Destaque no Direito Cambiário ( Enriquecimento Ilícito)</i>	03	261
• <i>Prova Ilícita e Constituição</i>	04	229
• <i>Código de Processo Civil (Reflexões-alterações-inovações)</i>	06	275
• <i>Constituição, Interpretação, costume</i>	07	449
<b>JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO</b>		
• <i>A reutilização de documentos do Sector Público</i>	19	219
<b>JOSÉ BAPTISTA DE ALMEIDA FILHO</b>		
• <i>Embargos de declaração de efeito modificativo</i>	20	399
<b>JOSÉ CARLOS DE ARRUDA DANTAS</b>		
• <i>Controle de Constitucionalidade de Leis: aspectos doutrinários</i>	07	429
• <i>A (Des) necessidade da firma reconhecida no Instrumento Procuratório “Ad Judicia”</i>	08	233

	Núm.	p.
• <i>Tutela Cautelar &amp; Tutela Antecipatória: Elementos de Distinção</i>	09	211
• <i>A Cobrança Judicial da Pena Pecuniária no Estado de Pernambuco</i>	12	383
• <i>A (In)Constitucionalidade da Exigência do depósito Recursal Prévio como pressuposto de admissibilidade Recursal</i>	15	399
<b>JOSÉ DURVAL DE LEMOS LINS FILHO</b>		
• <i>O Legado das Teorias Bioantropológicas da criminalidade</i>	19	247
<b>JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM</b>		
• <i>Tutela antecipada <u>antes</u> da sentença e tutela antecipada <u>na</u> sentença de mérito</i>	15	417
<b>JOSÉ FERNANDES DE LEMOS</b>		
• <i>Direito Eleitoral: Investigação Judicial. Abuso do Poder Econômico. Prática do Clientelismo</i>	03	603
<b>JOSÉ JANGUIÊ BEZERRA DINIZ</b>		
• <i>Os embargos infringentes à luz da Lei 8.950/94</i>	02	339
• <i>Formas de solução dos conflitos trabalhistas no Brasil</i>	03	287
• <i>Princípios Constitucionais do Processo.</i>	05	405
• <i>O valor da justiça</i>	06	301
• <i>Perspectivas da Justiça do trabalho numa sociedade globalizada</i>	07	481
<b>JOSÉ LEBRE DE FREITAS</b>		
• <i>A ação popular no Direito Português</i>	16/17	345
<b>JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA</b>		
• <i>A função do juiz</i>	01	184
<b>JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO</b>		
• <i>As novas tecnologias e os Direitos de Exploração das obras Intelectuais.</i>	12	403
• <i>O Futuro do “Direito Moral”</i>	16/17	377

	Núm.	p.
<b>JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES NETO</b>		
• <i>Regulação administrativa de serviços públicos de telecomunicações e proteção ao consumidor: Uma breve análise</i>	14	255
<b>JOSÉ RAIMUNDO DOS SANTOS COSTA</b>		
• <i>O empresário individual – a introdução da teoria da empresa no Direito Comercial Brasileiro pela Lei Nº 10.406, de 10.01.2002 (o novo Código Civil Brasileiro) – Pressupostos Legais para o exercício individual da empresa</i>	19	263
<b>JOSÉ REGINALDO PEREIRA GOMES FILHO</b>		
• <i>Icms de Pernambuco, Importação e Exportação</i>	15	427
<b>JOSÉ RENATO NALINI</b>		
• <i>O Juiz e seu modo ético de ser</i>	01	211
• <i>Passado, presente e futuro da Escola da Magistratura</i>	02	28
• <i>Escolas da Magistratura no Brasil: Aspecto Organizativo Institucional</i>	03	325
• <i>A vontade do constituinte na formação do Juiz Brasileiro</i>	06	337
<b>JOSÉ ROBERTO MOREIRA</b>		
• <i>Sentença Criminal. Estelionato.</i>	20	597
<b>JOSÉ SOARES FILHO</b>		
• <i>Algumas observações acerca da substituição processual</i>	01	107
• <i>O Brasil frente à OIT: a denúncia da convenção 158</i>	04	259
<b>JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES</b>		
• <i>Legalidade e Isonomia Tributária: a questão da sua demarcação</i>	02	262
• <i>Significação do princípio da isonomia na constituição de 1988</i>	03	311

