

2ª edição

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE



VOLUME 8 Nº 16 - julho a dezembro 2003



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.

Adriana Mandim Theodoro de Mello
Humberto Theodoro Júnior

LIMITAÇÃO FUNCIONAL: MATÉRIAS DEVOLVIDAS AO CONHECIMENTO DO TRIBUNAL NA APELAÇÃO

Ricardo de Oliveira Paes Barreto

O RACIONALISMO MODERNO E A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

Nelson Saldanha

EFETIVIDADE DO PROCESSO, CONCEITOS INDETERMINADOS E DIREITO JURISPRUDENCIAL

Frederico Ricardo de Almeida Neves

1281
20040006



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Avenida Martins de Barros, 503 - Santo Antonio - 3º andar - Recife/PE - CEP: 50010-230



ESMAPE 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.
Avenida Martins de Barros, 593 - Santo Antonio -
3º andar - Recife/PE - CEP: 50010-230

ESMAPE - BIBLIOTECA

omb. FA 20040006

ocal P-01

h. 00001281 E

DIRETORIA RECIFE

DIRETOR GERAL

Des. Jovaldo Nunes Gomes

SUPERVISOR

Ricardo de Oliveira Paes Barreto

**COORDENADORES DE PESQUISA E DIVULGAÇÃO CIENTÍFICA
E CULTURAL**

*Juiz André Vicente Pires Rosa
Juiz Jorge Américo Pereira de Lira*

**COORDENADOR DOS CURSOS DE EXTENSÃO, PÓS-GRADUAÇÃO,
PREPARAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**

Juiz Alexandre Freire Pimentel

COORDENADOR DO CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA

Juiz Sílvio Romero Beltrão

**COORDENADOR DE EVENTOS CIENTÍFICOS E CULTURAIS E
DA ASSESSORIA JURÍDICA VIRTUAL**

Juiz José André Machado Barbosa Pinto

COORDENADOR DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

**COORDENADOR DE PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO E EM
SALA DE AULA**

Juiz Roberto da Silva Maia

DIRETORA DE SECRETARIA

Josina de Sá Leitão

DIRETOR DE ADMINISTRAÇÃO, PATRIMÔNIO E FINANÇAS

Josenildo Vieira da Silva Júnior

NÚCLEO REGIONAL DO AGRESTE - CARUARU

DIRETORA REGIONAL

Juíza Sílvia Virginia de Amorim Batista

COORDENADOR DO CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA

Juiz Sérgio Paulo Ribeiro da Silva

**COORDENADOR DE PESQUISA E EVENTOS DE DIVULGAÇÃO
CIENTÍFICO E CULTURAL E PRÁTICA JURÍDICA EM SERVIÇO**

Juiz José Anchieta Félix da Silva

SECRETÁRIO REGIONAL

Bel. Francisco de Assis Ferreira Neto

**ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO
ESTADO DE PERNAMBUCO**

PRESIDENTE
Des. José Fernandes de Lemos

ISSN 1415-112X

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO**

**Volume 8 - Número 18
julho/dezembro - 2003**

REVISTA DA ESMAPE

Recife

Semestral

Revista da Esmape - Recife - V.8 Nº 18 - 01-678 - jul/dez 2003 → 3

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente: Juiz Jorge Américo Pereira de Lira

Membros: Juiz André Vicente Pires Rosa, Juiz José André Machado Barbosa Pinto, Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes e Juiz Alexandre Freire Pimentel.

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

Revisão: Prof. Irandé Antunes - Fone: (81) 3442.0548

Foto da capa: J. Tadeu, pintor paraibano. Iniciou-se nas artes plásticas ainda criança, fazendo desenhos inspirados nas obras de grandes pintores como Portinari. Atualmente, mantém exposição permanente nos grandes *shoppings centers* do Recife. A pintura da capa representa uma manifestação folclórica de nossa gente, a ciranda, tendo sido preparada especialmente para a **Revista da Esmape**. Fone: 3342.6309

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.

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

Tiragem: 700 exemplares

SOLICITA-SE PERMUTA/EXCHANGE DISUED/ON DEMANDÉ ÉCHANGE

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

Josi/ESMAPE

CDD 340.05

CORPO DOCENTE

RECIFE

DIREITO CONSTITUCIONAL

Procurador André de Albuquerque Garcia

Doutor André Regis de Carvalho

Juiz André Vicente Pires Rosa

Doutor Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Procurador Walber de Moura Agra

SUBSTITUTOS

Professora Adriana Rocha de H. Coutinho

Juiz Francisco Julião de Oliveira Sobrinho

Procurador José Carlos de Arruda Dantas

DIREITO ADMINISTRATIVO

Procuradora Eugenia Giovanna S. Inácio Cavalcanti

Procurador João Armando Costa Menezes

Procurador Josenildo da Costa Santos

Auditor de Contas Públicas Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Procurador Oscar Vilaça de Melo Filho

SUBSTITUTO

Juiz Ailton Alfredo de Souza

DIREITO CIVIL

Juiz Alberto Flávio Barros Patriota

Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

Juiz Eurico de Barros Correia Filho

Juiz José André Machado Barbosa Pinto

Juiz José Rafael de Menezes

Juiz Jorge Américo Pereira de Lira

Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo
Juiz Ray Trezena Patu Júnior
Juiz Silvio Romero Beltrão
Juíza Valéria Rúbia Silva Duarte

SUBSTITUTA

Juíza Nalva Cristina Campello

DIREITO PENAL

Juiz Ailton Alfredo de Souza
Procurador Antonio Carlos Barreto Campello
Promotora Joana Cavaleanti Lima
Delegado José Durval de Lemos Lins Filho
Juiz Laiete Jatobá Neto
Juíza Maria Margarida de Souza Fonseca
Juiz Pedro Odilon de Alencar Luz

SUBSTITUTO

Juiz Paulo Roberto de Souza Brandão

DIREITO PROCESSUAL PENAL

Juiz Adeildo Nunes
Juiz Carlos Alberto Berriel Pessanha
Juiz Honório Gomes do Rego Filho
Advogado João Olympio Valença de Mendonça
Juíza Sandra de Arruda Beltrão
Juíza Stella Maria Mendes de Sá Leitão
Promotora Patrícia Carneiro Tavares

DIREITO TRIBUTÁRIO

Advogada Cristiana Pragana Dantas
Juiz Francisco Alves dos Santos Júnior
Juiz Hélio Silvio Ourem Campos
Juiz José Viana Ulisses Filho

SUBSTITUTO

Juiz Francisco Julião de Oliveira Sobrinho

DIREITO EMPRESARIAL

Advogado Eduardo Montenegro Serur
Juiz Francisco de Assis Galindo de Oliveira
Professor Luiz de Freitas Lima
Juiz Marcos Antonio Nery de Azevedo

Juiz Silvio Romero Beltrão
Advogado Valdrilo Leal Guerra Curado

TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÕES CÍVEIS

Juiz Carlos Magno Cysneiros Sampaio
Juíza Cátia Luciene L. de Sá Sampaio
Juiz Eudes dos Prazeres França
Juiz José André M. Barbosa Pinto

TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÕES PENAIS

Juíza Fernanda Moura de Carvalho
Juiz Flávio Augusto Fontes de Lima
Juiz Teodomiro Noronha Cardozo

PRÁTICA JURIDICA EM SERVIÇO

Juíza Silvania Esperia da Silva
Juíza Valéria Rúbia Silva Duarte

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Juiz Alexandre Freire Pimentel
Juiz Fábio Eugenio Dantas de Oliveira Lima
Procurador Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho
Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves
Desembargador José Antonio Macedo Malta
Juiz Lúcio Grassi de Gouveia
Juiz Ricardo de Oliveira Poes Barreto
Juiz Sérgio Torres Teixeira

SUBSTITUTA

Professora Paula Maria de Oliveira Mendonça

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Juiz Luiz Carlos de Barros Figueiredo
Juiz Humberto Costa Vasconcelos Júnior

DIREITO ELEITORAL

Juiz Mauro Alencar de Barros
Juiz Paulo Henrique Martins Machado

MEDICINA LEGAL

Médico Legista Clóvis César de Mendoza
Médico Legista João Carlos Belo da Fonte
Médico Legista Railton Bezerra de Melo

SUBSTITUTA

Juíza Stella Maria Mendes de Sá Leitão

DIREITO DO CONSUMIDOR

*Juíz Luiz Mário de Góes Moutinho
Desembargador Nelson Santiago Reis
Procuradora Rosana Grimberg*

TEORIA GERAL DO DIREITO

*Juíz Ailton Alfredo de Souza
Professor Emilio Paulo Pinheiro D' Almeida*

DIREITO DA INFORMÁTICA

*Juíz Rafael José de Menezes
Juiz Alexandre Freire Pimentel*

ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

*Juíz Eudes dos Prazeres França
Juíza Nalva Cristina Campello
Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto*

NÚCLEO REGIONAL DO AGRESTE

CORPO DOCENTE

1º PERÍODO

TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÃO CÍVEL

Desembargador José Antônio Amorim

DIREITO CIVIL I

Juíza Ane de Sena Lins

PROCESSO CIVIL

Promotor Frederico José Santos de Oliveira

PROCESSO PENAL I

Juíz Joaquim Francisco Barbosa

DIREITO PENAL I

Juíz Cláudio da Cunha Cavalcanti

DIREITO EMPRESARIAL

Juíz Damião Severiano de Sousa

DIREITO CONSTITUCIONAL I

Procurador José Carlos de Arruda Dantas

DIREITO DO CONSUMIDOR

Juíza Ana Emília Corrêa de Oliveira e Silva

TEORIA GERAL DO DIREITO

Juíz Tomás de Aquino Pereira de Araújo

DIREITO TRIBUTÁRIO

Procurador Olímpio José de Oliveira Neto

3º PERÍODO

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Juíza Marinês Marques Viana

MEDICINA LEGAL

Médico Legista Xisto Zeno Velones

DIREITO ELEITORAL E DIREITO PENAL

Juíz Gleydson Lima

PROCESSO CIVIL

Juíz Brasília Antônio Guerra

PROCESSO PENAL

Promotor Keyller Toscano de Almeida

DIREITO DO CONSUMIDOR

Juíza Ana Emília Corrêa de Oliveira e Silva

DIREITO CIVIL

Promotor Luiz Gustavo Simões V. de Melo

2º SEMESTRE 2003 – 2º PERÍODO

TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÃO PENAL

Juíz Gilvan Macedo dos Santos

DIREITO CIVIL II

Juíza Jacinéa Ferreira de V. Granja

DIREITO CIVIL III

Juíza Ana Claudia Brandão de Barros Correia

PROCESSO CIVIL

Juíz Brasília Antônio Guerra

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO ADMINISTRATIVO

Procurador José Carlos de Arruda Dantas

PROCESSO PENAL

Promotor Keyller Toscano de Almeida

DIREITO PENAL

Juíz Fernando Jorge Ribeiro Raposo

MEDICINA LEGAL

Médico Legista Xisto Zeno Valones

DIREITO ELEITORAL

Juíz Gleydson Lima

SUMÁRIO

“Não há verdadeira felicidade sem sabedoria, e esta pode ser encontrada em todos os estágios da vida”.

(Rousseau, 1712-1778)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	17
--------------------	----

TEORIA

O REGIME DISCIPLINAR NA PRISÃO <i>Adeildo Nunes</i>	25
--	----

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>Adriana Mandim Theodoro de Mello</i> <i>Humberto Theodoro Júnior</i>	39
---	----

A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DOS TRIBUTOS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. "O PRIVILÉGIO DO SONEGADOR FISCAL" <i>Ana Regina de Andrade Vasques</i>	127
---	-----

• COMENTÁRIOS AOS PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA EFETIVIDADE, COM O ACRÉSCIMO DO § 7º AO ARTIGO 273, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL <i>Angélica de Souza Veríssimo da Costa</i>	155
---	-----

O DIREITO DE FAMÍLIA SUMULADO FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL <i>Beilze Câmara Correia</i>	175
--	-----

DELEGACIAS DA MULHER EM SÃO PAULO: PERCURSOS E PERCALÇOS <i>Cecília MacDowell Santos</i>	203
--	-----

PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À SUA PLENA AUTONOMIA DIDÁTICA <i>Cláudia Cristine Silva Araújo</i>	219
---	-----

DA NÃO INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OS ATOS COOPERATIVOS <i>Fábio Muniz Guerra Nery</i>	251
EFETIVIDADE DO PROCESSO, CONCEITOS INDETERMINADOS E DIREITO JURISPRUDENCIAL <i>Frederico Ricardo de Almeida Neves</i>	271
O ESTADO DE DIREITO NO SÉCULO XXI – DESAFIOS E OPÇÕES. <i>Hélio Sílvio Ourem Campos</i>	283
ANÁLISE DA DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE APLICAÇÃO DA <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i> , 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>Humberto Barreto Urquiza</i>	343
O DIREITO COMO FERRAMENTA DE MELHORIA DA QUALIDADE DE VIDA DOS PORTADORES DE SIDA <i>João Paulo Cordeiro Cavalcanti</i>	357
EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO – CONSEQÜÊNCIAS DECORRENTES DE SUA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA <i>Jailson Andrade de Souza</i>	383
• DIREITO DE PROPRIEDADE E PRESERVAÇÃO AMBIENTAL <i>Ludmila Caminha Barros</i>	403
MARCA – BEM INCORPÓREO PROTEGIDO PELO DIREITO INDUSTRIAL <i>Maria Antonieta Lynch de Moraes</i>	417
• CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO AO MEIO AMBIENTE <i>Maria das Graças Serafim Costa</i> <i>Maria Tereza Perez de Almeida</i>	439
A SUBSISTÊNCIA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO APÓS SENTENÇA <i>Mariana Vieira Sarmiento</i>	459
O RACIONALISMO MODERNO E A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE <i>Neilson Saldanha</i>	481

A SOCIEDADE CONTRATUAL E O SÓCIO INCAPAZ (INCAPACIDADE SUPERVENIENTE) NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA EVIDENTE INCONSTITUCIONALIDADE <i>Óiney Queiroz Assis</i>	487
A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NOS CONTRATOS ENTRE SISTEMAS ELETRÔNICOS <i>Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade</i>	495
LIMITAÇÃO FUNCIONAL: MATÉRIAS DEVOLVIDAS AO CONHECIMENTO DO TRIBUNAL NA APELAÇÃO <i>Ricardo de Oliveira Paes Barreto</i>	515
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. <i>Rosa Cicero Correia</i>	547
CONTRIBUIÇÃO À DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DO MANEJO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA <i>Terence Domelles Trennepohl</i>	569
PRÁTICA	
SENTENÇA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO DE DIAGNÓSTICO. <i>Jorge Américo Pereira de Lira</i>	585
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>Nilson Guerra Nery</i>	595
SENTENÇA PENAL E PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. CRIME HEDIONDO. CONCURSO DE PESSOAS. <i>Teodomiro Noronha Cardozo</i>	613
ÍNDICE ONOMÁSTICO	635
Resenha Literária	675

Apresentação

Com o lançamento da **Revista da Esmape (n. 18)**, encerramos o biênio da nossa administração dando continuidade ao compromisso de manter esta importante publicação, além de ter marcado a gestão por conquistas, entre elas a aquisição do prédio onde funcionará, a partir do primeiro semestre de 2004, a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

Dos artigos publicados, contamos com a colaboração de ilustres mestres como Nelson Saldanha, Frederico Ricardo de Almeida Neves, Humberto Theodoro Júnior e Ricardo de Oliveira Paes Barreto. Este último, meu companheiro à frente da Esmape, como Supervisor, Responsabilidade, empenho, determinação, dedicação e compromisso, foram qualidades que marcaram a minha equipe de trabalho, cito aqui os juízes Ricardo de Oliveira Paes Barreto, Jorge Américo Pereira de Lira, André Vicente Pires Rosa, Alexandre Freire Pimentel, Silvio Romero Beltrão, José André Machado Barbosa Pinto, Carlos Frederico Gonçalves de Moraes, Roberto da Silva Maia, Silvia Virginia de Amorim Batista, Sérgio Paulo Ribeiro da Silva e José Anchieta Félix da Silva.

Aos coordenadores, colaboradores, funcionários, professores, magistrados e alunos, meus agradecimentos, tendo a certeza de que a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco continuará fiel a sua destinação: trabalhar para o engrandecimento das ciências jurídicas do nosso país.

Recife, dezembro de 2003.
Des. Jovaldo Gomes Nunes

INSTITUIÇÕES QUE RECEBEM A REVISTA DA ESMAPE

- 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 Juizes 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 13ª 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 Petrónio 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 Carteadó - 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 Dornelas 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 de 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
- 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



AMEPE
ESMAPE

O REGIME DISCIPLINAR NA PRISÃO

Adelino Nunes

Juiz de Execução Penal em Pernambuco, Professor de Processo Penal e Execução Penal da Escola Superior de Magistratura-PE. Doutorando em Direito pela Universidade Lusitana de Lisboa

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. DEVERES DO PRESO. 3. A FALTA DISCIPLINAR. 4. A FALTA GRAVE. 5. O PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. 6. AS SANÇÕES DISCIPLINARES. 7. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO.

1. INTRODUÇÃO

O preso brasileiro, provisório ou já condenado em definitivo – da mesma forma que as pessoas que estão em liberdade e que gozem de capacidade civil plena – é sujeito de direitos e de obrigações. Nem sempre foi assim. Antes da Lei Federal 7.210 de 1984, que entrou em vigor juntamente com a grande reforma concretizada na Parte Geral do Código Penal de 1940, o preso era sujeito, somente, de obrigações. Era ele, portanto, despido de capacidade civil para exigir a tutela administrativa ou judicial, mesmo que o Código Civil de 1916 não estabelecesse tal situação. Na verdade, era a Lei Federal 3.274/57, que dispunha sobre normas gerais de regime penitenciário no Brasil e que vigorou até o advento da Lei 7.210/84, quem estipulava a obrigatoriedade da participação dos ascendentes ou descendentes do preso como sujeitos ativos nas relações processuais administrativas ou judiciais em que

houvesse interesse do detento. Como se vê, a lei equiparava o detento ao débil mental ou ao menor de idade, significando dizer que dentro da prisão a ele eram impostas severas obrigações, muitas delas absurdamente exigidas, como, por exemplo, o trabalho forçado sem remuneração. Com a Constituição Federal de 1988, sabe-se, essa forma de penalizar o preso ou quem está em liberdade foi capitulada no rol dos direitos e da garantia individual; daí por que, hoje, é proibido o trabalho sem remuneração, dentro ou fora da prisão. Nesse prisma, constata-se que o detento – provisório ou condenado em definitivo – goza de todos os direitos e garantias individuais estabelecidos no art. 5º da Carta Constitucional de 1988, exceto, é claro, o de ir e vir; ou seja, perde o detento a liberdade, mas os demais direitos assegurados aos que estão em liberdade, com certeza, permanecem intactos e não de ser observados por aqueles que são responsáveis pela sua custódia. É justamente por isso, pois, que o preso não pode ser condenado à pena de morte, prisão perpétua ou a banimento, porque a Constituição Federal proíbe a aplicação dessas formas cruéis de penalizar o ser humano. Por outro lado, no momento em que os constituintes de 88 asseguraram ao recluso o direito de ter assistência jurídica se não puder custear as despesas com advogado (art. 5º, LXXIV) ou de impetrar, gratuitamente o *habeas corpus* e o *habeas data* (art. 5º, LXXVII), por exemplo, chega-se à conclusão de que esses direitos são extensivos aos que estão em liberdade.

Desse modo, os direitos e garantias individuais regrados na Constituição Federal em vigor, exceto o de ir e vir livremente, são perfeitamente aplicáveis ao preso. Com

esses argumentos, nota-se que o Estado-juiz, detentor do *jus puniende*, sofre limitações de ordem constitucional e infraconstitucional; daí por que, para que haja uma condenação na esfera criminal, obrigatoriamente, há de existir um devido processo, oferecendo-se ao acusado a ampla defesa e o contraditório. Se alguém é eventualmente detido, com base em um auto de prisão em flagrante ou mediante ordem judicial escrita e fundamentada, é por demais natural que ele ingresse numa unidade prisional mais próxima do local do fato aparentemente delituoso, mas é bom esclarecer que dentro dela há de existir, e efetivamente existem, regras de condutas carcerárias que terão de ser rigorosamente observadas pelo detento, não só aquelas previstas na Lei de Execução Penal (7.210/84), aliás aplicável ao preso provisório e ao condenado em definitivo, mas, também, as demais dispostas em Códigos Penitenciários estaduais ou regulamentos prisionais. A LEP, inclusive, exige que o preso seja cientificado das normas disciplinares que regem a prisão (art. 46), mas poucas unidades prisionais brasileiras cumprem esse dispositivo legal. Na prática, o preso ingressa na prisão e sai dela sem nunca ter tomado conhecimento das normas regulamentares que muitas vezes sequer existem, o que é por demais lamentável. Tem-se, assim, que dentro da prisão o detento é obrigado a cumprir as regras jurídicas que limitam o seu comportamento carcerário, sob pena de transgressão disciplinar. Diz-se, portanto, que o preso é responsável por todos os atos contrários à ordem interna da prisão e, dessa forma, tem ele deveres a cumprir, por isso mesmo continua, como no passado, sendo sujeito de obrigações. No momento em que o encarcerado comete uma falta - uma

tentativa de fuga, por exemplo – deve ele responder administrativamente pelo ato infracional, sendo certo que, após o devido procedimento legal, restando caracterizada a falta, ser-lhe-á aplicada uma sanção administrativa mais severa, ou menos grave, dependendo do tipo do fato disciplinar cometido. Nessa linha de raciocínio, reconhecendo, todavia, que dentro do presídio também existe o código de ética entre os presos e que, muitas vezes, é muito mais rígido e eficaz que o regulamento escrito, o presente trabalho pretende centrar suas atenções num desprezioso estudo do regime disciplinar que é imposto pela lei ao detento, em confronto com a realidade prisional brasileira, não obstante possuir ele, também, a finalidade de prestar uma orientação considerada relevante para aqueles que militam nas nossas prisões, seja como detentos, seja como agentes da administração prisional, no instante em que o País atravessa uma das mais sérias crises prisionais de todos os tempos, máxime considerando o crescimento acentuado das facções criminosas que atuam dentro das nossas penitenciárias e presídios, às quais é imputada, até, a participação na morte de magistrados.

2. DEVERES DO PRESO

Nos termos da Lei de Execução Penal (art. 39), cabe ao detento, no âmbito prisional, manter comportamento carcerário com base no disciplinamento adotado nas leis e nos regulamentos, rígida obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se, urbanidade e respeito no trato com os demais prisioneiros, conduta oposta a movimentos individuais ou coletivos de fuga

ou de subversão à ordem ou à disciplina, execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas, submissão a eventuais sanções disciplinares impostas, indenização à vítima ou ao Estado, nos casos previstos em lei, manutenção de higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento e conservação dos objetos de uso pessoal. Vulnerando o detento quaisquer dos deveres estipulados na LEP, no mais das vezes, estará ele praticando uma falta, que deve ser apurada com obediência à lei.

3. A FALTA DISCIPLINAR

— O princípio da anterioridade norteia eventuais aplicações de faltas ou sanções disciplinares que podem ser impostas ao preso, uma vez que, para tanto, exige-se expressa e anterior previsão legal ou regulamentar que tipifique a conduta carcerária do agente como falta. Assim, da mesma forma que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, a punição administrativa da esfera prisional limita a sua imposição à existência de uma norma anterior, definindo o comportamento carcerário inadequado como falta disciplinar. Além do mais, em obediência ao princípio constitucional do respeito à integridade física e moral do detento, não poderá haver punição disciplinar que contrarie a Norma Maior, nem tampouco será permitido o emprego de cela escura. À luz do disposto no art. 49 da LEP, as faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. As faltas leves e médias, entretanto, são objeto de definição pelos regulamentos internos das prisões ou até mesmo por leis estaduais. Sabe-se, contudo, que não existindo instrumento

jurídico que defina a falta prisional e a respectiva sanção administrativa, não poderão ser reconhecidas essas faltas leves ou médias, nem tampouco poderá haver sanção com base nesse tipo de indisciplina. Nota-se, assim, que, para a existência de uma falta grave, primeiro o fato deverá ser apurado através de um procedimento administrativo, oferecendo-se ao preso a ampla defesa; depois, esse fato é investigado pelo Conselho Disciplinar, a quem compete decidir se houve ou não a falta. Em caso positivo, cabe ao Conselho estipular o tipo de sanção administrativa que deve ser imposta ao infrator, dentre aquelas cominadas na LEP, inclusive o isolamento, a mais grave das punições consagradas na lei. Por fim, cumpre esclarecer que só existe falta grave nos casos previamente estabelecidos na LEP, em seu art. 50.

4. A FALTA GRAVE

A falta disciplinar de natureza grave, com efeito, está expressamente prevista na LEP (art. 50), como já se viu; daí por que, fora dela, não podem existir outros tipos de gravidade faltosa. Só existem, portanto, aquelas que estão estabelecidas na LEP. Comete falta grave o preso que incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina, a fuga, ou que possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem. Também será tida como grave a falta consumada pelo detento que provocar acidente de trabalho e aqueles atos que importem no descumprimento dos seus deveres prescritos na lei. Não basta, entretanto, ao diretor da unidade prisional estipular que o preso cometeu uma falta

grave, sem que haja o devido processo legal – no caso, a ordem administrativa – oferecendo-se ao acusado o contraditório e a ampla defesa, sob pena de nulidade, que deve ser declarada pelo Juiz de Execução Penal. Por outro lado, há de se observar que somente o Conselho Disciplinar – que há de existir em todas as prisões – tem poderes para determinar o tipo de falta cometido pelo recluso. Se, eventualmente, o Conselho decide que o preso cometeu uma falta grave, por exemplo, cabe agora ao diretor mandar anotar a falta em seus antecedentes carcerários, comunicar o fato ao Juiz de Execução Penal, até, porque, tratando-se de punição grave, ela é suscetível de até regredir de regime o infrator, se ele naturalmente estava num regime mais brando quando cometeu o deslize. A falta grave, por conseguinte, deve ser aplicada ao detento, mas somente nos casos consagrados no art. 50 da LEP; mesmo assim, com rígida observância dos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

5. O PROCEDIMENTO DISCIPLINAR

Vislumbrado um possível cometimento de uma falta disciplinar por parte do recluso, seja ela mínima, média ou grave, cabe a instauração de procedimento administrativo para apurar a sua existência ou não, é claro, com estrita obediência ao princípio da ampla defesa, como já enfatizado. O preso, sobremaneira, haverá de tomar conhecimento da abertura do procedimento e ter a oportunidade de se defender. Não tendo o detento condições financeiras para contratar advogado – o que fatalmente acontecerá – cumpre à administração prisional indicar um pro-

fissional qualificado para exercer essa função, sob pena de nulidade absoluta do procedimento. O procedimento administrativo, para apurar eventual cometimento de falta por parte do detento, com efeito, haverá de ser realizado pelos Conselhos Disciplinares que devem ser criados e mantidos nas unidades prisionais. Deve ser concretizado em dez dias do fato, porque caracterizada se for a falta grave e havendo necessidade de aplicar o isolamento carcerário, estando o preso isolado preventivamente, haverá enormes prejuízos ao detento se for culminado depois dos dez dias. A LEP é omissa nesse sentido, mas a matéria pode e deve ser regulamentada em instrumento normativo da própria unidade prisional ou pelos responsáveis pela administração penitenciária estadual. O que se sabe é que o procedimento deverá ser instaurado na forma escrita, tão logo tenha o Conselho conhecimento do fato e o resultado da investigação deverá ser anotado na ficha carcerária do preso e comunicado ao Juiz de Execução Penal competente.

6. AS SANÇÕES DISCIPLINARES

Constando-se, no bojo do procedimento disciplinar e através de uma decisão fundamentada do Conselho Disciplinar, que o detento efetivamente cometeu uma falta, ser-lhe-á aplicada uma sanção disciplinar dentre aquelas explicitamente elencadas na LEP (advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos e isolamento). Na advertência verbal, o diretor do estabelecimento penal adverte pessoalmente o detento pela eventual falta cometida. Em geral, a aplicação da advertência verbal deve

ser aplicada ao detento não-reincidente, que tenha praticado uma falta mínima ou média. Pode a administração prisional também aplicar ao preso a repreensão. Trata-se de uma punição realizada obrigatoriamente por escrito, depois de apurado o ato indisciplinar. Como a advertência verbal, a repreensão deve ser cominada nos casos em que o preso tenha cometido falta mínima ou de média potencialidade. A restrição, ou suspensão temporária de direitos, é uma punição administrativa que deve ser aplicada ao detento que venha a cometer falta grave, como aquela definida no art. 50 da LEP.

Pressupõe-se, destarte, que o presidiário tenha praticado uma falta razoavelmente grave, que pudesse comprometer a ordem interna da prisão e a própria segurança do presídio e dos demais detentos. Em geral, na aplicação dessa punição, costuma-se cercear o direito de visitas, de banho de sol e de lazer, mas é bom salientar que o prazo não pode ser superior a trinta dias. No que tange ao isolamento, a mais grave das punições prescritas na LEP, pode ele ser determinado de forma preventiva, por até dez dias, pelo diretor do estabelecimento prisional, vislumbrando-se que o fato é gravíssimo e tende a comprometer a segurança interna do convívio prisional. Nesse caso, cabe ao diretor editar portaria, fundamentando o porquê do isolamento preventivo, fazendo afixar cópia dela em local visível e acessível a todos, remetendo, também, cópia ao Juiz de Execução, ao Conselho Disciplinar da prisão e ao próprio detento. Tem-se, portanto, que o presidiário não pode, e não deve, permanecer no isolamento por mais de dez dias, sob pena de o fato ser considerado crime de abuso de autoridade, respondendo

por ele quem, por ação ou omissão, deu causa ao resultado. Como as demais faltas disciplinares, o isolamento deve ser antecedido de um procedimento administrativo, conduzido pelo Conselho Disciplinar, dando-se oportunidade de defesa ao detento; o resultado da apuração deverá ser concluído em dez dias, contados da data do fato indisciplinar. Se, por acaso, o Conselho Disciplinar não concluir o procedimento até o décimo dia do fato, cabe retirar imediatamente o detento do isolamento preventivo – se houver a decretação cautelar por parte do diretor do presídio – até que o resultado da sindicância venha à tona. Punido o preso com aplicação do isolamento, a ele deve ser imposto um tempo não superior a trinta dias fora do convívio, mas o lapso temporal consumado no isolamento preventivo deverá ser computado como tempo de cumprimento da falta. Reconhecida a existência de falta grave e fixado o isolamento como punição, obrigatoriamente o resultado da apuração deverá ser comunicado ao Juiz de Execução, até porque a falta cometida pode ensejar uma regressão de regime prisional e perda do tempo de remição já computado, dentre outras conseqüências. Resultando a investigação administrativa na existência do cometimento de uma falta, seja ela leve, mínima ou grave, o fato deve ser anotado no prontuário carcerário do detento.

7. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Com base no crescimento desenfreado do poder de organização e de estrutura física e material das facções criminosas, nos grandes e médios presídios de São Paulo,

seu Secretário de Administração Penitenciária, em maio de 2001, pela Resolução nº 26, criou em seu Estado o denominado Regime Disciplinar Diferenciado, estipulando a possibilidade de isolar o detento por até trezentos e sessenta dias, mormente os líderes e integrantes de facções criminosas e todos cujo comportamento carcerário exigisse um tratamento específico. É claro que, tão logo foi editada a Resolução 26, a argüição da sua inconstitucionalidade foi premente. Não faltaram juristas para enfatizar: a Resolução viola a Constituição, porque, tratando-se de falta grave, a matéria está afeta, exclusivamente, à lei ordinária; ademais é a Lei de Execução Penal quem cuida de regulamentá-la.

Porém, chamado a intervir, o Tribunal de Justiça de São Paulo optou por sua constitucionalidade, ao argumento de que os Estados-membros têm autorização constitucional para legislar sobre Direito Penitenciário, o que é uma verdade (art. 24, I, CF/88). Sabe-se, por isso, que o Regime Disciplinar Diferenciado vem sendo regularmente aplicado aos detentos de São Paulo que se enquadrem na Resolução, embora, reconheça-se, a matéria bem que poderia ter sido regulamentada pela Assembleia Legislativa daquele Estado, desde que não se tratasse de acrescentar nova forma de falta grave, pois, como se sabe, haveria necessidade de alterar o art. 50 da LEP. A morte de dois Juizes de Execução Penal, no mês de março de 2003, em São Paulo e Espírito Santo, fez ressurgir no âmbito do Congresso Nacional o Projeto de Lei 5073, enviado em 2001 pela Presidência da República. Em 26-03-2003 o PL foi aprovado na Câmara dos Deputados e seguiu para o Senado Federal, agora mo-

dificando vários dispositivos da Lei de Execução Penal, criando, com força de Lei, o Regime Disciplinar Diferenciado. Se aprovado no Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, implementa-se no Brasil nova punição ao preso na ordem administrativa (falta grave), desde que, no âmbito prisional, o detento pratique qualquer fato definido como crime. Nesse caso, o detento poderá ser recolhido em cela individual por até trezentos e sessenta dias, com restrição ao direito de visitas, o qual fica condicionado a duas pessoas e durante duas horas. Se restar caracterizado que o preso pertence a alguma facção criminosa ou apresenta alto risco para a ordem e a segurança da prisão, o Regime Disciplinar Diferenciado poderá ser determinado, em qualquer caso e somente através de ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público e obedecido o princípio da ampla defesa, com base em requerimento formulado pela administração penitenciária.

Ocorre, entretanto, que, chegando ao Senado, o PL 5073 recebeu uma série de emendas ao substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados. Muitas das emendas, sabe-se, visam aumentar o prazo de isolamento do detento para até 720 dias. Ora, se o atual regime de isolamento previsto na LEP (máximo de 30 dias), para muitos juristas, já seria inconstitucional, pois vulneraria o princípio da inadmissão de sofrimento físico ao detento, é de se imaginar que, extrapolando-se o prazo atual, o constrangimento físico restará muito mais acentuado.

O certo é que, em qualquer caso, o isolamento celular contraria o princípio de ressocialização, pois como re-

cuperar o criminoso se ele não pode trabalhar, estudar e até visitar seus familiares, quando cumprindo pena em regime semi-aberto? É de se esperar, destarte, que o isolamento, como forma de punição administrativa, não seja majorado, até porque, como se sabe, o réu só é obrigado a cumprir os termos constantes da sentença penal condenatória (art. 1º, LEP).

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

Adriana Mandim Theodoro de Mello

Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UFMG. Procuradora do Estado de Minas Gerais. Advogada.

Humberto Theodoro Júnior

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Doutor em Direito. Advogado.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. REGRAS SUBSIDIÁRIAS; 3. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS REGRAS DO MANDATO E DA COMISSÃO; 4. CABERIA APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CONTRATO DE AGÊNCIA AO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL? 4.1. Indenizações previstas na legislação especial sobre representação comercial; 4.2. Contratos de distribuição; 4.3. Conceito e natureza jurídica do contrato de distribuição; 4.4. O contrato de concessão comercial; 4.5. Contrato de franquia empresarial; 4.6. Características comuns aos principais contratos de distribuição; 4.6.1. Contrato entre profissionais (empresários); 4.6.2. Contrato de integração; 4.6.3. Controle e dependência econômica; 4.6.4. Autonomia jurídica; 4.6.5. Contrato de colaboração; 4.6.6. Contrato de duração; 4.6.7. Contrato de adesão; 4.7. Extinção do contrato atípico de distribuição; 4.8. Direito comparado; 4.9. A posição da jurisprudência; 4.9.1. A jurisprudência sobre abuso de direito; 4.10. Rescisão por violação do contrato de concessão comercial; 4.11. Inaplicabilidade das Leis n. 4.886/65 e 6.729/79 aos contratos de distribuição em geral; 4.12. A sistemática do novo Código Civil; 4.13. Conclusões acerca da responsabilidade civil na cessação do contrato de concessão comercial; 5. EFEITOS DA DENÚNCIA UNILATERAL DA CONCESSÃO COMERCIAL.

1. INTRODUÇÃO

Por adotar o Código Civil de 2.002 o *nomen iuris* de “contrato de agência e distribuição” para o contrato típico disciplinado pelos arts. 710 a 721, há quem considere ter sido unificado o regime jurídico do contrato de representação comercial (ora denominado *contrato de agência*) com o de concessão ou revenda comercial (que agora seria denominado contrato de *distribuição*)¹.

Essa assimilação, todavia, não aconteceu, nem poderia ter acontecido, dada a completa diversidade de conteúdo e natureza que se registra entre as duas modalidades negociais: enquanto um se desenvolve a partir da idéia da prestação de serviço (aproximando-se do *mandato*) o outro tem como peça fundamental a compra e venda em série (aproximando-se, portanto, do *fornecimento*).

Prova de que a revenda sistemática não entra no âmbito das relações contratuais próprias do contrato de agência e distribuição está no art. 721 do novo Código Civil, onde se apontam as figuras contratuais típicas que, subsidiariamente, haverão de completar-lhe a disciplina legal, isto é, o mandato e a comissão, que obviamente nada têm a ver com a concessão comercial. Já a compra e venda, sem a qual é impossível imaginar a função econômica e jurídica da concessão (ou revenda) comercial, não foi indiretamente lembrada no aludido art. 721, claro, portanto, que, para o legislador, não haverá entre o agente-distribuidor e o preponente nenhuma operação de compra e venda comercial.

¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2.001, cap. XLIII, p. 979 a 995; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil - contratos em espécie*. 2.ed., São Paulo: Atlas, 2002. v. III, n. 36, p. 611 a 621.

O agente-distribuidor de que fala o art. 710 do novo Código Civil não compra e revende mercadorias do preponente, mas apenas conclui, como mandatário, negócios em nome deste, encarregando-se eventualmente de entregar os produtos ao destinatário, quando os tenha sob sua guarda. Não se trata de figura jurídica nova, pois a ela já se referia a antiga Lei n.º 4.886/65, quando admitia que o representante comercial poderia praticar ou não “atos relacionados com a execução dos negócios” (art. 1º, *caput*). Continua, destarte, no regime do novo Código Civil a haver um representante comercial (ora denominado *agente*) que apenas se encarrega de angariar negócios para o preponente, mas há também aqueles representantes que, além de agenciar negócios, os conclui e executa em nome do preponente (agente-distribuidor)².

2. REGRAS SUBSIDIÁRIAS

O art. 721, no fecho da disciplina específica do *contrato de agência e distribuição*, prevê que a esse *contrato típico* também se aplicam, no que couber, as regras concernentes ao *mandato* e à *comissão*, e, ainda, as constantes de *lei especial*.

O mandato acha-se disciplinado pelo Código Civil, nos arts. 653 a 692, e a comissão, nos arts. 693 a 709. Ambos, portanto, são contratos nominados ou típicos, mas todos se situam em campo de atividades com vários traços comuns ou assemelhados. Tanto assim que à comissão o Código manda aplicar, subsidiariamente, as regras

² O tema é bastante desenvolvido em nossos *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, série coordenada pelos Profs. ARRUDA ALVIM e THEREZA ALVIM, v. VI, Forense, comentários aos arts. 579 a 721 (no prelo).

sobre o mandato (art. 709), e à agência, as relativas ao mandato e à comissão (art. 721).

Sem embargo das múltiplas e íntimas afinidades entre as três figuras negociais, cada uma delas tem sua individualização caracterizada pelo objetivo substancial, nuclear ou principal, sem cuja presença o negócio se desnatura e não chega a ser o contrato típico nomeado pelo Código. A comunhão de elementos e de características se passa em planos secundários ou acessórios, de sorte a manter incólume o fim maior (principal) de cada um dos contratos afins.

Sobre as afinidades, similitudes e distinções, o tema foi tratado em obra à parte, na qual constam os comentários ao art. 710 do Novo Código Civil³.

Além de inserir na regulamentação do contrato de agência e distribuição, em caráter subsidiário, a disciplina do mandato e da comissão, o Código Civil preservou a legislação especial, constante da Lei n° 4.886, de 09.12.1965, com as alterações da Lei n° 8.420, de 08.05.1992, diplomas normativos que contêm o estatuto regulador das atividades dos representantes comerciais autônomos. Embora o *nomen iuris* tenha sido alterado de representante comercial para *agente*, a figura jurídica é a mesma⁴.

Para FRAN MARTINS, simplesmente "o contrato de representação comercial é também chamado contrato de *agência*, donde *representante e agente comercial* terem o mesmo significado"⁵.

3 Comentários ao Código Civil Brasileiro, série coordenada pelos Profs. ARRUDA ALVIM e TEREZA ALVIM, v.1, VI cit.

4 Já antes do advento do novo Código Civil, lembrava WALDIRIO BULGARELLI que "este contrato" - isto é, o contrato de representação comercial - "vem sendo estudado como sinônimo de contrato de agência (Fran Martins, Orlando Gomes, Rubens Requião) e é hoje contrato típico, devidamente regulado pela Lei n. 4.886, de 09 de dezembro de 1965" (Contratos mercantis, 5.ed. São Paulo: Atlas, 1990, n. 2.14.1, p. 470).

5 MARTINS, Fran. Contratos e obrigações comerciais, 6.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, n. 206, p. 337.

O Código Civil não teve o intento de regular toda a atividade do agente ou representante comercial, mas apenas a de traçar as normas básicas do relacionamento entre os figurantes do contrato de agência, que foram nomeados de *agente e proponente*. As normas da legislação especial foram, expressamente, conservadas em vigor pelo art. 721, e com elas, de maneira geral, o Código procurou integrar-se. Poucos foram os casos em que este se desviou da lei pretérita e ditou regra diferente. É claro que quando isto se deu, a norma codificada derogou o preceito diverso contido na lei especial antiga. Trata-se, no entanto, de aspectos pontuais que, a seu tempo, foram analisados e justificados⁶. De modo genérico, contudo, o estatuto específico da Lei n° 4.886/65, com as inovações da Lei n° 8.420/92, foi preservado e prestigiado na sistematização do novo Código Civil.

3. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DAS REGRAS DO MANDATO E DA COMISSÃO

A Lei n° 4.886, quando disciplinou a figura típica da representação comercial, já previra que a essência do contrato seria "a mediação para a realização de negócios mercantis" a ser praticada por meio do *agenciamento* de "propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados" (art. 1°).

Supletiva ou complementarmente, o dispositivo admitia a eventualidade de o preponente confiar ao representante comercial outras funções acessórias como: a) a

6 Comentários ao Código Civil Brasileiro, série coordenada pelos Profs. ARRUDA ALVIM e TEREZA ALVIM, v.1, VI cit.

de praticar atos relacionados com "execução dos negócios" (*caput* do art. 1º, *in fine*); b) a de desempenhar funções atinentes ao mandato mercantil" (pará. único do art. 1º).

É especialmente quando o contrato de agência atribui ao representante poderes para *concluir o contrato* com o cliente, em nome e por conta do fornecedor (preponente) – como agora prevê também o art. 710, pará. único do Código Civil -, que tem cabimento a aplicação subsidiária das normas do mandato ao relacionamento jurídico entre as partes da representação comercial ou agência.

Já as regras da comissão mercantil tornam-se aplicáveis supletivamente ao contrato de agência, sempre que, além da mediação ou agenciamento de negócios, o representante (ou agente) se encarrega, também, de entregar as mercadorias aos clientes do preponente. Nessa hipótese, a Lei nº 4.886/65 fala em "atos relacionados com a execução dos negócios", e o Código Civil prevê a figura do *agente-distribuidor*.

A distribuição – que ocorre quando o proponente (ou preponente) põe à disposição do agente os produtos negociados (art. 710, *caput*), – não o transforma em concessionário comercial, porque não age como revendedor, mas apenas como consignatário ou depositário da mercadoria pertencente ao fornecedor (preponente). Por isso, as regras subsidiárias recomendadas pelo art. 721 do Código Civil são as do contrato de comissão e não as do contrato de fornecimento, que pressupõe a prática da venda e revenda entre o fornecedor e o distribuidor. O agente, mesmo com o poder especial de distribuir os produtos do fornecedor, nunca age, em nome próprio, como dono

e revendedor da mercadoria. Ele é um simples depositário e, na qualidade de preposto, conclui contratos e os executa, mas sempre em nome e por conta do fornecedor⁷. Se há alguma proximidade jurídica é com o contrato de comissão, e nunca com o de concessão comercial ou de revenda exclusiva.

Eis porque o Código autoriza, na espécie, a aplicação supletiva das regras da comissão mercantil, porque também o comissário negocia com bens alheios. O agente-distribuidor, nada obstante, não se transforma num comissário, nem seu contrato com o proponente (ou preponente) se torna um contrato de comissão. Há bastante afinidade entre a situação contratual do agente-distribuidor e a do comissário para justificar a invocação supletiva das regras de um contrato no tratamento do outro, mas não ocorre uma completa absorção de figuras jurídicas.

A distribuição de que fala o art. 710 do Código Civil não anula a essência do contrato de agência; é um *plus*, um acessório que se acrescenta ao negócio típico da agência mercantil. Ocorre, pois, quando o *agente* (e não o revendedor ou concessionário) "tenha à sua disposição a coisa a ser negociada"⁸.

Em suma: aplicação das regras do mandato mercantil ao contrato de agência, além de eventual (só ocorre quando ao agente se conferirem também poderes de mandatário),

7. Em função do contrato de comissão, o comissário "executa o mandato mercantil, sem menção ou alusão alguma ao mandante, contratando por si e em seu nome, como principal e único contratante" (Código Comercial português, art. 266º). "Nos termos desta norma, o comissário, que é um mandatário sem representação, embora pratique os actos no interesse e por conta do mandante (tal como o agente, em relação ao principal) actua em seu próprio nome, diversamente do que sucede com o agente, o qual, tendo-lhe sido confiados poderes para celebrar negócios jurídicos, actua, como se viu, em nome do principal" (MONTEIRO, António Pinto. *Contrato de agência*. 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 48).

8. BULGARELLI, Waldino. *Contratos mercantis*, op. cit., p. 471.

há de ser supletiva, naquilo em que se conciliar com as normas (específicas) da representação comercial, que é a relação absorvente e preponderante. O mandato mercantil aí constitui simples relação acessória⁹.

O mesmo é de se afirmar em face das normas do contrato de comissão: estas não podem ser aplicadas ao contrato de agência senão supletivamente e, portanto, sem anular as deste negócio típico, que, *in casu*, são as principais e dominantes. As próprias da comissão, além de eventualmente aplicáveis, são apenas secundárias ou acessórias, devendo serem observadas depois de já incididas as do contrato principal (as da agência).

4. CABERIA APLICAÇÃO DAS REGRAS DO CONTRATO DE AGÊNCIA AO CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL?

No campo dos negócios de colaboração interempresarial múltiplos são os negócios jurídicos de que os empresários se valem para incrementar a circulação de bens e serviços entre a produção e o consumo final. Dois deles, no entanto, absorvem, no momento, a maioria do volume de operações da espécie: o da *representação comercial* (ou agência) e o da *concessão comercial* (ou de revenda exclusiva).

O contrato de agência é *típico*, contando, pois, com estatuto amplo para definir-lhe o conteúdo e delimitar seus objetivos e elementos essenciais. Já o contrato de concessão comercial conserva-se *atípico*, regendo-se pelas

⁹ REQUAÃO, Rubens. *Do representante comercial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, n. 35, p. 82.

normas do direito das obrigações e pelos princípios gerais dos contratos. Apenas para a revenda de veículos automotores terrestres e para a franquia empresarial, é que a concessão comercial assumiu a categoria de contratos típicos, nos termos das Leis n.ºs 6.729/79, e 8.955/94.

Os principais problemas enfrentados pela doutrina e jurisprudência, a propósito das diversas formas de concessão comercial, situam-se no âmbito da responsabilidade civil manifestável quando da extinção do contrato. Para a agência e para a revenda de veículos, a legislação especial traça o sistema de indenizações cabíveis. Quanto às demais formas de concessão comercial, é na jurisprudência, sobretudo, que se têm definido os critérios norteadores dos ressarcimentos devidos pela cessação dos contratos atípicos.

A tomada de posição em face dessa problemática exige, antes de tudo, uma visão sistemática que possa conceituar a concessão comercial e distingui-la, adequadamente, das demais figuras típicas afins.

É o que se tentará nos tópicos seguintes.

4.1. Indenizações Previstas na Legislação Especial Sobre Representação Comercial

Há na Lei n.º 4.886/65 uma tutela de caráter social ao representante comercial (agente), que lhe proporciona indenização tarifada, independentemente de comprovação de dano efetivo. A explicação é que o agente conquista uma clientela que é comum a ele e ao representado. Por isso, ao ser dispensado sem justa causa terá direito a ser compensado pela clientela perdida em favor do preponente.

Esse prejuízo é legalmente presumido e seu montante pode ser estipulado em cláusula contratual pelas próprias partes, mas não pode ser menor do que a tarifa legal, assim estabelecida:

- a) contrato de *prazo indeterminado*: “um doze avos do total da retribuição auferida durante o tempo em que (o agente) exerceu a representação” (Lei nº 4.886/65, art. 27, alínea f);
- b) contrato de *prazo determinado, rompido antes do término de sua duração convencional*: “importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual” (Lei nº 4.886/65, art. 27, § 1º). Quer isto dizer que apurada a média mensal de rendimentos do agente, esta será assegurada, como indenização, durante a metade dos meses que faltarem para completar o prazo de duração do contrato;
- c) *aviso prévio*: a denúncia do contrato de prazo indeterminado é direito de qualquer das partes, mas se feita sem causa justificada, deve ser precedida de aviso prévio. A duração mínima desse pré-aviso era de *trinta dias*, segundo o art. 34 da Lei nº 4.886/65. O Código Civil a ampliou para *noventa dias* (art. 720). Se inobservado esse prazo legal, a parte prejudicada terá direito a uma indenização – além da prevista no art. 27 da Lei especial, cujo montante será equivalente a *um terço* das comissões auferidas pelo agente nos três meses que antecederam à denúncia (art. 34 da Lei nº 4.886/65). A indenização do aviso prévio é distinta da derivada da denúncia imotivada e, por isso, a ela se acresce.

São estas reparações que, às vezes, se pretendem impor também aos contratos de concessão comercial e o franquia empresarial. A inadequação da extensão de regras especiais por analogia é o que se demonstrará a seguir, depois de assentada a verdadeira natureza dos questionados contratos de distribuição.

4.2. Contratos de distribuição

Em razão da colossal intensificação das relações mercantis em todo o planeta, a uma velocidade antes inimaginável, a atividade de distribuição de mercadorias e serviços passou a gozar de extrema relevância na cadeia que liga a produção ao mercado consumidor.

A distribuição eficiente, adequada às necessidades do público final, consentânea à capacidade dos consumidores, é fator decisivo para o sucesso da comercialização de bens e serviços, ainda quando, em princípio estes tenham potencialmente qualidade, originalidade e outras características capazes de atrair o interesse de eventuais adquirentes.

Daí porque a distribuição hoje é encarada mais como uma etapa da produção de bens e prestação de serviços que como mero custo que se agrega ao produto final. É, ao contrário, atividade intermediária que liga a produção ao consumidor, é veículo de adequação da oferta à demanda, que obedece a sérios e vultosos projetos e políticas de profissionais e estrategistas.

No planejamento dessa atividade, empresários, administradores e economistas se valem de várias formas contratuais, que buscam a perfeição do atendimento à

clientela e o equilíbrio entre o máximo que o produtor pode obter de redução em custos e otimização das vendas sem prejuízo da qualidade de seu produto e sem sacrifício dos valores prezados pelo público consumidor.

Às vezes, mas muito raramente, a distribuição da produção se faz diretamente do fabricante ao consumidor final, ou aos diversos comerciantes independentes que se dedicam à venda a varejo.

Mas o que se verifica com mais frequência, especialmente quando o fabricante consegue alargar seus horizontes ao mercado globalizado e atingir um estágio que se denomina produção e consumo em massa ou escala industrial, é a associação deste com terceiros, sob as mais variadas formas jurídicas, típicas ou atípicas, tais como atacadistas, cooperativas, centrais de compras, fusões sociais, concessão mercantil, representação comercial, franquia, distribuição exclusiva.

Surge, então, no Direito Comercial, um conjunto de relações jurídicas originadas do acordo de vontades (contratos mercantis), que se marcam por características comuns, tais como a união em torno de um objetivo comum: o lucro de ambos na comercialização de bens e serviços, mas antagônicos, na medida em que se repartem os ganhos. E que se caracterizam ainda pela cooperação, a natureza duradoura da relação e, principalmente, pela dominação econômica exercida pelo fabricante com o propósito de manter a integração da rede de distribuição.

Esse grupo de contratos que se destinam a instrumentalizar ou dar forma jurídica a tais relações econômicas de distribuição têm sido objeto de estudos sistemáti-

cos e organizados, principalmente na França, onde já se identificam como "contratos de distribuição" ou "direito da distribuição"¹⁰.

Na verdade, este capítulo do *direito dos negócios* (mais moderna denominação do direito comercial na Europa) assume feições multidisciplinares e penetra tanto o campo do direito privado como do direito público. Se, por um lado, dentro destes estudos cabem investigações científicas sobre as relações privadas firmadas entre os integrantes da cadeia de distribuição, por outro se vislumbram regras que regulam as relações entre estes e o livre mercado (proteção da concorrência) marcada pelo interesse público, e também, em face do consumidor. Essas regras eminentemente dirigidas pelo interesse público atingem os contratos de distribuição, limitando-os em face da ordem e do interesse públicos e dos anseios de equilíbrio nas relações desequilibradas pelo poder econômico.

Sob um outro ângulo, os contratos de distribuição podem ser divididos em dois grandes grupos, conforme os sujeitos que organizem tal atividade. Em um deles se inserem aqueles contratos em que a atividade de distribuição em rede é organizada e dirigida pelo fornecedor de bens ou serviços. No outro grupo se encontram contratos destinados a organizar a distribuição por iniciativa dos distribuidores.

É sobre o primeiro grupo de contratos que se desenvolverá a presente análise, que pretende, especialmente, investigar as regras aplicáveis à extinção da rela-

10 Cf. BEHAR-TOUCHAIS, Martine; VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de la distribution*. Paris: LGDJ, 1999. p. 1 e seqs. Os autores relatam que o primeiro tratado de direito da distribuição foi editado em 1975, na França. Embora embrionário, foi o pontapé inicial ao desenvolvimento da atual concepção do direito da distribuição.

ção jurídica que se manteve por longo tempo e que criou liames jurídicos e econômicos profundos entre os contratantes.

Nos últimos anos, freqüentes têm sido as demandas apaziguadas pelo Judiciário referentes aos efeitos da denúncia unilateral dos contratos de distribuição. Distribuidores que se sentem lesados com a extinção forçada do vínculo pleiteiam, perante a Justiça, ora a prorrogação compulsória do contrato, ora a indenização pelas perdas e danos decorrentes do fim da longa parceria.

A composição do conflito, sem dúvida, perpassa noções e princípios jurídicos vigentes em tema de contratos e responsabilidade civil. A identificação das regras aplicáveis à espécie depende do perfeito enquadramento da natureza jurídica deste grupo relativamente novo de contratos e do estudo adequado do instituto da responsabilidade civil. E, como não poderia deixar de acontecer em um estudo jurídico, analisar-se-ão, outrossim, os pronunciamentos predominantes da doutrina nacional e estrangeira, bem como das cortes estaduais e federais de justiça sobre o tema.

4.3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

As diversas modalidades de contratos de distribuição amplamente utilizados na mercancia são prova de que a agilidade e o dinamismo da vida comercial, não raro, passam à frente do legislador, forjando técnicas contratuais novas e melhor adaptadas às necessidades do mercado. As omissões do legislador e as lacunas do ordena-

mento jurídico, no meio comercial, são rapidamente supridas e preenchidas pela capacidade inventiva dos seus agentes.

Foi assim que, sem prévia disciplina do direito positivo, as variadas espécies de contratos de distribuição foram se tornando praxes comerciais e instrumentos, mais ou menos uniformes, ou socialmente típicos, largamente difundidos nas relações entre a indústria e os comerciantes, tanto no Brasil como no resto do mundo.

Assim ocorreu, por exemplo com os contratos de representação comercial ou agência, de franquia empresarial, e de concessão mercantil, que foram fruto da mente inventiva de comerciantes e fabricantes perspicazes que puderam apreender com eficiência e sensibilidade as necessidades do mercado e a agilidade de novos métodos de comercialização.

Daí afirmar JACK BUSSI que o direito da distribuição é um direito especial, essencialmente contratual, não codificado, e em constante evolução, que regula relações entre profissionais¹¹.

Os contratos de distribuição *lato sensu* são aqueles que se destinam a dar forma a relações entre fabricante e distribuidor, regendo as obrigações existentes entre eles, destinados a organizar a atividade de intermediação e venda da produção, levando-a até o consumidor final.

São chamados contratos de distribuição aqueles que estabelecem a obrigação de uma das partes promover a venda dos produtos fornecidos pela outra parte, e cuja execução implica em estipulação de regras gerais, e prévias, destinadas a regulamentar o relacionamento duradouro que se estabelece entre os contratantes.

¹¹BUSSI, Jack. *Droit des affaires*. *Daixce: Presses de Sciences Po*, 1998, p. 265.

A distribuição, modernamente concebida, segundo as regras avançadas de marketing, planejamento e estratégia de vendas, surgida ou intensificada na segunda metade do século XX se instrumentaliza, principalmente, por contratos de distribuição *stricto sensu*, também denominado contrato de concessão mercantil, ou por contratos de franquia ou *franchise* (ou ainda *franchising*).

Essas técnicas modernas de distribuição, muitas vezes denominadas *contratos novos*, sucederam aos contratos de agência ou representação comercial, de comissão e de corretagem, já amplamente difundidos e típicos. A motivação de tal evolução foi, sem dúvida, a necessidade de se adotar política e estratégia de distribuição uniforme e eficaz para toda a rede de distribuição do produtor. O sistema de distribuição, baseado em intermediários independentes, impedia que o fornecedor pudesse planejar a produção e a distribuição de seus bens e limitava a sua ingerência nas decisões e políticas adotadas por cada um dos agentes revendedores.

É essa nota que marca esse grupo de *contratos novos* que merece a atenção especial dessa análise.

Os contratos de distribuição que a partir desse momento serão focalizados e estudados são justamente esses contratos novos, que se transformaram em instrumento de política de distribuição do produtor, e se destinam a estruturar, planejar e gerir todo um sistema ou uma rede de distribuição da produção industrial.

Não se pretende, nessa apertada análise, apreciar cientificamente todas as formas contratuais utilizadas na distribuição moderna – que abrangeria, inclusive, os con-

tratos típicos mais antigos como a venda, o mandato, o transporte, o depósito etc... Tampouco se pretende esgotar o exame de todas as formas de distribuição baseadas na cooperação comercial e no planejamento da rede de distribuição.

Premissa essencial às conclusões desta análise é, tão somente, identificar as características, os princípios gerais e as regras comuns aplicáveis a toda espécie de acordo de distribuição destinado a organizar, perenizar e fidelizar as relações entre fornecedor e revendedor, integrantes da rede de distribuição. Em resumo, o que se pretende é identificar um direito comum aplicável a um grupo de contratos, já denominado pelo, direito europeu, como direito da distribuição.

Não se pode fugir, entretanto, à individuação das duas figuras mais difundidas nesse ambiente: a concessão mercantil e a franquia, que já alçaram a condição de contratos nominados, e socialmente típicos. Aliás, a franquia, após a edição da Lei 8.955/94, tornou-se também um contrato juridicamente típico.

4.4. O contrato de concessão comercial

A concessão comercial (contrato de distribuição *stricto sensu*) é um contrato novo que se aperfeiçoa quando um fabricante se obriga a vender, continuamente, a um distribuidor, que, por sua vez, se obriga a comprar, com vantagens especiais, produtos de sua fabricação, para posterior revenda, em zona determinada¹².