	Núm.	p.
<b>JOSÉ VIANA ULISSES FILHO</b>		
• <i>Anterioridade da Lei Tributária e o Princípio da Isonomia: reflexões críticas</i>	01	145
• <i>Lex Mercatória, arbitragem e contratos econômicos: novas perspectivas Internacionais</i>	02	310
• <i>O Art. 6º da Lei Nº 9.099/95: a caminho de uma Interpretação alternativa do Direito.</i>	03	355
• <i>Sentença Cível. Direito Administrativo. Licitação. Nulidade</i>	05	561
• <i>Evolução Histórico-constitucional do Sistema Tributário Nacional e das Limitações ao Poder de Tributar</i>	16/17	409
• <i>Sentença Direito Constitucional e Direito Civil Responsabilidade Civil por Danos Morais e Materiais</i>	19	621
• <i>Sentença Tributária. ICM ou ICMS</i>	20	635
<b>JUSTIÇA PÚBLICA</b>		
• <i>Sentença Criminal - Processo Nº 5.336/92</i>	01	292
<b>KATARYNA JUST DA COSTA E SILVA</b>		
• <i>A “Reincidência” no Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003): Novatio Legis in Melius</i>	20	413
<b>KATARINE KEIT GUIMARÃES FONSECA DE FARIA</b>		
• <i>A utilização da Ação Civil Pública no Controle de Constitucionalidade – usos e abusos</i>	13	235
<b>KÉZIA MILKALYRA DE OLIVEIRA</b>		
• <i>O Exaurimento da Instância Fiscal como condição de Procedibilidade da Ação Penal</i>	12	441
<b>KYLCE ANNE DE ARAÚJO PEREIRA</b>		
• <i>O Direito e o Processo de Trabalho na Sociedade Periférica: Flexibilização</i>	10	209
• <i>Discrecionalidade Administrativa e Controle Judicial: Argumentação Entimemática e Conceitos Jurídicos Indeterminados</i>	11	229



	Núm.	p.
<b>LÊNIO LUIZ STRECK</b>		
• <i>Os meios de acesso do cidadão à Jurisdição Constitucional, a Arguição de descumprimento de preceito Fundamental e a Crise de Efetividade da Constituição</i>	13	257
<b>LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA</b>		
• <i>A Arbitragem e o Princípio do Juiz Natural.</i>	04	282
• <i>Possibilidade de ser concedido efeito suspensivo ao agravo de instrumento</i>	07	501
<b>LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO</b>		
• <i>Decisão Interlocutória. Processo de Arrolamento. Imposto Causa Mortis</i>	02	490
• <i>Processual Civil: Exceção de Suspeição de Magistrado</i>	03	625
<b>LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA</b>		
• <i>A Inconstitucionalidade do Art. 27 da Lei N. 9868/99 quanto ao regulamento processual dos efeitos do provimento final em sede de controle abstrato</i>	13	291
<b>LUCIANA FERNANDES PORTAL DE LIMA</b>		
• <i>Ordem Jurídica Internacional: superação da soberania ou apenas modificação de sua conceituação Jurídica?</i>	16/17	463
<b>LUCIANA HELENA SANTOS</b>		
• <i>União estável - efeitos sucessórios e patrimoniais</i>	12	465
• <i>A responsabilidade civil médica decorrente de cirurgias plásticas</i>	19	295
<b>LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES</b>		
• <i>O estado administrador e a integração econômica</i>	08	247
<b>LUCIANO MARINHO DE BARROS E SOUZA FILHO</b>		
• <i>Multas astreintes: um intuito controvertido.</i>	16/17	489

	Núm.	p.
<b>LUCIENE LACERDA SILVA MENDES</b>		
• <i>A convalidação da prova ilícita no processo em face da aplicação do princípio da proporcionalidade.</i>	14	287
<b>LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA</b>		
• <i>O dever de cooperação dos Juízes e tribunais com as partes – uma análise sob a ótica do direito comparado (Alemanha, Portugal e Brasil).</i>	11	247
• <i>A culpa como fator para fixação dos efeitos do divórcio: uma breve análise do direito vigente e do projeto de código civil sob a ótica do direito comparado.</i>	12	495
• <i>Breves considerações acerca da audiência preliminar e tentativa de conciliação no Processo Civil Brasileiro (ênfase comparatístico).</i>	13	311
• <i>A antecipação de tutela na execução.</i>	14	311
• <i>A sucumbência como critério para a condenação nas despesas processuais: uma análise sob a ótica do direito comparado</i>	19	317
• <i>A importância do dever de expor os fatos de acordo com a verdade no panorama histórico-evolutivo do processo civil mundial</i>	20	419
<b>LUDMILA CAMINHA BARROS</b>		
• <i>Direito de Propriedade e Preservação Ambiental.</i>	18	403
<b>LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO</b>		
• <i>Direito alternativo X uso alternativo do direito: um falso dilema na realidade atual Brasileira.</i>	15	451
• <i>Sentença cível. Ação Civil Pública relativa aos interesses difusos de crianças e adolescentes</i>	20	281
<b>LUIZ CARLOS DE FREITAS MEDEIROS</b>		
• <i>Agravo regimental em mandado de segurança.</i>	11	275

	Núm.	p.
<b>LUIZ CARLOS VIEIRA DE FIGUEIREDO</b>		
• <i>Da inaplicabilidade dos limites mínimos e máximos da idade nos concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura no Estado de Pernambuco.</i>	14	331
<b>LUIZ DE FREITAS LIMA</b>		
• <i>A construção civil é atividade civil.</i>	12	511
• <i>Arrepio à Lei do cheque.</i>	14	345
• <i>O código comercial Brasileiro sobrevive.</i>	16/17	513
<b>LUIZ FERNANDO DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME</b>		
• <i>A Crise do Direito – a mediação e a arbitragem como novos caminhos a serem percorridos pelo operador do direito</i>	20	455
<b>LUIZ MÁRIO DE GÓES MOUTINHO</b>		
• <i>Sentença Cível Indenização por Danos Morais</i>	19	641
• <i>Sentença cível. Ação indenizatória contra companhia energética de pernambuco – Celpe</i>	20	345
<b>LUIZ VICENTE CERNICCHIARO</b>		
• <i>Interceptação Telefônica.</i>	04	296
<b>MARCELO A. RODRIGUES</b>		
• <i>O Princípio da Prevenção e a Utilização de Liminares no Direito Ambiental Brasileiro.</i>	04	101
<b>MARCÍLIO FLORÊNCIO MOTA</b>		
• <i>A Intervenção do agente público na ação para Ressarcimento de danos movida pelo administrado em face da administração ou da Pessoa Jurídica de Direito Privado Prestadora de Serviços Públicos.</i>	09	247
<b>MARCO MACIEL</b>		
• <i>Arbitragem e Modernização Institucional.</i>	04	312
<b>MARCOS ANTÔNIO NERY DE AZEVEDO</b>		
• <i>O problema do conhecimento e a Cientificidade do Direito.</i>	03	375

	Núm.	p.
<b>MARIA ADELAIDE MONTEIRO DE ABREU</b>		
• <i>Embargos da Ação Monitória. Natureza jurídica e não aplicabilidade dos efeitos da revelia ao autor/embargado que sobre eles não se manifesta.</i>	14	357
<b>MARIA ANGELES AHUMADA RUIZ</b>		
• <i>¿ Influyen los votos particulares en la eficacia de las sentencias ?</i>	15	483
<b>MARIA ANTONIETA LYNCH DE MORAES</b>		
• <i>O trespass: a alienação do estabelecimento empresarial e a cláusula de não restabelecimento.</i>	14	381
• <i>Notas sobre o tratamento do estabelecimento comercial no novo Código Civil.</i>	15	535
• <i>Marca – bem incorpóreo protegido pelo Direito Industrial.</i>	18	417
<b>MARIA BERENICE DIAS</b>		
• <i>Alimentos, ônus e encargos</i>	19	361
<b>MARIA BETÂNIA SILVA</b>		
• <i>Ação Civil Pública e a Arguição de Inconstitucionalidade de Leis.</i>	02	446
• <i>Um novo controle de constitucionalidade de leis em projeto.</i>	04	318
• <i>Sobre a arguição de Inconstitucionalidade em Sede de Ação Civil Pública: desdobramento de uma polêmica.</i>	07	511
<b>MARIA CARLA DE GÓES MOUTINHO</b>		
• <i>O código de barras como mitigador do direito à informação</i>	19	367
<b>MARIA DAS GRAÇAS SERAFIM COSTA</b>		
• <i>Considerações acerca do dano ao meio ambiente</i>	18	439

	Núm.	p.
<b>MARIA DE FÁTIMA DE CARVALHO FALCÃO</b>		
• <i>Considerações sobre a palavra justiça.</i>	08	299
• <i>A culpa strito sensu, como elemento da culpabilidade.</i>	10	233
<b>MARIA D'LARA SIQUEIRA DE MELO BORGES</b>		
• <i>A norma jurídica e sua interpretação.</i>	08	283
• <i>As contribuições para fiscais no direito do trabalho.</i>	09	267
<b>MARIA HELENA DE CASTRO OLIVEIRA</b>		
• <i>O princípio da insignificância.</i>	10	263
<b>MARIA TEREZA PEREZ DE ALMEIDA</b>		
• <i>Considerações acerca do dano ao meio ambiente</i>	18	439
<b>MARIANA VIEIRA SARMENTO</b>		
• <i>A subsistência do agravo de instrumento após sentença</i>	18	459
<b>MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO</b>		
• <i>O papel dos cônjuges sob uma perspectiva constitucional.</i>	13	345
<b>MARINA RUTH S. DE ASSUNÇÃO</b>		
• <i>Estupro e Justiça Criminal: uma abordagem sociojurídica acerca dos Julgamentos de crimes de estupro</i>	20	481
<b>MÁRIO ANTONIO LOBATO DE PAIVA</b>		
• <i>Direito de Trabalho Mínimo.</i>	12	525
• <i>O impacto da alta Tecnologia e a informática nas relações de trabalho na América do Sul.</i>	14	403
<b>MARUPIRAJA RAMOS RIBAS</b>		
• <i>Danos Morais.</i>	07	527
• <i>Sentença Cível. indenização por Danos Morais.</i>	09	475
• <i>A despenalização no Direito Penal e seus reflexos constitucionais.</i>	11	283