¹²MELO, Claudineu de. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987, n. 20, p. 29.
GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, n. 306, p. 374.

Com esse tipo de contrato, cria-se uma "concessão" no plano comercial, que "implica a atribuição de um monopólio de exclusividade de venda a comerciantes escolhidos pelo produtor para fazê-los participar de um sistema de comercialização de seus produtos"¹³. Daí falar-se, não só em contrato de distribuição, mas também em *contrato de concessão comercial*¹⁴.

A concessão comercial, modernamente, apresenta-se muito útil para a circulação dos produtos de massa, como cervejas, refrigerantes, derivados de petróleo, automóveis, motocicletas, material agrícola etc. "Permite aos fabricantes escoar sua produção em boas condições e sob controle dentro de uma rede de distribuição organizada. Garante o desenvolvimento das vendas, preserva a qualidade dos produtos e racionaliza a comercialização. Os fabricantes auferem grandes proveitos, porque a concessão comercial lhes cria a possibilidade de supervisionar seus pontos de venda, sem suportar o respectivo encargo econômico. Quanto aos concessionários, se beneficiam da imagem da marca do fabricante, aproveitam as facilidades de instalações que lhe são propiciadas e, às vezes, logram verdadeiros lucros de ocasião. Mas, é necessário também que aceitem pesadas obrigações que lhes são impostas: sua sujeição é a chave da concessão"¹⁵.

13 GUYENOT, Jean. *Les Contrats de Concession Commerciale*. Paris: Librairie Sirey, 1968. n. 15, p. 25; FOURGOUX, Jean-Claude. *Droit du Marketing*. Paris: Dalloz, 1974, p. 61.

14 GOMES, Orlando. *Contratos cit.*, n. 306, p. 375; CHAMPALD, Claude. *La Concession Commerciale. Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, Paris, Sirey, n. 24, p. 471, 1963.

15 DUTILLEUL, François Colart, DELLEBECQUE, Philippa. *Contrats civils et commerciaux*. 2.ed. Paris: Dalloz, 1993. n. 834, p. 765.

Do ponto de vista estritamente jurídico, a melhor visão da concessão comercial é a que lhe atribui a natureza de um contrato *complexo e atípico*, de fundo monopolístico, para cuja formulação jurídica se lança mão de vários elementos tomados por empréstimo a outros contratos típicos.

Como entre nós não existe uma regulamentação legal para o contrato de distribuição ou concessão comercial, é de se qualificá-lo como *atípico*¹⁶. Nele o traço mais evidente de outro contrato é o da compra e venda, porque sua função primordial é fazer com que o produto do industrial chegue ao mercado consumidor. E isso haverá de se operar pelo mecanismo de sucessivas compras-e-vendas entre concedente e concessionário. Mas o negócio não se resume nisso. O concessionário se encarrega, também, da *assistência e garantia* ao funcionamento e qualidade dos produtos revendidos, o que envolve prestações de contratos outros como o de *fornecimento e prestação de serviços*, e às vezes, os de *mandato e de empreitada*.

Reclamam-se os seguintes requisitos para a configuração jurídica do contrato de distribuição:

- a) um dos contratantes deve ser o *fabricante* e o outro o comerciante que se encarregará da revenda dos produtos do primeiro;
- b) entre as duas partes contratuais estabelece-se uma obrigação de compra e venda continuada, não eventual nem periódica. O contrato não é de execução instantânea, mas de execução contínua, no que se confunde com o contrato de fornecimento;

16 REQUILÃO, Rubens. O Contrato de concessão de venda com exclusividade (Concessão Comercial). *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 7, p. 23, 1972. Apenas para as revendas de veículos automotores existe regulamentação legal típica do contrato de concessão comercial (Lei n.º 6.729/79).

- c) o contrato de distribuição importa "vantagens especiais ao distribuidor", pois se isto não existir, a relação será de compra e venda simplesmente;
- d) o produto comercializado deve ser efetivamente fabricado pelo concedente, pois, do contrário, haverá apenas revenda e não contrato de concessão;
- e) o produto vendido pelo concedente ao concessionário tem de ser destinado à revenda. Se fosse destinado ao consumo do distribuidor, o contrato seria apenas de fornecimento e não de distribuição;
- f) o distribuidor deve ter uma área geográfica delimitada para atuação, exclusiva ou não;¹⁷
- g) a atividade econômica do distribuidor, embora seja de sua exclusiva responsabilidade, não pode fugir do sistema geral planejado pelo fabricante para padronizar e controlar a qualidade da rede de concessionários.

4.5. Contrato de franquia empresarial

O contrato de franquia empresarial, depois de difundir-se como praxe comercial, social e economicamente típica¹⁸, com nome reconhecido, regulando um conjunto de obrigações e direitos mais ou menos constante, alcançou a tipicidade jurídica, no senso mais estrito que se admite em doutrina, com o advento da Lei 8.955/94.

17 MELO, Claudineu de, *Contrato de distribuição*. São Paulo: Saraiva, 1987, n. 22 a 29, p. 30-39.

18 MELO, Claudineu de, em seu livro *Contrato de distribuição*, argumenta que "a tipicidade de um contrato não se adstringe à sua previsão legal, mas decorre da formulação que permita distingui-lo de quaisquer outros tipos contratuais. Na medida em que um contrato possa ser parcialmente identificável, por requisitos próprios e específicos que o tornem distinto e inconfundível com qualquer outro tipo contratual, e ainda que não regulado em lei, mas garantido pelo direito, ele é típico. É a tipicidade de fato, e não de direito" (n. 30, p. 39-41).

O citado diploma legal tratou de definir o contrato de franquia, elencando seus elementos essenciais, identificando sua finalidade econômica e definindo as obrigações e direitos fundamentais de cada contratante. Sua eficácia, desde então, provém do padrão que a lei lhe outorga e não mais diretamente da vontade criadora das partes.

A despeito das falhas técnicas ou literais de que a lei reguladora do contrato padece, pode-se definir a franquia ou *franchise* como a relação jurídica contratual que, tal como a concessão mercantil, estabelece a obrigação do franqueado de promover, de forma autônoma, por sua própria conta e risco, e de forma exclusiva, a venda dos produtos fornecidos pelo franqueador, ou os serviços por este formatados, seguindo, na execução do contrato, as ordens e os padrões técnicos estipulados previamente.

As obrigações impostas ao franqueador distinguem substancialmente a franquia da concessão mercantil. Naquele contrato, há obrigatória transferência de tecnologia agregada à concessão do uso da marca notória que identifica o franqueador.

Não há verdadeiro contrato de franquia se não se transfere ao franqueado um conjunto de conhecimentos e experiências de natureza prática capaz de distinguir a atividade do franqueador ou de sua rede de distribuição em face de sua concorrência.

LELOUP define *savoir faire*, ou tecnologia para nós, como um conhecimento prático transmissível, não imediatamente acessível ao público, não patenteadado, que confere ao seu mentor uma vantagem concorrencial¹⁹.

19 LÉLOUP, Jean-Marie. *La franchise: droit et pratique*. 2. ed. Paris: Delmas, 1991, p. 27.

Em suma, na franquia, o distribuidor tem o direito e o dever de usar a marca e as insígnias do fornecedor. E como elemento essencial de caracterização do contrato, tem o franqueador a obrigação de transmitir ao franqueado "uma receita de sucesso"²⁰ e mantê-la atualizada, com assistência contínua.

Na estruturação da rede de franquias, o franqueador repartirá a área geográfica de distribuição em zonas onde atuarão os franqueados, em regime de exclusividade, ou não, com ou sem direito de preferência sobre o território.

Quanto ao objeto da atividade (prestações devidas) do franqueador, o contrato pode se classificar em franquia de *distribuição*, de *serviços* ou de *produção*.

Se o franqueado se obriga a vender produtos fornecidos, fabricados ou, apenas, selecionados pelo franqueador, segundo as técnicas e regras padronizadas para a rede de franquias, sob os signos, imagem e marca do franqueador, tem-se a franquia de distribuição.

Na franquia de serviços, o franqueado presta serviços segundo métodos, qualidade e técnicas idealizados, testados e padronizados pelo franqueador, identificados por suas insígnias e marcas. No ramo de hotelaria, locação, lavanderias, revelações fotográficas etc. encontram-se bem difundidos os contratos de franquia de serviços.

Por fim, quando é o próprio franqueado que, servindo-se da tecnologia, fórmulas, produtos e equipamentos concedidos pelo franqueador, produz os bens destinados à venda ao consumidor, divulgando-os através da marca e dos sinais distintivos deste, tem-se configurado o contrato de franquia de fabricação, também denominado de franquia industrial ou de produção.

20LELOUP, Jean-Marie. *La franchise: droit et pratique*, p. 27.

O franqueado recupera seus investimentos através do desempenho dessas atividades, do lucro de sua atividade mercantil. Conforme cada contrato, pode-se obrigar a pagar *royalties* pelo uso da marca, bem como quantia determinada pela transferência da tecnologia, produtos, bens, equipamentos e projetos fornecidos pelo franqueador.

4.6. Características Comuns aos Principais Contratos de Distribuição

Apontam-se, para os contratos de distribuição, no plano da revenda ou concessão mercantil, as seguintes características:

- a) contratos entre profissionais;
- b) contratos de integração;
- c) contratos com controle e dependência econômica;
- d) contratos de colaboração;
- e) contratos de duração;
- f) contratos por adesão.

4.6.1. Contrato entre profissionais (empresários)

A franquia e a concessão mercantil são contratos que se travam entre *profissionais*, comerciantes e empresários, pessoas que, no discenimento, e quanto à capacidade de decisão, devem ser tratadas como iguais.

A desigualdade que merece amparo legal, para correção de eventuais desequilíbrios entre as partes, situa-se apenas no campo econômico e de acesso a informações administrativas e financeiras relativas à própria atividade

do fornecedor ou de sua rede de distribuição. Também no curso da execução do contrato, quando o poder de controle do fabricante ou fornecedor pode determinar a sorte dos negócios do distribuidor, pode-se verificar o desequilíbrio entre as partes, através de práticas que poderão ser reconhecidas ora como legítimas, ora como abusivas e desleais e, portanto, configuradoras de inadimplemento das obrigações.

Porém, no momento de formação do contrato só haverá desigualdade capaz de viciar o livre arbítrio do distribuidor se o fornecedor sonegar alguma informação essencial e relevante para o exercício do pleno juízo de conveniência do negócio.

4.6.2. Contrato de integração

Já na execução das obrigações convencionadas, os contratos de distribuição, da espécie de que ora se trata – que organizam a distribuição em rede por iniciativa do fabricante ou fornecedor – geram um íntimo relacionamento, jurídico e econômico, entre duas empresas, a que produz e a que se encarrega da revenda dos produtos. Fala-se, mesmo, em *integração de empresas*.

São chamados *contratos de integração* aqueles que viabilizam a organização de uma atividade econômica através de políticas comerciais sincronizadas, que combinam *eficácia e disciplina*, e que submetem a existência e a manutenção de uma das partes à própria duração do vínculo jurídico²¹.

21 GUYON, Yves. *Droit des affaires - droit commercial général et sociétés*. 10. ed. Paris: Economica, 1998, t. 1, n. 816, p. 850 ss.

É essa, aliás, a característica que diferencia os novos contratos de distribuição daqueles antigos que tinham como nota marcante a *subordinação*, tais como a representação comercial e a corretagem.

Em princípio, ao aderirem aos contratos de representação comercial, os fornecedores de bens e serviços buscaram o rompimento das relações trabalhistas. A despeito da autonomia, da economia e da relativa independência alcançada com esse sistema de distribuição, os fabricantes enfrentaram dificuldades de impor à rede de distribuidores uma disciplina sobre as técnicas de venda.

Os contratos de integração vieram, então, preencher essa lacuna existente, e somaram ao atributo da rede juridicamente autônoma, as qualidades de eficácia e disciplina.

4.6.3. Controle e dependência econômica

Se, por um lado, os novos contratos de distribuição não eliminam a independência jurídica da empresa distribuidora, por outro, criam inexoravelmente a *dependência econômica*, com profunda justificativa na necessidade de uniformização e de eficiência da rede distribuidora.

São as redes de distribuição modernas estruturas jurídicas multiformes sustentadas por contratos que permitem programar ações concertadas, normalmente limitadas no tempo.

A inter-vinculação das duas empresas, que alguns chamam de *quase-integração*, é, na espécie, “mais de natureza econômica do que jurídica”. Com ela cria-se um sis-

tema de "divisão de trabalho, lei econômica universal", traduzida na convenção de que "o concessionário se encarrega da comercialização dos produtos objeto da produção a cargo do concedente"²³.

Não se pode alcançar a identidade própria característica da rede de distribuição, bem como o padrão de qualidade de bens e serviços idealizado pelo fabricante, senão pela imposição de sistemas, métodos, comportamentos que confirmam, aos vários integrantes autônomos de uma rede, uma imagem unitária.

Por outro ângulo, o poder de controle justifica-se em face da constatação de que a atividade desenvolvida pelos distribuidores, diretamente vinculada ao nome, ou marca, do fabricante e de seus produtos, segundo seja bem ou mal conduzida, pode afetar diretamente a imagem deste, a sua clientela, e a rentabilidade do negócio.

Dáí por que o direito considera legítimo, em princípio, o controle ou a dominação econômica que o fornecedor exerce sobre o distribuidor, já que destinados a uma finalidade economicamente útil e socialmente desejada.

Desempenhado lealmente, segundo os padrões comerciais adotados, e de forma a garantir a fiel execução do modelo de distribuição idealizado pelo franqueador ou concedente, que lhe assegurou o sucesso econômico, o controle do fornecedor encontra respaldo no fim legítimo e jurídico do contrato de distribuição, e será benéfico a ambos os contratantes, aos demais membros da rede de distribuição e aos consumidores.

23 REQUIÃO, Rubens. O Contrato de concessão de venda com exclusividade (Concessão Comercial). *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 7, p. 21-22, 1972.

4.6.4. Autonomia jurídica

Essa integração, na verdade, não anula a personalidade, nem elimina a autonomia jurídica das empresas intervinculadas. Cada uma delas, dentro da rede de distribuidoras "mantém sua independência econômica e autonomia jurídica, pois com o sistema se visa apenas a comercialização da produção, excluindo a imposição de preços e o domínio monopolístico e anticompetitivo do mercado"²³.

O distribuidor contrata em seu próprio nome e no seu interesse. Responde pessoalmente pelos atos de seus prepostos. E, com exceção das normas específicas do Código do Consumidor, que estabelecem as obrigações solidárias entre fornecedor e distribuidor, não se confundem obrigações e responsabilidades pessoais de fabricante e distribuidor.

As cláusulas que impõem uma normatização de condutas, métodos e procedimentos, destinadas a manter a unidade da rede de distribuição, são, enfim, perfeitamente compatíveis com a autonomia jurídica. Aliás, como adverte LELoup: "Não se pode aceitar a idéia de uma regressão das técnicas comerciais em nome de uma concepção ultrapassada de independência"²⁴. E, por isso mesmo, apesar de vinculado a uma política de atuação no mercado de distribuição, o distribuidor terá sempre autonomia jurídica e administrativa para gerir sua empresa, seus atos, seus lucros, recursos financeiros, materiais, humanos, seus investimentos, seus estoques etc.

23 REQUIÃO, Rubens. O Contrato de concessão de venda com exclusividade (Concessão Comercial). *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 7, p. 21, 1972.
24 LELoup, Jean-Marie. *La franchise: droit et pratique* cit., 107.

4.6.5. Contrato de colaboração

Ao contrário da ordinária comutatividade que existe entre as prestações devidas pelas partes nos tradicionais contratos de troca, na colaboração, o fim econômico visado pelos contratantes se alcança através da união das prestações devidas por fornecedor e distribuidor.

Ou seja, tal como observa LEONARDO SPERB DE PAOLA:

não se pode afirmar que o interesse das partes limita-se aos sucessivos contratos de compra e venda firmados entre o fabricante e o distribuidor. O que se pretende é a formação de uma clientela em determinado território, no qual se planta a marca do produtor, com aumento das vendas em benefício comum. As partes envolvidas, unindo seus esforços, organizam a distribuição de um produto²⁵.

Destarte, mais que prestações e contraprestações entre as partes, o proveito econômico de cada uma delas se obtém com o desempenho da atividade mercantil de comercialização de produtos e serviços reiterado diuturnamente. A prestação devida pelo distribuidor não se resume à aquisição de mercadorias, ao pagamento de *royalties* e taxas de ingresso e publicidade. Deve ele se dedicar de forma séria, leal e competente à atividade empresarial de distribuição de bens ou serviços, para que as partes lucrem com o incremento do consumo.

25 PAOLA, Leonardo Sperb de. Sobre a denúncia dos contratos de distribuição, concessão comercial e franquia, *Revista Forense*, v. 343, p. 124.

4.6.6. Contrato de duração

Da própria natureza da atividade de distribuição, enquanto sistema organizado, conclui-se que o tempo é fator relevante para a execução do contrato que há de vigir por um prazo suficientemente longo para que as partes possam alcançar os fins a que o contrato se dispõe. Daí por que se enquadra também no conceito de contrato de duração, uma vez que sua execução não se faz em um único ato, mas em atos sucessivos que se protraem no tempo²⁶.

A prestação não é, entretanto, divisível, mas a mesma, nos diferentes períodos de tempo. Nessa espécie de contrato de duração, "o adimplemento sempre se renova sem que se manifeste alteração no débito", de tal forma que as obrigações ajustadas "são adimplidas permanentemente e assim perduram sem que seja modificado o conteúdo do dever de prestação, até seu término pelo decurso do prazo ou pela denúncia"²⁷.

4.6.7. Contrato de adesão

Tendo o fabricante necessidade de organizar sua rede de distribuição de forma homogênea, haverá, como é óbvio, de padronizar os ajustes de contratação dos distribuidores, não havendo, por isso mesmo, lugar para condições especiais ou privilegiadas para um ou outro concessionário.

Em virtude disso, há quem qualifique o contrato de distribuição como um *contrato de adesão*, já que o distribuidor não teria como negociar ou exigir cláusulas, limitando-se a aceitar

26 GOMES, Orlando. *Contratos cit.*, n. 58, p. 80.

27 SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto. *A obrigação como processo*. São Paulo: Brushatsky, 1976, p. 211.

o contrato padrão que lhe oferece o fabricante. Todavia, essa qualificação é equivocada, segundo a lição da melhor doutrina.

O contrato de adesão, em sentido próprio, provém de uma proposta formulada à coletividade, no dizer de SALEILLES, proposta que o aderente, por imperiosa necessidade de contratar, não tem condições práticas de recusar. Sua adesão é inevitável²⁸. Já em outros casos, o destinatário da proposta, embora não tenha como impor alterações ao seu teor, não está forçado a se vincular. Adere, apenas, se for de sua conveniência e interesse. Nessa última hipótese, fala-se em *contrato por adesão*, mas não propriamente em *contrato de adesão*.

A característica comum a esses dois tipos de contrato, "é a aderência, por um contratante, a cláusulas e condições que são impostas pelo outro contratante". Diferenciam-se, no entanto,

*pelo fato de que no contrato por adesão o aderente tem absoluta liberdade de contratar, ou não, enquanto no autêntico contrato de adesão o aderente é compulsoriamente obrigado a contratar. Diferenciam-se, portanto, no consentir: no contrato por adesão o contratante consente, ou não, e no contrato de adesão esta faculdade lhe é suprimida*²⁹.

No verdadeiro contrato de adesão um dos contratantes (parte mais fraca) além de não poder interferir nas condições do contrato, não pode sequer recusá-lo, "sob pena de ficar privado de serviços fundamentais para a vida moderna"³⁰. É o caso dos contratos com os fornecedores

28 De la déclaration de volonté, Paris: LGDJ, 1929, p. 229.

29 MELO, Claudineu de. *Contrato de distribuição* cit., n. 54, p. 62-63.

30 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. 28. ed., São Paulo: Saraiva, 2002. v. III, n. 20, p. 45.

de serviços de eletricidade, água, esgoto, telefonia etc. A vida moderna não permite às pessoas viverem sem o fornecimento de tais utilidades. A oferta feita sob condições de monopólio do explorador de tais serviços não tem como ser recusada por ninguém.

O genuíno contrato de adesão, diante desse quadro, exige o concurso das seguintes elementos:

- a) "o negócio deve ser daqueles que envolvem necessidade de contratar por parte de todos, ou de um número considerável de pessoas";
- b) "o contratante mais forte deve desfrutar de um monopólio de direito ou de fato, ou seja, é mister que a procura exceda em tal proporção a oferta, que uns precisem comprar e os outros possam recusar-se a vender";
- c) "é mister que os interesses em jogo o permitam", como na oferta "dirigida a uma coletividade"³¹.

Também, para ORLANDO GOMES,

*é pressuposto do contrato de adesão o monopólio de fato ou de direito, de uma das partes, que elimina a concorrência para realizar o negócio jurídico. Se a situação não se configura desse modo, poderá haver contrato por adesão, jamais contrato de adesão*³².

Nas relações entre fabricante e distribuidor não há monopólio algum, nem necessidade imperiosa de contratar. Por isso, ensina RUBENS REQUIÃO:

31 RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil* cit., n. 20, p. 45-46.

32 GOMES, Orlando. *Contratos* cit., n. 83, p. 120.

Ora, no sistema de comercialização organizado através do contrato de concessão de venda com exclusividade, a concedente não tem o monopólio de mercado. A concorrência se estabelece entre várias empresas industriais concedentes, dentro da liberdade do mercado e segundo os termos da livre competição... Além do mais, a empresa concessionária não é obrigada a contratar; ela se dispõe ou se constitui para integrar a rede de revendedores exclusivos de certa empresa, com as quais discute as condições de concessão³³.

Conclui, pois, o notável comercialista pátrio:

Descartamo-nos, energicamente, da possibilidade de enquadrar o contrato de concessão de venda com exclusividade como contrato de adesão³⁴.

CLAUDINEU DE MELO expõe doutrina idêntica, ao ensinar que:

a faculdade do distribuidor, de contratar ou não, segundo as cláusulas e condições previamente estabelecidas pelo fabricante é, indubitavelmente, o indicador seguro de se estar diante de um contrato por adesão, e não de adesão³⁵.

É certo que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 54 e parágrafos, fundiu as duas noções de

33 REQUIÃO, Rubens. *O contrato de concessão cit.*, p. 25.

34 REQUIÃO, Rubens. *O contrato de concessão cit.*, p. 24.

35 MELO, Claudineu de. *Contrato de distribuição cit.*, n. 55, p. 64.

contrato de e por adesão, submetendo ambas a um regime jurídico único. O contrato de distribuição, todavia, não está sob o regime do aludido diploma legal, visto que as vendas realizadas entre o fabricante e o distribuidor não configuram operação de consumo. Ao contrário, conforme já se afirmou anteriormente, consubstancia contrato entre profissionais, em perfeitas condições de analisar a conveniência de cada uma das cláusulas, de negociá-las na medida do possível, de recusá-las ou de vir mesmo a não contratar. O contrato, portanto, permanece sendo operação puramente mercantil entre dois comerciantes, dos quais nenhum se apresenta como consumidor final e, por conseguinte, seu regime é o das leis mercantis ordinárias e não o do Código de Defesa do Consumidor.

Daí já ter decidido o Judiciário, especificamente nas hipóteses de contrato de distribuição, que:

INDENIZAÇÃO - CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL - DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS - CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO - NOTIFICAÇÃO EFETUADA NO PRAZO PREVISTO - DESOBRIGAÇÃO DE INDENIZAR.

- É de se afastar dos chamados contratos 'de adesão', aqueles em que as partes tiveram ampla liberdade de contatar, com capacidade suficiente para deliberarem acerca de suas cláusulas e optarem livremente pela modalidade contratual, parte adversa e estipulações impostas.

- O contratante que exercita os atos inerentes à sua liberdade de desvinculação contratual, com notificação prévia de sua intenção, não pratica

*ilícito capaz de ensejar reparação, com fulcro na responsabilidade civil. Recurso a que se nega provimento.*³⁶

Além do mais, ainda que o contrato de distribuição viesse a ser qualificado como *de adesão*, as cláusulas que figuram usualmente nos negócios da espécie não seriam ilícitas nem ineficazes, porque não abusivas nem leoninas.

O contrato de adesão, por si só, não se reveste de ilicitude nem incorre em qualquer tipo de censura. O que se recrimina é o abuso cometido eventualmente dentro do contrato de adesão pela parte que dispõe da força de determinar o conteúdo de suas cláusulas. Se, porém, não se entrevê nenhum desvio ético na estipulação de tais condições, o contrato de adesão é tão jurídico e tão obrigatório para os contratantes como qualquer outro contrato.

O que mais se nota na jurisprudência, a respeito do tema, são critérios de interpretação da vontade negocial que procuram contrabalançar a supremacia de uma parte em relação à outra. Assim, por exemplo, "na dúvida" se recomenda interpretar a cláusula contra a parte que redigiu a cláusula, e as cláusulas impressas, quando em conflito com as manuscritas, devem ceder a estas etc.

A jurisprudência mais atual confirma a posição correta da doutrina contemporânea diante do contrato de adesão.

Assim, por exemplo, no caso de foro de eleição, que é a cláusula mais freqüentemente debatida em juízo, os tribunais, reiteradamente, decidem que:

*A circunstância de tratar-se de contrato de adesão, só por si não basta para ter-se como inadmissível a cláusula de eleição de foro... O que caracteriza o contrato de adesão propriamente dito, é a circunstância de que aquele a quem é proposto não pode deixar de contratar, porque tem necessidade de satisfazer a um interesse que, por outro modo, não pode ser atendido... está constrangido, por sua necessidade, a aderir às cláusulas fixadas por aquele que pode conduzi-lo. Esse constrangimento, porém, não configura coação, de sorte que o contrato de adesão não pode ser anulado por esse vício de consentimento... Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso, para confirmar a r. decisão de primeiro grau, que julgou improcedente a exceção oposta, consolidando o foro da Comarca de São Paulo, eleito como o competente para apreciação da demanda.*³⁷

O Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, tem declarado, a propósito, que:

Não se considera nula a cláusula de eleição de foro apenas por ter sido pactuada em contrato de adesão. Necessário concorram outras circunstâncias, notadamente a dificuldade para defesa. Admite-se como válida, pois, se o acórdão recorrido afirma que se trata de empresa de gran-

³⁶ TAMG, Ap. 225.851-7, 3ª CC., Rel. Juiz Duarte de Paula, ac. 11.12.98. Apte: Distribuidora de Bebidas Patrocínio Ltda. e Apte: Cia. Cervejaria Branma

³⁷ 1ª TACivSP, Ar n. 600.248-2, Rel. Juiz Carlos Alberto Hernandez, ac. 23.11.94, RT, 713/151-152.

*de porte, cujos dirigentes tinham perfeita noção do que convencionavam...*³⁸.

Para que o contrato de adesão seja invalidado, quebrando a eficácia natural da cláusula de eleição de foro, é necessário que fique demonstrado o seguinte:

- a) "no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual";
- b) "da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao judiciário";
- c) "tratar-se de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa"³⁹.

É, em conclusão, para a jurisprudência, a lesão injusta, o efeito leonino, que dentro do contrato de adesão levam à invalidação da cláusula nociva, nunca a natureza mesma daquele tipo de contrato. Por isso, "preserva-se a cláusula de opção de foro, quando não denotadora de abuso, ainda que de adesão o contrato"⁴⁰.

Sem abuso não há, enfim, vício algum a reconhecer no contrato de adesão, nem cláusula a invalidar.

Merece ser lembrada, por oportuna, a lição de RIPERT, em defesa do contrato de adesão, como um moderno instrumento de negociação jurídica:

38 STJ, 3ª T., REsp. 54.023-2-RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, ac. 17.10.95, DJU 20.11.95, p. 39.587.

39 STJ, 4ª T., REsp. 56.711-4-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, ac. 7.2.95, DJU 20.3.95, p. 6.128.

40 STJ, 4ª T., REsp. 53.376-7-SP, Rel. Min. Fontes de Alencar, ac. 27.9.94, DJU 31.10.94, p. 29.508.

*Parece-nos impossível, com efeito, quando se analisa o valor do consentimento no contrato, dizer que o contrato de adesão seria inferior a um contrato longamente discutido. Não se poderia igualmente dizer que uma longa discussão, seguida pela conclusão do contrato, indica que uma das partes teve que capitular, premida pela necessidade? Aquele que adere sem discutir está decidido, antes de tudo, a contratar. O viajante que compra uma passagem na bilheteria de uma estação não tem o direito de discutir as condições do transporte, ele as conhece e as aceita, e as aceita mesmo quando não as conhece. Muitas vezes ele poderia deixar de empreender a viagem e seguramente seu consentimento é mais livre do que o da dona-de-casa que, no açougue, compra a carne necessária à refeição familiar. De resto, o contrato de adesão tem, por sua repetição, um caráter de regularidade; as cláusulas são as mesmas em todos; não raro elas constam de documentos impressos, cujas fórmulas são de mais fácil compreensão do que as cláusulas de uma escritura pública. Enfim, em muitos contratos, as condições constituem objeto de uma aprovação administrativa anterior e os contratantes têm a certeza de que a Administração não deixaria vingar cláusulas abusivas. A bem dizer, o contrato de adesão me parece infinitamente menos perigoso, em face da moral, do que o contrato livremente discutido entre as partes*⁴¹.

41 RIPERT, Georges. *Le Régime Démocratique et le droit civil moderne*. 2. ed., Paris: Libr. Générale de droit et de jurisprudence, 1948, p. 175.

A posição do novo Código Civil em face do contrato de adesão não é diferente daquela já assentada pela doutrina e jurisprudência e que acima se expôs. Não condena nem reprime a prática do contrato de ou por adesão. Estatuem-se, apenas, regras de interpretação negocial e de coibição de cláusulas abusivas, ou seja:

- a) "quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente" (art. 423);
- b) "nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio" (art. 424).