	Núm.	p.
<b>MAURÍCIO RANDS</b>		
• <i>Do garantismo individual ao garantismo de administração coletiva.</i>	04	344
<b>MAURÍCIO GOMM SANTOS</b>		
• <i>Formas alternativas para solução de litígios.</i>	02	190
<b>MAYRA MARINHO</b>		
• <i>Existe possibilidade de hierarquização de princípios constitucionais? uma análise doutrinária</i>	19	403
<b>MICHELE TARUFFO</b>		
• <i>Dimensões Transculturais da Justiça Civil.</i>	11	291
• <i>Legalidade e Justificativa da Criação Judiciária do Direito.</i>	14	431
<b>NALVA CRISTINA CAMPELLO</b>		
• <i>Sentença Cível: Reparação de Danos.</i>	03	639
<b>NAPOLEÃO TAVARES</b>		
• <i>Apresentação.</i>	01	05
• <i>Apresentação.</i>	02	11
• <i>Apresentação.</i>	03	09
• <i>Apresentação.</i>	04	11
• <i>Apresentação.</i>	05	13
• <i>Apresentação.</i>	06	13
• <i>Agravo de instrumento. Interceptação e gravação de conversas telefônicas.</i>	06	549
<b>NATÁLIA ASSIS MELO</b>		
• <i>A problemática da indenização decorrente da rescisão do contrato de distribuição em razão do tratamento dado pelo novo Código Civil.</i>	15	545
<b>NELSON SALDANHA</b>		
• <i>Sobre a Teoria Geral do Direito Civil.</i>	03	409
• <i>Em torno dos valores Jurídicos.</i>	04	356

	Núm.	p.
• <i>O estado em questão: presente e futuro.</i>	07	533
• <i>Direitos Humanos: considerações, histórico-críticas.</i>	08	317
• <i>Pensamento jurídico, raciocínio e argumentação</i>	11	345
• <i>O racionalismo moderno e a teoria do poder constituinte</i>	18	481
<b>NILDO NERY DOS SANTOS</b>		
• <i>As jurisdições comunitárias.</i>	01	99
• <i>A evolução histórica da criminologia.</i>	02	124
• <i>Desemprego e violência.</i>	04	371
<b>NILSON GUERRA NERY</b>		
• <i>Sentença: Ação ordinária de revisão de cláusulas contratuais, cumulada com indenização por perdas e Danos Morais e Materiais com pedido de antecipação de Tutela.</i>	18	595
• <i>Sentença Cível. Ação de indenização por danos morais e materiais</i>	20	597
<b>NILZA ROSELI SOARES DA FONSECA</b>		
• <i>Uma visão crítica do entendimento do STF Acerca da não obrigatoriedade da Submissão ao exame de DNA nas ações de investigação de paternidade.</i>	20	509
<b>NIVALDO MULATINHO FILHO</b>		
• <i>Sentença Penal. denúncia de crimes Hediondos. Tentativa de estupro. concurso Material de crimes. Latrocínio consumado.</i>	11	517
• <i>Sentença criminal denúncia contra seis Policiais Militares. Tortura e outras condutas delituosas. lesões corporais gravíssimas da vítima.</i>	12	633
<b>OG FERNANDES</b>		
• <i>Juizados Criminais: O processo de resultados.</i>	01	287

	Núm.	p.
<b>OLNEY QUEIROZ ASSIS</b>		
• <i>A Sociedade contratual e o sócio incapaz (Incapacidade Superveniente) no Código Civil De 2002: Uma evidente inconstitucionalidade</i>	18	487
<b>PALHARES MOREIRA REIS</b>		
• <i>O Sistema partidário pluralista e democrático.</i>	09	283
• <i>Noção de povo na constituição de 1988.</i>	11	357
• <i>A Supremacia Constitucional do modelo Inglês e sua repercussão na Colônia Americana.</i>	13	367
<b>PATRÍCIA CARNEIRO TAVARES</b>		
• <i>Da execução das penas aplicáveis à pessoa jurídica.</i>	12	537
<b>PATRÍCIA XAVIER DE FIGUEIRÊDO LIMA</b>		
• <i>Sentença Cível. ação de indenização por danos materiais e morais. responsabilidade civil contratual.</i>	20	401
<b>PAULA OLIVEIRA MENDONÇA</b>		
• <i>Princípios processuais, importância de seu estudo para o Direito Processual.</i>	09	301
<b>PAULO CÉSAR MAIA PORTO</b>		
• <i>O estatuto da criança e do adolescente e a repressão aos atos infracionais.</i>	03	419
• <i>Poder reformador da constituição: natureza jurídica e limites.</i>	05	439
<b>PAULO CÉSAR SANTOS BEZERRA</b>		
• <i>In(tolerância) e processo sobre as in (Flexibilidades) procedimentais e seus reflexos na efetividade do Processo.</i>	14	457
<b>PAULO LUIZ NETTO LÔBO</b>		
• <i>Questões de Direito nos contratos de consumo e a Súmula Nº 05 - Stj.</i>	05	465
• <i>Igualdade conjugal - Direitos e deveres.</i>	06	361

**PAULO VICTOR VASCONCELOS DE ALMEIDA**

- *Decisão Criminal. Contravenção. Jogo do Bicho. Princípios da adequação Social, da Isonomia e da equidade. Ausência de reprovabilidade Social da conduta. Falta Justa causa para ação penal. Rejeição da Denúncia* 19 683

**PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA**

- *Da dimensão da legitimidade processual dos partidos políticos.* 02 374

**PRISCILA DE OLIVEIRA**

- *Embriões excedentários e suas implicações jurídicas* 20 533

**RAFAEL JOSÉ DE MENEZES**

- *As virtudes do juiz professor de direito* 13 377

**RAFAELLA OLIVEIRA PINTO DE CAMPOS**

- *A Finalidade da pena privativa de liberdade no sistema Jurídico Brasileiro: um caminho para a Recuperação Social do preso?* 16/17 533

**RAÚL HORACIO OJEDA**

- *O impacto da alta tecnologia e a informática nas relações de trabalho na América do Sul.* 14 403

**REGINA CÉLIA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO**

- *Latrocínio. Preterdolo e dolo eventual. características.* 14 479

**RENATA CRISTINA OTHON LACERDA DE ANDRADE**

- *A manifestação de vontade nos contratos entre sistemas eletrônicos* 18 495

**RENATA FIGUEIRÊDO ALVES**

- *Embargos de declaração* 19 437
- *Da necessidade de relativização da coisa julgada material* 20 555

**RENATO PINHEIRO FILHO**

- *O princípio da oralidade no processo civil - a utilização da forma de comunicação oral e a concentração dos atos processuais numa perspectiva de conferir maior celeridade ao processo.* 10 305

**RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA**

- *O controle de constitucionalidade das leis (Direito Comparado).* 04 386

**RICARDO DE OLIVEIRA PAES BARRETO**

- *Sentença Cível. Ação de Procedimento ordinário com pedido de antecipação de Tutela - Procedência - Revisão de cláusula contratual. Alteração de dólar Norte-Americano para o INPC.* 11 533
- *Possibilidade de concessão ou negativa de tutela antecipada na sentença: adequação recursal.* 15 561
- *A preclusão extintiva do direito no processo coercitivo: suas excludentes.* 16/17 559
- *Limitação Funcional: Matérias devolvidas ao conhecimento do tribunal na apelação* 18 515
- *Da possibilidade do julgamento da causa madura em sede de embargos infringentes* 19 467
- *O Alcance do interesse processual: um enfoque instrumental* 20 583

**RICARDO SILVEIRA RIBEIRO**

- *Constituição econômica: uma revisão histórico-conceitual.* 10 281

**RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS**

- *A Justiça Militar no olho do furacão.* 01 407
- *O Direito Penal Militar e a utilização do Princípio da Insignificância pelo Ministério Público.* 02 161
- *O uso alternativo do Direito Penal Privado: Algumas observações sobre a sua possibilidade.* 04 413

	Núm.	p.
<b>ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES</b>		
• <i>Liberalismo e democracia o paradoxo entre liberdade e justiça; igualdade e direito.</i>	08	335
• <i>Responsabilidade Civil: A ressarcibilidade do dano moral no Direito Brasileiro.</i>	11	367
<b>ROBERTO MAGALHÃES</b>		
• <i>O Poder Judiciário e as Políticas Públicas.</i>	06	381
<b>ROBERVAL ROCHA FERREIRA FILHO</b>		
• <i>Lançamento Tributário: não aplicação de preclusões Processuais à reformacio in Melius</i>	19	481
<b>ROMUALDO MARQUES COSTA</b>		
• <i>Punibilidade e norma penal.</i>	01	131
• <i>Punibilidade e conceito de crime.</i>	02	134
• <i>Punibilidade e conceito de pena.</i>	03	455
<b>ROQUE DE BRITO ALVES</b>		
• <i>Alguns aspectos da prova em matéria criminal.</i>	12	565
• <i>Inimputabilidade penal por anormalidade mental.</i>	14	495
<b>ROSA CÍCERO CORREIA</b>		
• <i>Hermenêutica constitucional e o princípio da proporcionalidade aplicados aos Direitos Fundamentais.</i>	18	547
<b>ROSA MARIA A. NERY</b>		
• <i>O princípio da prevenção e a utilização de liminares no Direito Ambiental Brasileiro.</i>	04	101
<b>ROSÂNGELA ARAÚJO VIANA</b>		
• <i>A ressocialização como alternativa para o Progresso do Direito no Brasil.</i>	02	419
• <i>A História do Poder Judiciário em Pernambuco</i>	19	505