Isto quer dizer que, nos contratos típicos, a contratação por adesão deve o estipulante respeitar os direitos que a lei atribui à natureza do negócio. Não se pode impor cláusula que desfigure, ou desnature, o contrato tipificado pelo direito positivo.

Nos contratos atípicos, porém, prevalece a liberdade negocial, de modo que o Código exige apenas que as partes observem as *normas gerais* traçadas para as obrigações e os contratos (art. 425).

Nos negócios pertinentes à concessão comercial é intuitiva e, até, imprescindível a regulação das vendas, para a rede de concessionários, dentro de uma padronização de métodos, objetivos e condições. O contrato por adesão é o único instrumento que pode proporcionar essa uniformidade mercadológica. Os produtores não terão como deixar de usá-lo, e os concessionários não poderão abster-se de admiti-los.

É claro que isto não importa aceitar que o contrato de concessão ditado pelo concedente seja sempre e invariavelmente válido em todas as suas estipulações. Naturalmente, se alguma delas se apresentar com redação ambígua ou contraditória, ensejará, em juízo, a opção pela interpretação mais favorável ao concessionário (art. 423). Da mesma forma, se alguma cláusula ou condição impuser renúncia prévia a direito que decorra da natureza mesma do contrato de concessão, contaminar-se-á de nulidade (art. 424).

Fora dessas anomalias, portanto, os contratos de concessão comercial ajustados por adesão são válidos e obrigam ambas as partes, como a lei privada por elas estatuida para governar a distribuição, que é de comum interesse para todos os sujeitos da relação obrigacional.

4.7. Extinção do contrato atípico de distribuição

Não existe no ordenamento jurídico qualquer regra específica sobre a extinção do contrato de distribuição, que permanece legalmente atípico, embora já possua constância e uniformidade que lhe confira *status* de contrato economicamente típico⁴². Tampouco no contrato de franquia, apesar de regulado por lei, tratou o legislador pátrio de estipular norma específica sobre a extinção do vínculo.

Seja no caso de contrato atípico como o de concessão mercantil, ou de contrato típico cujas regras existentes não tratam especificamente do tema da extinção da relação contratual, as fontes do direito a serem investigadas para a solução de eventual lide serão as mesmas.

⁴² Apenas no caso específico das concessionárias de veículos automotores terrestres a lei disciplinou as consequências do contrato de distribuição (Lei n. 6.729/79).

De qualquer maneira, o que deve orientar a análise do contrato quando ausente regra específica sobre a questão, são os princípios gerais do direito das obrigações e especialmente os princípios gerais da teoria dos contratos, mormente quando o tema for daqueles em que as regras do contrato donde o atípico extraiu algum elemento não se prestarem para a aplicação imediata à nova figura negocial ou se apresentarem, elas próprias, como lacunas diante daquilo que se criou justamente pela configuração própria do contrato atípico ou misto.

Nesse sentido ensina RUBENS REQUIÃO que o contrato de concessão comercial há de ser estudado "como um contrato atípico, cujos problemas dele decorrentes devem ser resolvidos segundo as regras gerais do direito obrigacional brasileiro"⁴³.

A mesma lição se aplica ao contrato de franquia, cuja lei regulamentadora não se preocupou em reger de forma especial a extinção contratual, denotando a vontade do legislador de submetê-lo às regras e princípios gerais do direito contratual.

Assim, a extinção dos contratos de distribuição, tanto pode ocorrer por expiração do prazo convencional, como por resolução motivada por inadimplemento de qualquer das partes. Pode, ainda, haver rescisão unilateral (denúncia) na hipótese de contrato por prazo indeterminado.

Toda obrigação é, naturalmente, temporária, de sorte que ou as partes estipulam de antemão o momento de sua extinção (contrato de prazo certo) ou se submetem à eventualidade da denúncia unilateral (contrato de prazo indeterminado).

43 REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial c/c*, p. 41.

Entre os doutrinadores costuma-se afirmar que o vencimento da obrigação pode ser determinado de três modos diferentes: a) negocial; b) natural; e c) legal.

O vencimento *negocial* é aquele que vem previsto no acordo de vontade das partes que criaram o vínculo obrigacional. O *natural* é o que se impõe por força da natureza, como a exaustão da prestação devida. Finalmente, o *legal* se dá quando a lei interfere na liberdade de contratar e impõe um termo para a relação obrigacional por norma geralmente imperativa ou cogente.

Como os contratos não podem ser eternos, o momento natural de sua extinção é aquele determinado pelo acordo de vontades, que tem força não apenas para criar a obrigação como para extingui-la. A função do acordo sobre o termo final "consiste precipuamente em limitar no tempo a duração dos efeitos do contrato"⁴⁴.

Pode-se concluir, destarte, que a fixação de termos finais nos contratos de distribuição é forma legítima, lícita e útil de limitar no tempo o vínculo. Com efeito, além de limite, o termo assegura ao investidor e ao fabricante a manutenção do negócio por um mínimo de tempo que lhes torna economicamente vantajoso o negócio.

Por outro lado, a eternização do contrato instituiria em favor de um grupo econômico uma verdadeira reserva de mercado, em completa afronta ao sistema capitalista vigente.

Não é raro que ao final do período de vigência de um contrato de distribuição, todo o conceito da rede possa ter-se modernizado, o que exigiria novos e vultosos investimentos do distribuidor. Em outras hipóteses, mudanças

44 MESSINEO, Francesco. *Doutrina general del contrato*. Buenos Aires: EJE, 1966. v. 1, p. 210.

de estratégias, incluindo-se o abandono do sistema de franquia ou concessão, são necessárias para adaptar a distribuição à nova realidade do mercado consumidor. Muitas vezes, pode ocorrer que até mesmo o perfil do distribuidor não tenha se mostrado devidamente adequado às exigências e necessidades do fornecedor. Não é raro que arestas e divergências surjam ao longo do relacionamento, vindo a retirar a confiança, o espírito de colaboração, cooperação e a união de esforços que marcam o contrato de integração. Esse juízo de conveniência sobre a manutenção de uma parceria é privativo das partes que hão de livremente optar em renovar, ou não, o contrato, mantê-lo vigente por prazo indeterminado ou encerrar, o relacionamento duradouro. Não poderá o juiz pretender substituir a parte, mesmo porque as leis do Direito, na espécie, não são hábeis a dar-lhe a resposta correta.

Ademais, em um contrato firmado por profissionais iguais, presume-se que as partes, após pesarem os *prós* e os *contras*, assumiram conscientemente os ônus e os riscos próprios do negócio, inclusive quanto ao prazo de duração. O fim do ajuste, no termo estipulado, é o resultado da convergência da vontade livre das partes.

Às vezes, a lei, em nome de interesse de ordem pública, prorroga por tempo determinado ou indeterminado o contrato, independentemente de novo acordo entre as partes, como ocorre nos casos de locação e outros ajustes sob especial proteção. Quando, porém, não há essa restrição legal à autonomia de vontade, o ajuste de vencimento do contrato corresponde à garantia de que o vínculo obrigacional, por ele engendrado, não durará indefinidamente, e, ao contrário, já se pode, desde logo, co-

nhecer o momento em que a relação jurídica cessará entre os contratantes, recolocando-os na situação de liberdade existente antes do negócio jurídico.

A imposição de obrigações eternas ou vitalícias, sem fundamento na lei ou na vontade declarada, fere o senso de liberdade humana e se aproxima da noção de escravidão, tão repudiada pelo Direito e pela Justiça. É por isso que se tem como proibidos os pactos que levam à subordinação perpétua.

Ninguém está obrigado a se vincular eternamente a um contrato. No estado democrático de direito, o princípio da legalidade é pilar jurídico e ideológico que assegura a liberdade de contratar ou não contratar, bem como de estipular em que condições e por quanto tempo fazê-lo, a menos que norma legal específica imponha conduta diversa (Constituição federal, art. 5.º, inc. II).

Cumpridas as obrigações contratuais e atingido o seu termo convencional, tem-se o contrato como “executado” e, por via de consequência, “extintas as obrigações e direitos que originou”⁴⁵.

Há, outrossim, casos em que o contrato pode ser extinto independentemente do vencimento. São aquelas hipóteses que a doutrina chama de *resolução* ou *resilição*. A primeira (dita também *rescisão*) ocorre por motivo de prejuízo sofrido por um dos contratantes em virtude de inadimplemento do outro. A segunda, isto é, a *resilição*, é a forma de romper o contrato por força apenas da vontade, independentemente de violação ou descumprimento de suas cláusulas ou condições. É o verdadeiro

45 GOMES, Orlando. *Contratos cit.*, p. 131, p. 170.

desfazimento do vínculo, que às vezes se dá de maneira bilateral (*distrato*) e outras vezes ocorre unilateralmente (*denúncia*).

No *distrato* reúnem-se as mesmas vontades que criaram o contrato, mas com o propósito contrário, qual seja o de desfazer o vínculo contratual. Quanto à *denúncia* (resilição unilateral), trata-se do “meio próprio” de dissolver *contratos de duração* vigentes por *tempo indeterminado*. Explica ORLANDO GOMES, “se não fosse assegurado o poder de resilir, seria impossível ao contratante libertar-se do vínculo se o outro não concordasse”⁴⁶.

Na denúncia unilateral dos contratos de distribuição vigentes indeterminadamente, entretanto, impõe-se a concessão de aviso prévio, com antecedência adequada e compatível com o vulto e com a duração do negócio de distribuição (Código Civil, art. 473, parág. único). Mas observados esses requisitos impostos pela boa fé e a lealdade, a denúncia do contrato é direito fundado nas mesmas razões econômicas e morais que justificam a extinção do contrato no termo ajustado previamente pelas partes. Lembre-se que a provisoriedade do contrato de distribuição é da sua essência, e não coaduna com os princípios gerais do direito privado a sujeição eterna do indivíduo a uma relação contratual⁴⁷.

Neste contexto, em que se reconhece legitimidade à cláusula contratual, que estipula um termo de duração da relação obrigacional, e em que a ausência de lei limitado-

46 GOMES, Orlando. *Contratos civis*, n. 145, p. 185.

47 O contrato de franquia, uma vez submetido a prorrogação por prazo indeterminado, extingue-se “por ato unilateral, desde que comunicado ao franqueador, pois repousa na boa-fé e é de execução continuada” (GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *Contrato*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, n. 211, p. 363).

ra da autonomia da vontade é inquestionável, não há como se acolher qualquer pretensão que busque, em face do Judiciário, a manutenção compulsória da franquia ou da concessão mercantil.

LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES adverte que os casos em que se admite:

Prorrogação e renovação ex lege, por configurarem restrições à liberdade de contratar, só prevalecem nas específicas hipóteses legais, e não comportam aplicação extensiva. (...) Fora dessas expressas hipóteses legais, a liberdade de contratar perdura, à margem das limitações autoritárias, que permanecem tópicas'. Daí por que a intervenção de um juiz 'que venha a obrigar uma das partes a se vincular contratualmente, reduzindo a autonomia da vontade a um simples ato de obediência, inova totalmente o esquema legal vigente, e, por conseguinte, só pode ser introduzida por força de lei'.⁴⁸

É o que ensina, outrossim, JOSÉ FREDERICO MARQUES ao discorrer sobre os poderes do juiz:

A formação, mudança ou desfazimento de uma relação jurídica, pelas vias jurisdicionais, é excepcional... O juiz não intervém, de regra, na formação de um negócio jurídico, para criar direitos, extingui-los ou modificá-los. E se, em determinadas situações, pode a composição da lide se resolver com essa modalidade de tutela ju-

48 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Denúncia do contrato de franquia por tempo indeterminado*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 719, p. 86, set. 1995.

risdicional, claro que, para refugir esta da normalidade, se torna imprescindível uma particular previsão de lei.⁴⁹

Outras situações interessantes ocorrem quando as partes prevêem um termo final certo, mas desde logo estimulam a possibilidade de prorrogação do contrato, dentro de determinadas condições, ao mesmo tempo em que se assegura a uma das partes a faculdade de não prorrogar o ajuste.

É claro que se o acordo de vontades pode não prever a prorrogação, pode também prevê-la sob condições. O que a boa doutrina adverte é para a possibilidade de o contratante se recusar a conceder a prorrogação de forma injustificável e, portanto, abusiva. Da mesma maneira, a rescisão unilateral pode, em determinadas circunstâncias ser vista como caprichosa e, por conseguinte, como lesiva ao outro contratante.

Sempre que o uso do direito subjetivo se faz de forma anti-ética e com o fito predominante de lesar, o ato do respectivo titular escapa do terreno da licitude e cai no da ilicitude⁵⁰. Surge, então, para o agente o dever de indenizar todos os prejuízos impostos abusivamente à vítima do exercício irregular do direito. Até mesmo nas negociações preliminares, que ainda não chegaram à formação do vínculo contratual, pode ocorrer responsabilidade indenizatória, se o proponente age de forma abusiva, induzindo o oblato a realizar gastos e assumir encargos onerosos funda-

49 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. I, n. 115, p. 159.

50 "O abuso do direito consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito" (FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo, Saraiva, 1988, p. 883).

dos na justa expectativa criada por aquele que rompe as negociações caprichosamente⁵¹.

Não há, porém, abuso de direito na fixação de termo final para o contrato de distribuição. O que pode ser abusivo é a manifestação da vontade de resilir unilateralmente o contrato sem prazo determinado, *sem um aviso prévio* que propicie ao distribuidor um tempo razoável para reorganizar sua empresa.

Quando, porém, o prazo inicial foi razoável para justificar o investimento do distribuidor, quando os bens imobilizados não lhe são inúteis, mesmo após a extinção do contrato de distribuição, e quando o aviso de rompimento ou de não-prorrogação é feito com antecedência prevista no próprio contrato e com a concessão de prazo suficiente para a reorganização da empresa do concessionário, não se pode atribuir ao concedente nenhum tipo de ilicitude pelo só fato de não ter prosseguido na relação de distribuição. Tudo terá se passado dentro da normalidade do contrato e sob a observância dos princípios da lealdade e boa fé. Logo, não haverá lugar para o concessionário exigir do concedente nenhum tipo de indenização.

É o que conclui o Professor ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO em parecer emitido sobre a validade da cláusula de denúncia em contrato de distribuição:

A justiça contratual, sendo o contrato a verdadeira lex privata, deve realizar-se, tanto quanto possível, nos moldes pactuados.

51 Mesmo estando no exercício de um direito, o agente responderá pela reparação do dano "se o exercício desse direito teve por finalidade evidente a de prejudicar a outrem" (Cód. Civil Austríaco, art. 1.295, 2ª parte). Ou, o abuso de um direito não é protegido pela lei, porque "cada qual é obrigado a executar suas obrigações segundo as regras da boa-fé" (Cód. Civil Suíço, art. 29).

*Por outro lado, a cláusula sob estudo está inde-
ne de abusividade.*

*Realmente, pois, a par da igualdade no exercí-
cio do direito de resilir, concedido a ambas as
partes contratantes, nenhum desequilíbrio nela
existe. Os contratantes estabelecem prazo lon-
go de duração contratual (sessenta meses), con-
cordam com o prazo para a denúncia bem ra-
zoável, de cento e oitenta dias do vencimento
do contrato ou de qualquer de suas prorroga-
ções. Ao lado do investimento está a certeza
do êxito de revender produtos de alta qualida-
de, de marca consagrada no mercado. O distri-
buído tem tempo suficiente para reaver seu in-
vestimento, com possibilidade de renovação
contratual⁵².*

Nesse contexto, pode-se concluir que, segundo as regras gerais do direito privado, aplicáveis aos contratos atípicos ou aos típicos que não tenham regra específica sobre a sua extinção, os contratos de distribuição em geral podem ser denunciados na forma prevista na avença, exigível apenas um pré-aviso razoável conforme os ditames da boa fé e dos usos e costumes comerciais, sem necessidade de declinar justa causa, e a qualquer tempo, depois de escoado o termo inicialmente fixado, ou depois de transcorrido o prazo, em tese, suficiente para o retorno dos investimentos exigidos, quando a sua duração for indeterminada.

⁵²AZEVEDO, Álvaro Vilapa. Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório. *Revista dos Tribunais*, v. 737, p. 106, março-1997.

E, “qualquer das partes contratantes, agindo desse modo, estará praticando ato lícito, não podendo ser responsabilizada a pagamentos de perdas e danos”.⁵³

4.8. Direito comparado

No direito francês que, como o brasileiro, não dispõe de uma regulamentação geral para o contrato de distribuição e, portanto, o submete à doutrina geral das obrigações, as soluções para a ruptura do vínculo contratual podem ser assim resumidas:

- a) “se o contrato é de duração determinada, ele deve ser conduzido a seu termo, e no vencimento, nenhuma das partes tem a obrigação de renová-lo”;
- b) “os tribunais, de ordinário, não consideram a não renovação do contrato pelo concedente como *abuso de direito*, mas como exercício de um direito contratual”;
- c) “se o contrato é de duração indeterminada, os contratantes podem resili-lo de maneira unilateral, salvo abuso de direito de sua parte”⁵⁴.

Doutrina e jurisprudência francesas são acordes em afirmar que é regra que o direito de resilir o contrato de distribuição por tempo indeterminado se exerce sem que seu autor tenha que justificar o motivo legítimo. Trata-se de direito inerente aos contratos de duração indeterminada, sem o qual o vínculo se tornaria perpétuo⁵⁵.

⁵³AZEVEDO, Álvaro Vilapa. Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório. *Revista dos Tribunais*, v. 737, p. 107.

⁵⁴DUTILLEUL, François Collart, DELLEBECQUE, Philippe. *Contrats civils*, n. 946 e 947, p. 776-777.

⁵⁵BEHAR-TOUCHAIS, Martine, VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de la distribution* cit., n. 338, p. 155-156.

Há porém algumas exceções, impostas pela ordem pública ao exercício do direito de romper o contrato. Na França, o agente ou representante comercial, tal como entre nós, tem direito à indenização pela denúncia unilateral do contrato, salvo existência de falta grave. Trata-se de indenização objetiva, imposta por lei.

Os demais contratos de distribuição se sujeitam à regra geral que garante às partes o direito de libertar-se do vínculo contratual vigente por prazo indeterminado, sem que se obrigue ao pagamento de qualquer indenização. O exercício desse direito, porém, se submete ao controle do abuso, que permite se impor ao autor de uma ruptura abusiva o pagamento de perdas e danos.⁵⁶

De fato, a Corte de Cassação francesa freqüentemente reconhece o exercício regular de um direito tanto na denúncia unilateral do contrato de prazo indeterminado quanto na recusa da renovação dos contratos de distribuição, quando do advento do termo fixado pelas partes, conforme farta citação encontrada nos textos sobre franquia e distribuição em geral⁵⁷.

Podem-se resumir as tendências do direito francês, que muito se aproximam daquelas seguidas também pela jurisprudência brasileira, na afirmação de que a não continuidade da concessão, por iniciativa do concedente, dentro do termo do contrato e da lei, não representa fonte do dever de indenizar, em favor do concessionário. Haverá tal reparação apenas quando a conduta do concedente

⁵⁶ BEHAR-TOUCHAIS, Martine. VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de la distribution* cit., n. 338 e 339, p. 155-157.

⁵⁷ Mais de uma dezena de arestos são citados por BEHAR-TOUCHAIS, Martine, VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de la distribution* cit., n. 336, p. 153-154.

estiver contaminada de ilegalidade ou ofensa às regras contratuais, ou, ainda, quanto se caracterizar como *abuso de direito*.

Também nesse sentido se pronunciam a doutrina e jurisprudência argentinas:

una vez que el concesionario tuvo oportunidad de amortizar su inversión y de supuestamente lucrar con ella, la rescisión dispuesta por el concedente no puede reputarse abusiva en los términos del art. 1.071 del Cod. Civ., lo contrario importaría un premio excesivo para el concesionario, quien esperaría indefinidamente la rescisión para de esa forma resultar indemnizado, sin ánimo de mejorar su actividad comercial, máxime cuando no ignoraba el riesgo de que ello sucedería en el momento de contratar y que dicha cláusula también podría ser ejercida por él mismo, si hubiere preferido ser concesionario de otra marca⁵⁸.

Os italianos também se perfilham, como os franceses, aos defensores da liberdade de denúncia unilateral dos contratos de distribuição. MAURO BUSSANI e PAOLO CENDON alertam que, a despeito de ser preocupante o prejuízo que uma ruptura abusiva por parte do franqueador possa causar ao franqueado, há de se descartar, por ilógica, a viabilidade de uma solução jurídica que implique na supressão dessa liberdade, através da prorrogação *ope iuris* ou *ope iudicis* do contrato. *In verbis*:

⁵⁸ HOCSMAN, Humberto S. *Contrato de concesión comercial*. Buenos Aires: La Rocca, 1994, p. 144, nota 70.

Orbene, le ragioni che militano contro una forzata 'stabilizzazione' del franchising - contro, cioè, le proroghe ope iuris od ope iudicis dello stesso - hanno sicuramente con sé tanto la logica economica quanto quella giuridica. Dal primo punto di vista, è assurdo pensare di imporre ad un sistema distributivo la presenza ostinata di franchises che siano - per ipotesi - poco efficienti, o che operino in zone dove il mercato si rivela saturo, o comunque non più adatto ad assorbire una gamma data di beni o servizi. Sotto il profilo giuridico, poi, un principio ben saldo nel diritto dei contratti è proprio quello secondo cui tutti i rapporti di durata, per loro natura, sono destinati prima o poi a estinguersi, su iniziativa dell'uno o dell'altro fra i contraenti (art. 1373 c.c.) ...⁵⁹.

Nota-se alguma tendência no sentido de considerar abusiva toda e qualquer denúncia dos contratos de duração no direito norte-americano. BALDI, porém, adverte:

59 BUSSANI, Mauro; CENDON, Paolo. *I contratti nuovi: leasing, factoring, franchising*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 467. Tradução da autora: "Ora, as razões que militam contra uma estabilidade forçada da franquia - contra, isto é, a prorrogação ope iuris od ope iudicis da mesma - têm seguramente consigo tanto a lógica econômica quanto a jurídica. Do primeiro ponto de vista, é absurdo pensar em impor a um sistema de distribuição a presença obstinada de franquias que sejam - hipoteticamente - pouco eficientes, ou que operem em zonas onde o mercado se revela saturado, ou de qualquer modo não mais capaz de absorver uma certa gama de bens ou serviços. Sob o aspecto jurídico, pois, um princípio bem consolidado no direito dos contratos é exatamente aquele segundo o qual todas as relações de duração, por sua natureza, são destinadas, mais cedo ou mais tarde, a extinguir-se por iniciativa de um ou de outro contratante (art. 1.373 C.C.)." (MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, n. 6.3.2p. 100).

Non può non destare perplessità peraltro una certa tendenza giurisprudenziale e legislativa americana volta a condizionare il mancato rinnovo del contratto a tempo determinato scaduto, alla sussistenza di una 'good cause'. Non vedo infatti come si possa consentire ad un contratto scaduto, e senza una clausola di rinnovo automatico, di continuare a restare in vigore dopo la scadenza, senza il consenso delle parti.⁶⁰

O autor conclui que, configurando violação aos princípios da boa-fé, a solução de direito deve ser encontrada no instituto da responsabilidade civil, segundo a teoria do abuso no exercício do direito.

O que se tem exigido para afastar a abusividade da denúncia unilateral do contrato é a concessão de aviso prévio suficiente ao encerramento dos negócios ou a sua adaptação a uma nova atividade, que seja conforme à natureza do contrato, aos costumes e à boa-fé. É o que prevê, por exemplo, o ante-projeto do Código Europeu dos Contratos, em seu art. 57, item 2.⁶¹

A imposição de uma renovação contratual, ou mesmo o condicionamento de sua rescisão a uma justa causa arrolada em lei, não é, nem mesmo, uma solução *de lege ferenda*. Tal sorte de intervenção do Estado não

60 BALDI, Roberto. *Il contratto di agenzia. La concessione di vendita. Il franchising*. 6. ed. Milão: Giuffrè, 1997, p. 139.

61 Tradução livre do autor: "Se nos contratos de execução contínua ou periódica as partes não fixarem termo final, cada uma delas pode por fim ao contrato através de uma comunicação endereçada à outra parte, concedendo-lhe um aviso prévio que seja conforme à natureza do contrato ou aos costumes, ou à boa-fé" (Code européen des contrats: avant-projet. Milão: Giuffrè, 1988, p. 24, *apud* MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. *Franquia empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 104).

recomendam nem os fins sociais nem as peculiaridades econômico-jurídicas dos contratos de distribuição. A tendência que se pode observar nos ordenamentos jurídicos alienígenas repete-se no direito brasileiro: devem-se submeter as variadas espécies de contratos de duração, típicos ou não, inclusive os de distribuição, a cláusula geral que garanta à parte denunciada um aviso prévio e um prazo razoável para execução do próprio contrato, conforme dispõe o art. 473 do novo Código Civil brasileiro, *verbis*:

Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos⁶².

Pode-se dizer acertada a opção do legislador brasileiro por não interferir no equilíbrio dos contratos de duração, deixando as questões da duração e das indenizações de fim de contrato ao inteiro arbítrio das partes, sujeitando-as ao controle e análise concreta que, em caso de abuso de direito, restabelecerá o equilíbrio das partes, através da apuração da responsabilidade civil segundo os princípios e regras da boa-fé e da lealdade.

⁶² Projeto de Lei n.º 118, de 1984 - n.º 634/75, na Casa de origem.

4.9. A posição da jurisprudência

A respeito da liberdade de denunciar o contrato, especificamente, a jurisprudência pátria tem sido invariavelmente no sentido de se respeitar a força vinculante do contrato e o termo ajustado livremente pelas partes. Mantém intocável a liberdade da parte de contratar e de extinguir o contrato, seja no seu termo final, seja através da denúncia unilateral do contrato de termo indeterminado, seja, finalmente, através da negativa de renovação contratual.

O Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, teve oportunidade de apreciar um processo em que uma empresa distribuidora pleiteava, contra a fabricante, uma medida de antecipação de tutela que lhe garantisse, após o termo final do contrato, a prorrogação do vínculo por prazo indeterminado⁶³.

Tratava-se de um contrato de distribuição de bebidas, no qual se fixara prazo de vigência de cinco anos e cláusula de renovação automática por igual período, caso as partes não manifestassem com antecedência de 180 dias o seu propósito de extinguir a relação. No curso do segundo contrato, que se renovava automaticamente, a fabricante, tempestivamente, deu ciência à empresa distribuidora da sua intenção de não mais prorrogar a avença. Esta, porém, através de notificação, pretendeu prorrogar unilateralmente a relação obrigacional por prazo indeterminado. O descompasso de vontades deu origem a duas ações.

Em uma das ações, a fabricante e fornecedora das bebidas pleiteou a declaração da extinção do vínculo no termo final fixado no contrato e a antecipação da tutela para

⁶³ TJPR, 3ª CC., Ag. 53.387-9; Rel. Des. Luiz Perrotti, ac. de 25/2/1997 (Agravante: Dibeidas Distribuidora de Bebidas S.A. e Agravada: Companhia Cervejaria Brahma).

compelir a distribuidora a abster-se da prática da distribuição de seus produtos e do uso da sua marca, sob pena de multa.

A distribuidora de bebidas, na outra ação, formulou a pretensão declaratória da nulidade da notificação e a manutenção forçada do contrato por prazo indeterminado.

As ações foram reunidas e o juiz de primeira instância concedeu antecipação de tutela à fabricante. Inconformada, a distribuidora ofereceu agravo de instrumento que foi julgado improcedente aos seguintes fundamentos:

Ora, os contratos livremente estipulados e aceitos pelas partes, não sofrendo nenhum vício capaz de lhe ser oposto, são para serem cumpridos. A agravante busca substituir a Brahma como parte, pelo Judiciário, e, assim, contra o princípio da liberdade de contratar, impor, segundo seu interesse, um verdadeiro contrato perpétuo, invertendo o direito livre das partes de contratar, por obrigação.

Vencido o contrato livremente pactuado, não podendo uma das partes obrigar a outra a prosseguir com a avença, o conteúdo da relação jurídica se esvaiu e finda se apresenta a relação comercial até então existente.

Em outro aresto, a 4ª Câmara Cível do mesmo pretório paranaense consignou, *verbis*:

É descabida a decisão liminar, proferida em medida cautelar inominada, que obriga uma das partes a continuar cumprindo contrato já expirado e contra a sua vontade. A Constituição

Federal expressamente consagra o princípio da legalidade, ao prescrever que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (art. 5, inc. II)⁶⁴.

Escorando-se na autonomia das partes para fixar o prazo contratual e na força obrigatória do pacto, concluiu, no mesmo sentido do pretório paranaense, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirmando que, nos contratos de distribuição exclusiva de bebidas com cláusula de resilição mediante prévio aviso, não tem o distribuidor direito à renovação compulsória:

Contrato de distribuição exclusiva de bebidas. Cláusula de resilição, com prévio aviso. Denúncia vazia regularmente efetivada. Não tem o distribuidor, em tal tipo de contrato, direito a renovação compulsória do ajuste. Pedido improcedente.⁶⁵

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, apreciando um caso em que o contrato de distribuição previa, expressamente, a impossibilidade de renovação do contrato após o termo final, consignou que

a cláusula excludente de renovação tácita é clara, não exigindo esforço hermenêutico ampliativo ou explicativo, eis que apoiados nos arts. 130 e 131 do Código Comercial Brasileiro.

64 TJPR, 4ªCC., Al. 47.522-1, Rel. Des. Antônio Lopes Noronha, ac. 29.05.96. No mesmo sentido: TJPR, 4ªCC., AgRq. 47.522-1/01, Rel. Des. Antônio Lopes de Noronha, ac. 29.05.96; TJPR, 5ªCC., Ap. 54.424-1, Rel. Des. Fleury Fernandes, ac. 24.06.97.
65 TJRJ, 5ªCC., Ap. 3.529/93, Rel. Des. Marcus Favre (Apte. Carriedo Petrópolis de Bebida Ltda. e Apde: Cia. Cervejaria Brahma).

Por tais motivos julgou improcedente a pretensão da distribuidora de obter, em liminar cautelar, a manutenção do contrato⁶⁶.

O TJSP, outrossim, já apreciou tema idêntico concluindo que

*não se reveste de legalidade a liminar concedida com o fim precipuo de forçar a fornecedora a cumprir contrato verbal e por tempo indeterminado, já rompido.*⁶⁷

Se, por um lado, a jurisprudência tem sido firme e uníssona acerca da impossibilidade de se impor a prorrogação compulsória de um vínculo contratual, por outro, têm sido fartos igualmente os julgados que vislumbram no ato da denúncia unilateral ou da simples recusa de prorrogar ou renovar o contrato de prazo certo o simples exercício regular de um direito. E, na ausência do ato ilícito, os pretórios têm se recusado firmemente a conceder indenizações ao distribuidores renitentes.

Obviamente que premissa inafastável da regularidade do exercício de direito de se desvincular do contrato é a observância da concessão de aviso prévio, no prazo ajustado no contrato ou, sendo esse omissivo, no prazo razoável e compatível com o vulto, a duração e a complexidade da atividade de distribuição.

Nesse sentido, já decidiu inúmeras vezes o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em uma série de casos de

66 TAMG, Agr. Inst. n. 172.772-2, da Comarca de Belo Horizonte, ac. unânime da 2ª Câmara Cível em 18.10.1994. Rel. Juiz Carneiro Machado (Agravante: Cervejarias Reunidas Skol Caracu S.A. e Agravado: Distribuidora Miranda Ltda).

67 TJSP, 7ª C., AI 96.551-4, Rel. Des. Oswaldo Breviglieri, ac. 11.11.98, JUIS - Jurisprudência Informalizada Saraiva n. 19.

uma mesma fabricante de cervejas, que para reorganizar sua rede de distribuição nacional, com critérios de eficiência e racionalidade, ao termo final previsto no contrato, e com a antecedência ali acordada, denunciou a sua intenção de não mais renová-lo. Em algumas hipóteses, tratava-se do primeiro contrato firmado por prazo certo de cinco anos. Em outras, o contrato já havia sofrido renovação por igual prazo. Em todas elas, porém, o contrato previa a possibilidade de qualquer das partes se opor à recondução do contrato por igual período, desde que promovesse a notificação da parte contrária com antecedência mínima de 180 dias do termo final ajustado.

Dentre os vários arestos proferidos, destaca-se o que se transcreve a seguir, capaz de reunir os fundamentos principais de todos eles:

Atribuir à apelada obrigação de reparar os possíveis prejuízos alegados na inicial, simplesmente por ter exercido seu direito de desvincular-se do compromisso assumido por contrato, contraria profundamente a noção de responsabilidade civil indenizatória agasalhada em nossa Lei Civil.

Ora, a caracterização de abuso de direito é delicada e difícil. Predomina o entendimento de que abusa de seu direito aquele que o exercita não para proveito próprio, mas, unicamente, para causar um prejuízo a outrem, não se verificando tais fatos dentro dos autos.

Qualquer das partes, em princípio, mediante prévia notificação, poderia extinguir a relação contratual por denúncia unilateral, conforme cláusula expressa inserta no contrato de f. 63/

69-TA. *Só em traduzindo manifesto abuso de direito, em excesso do exercício do direito, a denúncia do contrato de concessão por tempo indeterminado obrigaria ao pagamento da indenização, o que indubitavelmente não se estampa nos autos, no confronto do citado contrato que foi concebido por tempo determinado, fato que se erige sem qualquer dúvida, com a sua denúncia, que lhe põe termo, por resilição' (voto do juiz Duarte de Paula)⁶⁸.*

No mesmo sentido, encontram-se ainda vários acórdãos da respeitável Corte mineira que, unissonamente, consignam:

Se os atos reputados como prejudiciais ao patrimônio do autor de demanda indenizatória decorrem do regular cumprimento do contrato de distribuição e revenda de produtos industrializados, cujo instrumento prevê cláusula expressa no sentido de admitir que qualquer das partes, mediante prévia notificação, rescinda unilateralmente a relação negocial, há que se afastar a obrigação de reparar⁶⁹.

No Paraná, o Tribunal de Justiça decidiu, consoante a tradição do direito brasileiro, que

68 TAMG, 3^oCC., Ap. 225.851-7, Rel. Juiz Duarte de Paula, ac. unânime de 11.12.1996.

69 TAMG, 3^oCC., Ap. 279.384-2, Comarca de Matheus Lima, ac. unânime de 26.05.1997.

Rel. Juíza Jurema Brasil. No mesmo sentido: TAMG, 2^oCC., Ap. 234.807-8, Comarca de

Matheus Lima, Rel. Juiz Carneiro Machado, ac. unânime de 30.09.1997; TAMG, 4^oCC.,

Ap. 205.547-2, Comarca de Belo Horizonte, ac. unânime de 06.03.1996, Rel. Juíza

Maria Elza.

havendo o contrato de distribuição e revenda exclusiva de bebidas previsto expressamente a possibilidade de resolução por denúncia vazia de qualquer das partes, não está obrigada a indenizar a concessionária a concedente que a notifica com antecedência de seis meses, prevista na convenção. Trata-se de avença atípica, onde tem plena validade a referida cláusula que não é contrária à lei ou aos costumes comerciais⁷⁰.

4.9.1. A jurisprudência sobre abuso de direito

Os Tribunais, porém, não afastam a possibilidade de se constatarem eventuais desvios e abusos no exercício desse direito subjetivo de denunciar o contrato. Mas nem sempre pode-se afirmar que a teoria do abuso do direito tenha sido aplicada com propriedade e adequação.

Reconhecendo abuso de direito na rescisão contratual da mesma espécie de contrato, encontram-se dois arestos⁷¹ do mesmo Tribunal de Alçada mineiro, julgados em conexão que, amparados na doutrina de RUBENS REQUIÃO⁷², afirmam que a simples falta de indicação de qualquer motivo para a rescisão, na denúncia previamente enviada à outra parte (denúncia vazia), enseja rescisão abusiva. É de se notar que, nestes dois arestos, o único motivo arrolado foi a falta de motivo da recusa de renovar o contrato, depois de várias renovações. Houve aviso pré-

70 TJPR, Ap. Cível n. 64.897-7, Comarca de Curitiba, Rel. Des. Fleury Fernandes, ac. unânime de 19.02.1998.

71 TAMG, 6^oCC., Ap. 227.564-7, em conexão com Ap. 227.563-0, da Comarca de Matheus Lima, ac. não unânime de 3/4/1997, Rel. Juiz Maciel Pereira.

72 REQUIÃO, Rubens. O Contrato de concessão de venda com exclusividade (Concessão Comercial). *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 7, p. 17-45, 1972.

vio de 180 dias, e o encerramento da relação se deu no dia previsto como termo final no instrumento contratual. Mesmo assim, consignou-se que “configura-se abuso de direito quando do seu exercício resultar prejuízo para outrem, tenha ou não o seu titular a intenção de prejudicar”. Ora, não se analisou, neste caso, nenhuma conduta concreta que ferisse um dever de lealdade. Partiu-se da premissa – equivocada *data venia* – de que toda denúncia imotivada de contrato de distribuição de longa duração é abusiva. E mais, institui-se como único critério de identificação do abuso o seu efeito: causar prejuízo. A se sustentar tal ordem de idéias, a teoria subjetiva adotada pelo Código Civil estaria completamente derogada, e instituída em nosso sistema ficaria a responsabilidade objetiva como regra geral. Com efeito, a teoria do abuso do direito não encontrou nesse caso sua melhor aplicação, e serviu de exacerbado protecionismo ao distribuidor, contrariando o fim econômico da concessão comercial, os princípios da autonomia da vontade e da obrigatoriedade dos contratos e as normas legais que regulam a responsabilidade civil no Brasil⁷³.

Se no caso concreto havia alguma circunstância que denotava abuso da posição dominante, então o Tribunal deveria tê-la explicitado, para justificar o reconhecimento do ato ilícito, mas jamais poderia ter instituído a responsabilidade civil objetiva sem o pressuposto de lei que a estabelecesse. Trata-se, sem dúvida, de entendimento isolado, que não tem o condão de manifestar uma tendência jurisprudencial, nem mesmo uma divergência.

73 O novo Código Civil define o ato ilícito como o que é praticado, em prejuízo de outrem, “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência” e com “violação de direito” (art. 186). O abuso de direito é, outrossim, visto como modalidade do ato ilícito, sujeitando-se, portanto, aos seus requisitos subjetivos e objetivos: “também comete ato ilícito, o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187).

Diferente foi a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que reconheceu abuso na rescisão de um contrato verbal de distribuição que perdurava por 45 (quarenta e cinco) anos⁷⁴. Por aviso escrito, comunicava a fornecedora que iria reformular a organização do serviço de distribuição para melhor atender aos próprios interesses e da freguesia local e que, portanto, em 90 dias, as relações entre eles estariam encerradas. O Tribunal estadual julgou abusiva a ruptura por considerá-la abrupta e:

notoriamente insuficiente, consideradas as características da concessão, o seu grau de integração na rede de concessionárias da apelada, o objeto da revenda e o longo tempo de sua duração.

A fornecedora tentou, no curso do processo, provar que o relacionamento entre as empresas não configurava contrato de distribuição, e que a denúncia tinha justos motivos na ineficiência e desinteresse de seus serviços. Mas o aresto reconheceu o dever de indenizar, porque o prazo exíguo não deu à autora chance alguma de adaptar a empresa à nova realidade, consignando que “essa ruptura a colocou fora do comércio de bebidas, com perda do ponto e do fundo de comércio que construiu nesses 45 anos de concessão, da clientela que se formou e, ao mesmo tempo, a ruptura não lhe proporcionou sequer oportunidade de discutir condições para vender o seu estoque à

74 Os trechos do aresto do TJRS transcritos foram extraídos do acórdão do STF, quando da apreciação do recurso extraordinário interposto pela fornecedora contra a condenação sofrida em face do Tribunal estadual: RE n. 95.052-RS, 1ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, ac. unânime de 26.10.1994. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 133, p. 326-340.

nova revendedora (...) e ceder o lugar conquistado com tantos anos de trabalho profícuo” e

forçou a apelante a encerrar suas atividades, abrindo mão, em favor da nova concessionária, inclusive da locação do prédio onde funcionava, e independente do pagamento do valor correspondente ao fundo de comércio.

O Supremo Tribunal Federal, desafiado a se pronunciar sobre o feito, inadmitiu o recurso extraordinário, alegando que o julgado se baseara em abuso do direito em face das provas produzidas nos autos, as quais são insuscetíveis de reapreciação na instância rara.

Com efeito, nesse caso específico, não se pode fazer reparos de direito à adoção da teoria do abuso do direito. Desconsiderados os fatos, mesmo porque não investigados para o fim do presente estudo, o raciocínio adotado é irrepreensível. Se havia o dever de lealdade, respeito, e consideração para com os interesses legítimos da outra empresa que distribuíra produtos da fabricante por quase meio século, e o aviso prévio não correspondia às necessidades concretas do caso, a indenização decorrente da falta cometida pela contratante era de se impor. A indenização, no caso, foi arbitrada para devolver ao distribuidor aquilo que haveria de conseguir na hipótese de uma rescisão com termo suficiente para a negociação de seu fundo de comércio.

A orientação jurisprudencial pode, enfim, retratar-se no segundo julgado, proferido no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em torno de concessão comercial atípica (distribuição de bebidas):

O recurso especial ataca acórdão proferido pela Egrégia Primeira Câmara Civil do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, assim ementado: RESCISÃO CONTRATUAL – INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS – A rescisão contratual expressamente prevista em contrato não configura o ilícito, a culpa e o nexo de causalidade, elementos indispensáveis da obrigação de indenizar, quer seja por danos materiais ou morais (fl. 62). (...)

O Tribunal a quo deixou assentado que 'a rescisão unilateral do contrato, após findo o prazo avençado, fora expressamente prevista na cláusula décima nona' (fl. 67).

Trata-se, portanto, de contrato de distribuição com prazo determinado, não havendo que se falar em indenização quando ele chega ao seu fim. Por outro lado, a divergência jurisprudencial não restou demonstrada, posto que o acórdão paradigma refere-se a contrato de distribuição com prazo indeterminado. Nego, por isso provimento ao agravo⁷⁵.

4.10. Rescisão por violação do contrato de concessão comercial

Entre o fabricante e o concessionário estabelecem-se obrigações e direitos recíprocos, de sorte que a concessão mercantil deve ser havido como bilateral; dentro da classificação tradicional dos contratos.

75 STJ, 3ª T., Ag. Inet. 480.185/MG, decisão do Relator Min. Ari Pargendler, de 17.10.2002, DJJ 25.10.2002.

Como ressalta HERIBERTO S. HOCSMAN,

*el contrato de concesión comercial es un contrato bilateral, oneroso, consensual, comutativo, no formal, de tracto sucesivo, principal, nominado, atípico, de empresa, de colaboración*⁷⁶.

A natureza sinalagmática do contrato de concessão comercial submete-o ao princípio do *pacto resolutorio tácito* a que alude o artigo 475, do Código Civil, onde se prevê que:

A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a rescisão a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Mesmo que o contrato bilateral não cuide, diretamente, da cláusula resolutoria, o princípio legal que dela se ocupa incide:

aun en el caso de ausencia de ese pacto (ley comisorio) si en definitiva se configura el incumplimiento del deudor, entrará en juego (facultativamente), a través de una expresa declaración de voluntad de la contraparte, el pacto comisorio tácito o legal⁷⁷.

Em se tratando de um direito potestativo, que nasce de expressa previsão legal, não tem o contratante prejudicado de dar preaviso e de apresentar outras razões para

⁷⁶ HOCSMAN, Heriberto S. *Contrato de concesión comercial cit.*, p. 47.

⁷⁷ MORELLO, Augusto M. *Ineficacia y Frustración del Contrato*. La Plata-Buenos Aires: Platense-Abeledo-Perrot, 1975, p. 124-125.

justificar a rescisão, além, da infração contratual praticada pelo inadimplente. O efeito resolutorio, na espécie, "*deriva del contenido del contrato, condicionado por el incumplimiento (y su gravedad) del deudor*"⁷⁸.

Não havendo dúvida de que o pacto comissório legal incide sobre o contrato de concessão comercial⁷⁹, é inegável a faculdade que tem o concedente de proceder à rescisão do vínculo contratual sem indenização e sem aviso prévio, quando o concessionário infringir, gravemente, suas obrigações convencionais. *In casu*, quem tem direito a perdas e danos é o concedente e não o concessionário (Código Civil, art. 475).

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Concessão Comercial - Rescisão do Contrato - Justa Causa.

*Demonstrado no processo que a concessionária dera causa à rescisão do contrato, descabe o pedido de indenização*⁸⁰.

Justifica-se, por isso mesmo, a dispensa de preaviso pelo concedente sempre que "*mediar un incumplimiento grave de la otra parte*"⁸¹. A resolução do contrato

⁷⁸ HOCSMAN, Heriberto S. *Contrato de concesión comercial cit.*, p. 223.

⁷⁹ HOCSMAN, Heriberto S. *Contrato de concesión comercial cit.*, p. 224.
⁸⁰ STJ, 4.ª T., REsp. 79.636-RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, ac. 27.2.96, DJU 22.4.96, p. 12.579. "A rescisão contratual expressamente prevista em contrato não configura o ilícito, a culpa e o nexo de causalidade, elementos indispensáveis da obrigação de indenizar, que seja por danos materiais ou morais (...). Trata-se, portanto, de contrato de distribuição com prazo delimitado, não havendo que se falar em indenização quando ele chega ao seu fim" (STJ, 3ª T., Ac. n. 450.165-MG, decisão do Rel. Min. Ari Pargandier, de 17.10.2002, DJU 25.10.2002).

⁸¹ HOCSMAN, Heriberto S. *Contrato de concesión comercial cit.*, p. 222.

bilateral infringido pelo devedor somente depende da manifestação de vontade da parte prejudicada. Manifestada esta, seus efeitos operam de imediato, ou seja, desde que, com apoio nas regras contratuais, a rescisão seja comunicada ao inadimplente⁸².

No mesmo sentido se posiciona a doutrina francesa ao afirmar que "a exigência de um aviso prévio escrito não se aplica no caso de existir uma cláusula de rescisão por inexecução", que denote falta grave ou possa gerar responsabilidade do fornecedor perante terceiros⁸³.

4.11. Inaplicabilidade das Leis n. 4.886/65 e 6.729/79 aos contratos de distribuição em geral

A Lei n.º 4.886/65, relativa ao contrato de representação comercial, e a Lei n.º 6.729/79, referente à concessão mercantil de veículos automotores, às vezes são invocadas em demandas sobre contratos comuns de distribuição, concessão mercantil ou franquia empresarial, a pretexto de analogia⁸⁴.

Deve lembrar-se, porém, que a lei que cria regime jurídico excepcional para um só tipo de contrato não se presta a servir de padrão para generalizar a norma especial nela contida, pois isso importaria contrariar sua própria natureza, tornando regra geral aquilo que o legislador quis dispor apenas a título de exceção.

82 HOCSMAN, Hériberto S. *Contrato de concessão comercial cit.*, p. 222, nota 9.

83 BEHAR-TOUCHAIS, Marine, VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de la distribution cit.*, n. 348, p. 161-162. Os autores citam diversos acordões da Corte de Cassação francesa no sentido de que a resolução de pleno direito por inexecução contratual se admite como ilícita, respeitada a boa fé e a lealdade entre os contratantes.

84 As leis especiais em questão prevêm, no âmbito de sua regulamentação, indenizações aplicáveis objetivamente, sem o pressuposto da infração legal ou contratual, para a hipótese de extinção do contrato.

Nessa ordem de idéias, ORLANDO GOMES considera praxe "condenável" a de certas sentenças que procuram solucionar litígios acerca de contratos à luz do "esquema de contratos típicos, em vez de recorrerem aos princípios gerais do direito contratual"⁸⁵.

A analogia, para contratos atípicos e genéricos somente é possível com outros institutos que seguem regras gerais e não para aqueles que o legislador, intencionalmente, apartou do campo comum da regulamentação obrigacional. Merece ser lembrada, a propósito, a lição de TORRENTE, para quem: "Os casos não previstos pelas normas de exceção são disciplinados pelas de caráter geral, não justificando, portanto, a analogia"⁸⁶.

LIMONGI FRANÇA, seguindo o mesmo princípio, também ressalta: "Nas leis de *ius singulare*, de caráter excepcional, conforme a doutrina, não pode comportar decisão de semelhante a semelhante"⁸⁷.

Dentro desse enfoque, a Lei n.º 4.886, de 1965, é afastada do campo do contrato atípico de distribuição ou concessão comercial. Aquela lei teve a função de criar um contrato típico, qual seja, o de representação comercial onde o espírito do instituto gira em torno de um agente não autônomo, ou de escassa autonomia frente aos negócios agenciados, enquanto o que caracteriza a distribuição é justamente a completa autonomia jurídica do concessionário nas operações de revenda. Com efeito, a Lei 4.886, além de ser norma excepcional, conceitua o representante comercial como o intermediário "que age em nome

85 GOMES, Orlando. *Contratos cit.*, n. 74, p. 102.

86 TORRENTE, Andrea, SCHLESINGER, Piero. *Manuale de diritto privato*. 4.ed. Milano: Giuffrè, 1995, p. 25-26.

87 FRANÇA, R. Limongi. *Analogia*. *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. VI, p. 202.

e por conta da empresa representada, não sendo atingido pelos negócios que agencia⁸⁸. Já o contrato de concessão comercial, figura atípica da praxe comercial moderna, pressupõe várias empresas atuando conjugadamente na fabricação e revenda de certo produto, mas todos mantendo "sua independência econômica e autonomia jurídica"⁸⁹. O concessionário não agencia vendas para o fabricante. Compra produtos deste e os revende ao consumidor final, por sua conta e em nome próprio.

Do mesmo modo, o franqueado não exerce atividade de intermediação. Ele próprio contrata, por sua conta e risco, com o consumidor, a venda de bens ou a prestação de serviços. Tem inteira liberdade de gestão de estoques, de custos e de lucros. Não age, destarte, por conta do fornecedor, nem agencia negócios para este. É proprietário dos bens que aliena, e presta pessoalmente os serviços contratados. Por outro lado, o franqueado tem acesso a valiosos bens que integram o fundo de comércio do franqueador: a marca, o aviamento, ou parte dele, que se transmite com o *know-how*, e uma clientela já cativa ou potencial.

Nos referidos contratos de distribuição, ademais, tanto os investimentos requeridos, quanto a duração do contrato são elementos que integram a equação econômica estabelecida pela autonomia da vontade, que visa a atender todas as expectativas econômico-financeiras dos contratantes.

Ao contrário do que ocorre na representação comercial, nos contratos de distribuição há uma comutatividade equilibrada entre as prestações e os benefícios, que impe-

88 REQUIÃO, Rubens. O Contrato de concessão de venda com exclusividade (Concessão Comercial). *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 7, p. 23, 1972.

89 REQUIÃO, Rubens. O Contrato de concessão de venda com exclusividade (Concessão Comercial). *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 7, p. 21, 1972.

dem a identidade essencial entre estes tipos contratuais e a representação comercial.

Os dados tipificadores do contrato de representação, destarte, jamais poderiam ser considerados "elementos preponderantes" para permitir a assimilação da concessão comercial ou da franquía pela representação comercial, como adverte RUBENS REQUIÃO⁹⁰.

Precisamente, por representar o contrato de concessão um contrato de configuração própria e objetivos específicos, conclui WALDÍRIO BULGARELLI que ele:

não se ajusta ao contrato de representação comercial autônoma, conforme disciplinado pela Lei n.º 4.886, de 9 de dezembro de 1965, pois o representante é um intermediário que age em nome e por conta da empresa mandante, consoante se deduz da definição do art. 1.º da citada Lei n.º 4.886⁹¹.

O agente, embora colabore no processo de circulação econômica, o faz fora da cadeia de produção e revenda. Sua participação é acessória e externa. "Não constitui uma parte do mercado, é um instrumento do operador, para o qual age como mandatário. O *concessionário*, ao contrário, é uma parte do mercado; mesmo ligado contratualmente ao concedente, e sujeito a seguir a política de beneficiar sua marca, ele é um *distribuidor* que opera em seu próprio nome. Resta, portanto, em face do concedente, um antagonismo que opõe necessariamente o comprador ao vendedor"⁹².

90 REQUIÃO, Rubens. O Contrato de concessão de venda com exclusividade (Concessão Comercial). *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 7, p. 23, 1972.

91 BULGARELLI, Waldírio. *Contratos Mercantis cit.*, p. 453.

92 LELOUP, Jean-Marie. *Agents commerciaux cit.*, n. 352, p. 63.

Enquanto o contrato de concessão é atípico e, por isso, sujeito à disciplina geral do direito das obrigações, o contrato de representação comercial, no ordenamento jurídico brasileiro, é *contrato típico*, sujeito à regulamentação de lei própria e especial (Lei n.º 4.886/65, alterada pela Lei n.º 8.420/92), lei esta que cria uma tutela particular para a parte havida como mais fraca na relação contratual, ou seja, o representante. Há na legislação reguladora da agência um reconhecido propósito de tutela social⁹³, que obviamente não se faz presente no contrato de concessão comercial ou de franquia empresarial.

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA ressalta a necessidade de distinguir-se o contrato de concessão do contrato de representação comercial e justifica sua advertência justamente com o fato de ter a ordem jurídica brasileira optado por:

*emprestar à representação comercial esse caráter mais tutelar, provavelmente em apreço à dependência maior do comerciante representante para com aquele que o credencia*⁹⁴.

O principal elemento de tutela ao representante comercial, outorgado pela Lei 4.886/65, está na garantia de valores mínimos de ressarcimento a que o representado se sujeitará nos casos de rompimento do ajuste sem justa causa.

Daí a jurisprudência assentar que "não admitiu a Lei n.º 4.886 a rescisão arbitrária, ou denúncia vazia, sendo,

⁹³ Na legislação atual, a agência assume uma qualificação bipartida entre "a) de uma parte, uma natureza que tende a se afastar do mandato, e a garantir uma mais ampla independência ao agente; e b) de outra parte, a definição de um regime muito protetivo, próximo ou mesmo assentelável a um regime de direito social" (FOURNIER, Frédéric, *L'agence commerciale*, Paris: Litec, 1996, p. 29).

⁹⁴ ROCHA, João Luiz Coelho da. *Representação Comercial e Distribuição Comercial - Importância dos Traços Distintivos*. Revista de Direito Mercantil, v. 101, p. 116.

por essa razão, ineficaz nos contratos de representação comercial a cláusula que autorize o representado a rescindir o ajuste sem indenizar"⁹⁵.

Nos autênticos contratos de concessão ou distribuição, outro é o relacionamento entre o concedente e o concessionário. Inexistindo a subordinação negocial própria da representação, o vínculo obrigacional mantém-se flexível e o revendedor por conta própria não se acha amparado pelas diretrizes protetoras da Lei n.º 4.886/65. O rompimento do contrato, portanto, seguirá os princípios comuns do direito das obrigações, cabendo às partes regularem, com maior liberdade, as cláusulas negociais a respeito da matéria.

Enfim, não basta a ruptura de um contrato de distribuição pelo fabricante, para que ele se sujeite a uma indenização, tal como se dá no contrato de representação comercial. No relacionamento entre concessionário ou franqueado e fabricante, a indenização eventual não é tarifada em lei e somente acontecerá se houver conduta censurável, por parte do denunciante, tipificável como abuso no exercício de direitos. Nessa hipótese haverá inexecução contratual capaz de justificar a imposição do pagamento das perdas e danos suportadas pelo distribuidor. Mas nessa hipótese, somente se ressarcirão prejuízos efetivos, vale dizer danos concretos e comprovados em juízo, e não uma quantia objetivamente imposta por lei aplicável a um tipo contratual diverso.

Ora, inexistindo lei específica que imponha dever objetivo de indenizar, qualquer obrigação de pagar há de respeitar os requisitos essenciais do nascimento da res-

⁹⁵ RT 489/159.

ponsabilidade civil subjetiva. Ou seja, não de restar provados o ato ilícito culposo, o dano e o nexo causal que ligue o primeiro ao segundo.

A rescisão do contrato, por si só, não autorizará o ressarcimento, ainda que imotivada. O ônus da prova do dano é do distribuidor, dentro da regra do art. 333, n.º I, do CPC.

Tampouco pode pretender-se submeter o universo das concessões comerciais e demais contratos de distribuição ao regime estrito da Lei n.º 6.729/79, concebido que foi como lei excepcional para disciplinar apenas um segmento da economia - a produção e revenda de veículos automotores - onde situações especialíssimas exigiram disciplina também especialíssima e muito peculiar ao volume de recursos e tipo de investimentos que se exigem do revendedor de automóveis.

Toda a doutrina que se deteve sobre o exame do contrato de distribuição chegou a uma só conclusão: A Lei n.º 6.729 é especial e não pode ser aplicada, analogicamente, a situações que não correspondem ao seu objeto.

Destina-se a Lei em questão a regular somente a relação jurídica específica travada entre os produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre como se vê do texto claríssimo de seu artigo 1.º. CLAUDINEU DE MELO, observa, ainda, que:

a distribuição nela regulada difere substancialmente da distribuição objeto deste estudo a partir da idéia político-ideológica que norteia uma e outra. Aquela dispõe cogentemente que toda e qualquer comercialização de veículos automotores de via terrestre realizar-se-á sob concessão

comercial, sendo, em consequência, vedada qualquer outra forma de comercialização daqueles veículos, inclusive a venda direta pelo fabricante; enquanto a distribuição objeto deste estudo, observado o axioma da justiça concreta, é sempre livremente contratada por fabricante e distribuidores, segundo suas respectivas conveniências, facultado ao primeiro utilizar-se de outras formas de comercialização, diretas ou indiretas.

Sem razão, portanto, uma certa doutrina que procurou estender, à distribuição em geral, as normas específicas da Lei n.º 6.729/79. Pretender aplicá-las analogicamente, como salientou MIGUEL REALE (parecer de 23. I. 83), 'equivaleria a converter o intérprete ou aplicador da lei em um legislador supletivo, tomando genérica uma lei expressa e explicitamente aplicável às concessões que tenham por objeto veículos automotores terrestres' ⁹⁶.

Outra lição importante contra o uso analógico da Lei n.º 6.729, que a pudesse transformá-la em estatuto genérico de todas as concessões comerciais, é a ministrada por WALDIRIO BULGARELLI:

Com uma regulamentação amplamente especificada não tardaram certas tentativas de aplicação analógica de seus dispositivos (Lei n.º 6.729/79) a outros tipos de concessão para produtos diversos de veículos e tratores, como os de distribuição de bebidas, remédios etc., o que nos parece incabível.

⁹⁶ MELO, Claudineu de. *Contrato de distribuição* cit., n. 30, p. 41; REALE, Miguel. *Temas de direito positivo*. São Paulo: RT, 1992. p. 86-88.

É que não há lacuna, como se pretendeu, pois que os demais tipos de concessão ou distribuição não-regulamentados estão no amplo campo da liberdade contratual e terão de ser regidos pelo sistema da teoria geral dos contratos que se encontra tanto no Código Comercial como no Código Civil⁹⁷.

Outro não é o magistério de ARNALDO RIZZARDO, para quem outros produtos industrializados, que não os mencionados no art. 3º, da lei especial de concessão automobilística, podem perfeitamente ser objeto de contrato de concessão comercial, mas: "A tais convenções tão-somente não se aplica a Lei n.º 6.729"⁹⁸.