	Núm.	p.
<b>RUY TREZENA PATU JÚNIOR</b>		
• <i>Centro de Conciliação e Arbitragem.</i>	01	421
• <i>Mediação, Conciliação e Arbitragem alternativas à Prestação Jurisdicional Convencional.</i>	02	272
• <i>A essência, a ética do contrato de trabalho. Um breve ensaio crítico sobre a Institucionalização da relação de emprego pela ordem jurídica</i>	03	469
• <i>Sentença Cível. Direito Tributário. embargos do devedor.</i>	04	544
• <i>Sistema de defesa social integrado: por um controle da criminalidade mais articulado e próximo da comunidade.</i>	14	503
• <i>Sentença Cível. Ação de cumprimento de obrigação de fazer, combinada com perdas e danos. Contrato de compra e venda. Hipoteca</i>	20	407
<b>SAMUEL HORÁCIO DE OLIVEIRA</b>		
• <i>Juros elevados: inconstitucionalidade e lesão nos contratos.</i>	09	343
<b>SANTIAGO REIS</b>		
• <i>Voto. Ação declaratória de existência e dissolução de sociedade de fato, cumulada com partilha de bens</i>	14	635
<b>SÁVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA</b>		
• <i>A imprensa e o judiciário.</i>	02	393
<b>SAULO RAMOS</b>		
• <i>Reforma do Judiciário - efeito vinculante das decisões dos tribunais superiores.</i>	09	367
<b>SOLANGE SOUTO</b>		
• <i>Formalidade e informalidade no controle social pelo direito.</i>	04	435
• <i>A Sociologia do direito no Brasil: os anos de início de consolidação.</i>	05	079

	Núm.	p.
<b>SÉRGIO BERMUDEZ</b>		
• <i>A súmula vinculante e a independência jurídica do juiz.</i>	06	391
<b>SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA</b>		
• <i>A menor de catorze anos e o delito de estupro.</i>	04	429
<b>SÉRGIO TORRES TEIXEIRA</b>		
• <i>A criação do direito no exercício da atividade judicante.</i>	08	367
• <i>Assédio sexual no ambiente de trabalho: competência da Justiça do trabalho para o Julgamento de ação indenizatória.</i>	13	385
<b>SIDNEY SANCHES</b>		
• <i>Aspectos processuais do controle de constitucionalidade.</i>	03	511
<b>SÍLVIO NEVES BAPTISTA</b>		
• <i>Ensaio sobre a teoria do fato danoso.</i>	02	177
• <i>Conceito do Direito Civil.</i>	07	545
• <i>A força obrigatória dos contratos e a imprevisibilidade extraordinária.</i>	16/17	573
<b>SIMONE FLORÊNCIO COSTA</b>		
• <i>Perda da propriedade por interesse social na ação do proprietário: natureza jurídica e seus aspectos civis, processuais e constitucionais</i>	20	603
<b>STELLA MARIA MENDES GOMES DE SÁ LEITÃO</b>		
• <i>Uma promessa de vida ou a última chance para o meio ambiente?</i>	08	389
<b>TATIANA MARIA MARTINS RIBEIRO CAVALCANTI</b>		
• <i>Assédio Sexual: crime contra subordinados</i>	20	649

	Núm.	p.
<b>TEODOMIRO NORONHA CARDOZO</b>		
• <i>Sentença Penal.</i>	10	427
• <i>Da representação no Juizado especial criminal.</i>	11	399
• <i>Sentença Criminal.</i>	13	517
• <i>Sentença de Pronúncia. Homicídio Duplamente Qualificado. Crime Hediondo.</i>	14	661
• <i>Sentença penal e Processual Penal. Latrocínio. Crime Hediondo. Concurso de pessoas.</i>	18	613
• <i>O Princípio da culpabilidade e a teleologia da aplicação da pena</i>	19	543
• <i>Teoria da argumentação jurídica: exigência de correção nos Discursos Jurídico e Prático Geral</i>	20	23
• <i>Sentença Cível. Constitucional. Penal e Processual Penal. Crocefalia e Hidranencefalia. Pedido de interrupção da gravidez</i>	20	433
<b>TERENCE DORNELLES TRENNEPOHL</b>		
• <i>Contribuição à discussão acerca da possibilidade do manejo de agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas em sede de mandado de segurança</i>	18	569
<b>THALLES FIGUEIREDO SOARES DA SILVA</b>		
• <i>Auto-aplicação do Código de defesa do consumidor nas transações pelo comércio eletrônico na "Internet".</i>	15	573
<b>THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES</b>		
• <i>Penhor Mercantil: possibilidade de sua efetivação pela tradição simbólica da coisa empenhada.</i>	11	409
<b>THIAGO DE OLIVEIRA ANDRADE</b>		
• <i>Dos contratos eletrônicos : a realidade Jurídica diante da virtualidade dos novos tempos</i>	14	559