É o que decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná, *in verbis*:

A analogia, para contratos atípicos e genéricos somente é possível com os outros institutos que seguem regras gerais e não para aqueles que o legislador, intencionalmente, apartou do campo comum da regulamentação obrigacional... Conclui-se, pois, que aos contratos de distribuição de bebidas e outros produtos em geral, não se aplicam as disposições da Lei n.º 6.729/79, posto que são disposições especiais, de incidência restrita aos seus respectivos objetos, não sendo possível, por critério analógico, tornar regra geral o que o legislador houve por bem tratar apenas como regra especial.⁹⁹

97 BULGARELLI, Waldrio. *Contratos nominados - doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 476.

98 RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Alde, 1988. v. III, p. 1.325.

99 TJPR, 5ªCC., Ap. 84.897-7, Rel. Des. Fláury Fernandes, acórdão unânime de 19.02.1998.

Não há notícia de discrepância jurisprudencial sobre o tema. Além de outras decisões de Cortes estaduais¹⁰⁰ sobre a matéria, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, mais elevada autoridade na interpretação da lei federal, já se pronunciou acerca da questão, consignando de forma categórica que:

Contrato de distribuição relativo a informática - Impossibilidade de aplicação analógica de disposições contidas na lei 6.729/79, a estabelecer uma regulamentação especialíssima para as relações pertinentes 'a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre'. Trata-se de diploma que estatui conjunto normativo particularmente distinto do direito comum, criando significativas restrições à autonomia da vontade, que não se hão de estender a situações nele não previstas¹⁰¹.

Em suma: aos contratos de distribuição em geral não se aplicam as leis n.ºs 4.886/65 e 6.729/79, porquanto ambas são leis especiais, de incidência restrita aos seus respectivos objetos, não sendo possível, por critério analógico, tornar regra geral o que o legislador houve por bem tratar apenas como regra especial.

4.12. A sistemática do novo Código Civil

Há quem considere o contrato de concessão comercial sujeito à disciplina do contrato de agência (arts. 710 a

100 TAMG, 5ªCC., Ap. 228.899-9, Rel. Juiz Lopes de Albuquerque, acórdão unânime de 19.08.1997.

101 STJ, 3ª T., Ag. Reg. n. 43.329-3/SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, acórdão unânime de 15.03.1994, DJU 16.05.1994.

721), porque o novo Código Civil teria reunido num só regime o contrato de agência e de distribuição¹⁰².

Dessa visão do novo direito positivo, as conclusões extraídas foram:

- a) o art. 720 do novo Código Civil asseguraria ao distribuidor (concessionário), com contrato de prazo indeterminado, no caso de denúncia pelo concedente, um aviso prévio de noventa dias; mas a denúncia deveria, também, respeitar um prazo suficiente de duração contratual para amortizar os custos de seus investimentos;
- b) o concessionário dispensado sem justa causa e com prazo exíguo de pré-aviso teria direito a uma indenização pelos prejuízos causados pela inobservância do prazo necessário à amortização dos investimentos feitos em função da distribuição comercial (art. 720 e parág. único);
- c) a regulamentação, em termos claros, do novo Código Civil, a respeito dos ressarcimentos a que tem direito o distribuidor, "põe fim à indenização de clientela, já que não condiz com a natureza dos contratos de distribuição, posto que o distribuidor é comerciante autônomo e obtém benefícios com a utilização da marca do fabricante, e, portanto, deve assumir os riscos de sua atividade"¹⁰³;
- d) "a denúncia é meio lícito de pôr termo ao contrato por tempo indeterminado, desde que preenchidos alguns requisitos, como a boa-fé e concessão de prazo de aviso

102 LULA, Paulo Eduardo. O abuso de direito na denúncia dos contratos de distribuição: O entendimento dos Tribunais Brasileiros e as disposições do novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.acejur.com.br/artigos/contratos.doc>>. Acesso em 29.07.2002

103 Idem.

prévio suficiente, de acordo com a natureza do negócio e com o vulto dos investimentos do distribuidor"¹⁰⁴.

As conclusões são objetivamente corretas, mas a fundamentação nos dispositivos do contrato de *agência e distribuição* não procede. É que o Código, conforme já se demonstrou em obra à parte, não cuidou da *concessão ou revenda*, quando estatuiu as regras dos arts. 710 a 721¹⁰⁵. A distribuição ali mencionada é simples acessório do contrato de agência. O agente é que pode ser simples agente ou agente-distribuidor. O negócio principal regulamentado é a mediação ou agenciamento de negócio de interesse do preponente. O agente só pratica atos, quando excepcionalmente autorizado a concluir contratos, em nome e por conta do preponente. Nunca se torna um revendedor autônomo. Nunca, pois, será um concessionário comercial. Logo, não se pode estender regra própria e especial do *contrato de agência e distribuição* para com elas pretender a tipificação do contrato de *concessão ou revenda mercantil*. Este continua atípico, mesmo após o advento do Código Civil de 2002, a não ser no caso de *revenda de veículos*, mas não por força do Código, e sim da Lei nº 6.729/79, que como lei especial, entretanto, não pode ter seus preceitos estendidos a outros contratos de concessão ou revenda mercantil.

Não se podendo, então, confundir o contrato de *concessão comercial* com o de *agência e distribuição*, o regime de ruptura por denúncia do primeiro haverá de ser

104 Idem.

105 Comentários ao Código Civil Brasileiro, série coordenada pelos Profs. APRILDA ALVIM e THEREZA ALVIM, v. I. VI et.

encontrado nas regras gerais dos contratos, e mais especificamente no art. 473 do novo Código Civil, assim concebido:

Art. 473 – A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

O sistema do Código aplicável aos contratos de concessão comercial sem prazo certo de duração é, nos termos do art. 473, o que permite ao concedente fazer extinguir a relação negocial mediante notificação, independente de motivação especial ou de imputação de falta ao concessionário.

Deverá, contudo, dar-lhe pré-aviso com a antecedência prevista no contrato, ou, em sua falta, estimado de forma razoável para permitir ao concessionário o encerramento de sua atividade e sua reorganização em outro mister, se for o caso.

Isto não quer dizer que o prazo de pré-aviso seja sempre o necessário para amortizar os investimentos do concessionário. O que a lei quer é que antes da denúncia já tenham sido amortizados os investimentos feitos em função da concessão. Se isto já ocorreu o pré-aviso será o que se apresentar razoável apenas para o encerramento

da relação contratual. Como é óbvio, terá de guardar proporção com o vulto e a complexidade da empresa e do negócio.

Feita a denúncia antes do prazo de amortização dos investimentos, o concedente responderá pelos prejuízos equivalentes à prematura ruptura do vínculo. A denúncia, porém, não perderá sua natural eficácia, ou seja, o contrato estará definitivamente extinto. Entre as partes subsistirá apenas a relação obrigacional que resultará na indenização dos prejuízos acarretados ao concessionário pelo ato abusivo e ilícito praticado pelo concedente.

4.13. Conclusões acerca da responsabilidade civil na cessação do contrato de concessão comercial

Mais que mero vínculo entre créditos e débitos, o contrato é a manifestação jurídica de uma operação econômica que promove a circulação de riquezas, o desenvolvimento econômico e o progresso da comunidade.

Os modernos contratos de distribuição desempenham relevante função de adequação da produção às necessidades do consumo; possibilitam a entrada de pequenos e médios empreendedores no livre mercado, ampliando a saudável concorrência, geram empregos e impostos, e garantem o acesso de consumidores a produtos e serviços de elevada e permanente qualidade, a custos racionalmente reduzidos.

No desempenho coordenado e integrado da distribuição, os diversos integrantes da rede, assimilando tecnologia desenvolvida e testada pelo fornecedor ou obedecendo a um planejamento minucioso, em conjunto com o fornecedor auferem os lucros da atividade comercial,

repartindo-a conforme a equação econômica eleita no instrumento firmado de livre vontade por ambos, e durante o tempo que convencionaram como justo e razoável para o retorno dos investimentos necessários.

Daí não se poder negar que, extinguindo-se o contrato ao atingir o termo convencional, qualquer dano ou lucro cessante que uma das partes experimente é reflexo lícito do exercício de um direito subjetivo, que não gera para o seu titular nenhum dever de indenizar, pois tem justa causa econômica e jurídica para se desvencilhar do relacionamento contratual exaurido.

Nem há fundamento de direito que justifique pretensão tendente a manter forçosamente a relação jurídica extinta naturalmente pelo decurso do prazo contratado. Nos contratos cuja vigência tenha se indeterminado, a denúncia, desde que exercida mediante razoável aviso prévio, previsto no instrumento contratual ou compatível com o vulto do empreendimento e a duração do relacionamento das partes, respeitando-se destarte os princípios da boa fé e da lealdade entre os contratantes, é meio lícito de extinção do vínculo que, tal como o decurso do prazo ajustado, afasta qualquer direito de indenização ou pretensão de perenizar o vínculo.

A responsabilidade civil do denunciante só nascerá se restar cabalmente comprovada a infringência aos deveres do contratante, segundo os ditames do contrato, da lei ou do deveres laterais de conduta impostos pelo princípio da boa fé. Tais inadimplementos podem ser aferidos pelo julgador no exame de práticas comerciais que se mostrem abusivas, desleais, incompatíveis com a conduta que se espera de um comerciante probo e honesto.

Nunca, porém, poderá ser imposta qualquer indenização objetiva, independente de culpa, ao fornecedor em prol do distribuidor, porque não há lei que assim o obrigue. A responsabilidade civil, no ordenamento jurídico pátrio, vem regulada em cláusula geral inscrita nos arts. 186 e 389 do Código Civil, que elencam como requisitos básicos o ato culposo contrário a dever preexistente, o dano, e o nexo causal. Qualquer responsabilidade que prescindir de tais elementos há de vir prevista em lei, em face do princípio da legalidade consagrado na Carta Constitucional.

As previsões de indenizações pecuniárias tarifadas elencadas em leis especiais, reguladoras de contratos específicos tais como o de representação comercial e o de concessão de venda de veículos automotores de via terrestre, não incidem sobre os demais contratos de distribuição por força da regra de hermenêutica que impede que se aplique uma norma especial e de exceção a situações diversas, por força de raciocínio analógico. Ademais, a analogia só permite aplicação de normas a hipóteses não previstas, quando essas se assemelhem na essência e nos efeitos. Essa semelhança não ocorre entre a representação comercial, a concessão específica de venda de veículos e a distribuição *lato sensu*.

Por fim, o fato de os contratos de distribuição contarem cláusulas padronizadas e formatadas para conferir unidade à rede de distribuição, e evitar o tratamento desigual e o favorecimento de uns em prejuízo de outros no livre mercado, não os torna contratos de adesão, mas contratos por adesão. Em todo caso, porém, somente a constatação de exercício abusivo de direito, no momento da imposição de cláusulas que se considerem leoninas pode-

rá autorizar a desconsideração da vontade declarada e a imposição de indenização a eventuais danos comprovadamente acarretados. A solução de direito, nessa espécie, cai na vala geral da responsabilidade subjetiva, mediante apuração do abuso de direito (Código Civil, art. 187), sendo certo que não constitui ato ilícito, nem induz responsabilidade civil, o ato praticado no exercício regular de um direito reconhecido (Código Civil, art. 188, nº 1).

Não havendo vício de consentimento, nem ofensa aos bons costumes ou à lei, ou qualquer abuso cometido por uma parte contra a outra na estipulação de cláusula leonina, o contrato obriga a ambos os contratantes, com força de lei, em todas as suas estipulações. "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites*" (Código Civil Francês, art. 1.134. Do mesmo sentido é o art. 1.372 do Código Civil Italiano). Vale dizer: "as partes devem submeter-se à lei do contrato, da mesma maneira que estão obrigados a inclinar-se diante da lei propriamente dita"¹⁰⁶. Escorado o termo previsto no ajuste, ou ainda, operada a denúncia pelo fabricante, com a antecedência prevista no contrato, ou a que as praxes e os costumes mercantis impõem, legalmente extinto estará o contrato, e o distribuidor não terá direito a impor sua renovação contra a vontade legitimamente manifestada pelo co-contratante. *Pacta sunt servanda*.

Em face da legitimidade da conduta do fornecedor, e da ausência de preceito de lei expresso que dê origem a uma obrigação indenizatória, o exercício regular da resilição do contrato de distribuição, precedido de aviso prévio, ou a recusa à sua renovação, quando expirada a vi-

106 JOSSEFAND, Louis. *Derecho Civil*. Buenos Aires: EJEA, 1950. t. II, v. I, n. 248, p. 181.

gência inicialmente prevista, é fato jurídico que não enseja responsabilidade civil, porque sustentado em razões econômicas e sociais que o Direito ampara.

Realmente só se há de pensar em indenização, não pela simples extinção ou mera denúncia do contrato de concessão comercial, mas pelo abuso do direito eventualmente praticado por um contratante contra o outro, como nas rupturas abruptas e desleais, em que não se respeita o prazo necessário para compensação dos investimentos exigidos do contratante, ou não se dá um aviso prévio compatível com o vulto e a complexidade do negócio.

5. EFEITOS DA DENÚNCIA UNILATERAL DA CONCESSÃO COMERCIAL

É de se ressaltar que a consequência ligada ao rompimento abusivo do contrato por prazo indeterminado será a responsabilização civil do contratante denunciante. Jamais a invalidade do ato de denúncia. Com efeito, a ilicitude da resolução será sancionada "*non par la nullité, mais par la responsabilité de l'auteur de l'abus*"¹⁰⁷. Ou seja, nos contratos a tempo indeterminado, configurada a abusividade do ato de extinção do ajuste "*viene preso in considerazione dalla dottrina e dalla giurisprudenza il diritto del concessionario ad un'indennità per il recesso abusivo*"¹⁰⁸.

Ainda que abusivo o efeito da extinção se opera, em respeito ao princípio da liberdade de desvinculação de uma parte dos contratos indeterminados pela tão só manifesta-

107 BEHAR-TOUCHAIS, Marina, VIRASSAMY, Georges. *Les contrats de la distribution* cit., p. 158.

108 BALDI, Roberto. *Il contratto di agenzia* cit., p. 110.

ção de sua vontade. Todavia estará sujeita ao pagamento de uma indenização que, na hipótese do contrato de concessão de veículos, não está sujeita à tarifação legal, porquanto neste aspecto a lei é especial merecendo interpretação restritiva.

Não é, nestas hipóteses, juridicamente possível buscar o contratante que se reputa prejudicado a subsistência do vínculo contra a vontade da outra parte, porquanto tal atenta contra a liberdade, assegurada constitucionalmente. Muito menos há que se falar em invalidade, ou nulidade do ato de denúncia. A noção é incompatível com a ilicitude, pressupondo para sua declaração se esteja diante de ato jurídico lícito. Ou nas palavras de MARCOS BERNARDES DE MELLO:

Porque a vontade constitui o elemento cerne do suporte fático, somente os atos jurídicos (= atos jurídicos stricto sensu e negócios jurídicos) passam pelo plano da validade.

(...)

Quanto ao ato ilícito lato sensu, ..., apesar de apenas se tratar de conduta, também seria um contra-senso considerá-lo nulo, porque apenas beneficiaria o agente infrator. A invalidade é, na verdade, uma sanção, uma punição que visa a privar das vantagens que possa obter do ato jurídico aquele que o pratica contrariando as normas jurídicas. Ora, o ato ilícito traz consigo, já como efeito específico, uma penalidade, e, por isso, tê-lo como nulo implicaria negar a punição ao infrator, uma vez que, de ordinário, a invalidade acarreta a ineficácia do ato.

(...)

Por isso, somente atos jurídicos lícitos passam pelo plano da validade, onde o direito faz a triagem entre os válidos e os não válidos (= inválidos)¹⁰⁹.

A sanção para o abuso da extinção do contrato de concessão (ilícito) é a responsabilização civil, criando para o autor do ato o dever de indenizar, nunca a invalidação para restabelecimento do *statu quo*: subsistência do vínculo.

Exatamente à vista da impossibilidade de se manter em vigor um contrato denunciado contra a vontade do outro contratante, que a jurisprudência brasileira tem repellido tentativas no sentido de bloquear a extinção e impor judicialmente a subsistência do vínculo:

É descabida a decisão liminar, proferida em medida cautelar inominada, que obriga, uma das partes a continuar cumprindo contrato já expirado e contra a sua vontade. A Constituição Federal expressamente consagra o princípio da legalidade, ao prescrever que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, inc. II)... A questão da prorrogação do contrato de revenda e distribuição pactuada entre as partes (ao deferir a liminar o magistrado garantiu a continuidade das atividades contratadas) não pode afrontar o princípio da autonomia contratual e da liberdade de contratar"¹¹⁰.

109 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico - plano da validade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 15-16.

110 TJPR, AI 12425, 4ª CC., Rel. Des. Antônio Lopes de Noronha, ac. 11.08.1997, JUS - Jurisprudência Informatizada. Saraiva n. 29.

Se a cláusula contratual previu apenas uma prorrogação por igual período, obviamente que chegado a seu termo tal prazo, houve prorrogação da vigência do contrato por prazo indeterminado. Não pode prosperar pretensão deduzida em juízo de prorrogar avença privada, procurando invalidar e impossibilitar direito decorrente do direito de qualquer das partes romper o contrato, por denúncia vazia, mediante notificação ...¹¹¹.

Em suma: havendo lesão injusta na denúncia do contrato de concessão mercantil, não há direito para qualquer das partes de forçar o seu restabelecimento por meio de medida cautelar ou antecipatória. O que se admite é apenas o exercício da pretensão à competente indenização de perdas e danos, que, a nenhum título justifica antecipação de um efeito (a prorrogação do contrato) que nem mesmo a sentença final de mérito lhe poderá proporcionar.

Belo Horizonte, julho de 2003

111 TJPR, Ap. 18519, 3ªCC., Rel. Des. Roseno Arao de Cristo, ac. 21/02/2000, JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva n. 29. No mesmo sentido: 1ªTACivSP, 9ªCC., MS 0667380-1, Rel. Juiz Roberto Caldeira Barioni, ac. 16/04/1998, JUIS - Jurisprudência Informatizada Saraiva n. 29.

A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DOS TRIBUTOS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. "O PRIVILÉGIO DO SONEGADOR FISCAL"

Ana Regina de Andrade Vasques

Aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.
Advogada.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. A SANÇÃO JURÍDICA; 2. A FUNÇÃO DOS TRIBUTOS PARA A SOCIEDADE; 3. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DOS TRIBUTOS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA; 4. CONCLUSÕES; 5. REFERÊNCIAS.

"Gosto de pagar impostos; com eles se compra civilização"

Oliver Wendell Holmes

INTRODUÇÃO

A extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos nos crimes contra a ordem tributária além de ter se mostrado um tema muito polêmico entre doutrinadores e juristas, desde que foi introduzido no nosso ordenamento jurídico, passou a ser um tema que não ficou adstrito aos

estudiosos do Direito Tributário; ao contrário, aparece na sociedade hodierna um senso comum questionador e intrigado com o final feliz com que, de maneira geral, têm acabado as histórias dos grandes sonegadores.

Artigos de jornais e revistas, bem como as notícias televisivas, têm colocado em evidência, e com muita clareza, a frustração dos contribuintes adimplentes que se esforçam para cumprir uma carga tributária pesadíssima, na esperança de verem revertidos para toda a sociedade o fruto da sua contribuição e, ao revés, vêem seus esforços financiando o luxo de alguns privilegiados.

Este trabalho procura demonstrar que as leis tributárias fazem uma nítida distinção entre contribuintes e cidadãos comuns. Aqueles possuindo o privilégio de terem suas ações descriminalizadas quando, antes do oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, efetuam o pagamento do tributo, ressarcindo o erário.

A extinção da punibilidade pelo pagamento dos tributos nos crimes contra a ordem tributária, frente ao seu atual e polêmico entendimento, embora com base legal, requer um estudo minucioso, profundo, esclarecedor de certas questões, com ênfase nas de ordem constitucional, principalmente as que permeiam os princípios fundamentais de nosso ordenamento jurídico, entre eles, um dos mais importantes, o da isonomia, levando-se em consideração a política de arrecadação fiscal do governo federal e a que garante a punição por ocasião da prática de ilícitos definidos como crimes.

Como um ponto de destaque, será observado que a sanção penal, interferindo diretamente com a dignidade e

os direitos fundamentais da pessoa humana, somente pode ter como fundamento a proteção das condições essenciais à garantia e implementação desses mesmos valores, ou seja, a dignidade e os direitos fundamentais como bens penalmente relevantes. Isso é o que vai fundamentar o juízo acerca do merecimento da pena e, a sanção penal, deverá ser empregada quando se comprova a insuficiência e a ineficácia de outras espécies de sanções e a danosidade social da conduta antijurídica, bem como, o grau de reprovação que o ato ilícito deve merecer por parte da sociedade.

Uma outra abordagem demonstrará a importância dos tributos para a sociedade, a arrecadação tributária entendida como instrumento de formação da receita pública e de consecução e implemento das metas sócio-econômicas constitucionalmente definidas, representando um valor supraindividual, tendo aptidão para sua tutela mediante o emprego da sanção penal.

Finalmente, duas proposições serão destacadas: a que privilegia o infrator tributário com a extinção da punibilidade pelo pagamento e a que mitiga o princípio constitucional da isonomia quando o privilégio é implementado no nosso sistema legal visando somente a arrecadação da receita tributária e trazendo no seu rastro: insegurança jurídica e desajustes sociais graves.

1. A SANÇÃO JURÍDICA

Inicialmente passa-se a examinar alguns aspectos das sanções jurídicas e como se apresentam para reprimir, ou inibir, os crimes contra a ordem tributária.

Visando assegurar a tranquilidade das relações humanas, melhorar a vida em comunidade e garantir a paz social, o ordenamento jurídico estabelece normas de conduta, comandos ou proibições, que devem ser obedecidos pelos membros da sociedade. Também determina, através dos preceitos legais, que, em algumas circunstâncias, devem ser obrigatórios certos comportamentos, ou que, em outras, é defesa a prática de determinados atos.

Em livro de Direito Processual Civil, coordenado por Luiz Rodrigues Wambier, leciona-se que "nem sempre essas condutas impostas são, por si só, 'atraentes', 'interessantes' para os indivíduos".¹ Assim é que, a prática do ato obrigatório ou a abstenção da atividade proibida são, na maioria das vezes, providências que, espontaneamente, não seriam adotadas; "são condutas que, por mero deleite ou predileção, muitos membros da sociedade, em maior ou menor medida, não seguiriam".²

Conceituando sanção, Hugo de Brito Machado nos ensina que ela "é o meio de que se vale a ordem jurídica para desestimular o comportamento ilícito. Pode limitar-se a compelir o responsável pela inobservância da norma ao cumprimento do seu dever, e pode consistir num castigo, numa penalidade a este cominada".³

Assim sendo, o ordenamento jurídico estabelece uma série de medidas destinadas a assegurar a observância prática das normas legais, entre elas temos as sanções penais e fiscais que são as que interessam aos nossos estudos.

Esta é a posição de César Farias Júnior sobre o tema: "as sanções penais muito se distinguem das sanções meramente fiscais: aquelas somente podem ser aplicadas pelo juiz, enquanto que em relação ao ilícito fiscal, há sanções que podem ser aplicadas pela autoridade administrativa".⁴ Esse autor afirma que a sanção penal deve ser usada subsidiariamente às demais. Dela só devendo-se lançar mão em casos extremos, "quando todas as formas de controle revelem-se ineficazes".⁵

A sanção penal é mais severa. Estabelecida exclusivamente pelo Código Penal ou legislação penal extravagante. As penas previstas para os crimes tributários chegam às raias da privação da liberdade, por isso, só os juizes podem aplicá-las.

Com o advento da CF/88 (art. 5º, LXI), desaparece do nosso ordenamento jurídico a possibilidade de prisão administrativa que durante muito tempo pôde ser aplicada pelo Ministro da Fazenda e pelos Secretários Estaduais de Fazenda.

Penas de privação de direitos também podem ser aplicadas, v.g., a proibição de participar de concorrências públicas se estende aos contribuintes em débito com a fazenda pública (art. 193, CTN).

Ricardo Torres⁶, demonstrando que as chamadas *execuções políticas* desapareceram do direito brasileiro, assim esclarece:

1 WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). *Curso Avançado de Processo Civil*. processo de execução. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.2, p. 27.

2 Idem, p. 27.

3 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 375.

4 FARIAS JÚNIOR, César. *Direito Tributário Sancionatório*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, s. 1, n. 4. Jul / set. 1993. Caderno de Direito Tributário e Finanças. p. 117-118.

5 Idem, p. 117-118.

6 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 9. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002. p. 298.

As interdições de estabelecimentos como meio coercitivo para cobrança do tributo (súmula do STF n.º 70), as proibições de aquisição de estampilha, a apreensão de mercadorias para a garantia do débito fiscal, as vedações do exercício da profissão, largamente admitidas no direito antigo, foram definitivamente proibidas no Brasil.

Em seu artigo 5º, XLXI, b, a CF/88 prevê a regulamentação por lei da pena de perdimento de bens e no inciso XLV, do mesmo artigo 5º, assegura que tal pena poderá ser estendida aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido.

Por se tratar de sanções relativas à matéria penal, estão na esfera de competência exclusiva da União (artigo 22, I, CF/88). Ricardo Torres⁷ explica que os estados-membros e os municípios não podem transpor essas limitações e, apenas quanto à apreensão dos bens que transitam sem documentação fiscal, que difere da pena de perdimento, têm os estados autorização para legislar.

Demonstra-se que o legislador indicou várias formas de sanção, visando evitar a sonegação de tributos e que esse mesmo legislador, ao indicar o pagamento antes da denúncia como forma de extinguir a punibilidade, visou assegurar, em última instância, o recebimento do crédito público.

Ao infirmarem, alguns autores, que as sanções penais devem ser subsidiárias, ou seja, último recurso punitivo, não quer isso significar que o autor do fato deve ficar sem punição. A oportunidade dada ao contribuinte deve

ser encarada como uma prerrogativa e não como a desmoralização da ordem pública, devendo o Estado aplicar todas as sanções cabíveis, como forma de assegurar a ordem jurídica e desestimular os comportamentos ilícitos.

Observe-se o seguinte exemplo: a lei das penas alternativas admite que sejam substituídas algumas formas de prisão por penas restritivas de direitos. O sonegador que for condenado pode cumprir sua pena distribuindo algumas cestas de alimentos. Imagine um grande sonegador, proprietário de uma grande indústria que sonegou dos cofres públicos 4 milhões de reais. Foi condenado a pagar uma multa de 100 mil reais e a prestar serviços à comunidade. "Veja se não é um negócio vantajoso", diz o procurador gaúcho Douglas Fischer à revista VEJA.⁸

Na mesma reportagem, cujo título é "Longe do xilindró", a repórter Daniela Pinheiro esclarece: "Ao fisco interessa receber o dinheiro. Mas chama a atenção a leniência que existe contra quem burla o fisco".⁹ Assim, fica demonstrado o sentimento popular no que pertine a punição para os crimes fiscais. O que grande parte da doutrina chama de instituto da despenalização, revela-se um instituto da impunidade que acaba por penalizar os que verdadeiramente deveriam estar amparados pelo ordenamento jurídico.

2. A FUNÇÃO DOS TRIBUTOS PARA A SOCIEDADE

Para que seja demonstrada a necessidade do Estado intervir energeticamente contra fraudadores e sonegadores; para que se realize a difícil tarefa de mostrar que os pri-

7. *Idem*, p. 299.

8. PINHEIRO, Daniela. Longe do xilindró. VEJA, São Paulo, n. 174, p. 98-99, 13 mar. 2002.
9. *Idem*, pp. 98-99.

vilégios tributários são, entre outras, causas da formação de uma sociedade brasileira miserável, sem a garantia dos suportes básicos de dignidade como: vida, saúde, trabalho, educação, lazer, moradia etc., é preciso entender as funções dos tributos para a sociedade e onde o corpo social se beneficia quando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, referidos na Constituição Federal de 1988, são efetivamente colocados em prática.

Antes de tudo, faz-se mister entender o fenômeno tributário dentro do contexto constitucional para que se possa demonstrar a importância e a função do tributo num Estado de Direito, Democrático e Social, primado pelos princípios constitucionais da liberdade, da isonomia e da dignidade humana.

A Constituição Federal de 1988 não só reservou ao Estado a função de preservação e tutela das liberdades individuais, como, também, lhe atribuiu encargos sociais, como demonstra os seus artigos 5º, 170, 193 e esclarece de forma peculiar Heloisa Estellita Salomão: “o Estado-administração não é mais exclusivamente o guardião da liberdade individual; tem ele novas nuances que lhe marcam uma posição ativa no seio social. De uma posição negativa – não interferir na liberdade individual -, passa a uma posição ativa – garantir direitos sociais”¹⁰.

A autora também quer fazer ver, que essas mudanças que ocorreram nas atribuições do Estado são apenas “aparentes”, dado que não é possível se conceber uma efetiva

liberdade individual, sem que se desfrute de direitos sociais. Em outras palavras: “uma legião de miseráveis não desfruta de liberdade alguma”¹¹.

Somente o indivíduo que tem garantido aqueles suportes básicos acima mencionados, possui a capacidade de ser livre. É assim que também se manifesta Ricardo Lobo Torres, para quem: “sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade”¹².

Como princípio fundamental da existência, estando acima do bem e do mal, a dignidade humana juntamente com as condições materiais da existência, para aquele autor, “não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados”¹³.

Trata-se do ressurgimento do antigo Estado Social de Direito que vai assegurar a existência e a manutenção de indivíduos livres. Tais afirmações derivam da simples leitura dos fundamentos do nosso Estado, insertos no Título I da Constituição de 1988, quais sejam: a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art.1º, III e IV); a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a erradicação da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, e a promoção do bem de toda a sociedade (art.3º, I a IV).

Deve-se entender a atividade tributária dentro desse modelo de Estado que a atual Carta Política apregoa.

10 SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 99.

11 Idem, p. 99.

12 TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação; imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1985, p. 128.

13 Idem, p. 129.

Outrossim, é bom ter em evidência que o tributo é, entre outros, um meio de obtenção de receita para o Estado. Levando-se em conta que é com a receita tributária que o Estado implementa muitas das suas atividades que suprirão as necessidades solicitadas pela sociedade. Ressalte-se ainda, neste momento, a importância do papel do Direito Penal Tributário no auxílio da consecução dessas responsabilidades através das penas assecutorias da realização da receita.

À clássica função do tributo – obtenção de receitas públicas – somam-se outras duas, como leciona Heloisa Estellita Salomão: “o de influir positivamente na redistribuição das riquezas dentro do País, quer entre classes sociais, quer entre regiões, e o de influir no domínio econômico como mais um instrumento de realização da política econômica voltada para o desenvolvimento nacional”.¹⁴ Salomão fundamenta sua análise no texto constitucional, onde, ao Estado são atribuídas metas de justiça social e de igualdade social, metas que estão presentes no capítulo destinado ao sistema tributário, mais precisamente, entre os princípios da pessoalidade, da seletividade, da extrafiscalidade e da progressividade, através de certos mecanismos denominados de incentivos fiscais.

Atualmente, o tributo é a maior fonte de receita pública e para Celso Ribeiro Bastos, “reconhecidamente a mais importante no Estado moderno”.¹⁵ Na medida em que são atribuídos ao Estado novos deveres, e como conse-

quência novas despesas, devem-se prever, igualmente, os meios para a obtenção dos recursos necessários ao implemento dessas novas atribuições.

De maneira bem sucinta, destacamos a grandeza de algumas das tarefas atribuídas aos entes federados pelo legislador constituinte de 1988:

- prestação de assistência jurídica integral aos necessitados (art. 5.º, LXXIV, e 134);
- garantia dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e à assistência aos desamparados, todos, direitos sociais por excelência (art.6.º);
- conservação do patrimônio público (art.23, I);
- cuidar da saúde, da assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas portadoras de deficiência (art.23, II);
- proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência (art. 23, V);
- defender e proteger o meio ambiente, preservar as florestas, a fauna e a flora (art.23, VII);
- fomentar a produção agropecuária (art.23, VIII);
- fomentar o desporto educacional e de alto rendimento (art.217, caput e inc. II);
- proteção à família, à criança, ao adolescente e amparo ao idoso (arts. 226 e 230);
- financiamento de programas de desenvolvimento econômico (art. 239, § 1.º).

14 SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 102.

15 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário*, 5.ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 38.

Estas são apenas algumas das responsabilidades do Estado após a Constituição de 1998 e devem ser algumas das destinações precípua dos tributos, muito embora em nosso país as distorções da lei, por parte dos que estão no poder, muitas vezes terminem em descabimentos administrativos e malversação das receitas públicas. É óbvio que, para a consecução dessas atribuições, o Estado deve dispor de receita e vai buscá-las, primordialmente, através da cobrança dos tributos. Vê-se, claramente, a importância dessa forma de arrecadação de receita para a sociedade.

Para Paulo de Barros Carvalho, o tributo pode apresentar duas finalidades:

fala-se, assim, em fiscalidade sempre que a organização jurídica do tributo denuncie que os objetivos que presidiram sua instituição, ou que governam certos aspectos da sua estrutura, estejam voltados ao fim exclusivo de abastecer os cofres públicos, sem que outros interesses – sociais, políticos ou econômicos – interfiram no direcionamento da atividade impositiva (...) uma vez que a tributação esteja ligada a tais metas, ou seja, utilizada com o fim imediato de interferir na realidade social e econômica, estamos falando da função extrafiscal do tributo.¹⁶

Nesse aspecto, Heloisa Estellita Salomão ensina que o emprego crescente da extrafiscalidade é o reflexo tributário da adoção de um modelo de Estado ao qual se atri-

16 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 148-149.

bui o encargo de atuar de forma a implementar metas sócio-econômicas que já vieram definidas na Carta Política de 1988, ou seja, “com o fim imediato de interferir na realidade social e econômica e mediato de arrecadar receita pública”.¹⁷

Refleta-se sobre a diferença entre o referencial dessa autora e o dos autores de formação primordialmente tributária e econômica citados no início deste trabalho, para quem o fim último do tributo é “apenas arrecadar receita e preservar a sua fonte pagadora”.¹⁸

A autora supracitada entende o tributo com uma função que extrapola a satisfação do Estado, em si mesmo, para atingir o bem comum, a satisfação das necessidades sociais que avultam dia a dia com o fito de serem feitas mudanças e justiça social.

A extrafiscalidade submete-se aos limites materiais constitucionais que a autorizam e fundamentam. Isto é assim, segundo Heloisa Estellita Salomão, porque:

somente poderá ter lugar quando estiver envolvida a consecução do desenvolvimento nacional, da erradicação da pobreza, da redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, da CF/88), da função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da CF/88) e de outros valores constitucionalmente conhecidos, como a educação, a cultura, o meio ambiente, a instituição familiar.¹⁹

17 SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 126-127.

18 MARTINS, Ivo Gandra de Silva. *Cadernos de Pesquisas Tributárias*. São Paulo: Fases da Tributária, 1979. v. 4. p. 261-283.

19 SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 133.

Com isso, pode-se afirmar que o fim último da tributação deve ser o social, posto que, da receita dos tributos depende uma série de medidas que beneficiam a coletividade. O Estado deve estar aparelhado e preparado, não só para garantir a segurança dos seus membros, a vida, o patrimônio, a liberdade. No Estado moderno há necessidade de se assegurar o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social. Sendo assim, o Estado, através do Direito Penal Tributário, tem também uma nova dimensão: Tutelar as prestações públicas que têm a finalidade de possibilitar a existência digna do cidadão.

O Direito Penal Tributário tem a responsabilidade de tutelar esses direitos constitucionalmente protegidos, reforçando penalmente valores coletivos e punindo os que sonegam o bem estar coletivo e o progresso da sociedade.

3. A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DOS TRIBUTOS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

Agostinho Toffoli Tavolaro, ao iniciar sua apreciação acerca do crime de sonegação fiscal, admite, como imprescindível, colocar como advertência que "a criminalização do ilícito tributário ainda não encontra, no homem médio, no *bonus pater familiae* do Direito Romano, aceitação total e irrestrita".²⁰

20 TAVOLARO, Agostinho Toffoli. *Sonegação Fiscal. O tributo devido como elemento do tipo: especialização da jurisdição penal e as questões cíveis. Direito Tributário Contemporâneo. Estudo de especialistas*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 25.

Vê-se, assim, que ainda é necessário se fazer chegar à consciência popular o caráter delituoso do não pagamento da obrigação tributária, como, também, é dever moral do contribuinte opor-se às exigências fiscais descabidas.

O retrato legal dos crimes contra a ordem tributária está, atualmente, na Lei n. 8.137/90, elencados nos artigos 1º e 2º. Após várias idas e vindas, a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo voltou à legalidade através do artigo 34 da Lei n. 9.249/95.

Para Paulo César Conrado, a norma do artigo 34, constitui-se através da conjugação de duas partes bem distintas:

a primeira que dá ao pagamento do débito que gerou a formulação da pretensão punitiva estatal o status de causa extintiva da punibilidade; e a segunda que limita a primeira, estabelecendo um limite temporal para que aquela se opere (no caso, repita-se, o pagamento do débito só será tomado como causa extintiva da punibilidade, se efetuado antes do recebimento da denúncia).²¹

O autor, acima citado, também aponta a atual inclusão do pagamento como causa extintiva da punibilidade nos crimes tributários, depois de ter-se constatado sua instabilidade no quadro legislativo brasileiro, como

um fator demonstrativo de que a ordem tributária, a despeito de ter sido soerguida, em diversas situações, ao status de bem jurídico penalmente tutelado, ainda está com sua mira volta-

21 CONRADO, Paulo César. O Pagamento como causa de extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 30, p. 95, mar. 1998.

*da mais para a questão da arrecadação do que para qualquer outro desiderato.*²²

Como visto, no afã de ver seus cofres cada vez mais cheios, o Estado vai protelando na sua função constitucional de punir os que lesam bens penalmente relevantes e é flagrado infringindo não apenas um, mas vários princípios constitucionais.

Assim é que, dentre os princípios constitucionais violados pelo Estado, nas circunstâncias citadas, está o princípio da isonomia.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a atual Constituição, no art. 5º, *caput*, dentre outros direitos, assegura o direito à igualdade. Para ele a igualdade

*traduz uma relação entre dois entes quando estes apresentam as mesmas características, a mesma estrutura, a mesma forma, quando, enfim, não apresentam desigualdades que se nos afigurem relevantes.*²³

O princípio da isonomia, como sobredito, autoriza que se faça uma comparação dos crimes contra a ordem tributária e os crimes contra o patrimônio do nosso Código Penal (Título II, da parte especial). Ambos atingem o patrimônio alheio, sendo que o primeiro, atinge em especial o já sacrificado patrimônio público; logo, alguém que pratica um ato ilícito que venha lesionar um bem público deve ser penalmente punido na medida do seu crime.

Do contrário, invertendo-se a fórmula e aplicando-se a extinção da punibilidade, nos moldes dos crimes con-

tra a ordem tributária, ao crime de furto, ter-se-ia que: o sujeito que furtasse um carro e depois o devolvesse, não mereceria ser processado pelo crime que cometeu.

Nos crimes fiscais, a extinção da punibilidade pelo pagamento faz com que o sonegador vá até o limite, isto é, caso seja descoberto o seu crime ele paga, e aí, apaga-se tudo o que foi feito até então, o criminoso não é mais criminoso. E se não o pegarem, ele vai sonegando, o Estado fica fazendo "papal de bobo" e a sociedade vai ficando cada vez mais miserável.

É para que o Estado não se distancie mais do princípio da isonomia que o Sistema Penal Tributário, em conformidade com os princípios penais e constitucionais, deveria conceder unicamente eficácia atenuante ao pagamento antes da denúncia nos delitos contra a ordem tributária.

O Direito Penal Tributário teria, assim, uma nova dimensão: Tutelar as prestações públicas que têm finalidade de possibilitar a existência digna dos cidadãos, tornando lícito punir os fatos obstaculizadores dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, da CF/88), no caso em comento, punir a sonegação fiscal nos mesmos moldes dos crimes contra o patrimônio do Código Penal.

Não sendo assim tratado, o privilégio concedido aos sonegadores fiscais ferirá frontalmente o princípio constitucional da isonomia, podendo, dessa forma, ser retirado novamente do ordenamento jurídico ou deixar, a norma do art. 34, da Lei n. 9.249/95, de ser aplicada aos casos em que fique demonstrada a vontade do contribuinte em sonegar ou reduzir tributos, lesando o erário e, conseqüentemente, toda a sociedade.

²²Idem. p. 97.

²³MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 11.

4. CONCLUSÕES

Com o advento da Lei n. 8.137/90, que tipifica os crimes contra a ordem tributária, passou-se a ter em mãos um instrumento que se contrapõe a uma forma específica de criminalidade: a sonegação fiscal, chamada, também, por alguns autores, de "macrocriminalidade"²⁴ por atingir toda a sociedade, em especial àquela parcela da população mais necessitada e desassistida. Buscou-se impedir que o Estado fosse desfalcado por "criminosos travestidos de empresários".²⁵

Antônio Memória²⁶, em uma seqüência lógica, faz um retrato irretocável das conseqüências produzidas por essa atividade criminosa, às vezes exercida por aqueles que detêm o poder econômico, outras, por aqueles que desfrutam de prestígio político. Cabe citar como principais:

- a ação nefasta do contribuinte que propositadamente deixa de recolher o imposto devido, inviabilizando a execução de investimentos importantíssimos, sobretudo na área social;
- o empresário honesto passa a sofrer a concorrência desleal do sonegador, que por não pagar os tributos decorrentes de suas operações tem condições de negociar seus produtos por preços inferiores, conseqüentemente, "quebrando" o empresário honesto que cumpre com as suas obrigações e gera empregos;

24 MEMÓRIA, Antônio Ricardo B. N. *Breves ponderações sobre os crimes contra a ordem tributária*. Jus Navegandi, n. 58.

25 Idem. Jus Navegandi, n. 58.

26 Idem. Jus Navegandi, n. 58.

- seguir-se-á, nesta seqüência, como agravantes das condições sociais, o desemprego, a diminuição das receitas públicas, pois é certo que empresário "quebrado" não paga impostos;
- tem-se, ainda, que o sentimento de impunidade induz à sonegação os empresários corretos, da mesma forma como fomenta a migração da corrupção para o meio fazendário, e vice-versa;
- estando o Estado privado da receita, por conta da evasão fiscal, a tendência é aumentar alíquotas e bases de cálculos, além de acrescentar novos tributos aos já existentes;
- conseqüentemente, haverá aumento da carga tributária e sua injusta transferência em desfavor de quem não sonega.

Todas as ações acima citadas são conhecidas da sociedade e, principalmente, dos representantes políticos da sociedade, sendo que estes mesmos representantes, ao invés de legislarem para os seus representados, voltam-se contra eles editando leis casuísticas, como a Lei n. 9.249/95, mais precisamente no que pertine ao seu art. 34.

Observe-se que extinção da punibilidade, na Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, é questão que suscita calorosas discussões doutrinárias e acadêmicas por se apresentar como forma de descriminalização que privilegia uma categoria especial de cidadãos, os contribuintes, e por apresentar uma dinâmica de mutações normativas que além de surpreender os estudiosos sobre o tema, gera uma relação de descrédito entre os reais interesses do Estado e o contribuinte.

O nosso Código Penal enumera no seu artigo 107 os casos de extinção da punibilidade, que podem ocorrer antes ou depois da decisão final, prolatada na sentença, v.g., anistia, graça, indulto, morte do agente, prescrição, retroatividade da lei mais benigna, entre outras. Essas causas são capazes de atuar como inibidoras das sanções penais, isto é, extinguem o *ius puniendi* do Estado.

O artigo 34 da Lei n. 9.249/95, de forma diferente, também contempla causa de extinção de punibilidade quando o agente pagar o valor de tributo devido antes do recebimento da denúncia, fato este que demonstra enorme contradição, pois, aquele que pratica um furto simples, no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), mesmo que, antes do recebimento da denúncia, pague o valor furtado, não será agraciado com a extinção de sua punibilidade. Contudo, aquele que lesou o erário em milhões de reais, agredindo a sociedade de forma mais voraz, e promove o pagamento desta quantia, antes do recebimento da exordial acusatória, terá extinta a sua punibilidade.

Não compartilhando desse ponto de vista por considerar flagrante mitigação ao princípio constitucional da isonomia, procurou-se demonstrar que o legislador quando tipifica o comportamento ilícito chama a atenção da sociedade para seus valores mais elevados. Valores que responsabilizam a todos para com o sustento dos bens sociais – educação, saneamento básico, saúde pública – e, também, valores maiores da moralidade e da ética, que já afrontou o que cometeu crimes contra a ordem tributária.

Pagando o tributo, embora reconhecendo tardiamente esses mesmos valores, o infrator não logra apagar a

culpável e antijurídica conduta. Somente a pena e o ressarcimento do dano poderão gerar a reparação que a sociedade exige.

Por tudo exposto, sugere-se que a norma que autoriza a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo não seja aplicada pelo magistrado enquanto estiver inserida no ordenamento jurídico, por se tratar de norma inconstitucional, ou seja, que em sede de controle difuso da constitucionalidade, deixe de ser aplicada pelo magistrado a norma do art. 34 da Lei n.º 9.248/95 aos casos em que fique demonstrada a sonegação ou a redução de tributos pelo contribuinte, devendo, os crimes contra a ordem tributária, ser tratados nos moldes dos crimes contra o patrimônio do nosso Código Penal; do contrário, continuar-se-á sacrificando a sociedade e privilegiando o sonegador fiscal.

5. REFERÊNCIAS

a) Legislações

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Código Comercial, Código Tributário e Constituição Federal. São Paulo: Rideel, 2002. (Coleção de Leis Rideel, Série Mini 3 em 1).

b) Livros

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. **Direito Penal Tributário**. Crimes contra a Ordem Tributária - comentários à lei n. 8.137 de 27/12/1990. São Paulo: Atlas, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 5 ed. atual. São Paulo: Saraiva, s.d.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 6. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

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

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Comentários à Constituição e ao Código Tributário Nacional, artigo por artigo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DERZI, Mizabel de Abreu Machado. **Direito tributário, direito penal e tipo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FANUCCHI, Fábio. **Sonegação fiscal e os crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 675/337.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1. p. 62

FERREIRA, Roberto dos Santos. **Crimes Contra a Ordem Tributária**. São Paulo : Malheiros, 1996.

FRANCO, Aberto Silva ; STOCO, Rui (coord.). **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Parte especial. v. 2

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

JESUS, Damásio E. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1998.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1985.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, José Frederico. **Direito Penal Tributário**. São Paulo: Resenha tributária, 1975.

MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* **Crimes contra a ordem tributária**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Sanção tributária**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Cadernos de Pesquisas Tributárias**. São Paulo: Resenha Tributária, v. 4, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1989.

OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de (Coord.). **Direito penal tributário contemporâneo**. Estudos de especialistas. São Paulo: Atlas, 1996.

PACHECO, Angela Maria da Motta. **Sanções tributárias e sanções penais tributárias**. São Paulo: Max Limond, 1997.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A Tutela Penal e as Obrigações Tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli. **Sonegação Fiscal. O tributo devido como elemento do tipo: especialização da jurisdição penal e as questões cíveis**. In: **DIREITO TRIBUTÁRIO CONTEMPORÂNEO, ESTUDO DE ESPECIALISTAS**. São Paulo: Atlas, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 9 ed. atual. até a E.C. n. 33, de 11.12.2001 e da Lei Complementar 113, de 19.09.2001. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VILLEGAS, Hector. **Direito Penal Tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1974.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v.2.

c) Periódicos

BALERA, Wagner. **Direito Penal Tributário**. *Revista de direito tributário*, São Paulo, n. 63, 1993.

BELLUCCI, F. **Dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo**. *Revista dos tribunais. Caderno de direito tributário das finanças públicas*. São Paulo, v. 4, n. 13, dez. 1995.

CONRADO, Paulo Cesar. **O pagamento como causa da extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária**. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 30, mar. 1998.

DENARI, Zelmo. **Crimes contra a Ordem Tributária; extinção da punibilidade; aspectos temporais**. *Revista dialética de direito tributário*, São Paulo, n.20, mai. 1997.

FARIA JÚNIOR, César de. **Direito tributário sancionatório; crimes contra a ordem tributária**. *Revista dos tribunais, caderno de direito tributário das finanças públicas*, São Paulo, a. 1: v. 1, n. 4, jul.set. 1993.

GOMES, Flávio Luiz. Responsabilidade penal objetiva e culpabilidade nos crimes contra a ordem tributária. **Direito Penal Empresarial**. São Paulo: Dialética, 1995.

MACHADO, Hugo de Brito. Ação penal nos crimes contra a ordem tributária; prévio esgotamento da via administrativa. **Revista jurídica**, Porto Alegre, v. 45/234, abr.1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Crime contra a ordem tributária. **Revista dos tribunais. Caderno de direito tributário das finanças públicas**, São Paulo, v. 3. n. 12., jul-set.1995.

MARTINS, Lúcio Urbano Silva. Aspectos dos crimes contra o patrimônio. **AJURIS**. Porto Alegre, v. 9, n. 25, jul, 1982.

NERY, Renato Gomes. Extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária. **Revista dos Tribunais, Consultas e Pareceres**, São Paulo, v. 719, set.1985.

PINHEIRO, Daniela. Longe do xilindró. **VEJA**, São Paulo, n. 174, p. 98-99,13 mar. 2002

PIZOLIO, Reinaldo. Os crimes contra a ordem tributária a questão da condição da procedibilidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 25. out.1997.

STOCO, Rui. Sonegação Fiscal e os Crimes contra a Ordem Tributária. **Revista dos Tribunais**, 675/336, jan.1992.

d) Internet

MEMÓRIA, Antônio Ricardo B. N. Breves ponderações sobre os crimes contra a ordem tributária. **Jus Navegandi**. n. 58. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.html>. Acesso em: 20 set.2002.

KOFF, Breno Green. O inadimplente é sonegador ? Aparentamentos. **Jus Navegandi**. n. 51. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.html>. Acesso em: 20 set.2002.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. O Direito Penal Tributário e a interferência de conceitos de Direito Tributário. **Teia Jurídica**, São Paulo. Disponível em: <www.teiajuridica.com/a/penaltrib.html>. Acesso em: 02 mai. 2002.

SOUZA, Nelson Bernardes de. Crimes contra a ordem tributária e processo administrativo. **Jus Navegandi**. n. 8. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.html>. Acesso em: 20 set.2002.

TEIXEIRA FILHO, Miguel. O contribuinte fiscal e os crimes fiscais. **Jus Navegandi**. n. 20. Disponível em: <www.teiajuridica.com/a/penaltrib.html>. Acesso em: 02 mai. 2002.

LOTT, Herman. Crimes contra a ordem tributária. **Jus Navegandi**. n. 8. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.html> Acesso em: 20 set.2002.

COMENTÁRIOS AOS PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA EFETIVIDADE, COM O ACRÉSCIMO DO § 7º AO ARTIGO 273, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Angélica de Souza Veríssimo da Costa
Advogada. Ex-aluna da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco - ESMAPE

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS ANTECIPADA E CAUTELAR; 3. DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Durante uma época, o Estado não interferia nos conflitos de interesses, os quais eram resolvidos pelos próprios litigantes ou pela sociedade. Com o advento da jurisdição, ficou o titular do direito lesado, ou ameaçado, impedido de fazer justiça com as próprias mãos, passando o Estado a se utilizar do processo como instrumento hábil à solução dos conflitos.

Com o passar dos anos, em consequência de um sistema judiciário ineficiente, herdamos um acúmulo de processos nas prateleiras dos fóruns e tribunais, impossibilitando cada vez mais o Estado de oferecer uma prestação jurisdicional eficaz. Isso tornou a justiça morosa, não mais servindo aos litigantes como instrumento efetivo à realização do direito material.

O processo hoje não pode mais se prestar, exclusivamente, a compor litígios e reparar os danos que o titular do direito lesado tenha sofrido. Seu maior desafio agora é proporcionar uma melhor, mais rápida e objetiva concretização do direito alegado em juízo, visando o cumprimento da efetividade, com a estreita finalidade de evitar o dano ou o agravamento do dano ao direito da parte.

Essa busca da efetividade exige um grande empenho, não só do legislador moderno, como também do operador do direito, para que se somem esforços capazes de oferecer soluções satisfatórias aos anseios da sociedade, adotando-se medidas especiais que visem afastar o fantasma da demora em se obter uma autêntica tutela jurisdicional. O que se quer demonstrar, na realidade, é a importância do vínculo de instrumentalidade existente entre o Direito processual e o Direito material, a fim de que toda e qualquer decisão seja revestida de cumprimento e efetividade.

Nas afirmações de ADA PELLEGRINI GRINOVER, destacam-se os anseios da efetividade, quando enfoca ser verdadeiramente "inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução dos litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados".¹

Plasmado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, temos o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição Judicial, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Contudo, para que o Estado-Juiz possa produzir resultados satisfatórios, mediante a instrumentalização do processo, garantindo não só o acesso à justiça, como também um processo efetivo, "é necessário que ao seu resultado formal se

acrescente à aptidão para produzirem-se efeitos práticos, em tempo hábil".²

Imprescindível se tornou a ressystematização de todo o processo civil moderno, por não ser mais possível, nos dias de hoje, continuar sustentando os ensinamentos da escola clássica (Chiovendiana), inaceitáveis e superados em países que buscam a simplificação dos ritos, com a finalidade de dotar o sistema processual de meios ágeis suficientes ao cumprimento das decisões judiciais.

O direito processual moderno vem promovendo o desenvolvimento de fórmulas capazes de não só garantir com o tempo a efetiva prestação jurisdicional, como também a tutela dos direitos, acrescentando ao Código de Processo Civil várias reformas, tais como a criação de ritos sumários, ações monitórias, julgamento antecipado da lide, e, dentre outros, as tutelas de urgência, necessárias atualmente ao alcance do papel efetivo que o processo se presta a realizar.

Com a reforma de 1994, o legislador pátrio introduziu um procedimento especial, complementar ao processo de conhecimento: a antecipação da tutela jurisdicional (arts. 273 e segs. do CPC), criada como uma medida capaz de prestigiar a celeridade e, principalmente, a efetividade, as quais devem servir como verdadeiros sustentáculos à jurisdição, com a finalidade de reduzir a espera pela tutela jurisdicional.³

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of Court*. *RePro*, São Paulo, v. 102, p. 222, 2001.

² WAMBIER, Luis Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Consultex*, v. 7, n. 150, abr. 2003.

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 102.

A antecipação dos efeitos da tutela pode ser pedida pela parte, submetendo-se o pedido liminar à apreciação judicial, a fim de ser concedida em qualquer fase do processo de conhecimento, se for o caso, com o objetivo de se anteciparem os efeitos da decisão final (mérito), evitando-se, desta maneira, prejuízos ao direito subjetivo da parte.⁴

A tutela cautelar, prevista no Livro III do Código de Processo Civil, portadora de um caráter puramente processual, visa, tão somente, preservar a utilidade e eficiência do provimento final do processo, não se prestando a antecipar pedidos formulados pela parte que promove a respectiva ação.

A maioria da doutrina considera que essas medidas compartilham do mesmo gênero das tutelas de urgência, prestando-se a afastar eventuais prejuízos que possam surgir no decorrer do processo, antes do seu desfecho final, ambas possuindo, ainda, alguns pontos comuns.

Em sua obra CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO prescreve que:

O bom exemplo do art. 700 do Código de Processo Civil Italiano e do muitíssimo que a respeito já se escreveu ainda não foi capaz de infundir no pensamento brasileiro a idéia de que, sendo mais forte o que há de comum entre as medidas urgentes em geral (lutar contra o tempo), devem ficar reduzidas às preocupações em separar muito precisamente as duas espécies,

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002. p.92.

*dando-lhes tratamentos diferentes como se fossem dois estranhos e não, como realmente são, dois irmãos quase gêmeos (ou dois gêmeos quase univitelinos).*⁵

A evidente, ou pelo menos perceptível, distinção entre esses dois institutos jurídicos quanto às suas pretensões e seus provimentos⁶, não poderá servir de impedimento ao alcance dos resultados práticos almejados pelas partes na relação processual, sobretudo quando certas situações se encontram em zona limítrofe de difícil identificação.

Discorrendo, de forma breve, porém elucidativa, a propósito desta questão, colocou o mestre HUMBERTO THEODORO JÚNIOR que:

*Não se recomenda, todavia, um rigor inflexível na conceituação e delimitação dos dois institutos, sendo de admitir-se a fungibilidade entre as medidas de um e outro, desde que, in concreto, se observa a existência dos pressupostos legais da providência de urgência pretendida. As divergências de rito ou forma procedimental não devem impedir a outorga da tutela de urgência realmente necessária.*⁷

5 *Idem*, p. 90.

6 Segundo FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do Código de Processo Civil: lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 118, a distinção entre elas é que a tutela cautelar é assecutória do bem da vida litigioso ou da incoerência da própria relação processual, e a tutela antecipatória é essencialmente satisfativa, por conferir ao autor, no mundo dos fatos, exatamente aquilo que ele almeja, total ou parcialmente, com a demanda ajuizada, isto é, os efeitos práticos da tutela pretendida.

7 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As liminares e a tutela de urgência*. *Consultax*, Brasília, n. 139, p. 55, out. 2002.

Fundamentado nesse entendimento doutrinário, o legislador pátrio acrescentou novo dispositivo às regras processuais da tutela antecipada, por intermédio da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002. Com a introdução do § 7º, ao artigo 273 do CPC, passou a existir autêntica previsão legal acerca da aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência.

O novo dispositivo permite a aplicação do Princípio da Fungibilidade entre a tutela antecipada e tutela cautelar, como uma forma de se atender ao Princípio da Economia Processual. Assim, havendo formulação de pedidos para concessão de tutela antecipada, com verdadeira conotação cautelar, incumbirá ao juiz, se for o caso, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado, consoante prevê a lei.

No dizer de CÂNDIDO DINAMARCO

*quando bem compreendido, em face do sistema das medidas urgentes, esse novo dispositivo tem um significado e uma dimensão que podem ir muito além dos objetivos do próprio legislador, em proveito da maior efetividade da tutela jurisdicional e de sua tempestividade.*⁸

Desta maneira, em sede de demanda de conhecimento, poderá haver a concessão de providência cautelar incidental, sem a necessidade de instauração de um processo acessório. A doutrina fala em "certa dose de fungibilidade"⁹ entre as medidas cautelares e antecipatórias de tutela, porque o julgador deverá estar, obrigatoriamente, atento à análise dos pressupostos necessários à conces-

⁸ DINAMARCO, Op. cit., p. 81.

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, Op. cit.

são da medida solicitada e a fase processual em que o pedido é formulado, para que seja possível a aplicação do princípio.

Alguns autores entendem ser impraticável aplicar essa faculdade no sentido inverso, isto é, o pedido de tutela cautelar ser transformado em deferimento de tutela antecipada, tendo em vista que o dispositivo não autoriza o juiz a assim proceder, revestindo este pedido em flagrante erro grosseiro, por descon siderar requisitos obrigatórios à concessão da antecipação da tutela jurisdicional, como o da verossimilhança.

Outros, como REIS FRIEDE¹⁰ consideram o pedido assim formulado uma grave ofensa ao princípio da iniciativa previsto nos artigos 2º, 128 e 273, todos do Código de Processo Civil, posto que o pedido de antecipação da tutela deve ser expressamente requerido pela parte e, não, concedido de ofício pelo magistrado.

Contrariamente, autores como CÂNDIDO DINAMARCO e ELPÍDIO DONIZETTI NUNES sustentam ser possível transmudar um pedido feito a título de medida cautelar, concedendo a tutela antecipada, se presentes seus pressupostos, porque "o juiz não está vinculado às qualificações jurídicas propostas pelo autor mas somente aos fatos narrados e ao pedido feito."¹¹

Corroborando com o entendimento acima, cabível a aplicação da fungibilidade no sentido inverso. Logo, deparando-se a autoridade judicial com um pedido formulado a título de medida cautelar, se satisfeitos os pressupos-

¹⁰ FRIEDE, Reis. *Tutela antecipada, tutela específica e tutela cautelar (à luz da denominada reforma do Código de Processo Civil)*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 17.