	Núm.	p.		
<b>URAQUITAN JOSÉ DOS SANTOS</b>				
• <i>Sentença Criminal. Extorsão mediante Sequestro</i>	20	621		
<b>VALÉRIA MARIA CAVALCANTI LINS LEMOS</b>				
• <i>A criminalidade feminina e suas especificidades.</i>	03	527		
• <i>A questão da "nova criminalidade" na teoria geral do direito.</i>	04	449		
• <i>As regras do método sociológico: interpretação e exposição crítica - elementos interessantes para o Direito.</i>	06	405		
• <i>Os jogos virtuais violentos e sua relação com a criminalidade na adolescência.</i>	12	599		
<b>VALÉRIA RÚBIA SILVA DUARTE</b>				
• <i>Alimentos e sua execução: aspectos gerais.</i>	06	425		
• <i>Sentença Cível. Ação de retificação de Registro Civil.</i>	09	485		
• <i>Sentença Cível. Reconhecimento de União Estável.</i>	11	543		
• <i>As normas e os usos ou convencionalismos Sociais.</i>	13	425		
• <i>A proteção do Estado à União Estável como entidade familiar e a garantia do direito de herança.</i>	14	583		
• <i>Sentença Cível. Guarda de Menor</i>	20	443		
<b>VERÔNICA MARIA BEZERRA GUIMARÃES</b>				
• <i>A função Ambiental da Propriedade.</i>	13	443		
<b>VIRGÍNIO MARQUES CARNEIRO LEÃO</b>				
• <i>Sentença cível. Despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis. Locação estritamente comercial de salões no Shopping Center Recife. Mora Confessada</i>	20	449		
<b>VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA</b>				
• <i>Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na constituição de 1988.</i>	04	467		
• <i>A instituição da propriedade e sua função social.</i>	06	457		
			• <i>Fundamentos da discricionariedade administrativa.</i>	07 563
			• <i>Considerações sobre o controle de Moralidade dos atos administrativos.</i>	08 403
			• <i>Perfil constitucional da função social da Propriedade.</i>	11 423
			<b>WALBER DE MOURA AGRA</b>	
			• <i>Influência sofista na filosofia do direito.</i>	10 331
			• <i>A Crise da nacionalidade no texto constituição de 1988.</i>	13 465
			• <i>Limites ao poder decorrente.</i>	14 607
			• <i>Pós-modernidade, crise do estado social de direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional</i>	19 575
			<b>WELITON SOUSA CARVALHO</b>	
			• <i>Interrogatório do réu à luz da constituição</i>	13 495
			<b>WELLIDA VALOIS ALVES</b>	
			• <i>O problema da efetividade jurídica do direito de informação: uma análise à luz dos fatores históricos, políticos e econômicos da imprensa brasileira e os seus reflexos no direito à informação</i>	20 45
			<b>YGOR VIEIRA DE FIGUEIRÊDO</b>	
			• <i>Aplicabilidade dos princípios sociais dos contratos no âmbito do poder judiciário Pernambucano</i>	20 65
			<b>ZÉLIA MARIA LUCENA DE MENDONÇA</b>	
			• <i>Ouvidoria Judiciária – mecanismo de aproximação do Judiciário com a sociedade.</i>	12 613
			<b>ZÉLIO FURTADO DA SILVA</b>	
			• <i>O conteúdo sociológico na criação dos princípios jurídicos.</i>	02 79



	Núm.	p.		
<b>URAQUITAN JOSÉ DOS SANTOS</b>				
• <i>Sentença Criminal. Extorsão mediante Sequestro</i>	20	621		
<b>VALÉRIA MARIA CAVALCANTI LINS LEMOS</b>				
• <i>A criminalidade feminina e suas especificidades.</i>	03	527		
• <i>A questão da "nova criminalidade" na teoria geral do direito.</i>	04	449		
• <i>As regras do método sociológico: interpretação e exposição crítica - elementos interessantes para o Direito.</i>	06	405		
• <i>Os jogos virtuais violentos e sua relação com a criminalidade na adolescência.</i>	12	599		
<b>VALÉRIA RÚBIASILVA DUARTE</b>				
• <i>Alimentos e sua execução: aspectos gerais.</i>	06	425		
• <i>Sentença Cível. Ação de retificação de Registro Cível.</i>	09	485		
• <i>Sentença Cível. Reconhecimento de União Estável.</i>	11	543		
• <i>As normas e os usos ou convencionalismos Sociais.</i>	13	425		
• <i>A proteção do Estado à União Estável como entidade familiar e a garantia do direito de herança.</i>	14	583		
• <i>Sentença Cível. Guarda de Menor</i>	20	443		
<b>VERÔNICA MARIA BEZERRA GUIMARÃES</b>				
• <i>A função Ambiental da Propriedade.</i>	13	443		
<b>VIRGÍNIO MARQUES CARNEIRO LEÃO</b>				
• <i>Sentença cível. Despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis. Locação estritamente comercial de salões no Shopping Center Recife. Mora Confessada</i>	20	449		
<b>VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA</b>				
• <i>Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na constituição de 1988.</i>	04	467		
• <i>A instituição da propriedade e sua função social.</i>	06	457		
			• <i>Fundamentos da discricionariedade administrativa.</i>	07 563
			• <i>Considerações sobre o controle de Moralidade dos atos administrativos.</i>	08 403
			• <i>Perfil constitucional da função social da Propriedade.</i>	11 423
			<b>WALBER DE MOURA AGRA</b>	
			• <i>Influência sofista na filosofia do direito.</i>	10 331
			• <i>A Crise da nacionalidade no texto constituição de 1988.</i>	13 465
			• <i>Limites ao poder decorrente.</i>	14 607
			• <i>Pós-modernidade, crise do estado social de direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional</i>	19 575
			<b>WELITON SOUSA CARVALHO</b>	
			• <i>Interrogatório do réu à luz da constituição</i>	13 495
			<b>WELLIDA VALOIS ALVES</b>	
			• <i>O problema da efetividade jurídica do direito de informação: uma análise à luz dos fatores históricos, políticos e econômicos da imprensa brasileira e os seus reflexos no direito à informação</i>	20 45
			<b>YGOR VIEIRA DE FIGUEIRÊDO</b>	
			• <i>Aplicabilidade dos princípios sociais dos contratos no âmbito do poder judiciário Pernambucano</i>	20 65
			<b>ZÉLIA MARIA LUCENA DE MENDONÇA</b>	
			• <i>Ouvidoria Judiciária - mecanismo de aproximação do Judiciário com a sociedade.</i>	12 613
			<b>ZÉLIO FURTADO DA SILVA</b>	
			• <i>O conteúdo sociológico na criação dos princípios jurídicos.</i>	02 79

	Núm.	p.		
<b>URAQUITAN JOSÉ DOS SANTOS</b>				
• <i>Sentença Criminal. Extorsão mediante Sequestro</i>	20	621		
<b>VALÉRIA MARIA CAVALCANTI LINS LEMOS</b>				
• <i>A criminalidade feminina e suas especificidades.</i>	03	527		
• <i>A questão da "nova criminalidade" na teoria geral do direito.</i>	04	449		
• <i>As regras do método sociológico: interpretação e exposição crítica - elementos interessantes para o Direito.</i>	06	405		
• <i>Os jogos virtuais violentos e sua relação com a criminalidade na adolescência.</i>	12	599		
<b>VALÉRIA RÚBIASILVA DUARTE</b>				
• <i>Alimentos e sua execução: aspectos gerais.</i>	06	425		
• <i>Sentença Cível. Ação de retificação de Registro Civil.</i>	09	485		
• <i>Sentença Cível. Reconhecimento de União Estável.</i>	11	543		
• <i>As normas e os usos ou convencionalismos Sociais.</i>	13	425		
• <i>A proteção do Estado à União Estável como entidade familiar e a garantia do direito de herança.</i>	14	583		
• <i>Sentença Cível. Guarda de Menor</i>	20	443		
<b>VERÔNICA MARIA BEZERRA GUIMARÃES</b>				
• <i>A função Ambiental da Propriedade.</i>	13	443		
<b>VIRGÍNIO MARQUES CARNEIRO LEÃO</b>				
• <i>Sentença cível. Despejo por falta de pagamento cumulada com cobrança de aluguéis. Locação estritamente comercial de salões no Shopping Center Recife. Mora Confessada</i>	20	449		
<b>VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA</b>				
• <i>Questões sobre a hierarquia entre as normas constitucionais na constituição de 1988.</i>	04	467		
• <i>A instituição da propriedade e sua função social.</i>	06	457		
			• <i>Fundamentos da discricionariedade administrativa.</i>	07 563
			• <i>Considerações sobre o controle de Moralidade dos atos administrativos.</i>	08 403
			• <i>Perfil constitucional da função social da Propriedade.</i>	11 423
			<b>WALBER DE MOURAAGRA</b>	
			• <i>Influência sofista na filosofia do direito.</i>	10 331
			• <i>A Crise da nacionalidade no texto constituição de 1988.</i>	13 465
			• <i>Limites ao poder decorrente.</i>	14 607
			• <i>Pós-modernidade, crise do estado social de direito e crise na legitimação da jurisdição constitucional</i>	19 575
			<b>WELITON SOUSA CARVALHO</b>	
			• <i>Interrogatório do réu à luz da constituição</i>	13 495
			<b>WELLIDA VALOIS ALVES</b>	
			• <i>O problema da efetividade jurídica do direito de informação: uma análise à luz dos fatores históricos, políticos e econômicos da imprensa brasileira e os seus reflexos no direito à informação</i>	20 45
			<b>YGOR VIEIRA DE FIGUEIRÊDO</b>	
			• <i>Aplicabilidade dos princípios sociais dos contratos no âmbito do poder judiciário Pernambucano</i>	20 65
			<b>ZÉLIA MARIA LUCENA DE MENDONÇA</b>	
			• <i>Ouvidoria Judiciária - mecanismo de aproximação do Judiciário com a sociedade.</i>	12 613
			<b>ZÉLIO FURTADO DA SILVA</b>	
			• <i>O conteúdo sociológico na criação dos princípios jurídicos.</i>	02 79

• <i>A irretroatividade da Lei no direito Brasileiro.</i>	03	539
• <i>Aspectos sobre vigência, validade e eficácia das normas jurídicas.</i>	05	469
• <i>Desapropriação: a inconstitucionalidade do Art. 12 da M. P. Nº 1.632 e a justa indenização no Direito Brasileiro.</i>	07	593
• <i>A constitucionalização do direito internacional privado.</i>	10	359

**ESMAPE - BIBLIOTECA**

340.05

P-01

EMPRÉSTIMO

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA - PE  
- BIBLIOTECA -



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO  
Fone: (81) 3224-0086/ 3224-1285/ 3224-0837  
Site: <http://www.esmape.com.br>



PEDINDO ESMOLA PARA O SANTO

J. BORGES