¹¹ DINAMARCO, Op. cit., p. 93.

tos legais autorizadores à concessão da tutela satisfativa, não existem razões a obstar a concessão da respectiva medida a título de antecipação de tutela. Segundo a lei, esse pedido de antecipação da tutela só poderá ser concedido, caso não exista perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

Negar essa possibilidade, representaria um contrasenso, diante da idéia a que se presta o Estado Democrático de Direito em proteger o direito subjetivo violado ou ameaçado, utilizando-se de meios hábeis suficientes a tornar o processo útil e prático ao fim a que se destina.

É sabido que, mesmo antes da introdução do novo parágrafo ao artigo 273 do CPC, reconhecendo a fungibilidade expressa, a jurisprudência¹² havia firmado o posicionamento de que o juiz não está atrelado a fundamentação legal de nenhuma das partes, a ele é permitida a faculdade de emprestar sua própria qualificação jurídica aos fatos narrados pelo autor.

O que se quer ressaltar é a aplicação do princípio da fungibilidade em face das tutelas de urgência, pois o disposto no § 7º do artigo 273 do CPC, permitiu, expressamente, ao juiz a concessão de medida cautelar inominada incidental em processo de conhecimento, se presentes os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, a fim de conferir ao processo um verdadeiro caráter efetivo. Realçando, implicitamente, o "duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas urgentes"¹³. Esse ato judicial é fruto do poder geral de cautela, admissível em nossa legislação não só pelos comandos dos artigos 798 e

12Cl. STJ, 3ª T., Resp 1.844, j. 10.04.1990, rel. Eduardo Ribeiro, v.u, DJU 7.5.1990, p. 3.830, apud DINAMARCO, Op.cit., p. 94.
13Idem, p. 94

799, ambos do CPC, como, também, em decorrência do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

2. A FUNGIBILIDADE ENTRE AS TUTELAS ANTECIPADA E CAUTELAR

Dispõe o § 7º, do art. 273, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

A intenção do legislador, ao acrescentar esse novo parágrafo ao artigo 273 do CPC, foi a de evitar a proliferação de processos (cautelar e ordinário), que possuíssem idênticas finalidades, consagrando, desta maneira, os princípios da fungibilidade, da instrumentalidade e da celeridade processual. Passou-se a admitir, expressamente, uma maior aproximação entre os direitos instrumental e material, simplificando a prestação jurisdicional, com o fim de obter um processo civil de resultados. Movimento denominado por alguns autores de sincretismo processual.

No entendimento de J. E. CARREIRA ALVIM,

o sincretismo processual permitiu que o legislador admitisse, expressamente, que, requerendo o autor, a título de antecipação de tutela, uma pro-

*vidência de natureza cautelar, possa o juiz, se presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. Em outros termos, significa que pode o juiz deferir medida cautelar, se for o caso, em lugar da tutela antecipada postulada, no próprio processo de conhecimento, sem remeter as partes para outro processo (que seria o processo cautelar), o que importa uma sensível redução de tempo que é um dos maiores inimigos do processo.*¹⁴

Antes da introdução do § 7º no art. 273 do CPC, parte da doutrina já vinha discutindo que não havia sentido o indeferimento de certos e determinados pleitos da parte, de natureza cautelar, só porque formulado no contexto do processo de conhecimento, quando o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 295, inciso V, determina que a petição inicial não será indeferida, caso possa adaptar-se ao tipo de procedimento legal.

Desde aquela época, mesmo sem respaldo legal, já existia uma forte discussão, no meio jurídico, sobre a necessidade de não só aplicar o princípio da fungibilidade na seara recursal, mas também direcioná-lo a dimensões maiores, a fim de permitir a fungibilidade entre os procedimentos cautelares e antecipatórios. Pode-se falar em autêntica aplicação da regra da *mihi factum dabo tibi jus*, fundamentada no princípio da substanciação, quando “só a narrativa dos fatos delimita os fundamentos possíveis da sentença que virá, não os fundamentos jurídicos”.¹⁵

14 CARREIRA ALVIM, J.E. *Código de processo civil reformado*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 131.

15 DINAMARCO. *Op.cit.*, p. 93

Alguns juizes se depararam com pedidos de natureza cautelar, redigidos em forma de tutela antecipada e, diante não só da simplicidade dos requerimentos, mas também munidos da idéia de promover a efetividade ou princípio da supremacia do interesse social no processo, concediam a proteção acautelatória incidental em processo de conhecimento, conscientes do novo rumo que o direito processual contemporâneo vem tomando.

A exemplo disto, podemos ressaltar alguns pedidos de mero provimento ordinatório, como a requisição de documento comum em poder da outra parte, a suspensão temporária de uma licitação, a reserva de matrícula numa instituição de ensino, a inscrição de um candidato num concurso, a proibição temporária de inscrição de um débito na Dívida Ativa, dentre outros.

Baseado nesta linha de interpretação, o TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO proferiu julgamentos, ampliando de modo positivo os efeitos do princípio da fungibilidade, argumentando que:

(...) a fungibilidade dos meios de cautela do direito autoriza se conheça de medida cautelar de caráter satisfativo como pedido de antecipação de tutela, remédio processual adequado à pretensão. (AG 97.04.65996-2/SC, 5ª Turma, Rel. Virginia Scheilbe, DJ 10.02.1999, p.547)

A jurisprudência balizou o entendimento de que não é suficiente para se anular um procedimento o simples uso errôneo da forma do pedido, devendo o magistrado estar atento ao pedido de tutela que foi formulado pela parte

interessada, diante da suposta ocorrência de perigo de dano ao seu direito subjetivo, a fim de se admitir, ou não, o seu processamento em juízo.

Todavia, a fungibilidade da tutelas de urgência¹⁶ confronta-se com distinção entre suas naturezas, posto que na tutela antecipada temos a satisfação do direito e na cautelar a sua preservação ou segurança. Em tese, os pressupostos das medidas satisfativas exigem um maior grau de certeza a justificar a concessão do pedido liminar, sendo seus requisitos mais rigorosos do que os reclamados para as medidas cautelares.

Cumpra aqui registrar que no Direito Comparado não existe diferença entre as duas espécies de tutelas provisórias mencionadas, posto que essas medidas assegurativas de urgência são admissíveis “no mesmo regime processual, sob o rótulo comum de medidas cautelares.”¹⁷

Nada obstante, em que pese essa distinção, a aplicação do princípio da fungibilidade, posto que o magistrado deve levar em conta, no caso concreto, a análise dos pressupostos de cada instituto. Além disso, ao valer-se a parte de uma providência de urgência, tanto na tutela preventiva como na tutela satisfativa, teremos um objetivo comum, qual seja, o de impedir liminarmente toda e qualquer consequência de um suposto perigo de dano ao direito subjetivo da parte, enquanto pendente o processo principal, no qual se discutirá o mérito da questão, respeitando-se as regras do contraditório e da ampla defesa.

Como bem colocou J. E. CARREIRA ALVIM:

.....
¹⁶ DINAMARCO fala em fungibilidade de pedidos, argumentando que: “nominalmente postulada uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título”.
 DINAMARCO, A reforma da reforma, op.cit., p. 92.
¹⁷ HEODORO JÚNIOR, Humberto. Op.cit., p.64.

é a aplicação da regra do ‘quem pode o mais, pode o menos’, pelo que, se pode o juiz deferir um provimento antecipando os efeitos da própria sentença de mérito, pode também deferir um provimento tendente apenas a garantir a eficácia dessa mesma sentença, a ser proferida no futuro.”¹⁸

A reforma processual, oriunda da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, inovou a sistemática processual ao permitir, expressamente na legislação processual civil, que poderá o juiz deferir medida cautelar inominada, em caráter incidental, desde que presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, por não se revestir o pedido inicial de fundamentação suficiente a permitir a antecipação da tutela, fazendo jus, assim, a garantia da efetividade do processo.

3. DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS DE URGÊNCIA

Cumpra destacar, primeiramente, que a regra contida no § 7º, do art. 273 do CPC, deve ser interpretada restritivamente, tratando-se de uma regra de exceção. A aplicação do princípio da fungibilidade dar-se-á de modo excepcional, buscando, apenas, evitar o dano ou o perecimento do direito, fornecendo ao processo um resultado efetivo.

A intenção do legislador foi a de evitar o indeferimento de plano, quando se estiver diante de pedido articulado equivocadamente pelo autor. Contudo, ao intentar

.....
¹⁸ CARREIRA ALVIM, J.E. Op.cit., p. 131.

a ação, a parte autora somente fará jus à obtenção de cautelares atípicas no bojo do processo de conhecimento, caso estiverem presentes na narrativa fática não só um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, como também uma plausibilidade do direito pleiteado. Isso quer dizer que não podem deixar, em hipótese alguma, de serem atendidos os pressupostos que justificam a providência de urgência.

Em sua obra, JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR¹⁹, com bastante precisão, destaca alguns pontos necessários à aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, dentre eles podemos destacar: a postulação equivocada do autor e a impossibilidade jurídica de não conhecimento do pedido de tutela antecipatória por se tratar de postulação revestida de natureza cautelar. A fungibilidade tutelar não poderá ser adotada naqueles casos concretos, aonde exista flagrante erro inescusável da parte autora. Logo, querer transmutar, por exemplo, uma providência acautelatória típica, com natureza de cautelar de arresto, requerendo ao juiz um pedido de tutela antecipada, configura grave ofensa aos pressupostos e às condições da ação, sendo inadmissível, nesta situação concreta, a fungibilidade tutelar.

Não existem dúvidas de que, em casos semelhantes, deverá a autoridade judicial determinar a parte autora que o pedido seja processado em apenso aos autos principais de conhecimento, evitando, desta maneira, qualquer embaraço ao processo. Não deverá, assim, o magistrado rejeitar liminarmente o pedido de antecipação de tutela, quando se tratar, na verdade, de requerimento com na-

tureza cautelar, que exige o processamento acessório, dele não conhecido, todavia, determinando a parte interessada à obediência e adequação ao estabelecido nos arts. 282 e 801 do CPC, emendando ou corrigindo a peça exordial.

Ocorre que, obtendo a parte autora um eventual deferimento de providência cautelar, como consequência da aplicação da fungibilidade, deverá a autoridade judicial determinar a ouvida da parte contrária, sob pena de nulidade do seu ato por cerceamento de defesa.

Providências da espécie tomadas sem o respaldo dos pressupostos legais configuram pura arbitrariedade e verdadeiro abuso de autoridade em intolerável infração à garantia fundamental do devido processo legal.²⁰

Outro ponto relevante, no qual se concentra uma grande discussão na doutrina e na jurisprudência, é se o juiz possui uma mera faculdade, uma discricionariedade ou um poder-dever para conceder um pedido de tutela antecipada como medida de natureza cautelar incidental. A discricionariedade, se conferida ao juiz, diante de um caso concreto, ensejaria a análise de critérios de oportunidade e conveniência para a aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas de urgência, restando por irrecorrível sua decisão, contrariando, desta maneira, todas as garantias constitucionais do processo.

Diante da enunciação legal, disposta no § 7º do art. 273 (acrescido pela Lei nº 10.444/2002), o juiz tem o *dever* de conceder a tutela urgente pretendida pela parte autora – que equivocadamente requereu tutela antecipada, quando na realidade o pedido possuía natureza de cau-

¹⁹FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Op. cit.*, p. 122.

²⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 51.

telar atípica incidental –, se presentes os requisitos legais autorizadores à aplicação do princípio da fungibilidade entre as tutelas, por ser um direito subjetivo da parte, como bem salientou HUMBERTO THEODORO JUNIOR²¹:

Se a parte apresenta, para sustentar a pretensão cautelar ou antecipatória, razões relevantes (ou seja, razões comprovadoras de que a prestação definitiva ou de mérito corre o risco de frustrar-se, caso não se tome imediata providência para assegurar-lhe a eficácia), a regra legal autorizativa da tutela preventiva atuará como impositiva no sentido de seu deferimento. Não haverá espaço para discricionariedade alguma da parte do juiz. Ao contrário, estará vinculado à vontade da lei, de que a prestação jurisdicional seja sempre boa e efetiva.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há de se concluir que, atualmente, com o imprescindível e importante papel a que vêm se prestando as tutelas antecipada e cautelar, no que tange a assegurar à parte uma efetiva tutela jurisdicional contra qualquer lesão ou ameaça a seu direito subjetivo, não poderia, como de fato não pode, diante da previsão legal, permitir-se que a fungibilidade entre as tutelas de urgência dependa da mera faculdade do juiz, agindo este de modo discricionário.

²¹Idem, p.52.

O Estado moderno não mais poderá, simplesmente, tutelar o direito material, mediante apenas ações puramente técnicas ou formais, pois, diante da nova realidade nacional, almeja-se um sistema processual apto, capaz de proporcionar à sociedade uma tutela jurisdicional efetiva, lutando-se, assim, contra os efeitos deletérios do tempo.

*O tecnicismo científico do processo é necessário e indispensável, mas não é o fim; é o meio destinado a alcançar de forma efetiva os valores presentes em nossa sociedade.*²²

Todavia, não basta a introdução de novos institutos processuais por parte do sistema legislativo, que visem à celeridade processual e à efetividade da garantia constitucional de acesso à justiça, como é o caso das tutelas de urgência. Faz-se necessário, também, uma mudança de comportamento dos agentes do direito, a fim de que possam se conscientizar do seu dever ético em buscar resultados efetivos aos conflitos sociais que se arrastam anos e anos em nosso sistema judiciário, eliminando todo e qualquer comportamento abusivo à dignidade da justiça.

Consagrar, no Estado Democrático de Direito, a aplicação de princípios, como o da efetividade e da fungibilidade, representa a preocupação do Estado em proteger jurisdicionalmente os direitos dos seus cidadãos, garantindo uma efetiva e atuante tutela jurisdicional, com a finalidade de não só reconhecer o direito subjetivo da parte, como, também, resguardá-lo, favorecendo o seu pleno e total exercício.

²²MAFRA, Jefferson Isidoro. *Dever de cumprir ordem judicial*. Disponível em: www.jfsc.gv.br. Acesso em: 29 set.2003.

5. REFERÊNCIAS

a) LIVROS

CARREIRA ALVIM, J. E. **Código de Processo Civil Reformado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **A reforma da reforma**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DONIZETTI NUNES, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FRIEDE, Reis. **Tutela antecipada, Tutela Específica e Tutela Cautelar (à luz da denominada reforma do CPC)**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: RT, 2002. v. I

b) ARTIGOS

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court**. **Re-Pro**, São Paulo, v. 102, 2001.

MAFRA, Jeferson Isidoro. **Dever de cumprir ordem judicial**. Disponível em: < www.tj.sc.gov.br >. Acesso em: 29 set. 2003.

MENEGAZ, Daniel da Silveira. **As tutelas de urgência, a Lei 10.444/02 e a aplicação dos princípios da fungibilidade e da efetividade**. Disponível em < www.speretta.adv.br >. Acesso em: 01 set. 2003.

SILVA SANTOS, Raimundo Nonato. **Repercussões do § 7º do art. 273 do CPC no Processo Cautelar**. Disponível em < www.acmag.com.br >. Acesso em 01 set. 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As liminares e a tutela de urgência**. **Consulex**, a. VI, n. 139, out. 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Anotações sobre a efetividade do processo**. **Consulex**, v. 07, n. 150, abr. 2003.

O DIREITO DE FAMÍLIA SUMULADO FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL

Belize Câmara Correia

Julza de Direito Substituto do Estado de Pernambuco e
mestranda em Direito pela Universidade Federal de
Pernambuco - UFPE

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. INALIENABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE DE BENS (SÚMULA Nº 49 DO STF) 2. A PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E DE PETIÇÃO DE HERANÇA (SÚMULA Nº 149 DO STF) 3. REGIME DE BENS E COMUNICAÇÃO DOS AÇÜESTOS (SÚMULA Nº 377 DO STF) 4. PROBLEMÁTICA DA RENÚNCIA AOS ALIMENTOS (SÚMULA Nº 379 DO STF) 5. SOCIEDADE DE FATO E PARTILHA DO PATRIMÔNIO COMUM (SÚMULA Nº 380 DO STF) 6. A COABITAÇÃO COMO ELEMENTO DISPENSÁVEL PARA A CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL (SÚMULA Nº 382 DO STF) 7. DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA EM FAVOR DE FILHO ADULTERINO DO TESTADOR COM SUA CONCUBINA (SÚMULA Nº 447 DO STF) 8. O PRAZO PRESCRICIONAL PARA A AÇÃO DE ANULAÇÃO DE VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE (SÚMULA Nº 494 DO STF) 9. A PARTILHA DE BENS NO DIVÓRCIO (SÚMULA Nº 197 DO STF). 10. CONCLUSÃO. 11. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Ao estudarmos as formas pelas quais o Direito se revela e se exterioriza, percebemos, de logo, a relevância que exerce a jurisprudência na sua interpretação, aplicação e elaboração, a despeito de o nosso sistema jurídico filiar-se à tradição romanística, de predomínio do direito escrito ou legislado.

Como adiante se exporá, a jurisprudência pode contribuir decisivamente para a elaboração das leis, assim como pode ser sua vítima fatal.

Através do presente trabalho, pretende-se demonstrar a relação existente entre as súmulas relativas ao direito de família e as disposições do novo Código Civil.

Tal espécie de abordagem comparativa afigura-se interessante, vez que a elaboração do nosso diploma atu-

al, datando do início do século, não causou nem recebeu influências tão fortes das súmulas dos tribunais, como ocorre hoje em praticamente todos os ramos do Direito.

A tarefa aqui proposta realizar-se-á através da análise do conteúdo dos posicionamentos sumulados pelos tribunais superiores e sua contrastação com os dispositivos do novo Código Civil, que, por acaso, tenham disciplinado a questão. Dessa análise conjunta, procurar-se-á extrair as conseqüências práticas da aplicação da legislação superveniente.

1. INALIENABILIDADE E INCOMUNICABILIDADE DE BENS (SÚMULA Nº 49 DO STF)

De acordo com a Súmula nº49 do STF, "a cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens."

Muito embora a questão toque mais de perto o tema das Sucessões, afigura-nos oportuna sua abordagem no presente trabalho, em razão da amplitude das suas conseqüências no direito de família, mais especificamente no que tange ao regime de bens firmado entre os cônjuges, por ocasião do enlace matrimonial.

Anteriormente a tal enunciado, editado em meados de 1963, vários julgados do Pretório Excelso posicionavam-se no sentido de que, em regra, a cláusula de inalienabilidade importava a de incomunicabilidade, salvo se diversa fosse a vontade do testador.¹ Era necessário, portanto, averiguar a disposição testamentária no caso concreto. Em contrapartida, podem ser identificados alguns precedentes que não traziam essa restrição², caminho esse que foi trilhado pela Súmula em referência.

1 RE 6720, RE 28212 e AR 259
2 RE 14113

Na doutrina, as opiniões se dividem. Para a maioria dos autores, a inalienabilidade inclui a incomunicabilidade. Nesse sentido, posiciona-se Clóvis Beviláqua, para quem, sendo inalienável o bem, não pode comunicar-se ao outro cônjuge, mesmo quando de comunhão o regime adotado, pois acarretaria a alienação do bem através de sua divisão em meações distintas.³

Na mesma linha, expressa-se Washington de Barros Monteiro.⁴

Em sentido oposto, é a opinião de Carlos Maximiliano e de outros autores, como Spencer Vampré e Azevedo Marques, os quais consideram que o art. 1.723 do Código Civil de 1916 distinguiu perfeitamente a inalienabilidade da incomunicabilidade, além de que o art. 263, II só teria excluído da comunhão os bens incomunicáveis.⁵

A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – o novo Código Civil –, pondo fim às controvérsias doutrinárias acerca do tema, trouxe dispositivo expresso no mesmo sentido da Súmula nº 49, acolhendo e transformando em lei a diretriz outrora fixada pelo STF nesse enunciado, através da redação dada ao art. 1.911, *verbis*: "A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade."

Note-se que, além da incomunicabilidade, o novo Código Civil acrescentou também a impenhorabilidade

3 ROSAS, Roberto. *Direito Sumular. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 41.

4 Afirma o autor: "Realmente, dizer que os bens inalienáveis são comunicáveis importará negar a própria inalienabilidade, porque comunicação é alienação. Quem aliena metade de um bem, aliena. Quem se casa e do casamento resulta comunicação de metade do bem também aliena. Não é possível conceber comunicação sem alienação." (*Curso de Direito Civil*, 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v.2 p. 166).

5 ROSAS, Roberto. *Direito Sumular. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 41.

como efeito da inalienabilidade, o que impede que determinado bem passe do patrimônio do devedor para o do credor, por força de execução judicial.

A despeito da maior abrangência do dispositivo, não se pode negar que, no tocante à incomunicabilidade, há genuína recepção, pela lei, do trabalho de construção jurisprudencial dos tribunais ao longo dos anos.

2. A PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E DE PETIÇÃO DE HERANÇA (SÚMULA Nº 149 DO STF)

Conforme preceitua a Súmula nº 149 do STF, "é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança".

Sempre se reconheceu, na doutrina e na jurisprudência, a imprescritibilidade, em regra, das chamadas "ações de estado", mormente no que diz respeito ao "status familiar" do indivíduo, como ocorre na investigação de paternidade.

Veja-se, a propósito, trecho da motivação utilizada pelo Min. Villas Boas, citada pelo Min. Ribeiro da Costa, no julgamento do RE nº 47.859/MG:

(...) Na investigação de paternidade, pelo seu caráter tipicamente declaratório, o pedido é dirigido ao Estado, que, pelo órgão jurisdicional competente, expedirá, se possível, a carta de filiação do autor. Se na ação entra como réu o investigado, ou os seus herdeiros, isso se impõe pela razão de que pode ficar afetado o seu inte-

resse moral ou patrimonial. Mas a prestação, essa é satisfeita pelo próprio Poder Público a quem incumbe definir o status do indivíduo.

A investigatória de paternidade pode ser considerada como espécie de ação constitutiva positiva, pois, caso seja julgada procedente, tem o condão de gerar uma série de efeitos jurídicos decorrentes do reconhecimento judicial da relação jurídica existente entre pai e filho, inclusive o direito à herança.

Objetivando fixar critérios seguros para diferenciar os institutos da decadência e da prescrição, Agnelo Amorim Filho propõe que são imprescritíveis todas as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei. De fato, preleciona o referido autor:

Quanto às ações constitutivas, a lei só fixou prazo para a propositura de algumas delas: são aquelas que se encontram enumeradas no art. 178, ao lado de várias ações condenatórias. As demais ações constitutivas, não estando, como não estão, sujeitas a qualquer prazo, devem ser classificadas como imprescritíveis (ou perpétuas, segundo a denominação que propusemos).⁶

Nessa linha, não restam dúvidas acerca da possibilidade que tem o pretense filho de, a qualquer tempo, propor ação de investigação de paternidade, não estando submetido a qualquer restrição de caráter temporal.

⁶ AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista de Direito Processual Civil*, v. II, n. 3, p. 127, jan./jun. 1961.

A despeito disso, os autores e os tribunais são firmes em apartar dessas e de outras pretensões de estado, os efeitos materiais ou patrimoniais delas decorrentes, como o faz, sem dúvida, a Súmula nº 149 do STF, ora em análise.

Acerca do tema, oportunas as palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

A investigação de paternidade é imprescritível; prescrevem, porém, as pretensões de cunho material que podem acrescentar-se a ela, como a petição de herança. Desse modo, ainda que prescrita a ação de petição de herança, o filho poderá sempre propor a investigação de paternidade, mas não terá direito à herança.⁷

Registre-se, ainda, que tal entendimento pode ser extraído “mutatis mutandis” do que se tem defendido quanto à obrigação alimentar, como nos ensina Yussef Said Cahali:

Assim, embora localizada no direito privado como uma das manifestações do direito à vida, sendo por isso mesmo, personalíssima, nem por isso a obrigação alimentícia deixa de ter representação material, quer dizer, patrimonial, uma vez que há uma prestação econômica exigível a uma pessoa em favor de outra; há um credor e um devedor caracterizando uma relação obrigacional.⁸

7 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2001. v.5, p. 245.

8 CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 39.

A diretriz da Súmula nº 149 do STF foi acolhida pelo art. 27 da Lei nº 8.069/90⁹, mas não constou no corpo do novo Código Civil. Tal diploma, ao contrário do anterior, abriu um capítulo só para disciplinar a petição de herança, mas não contemplou nessa parte dispositivo atinente a direito de herança do filho reconhecido em ação de investigação de paternidade.

No capítulo que disciplina a filiação, fez-se referência à imprescritibilidade, mas com o fim de assim qualificar a ação outorgada ao marido para contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher (art. 1601). Quanto à ação de prova de filiação, o novo Código dispôs apenas que compete ao filho, enquanto viver, passando aos herdeiros, em caso de morte ou incapacidade, não aludindo à imprescritibilidade da mencionada ação.

Logo, embora a Súmula nº 149 e o art. 27 da Lei nº 8.069/90 (ECA) não tenham sido incorporadas “expressis verbis” ao novo Código, continuam a informar o sistema jurídico brasileiro, face à ausência de colisão. O novel diploma apenas perdeu a oportunidade de trazer em seu bojo dispositivo explícito acerca da imprescritibilidade da ação de investigação de paternidade e da prescritibilidade da conseqüente ação de petição de herança.

3. REGIME DE BENS E COMUNICAÇÃO DOS AQUESTOS (SÚMULA Nº 377 DO STF)

De acordo com a Súmula nº 377 do STF, “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

⁹ “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, intransferível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.”

O art. 259 do anterior Código Civil tinha o seguinte teor: “Embora o regime não seja o da comunhão de bens, prevalecerão, no silêncio do contrato, os princípios dela, quanto à comunicação dos adquiridos na constância do casamento”.

Assim, caso a escritura antenupcial fosse omissa a respeito da comunicação ou não dos aqüestos, teriam prevalecido os princípios da comunhão. Pacífico esse entendimento com relação ao regime de separação convencional de bens, pois, no tocante ao regime legal de separação, registravam-se decisões em diferentes sentidos. Com efeito, alguns julgados sustentavam, nesse caso, a comunicabilidade dos bens adquiridos no casamento, enquanto outras propendiam pela solução da incomunicabilidade, estas últimas sob o argumento de ter o art. 259 se referido apenas ao regime convencional de separação, quando se utilizou da expressão “no silêncio do contrato”.

Para Washington de Barros Monteiro, a primeira posição parecia a mais acertada, tendo em vista o estabelecimento de uma verdadeira sociedade de fato, não sendo razoável que os bens pertencessem a apenas um dos cônjuges, quando resultaram de trabalho e esforço comuns.¹⁰

Perfilhando esse entendimento, o STF editou a súmula em comentário, dirimindo qualquer dúvida ao estender a comunicabilidade dos aqüestos ao regime legal de separação de bens.

Percebe-se, porém, que, no novo Código, não foi reproduzido, nem sequer de forma semelhante, o teor do art. 259. Por esse motivo, pode-se dizer que a Súmula nº

377 do STF perdeu a sua razão de ser, já que a sua finalidade era justamente a de ampliar a aplicação do mencionado dispositivo legal. De fato, se a comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento – aqüestos – não mais vigora na hipótese de regime de separação convencional, na hipótese de silêncio do pacto, não há razão para que se aplique, no caso de separação legal obrigatória, como determina a Súmula nº 377 do STF.

Assim, o entendimento mais correto parece ser o de que, a partir do novo Código, se os nubentes optarem pelo regime de separação, mesmo no silêncio do pacto, não haverá comunicação dos aqüestos, ao contrário do que determinava o art. 259 do antigo Código e a Súmula nº 377 do STF.

Isso não quer dizer, porém, que o novo Código Civil silenciou em relação à possibilidade de comunicação dos bens adquiridos na constância do casamento. Ocorre que, ao invés de determinar a sua aplicação no silêncio do pacto antenupcial, se o regime não fosse o da comunhão, erigiu-o a uma espécie autônoma de regime de bens, ao lado da comunhão (universal e parcial) e da separação, chamando-a de “participação final nos aqüestos”.

De acordo com a sistemática desse regime, contida nos arts. 1.672 a 1.686 do novo Código, durante o casamento, a autonomia dos patrimônios dos cônjuges continua preservada, ou seja, há formação de massas particulares incomunicáveis, como se dá no regime de separação de bens. Entretanto, por ocasião de eventual dissolução conjugal, os patrimônios tornam-se comuns, ostentando cada cônjuge a qualidade de credor da metade do que o outro adquiriu onerosamente na constância do matrimônio.

10 Curso de Direito Civil. 34.ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v.2, p. 181.

Consoante se extrai do art. 1.656 do novo Código, o regime de participação final nos aqüestos há de estar previsto no pacto antenupcial. Não é mais, portanto, uma decorrência de seu silêncio. Sendo assim, cabe à convenção indicar qual o regime de bens a vigorar entre os cônjuges: comunhão (universal ou parcial), separação ou participação final nos aqüestos.

É de se notar que, não havendo convenção entre os nubentes, ou sendo ela nula ou ineficaz, continua vigorando o regime de comunhão parcial de bens (art. 1.640 do novo Código).

Por fim, preservou o novo Código, no art. 2.039, os regimes de bens relativos aos casamentos celebrados sob a égide da legislação anterior.

4. A PROBLEMÁTICA DA RENÚNCIA AOS ALIMENTOS (SÚMULA Nº 379 DO STF)

Conforme dispõe a Súmula nº 379 do STF: "No acórdão de desquite não se admite renúncia aos alimentos, que poderão ser pleiteados ulteriormente, verificados os pressupostos legais".

A tese contida no referido enunciado é, justamente, a aplicação, aos alimentos fixados entre ex-cônjuges, do disposto no art. 404 do Código Civil de 1916.¹¹

Costuma-se distinguir renúncia e dispensa de alimentos. Assim, enquanto a primeira constitui ato unilateral, ir-retratável e explícito de abdicação do direito a alimentos, a segunda configura apenas a falta momentânea de exercício do mesmo direito, não constituindo óbice a que seja

¹¹ "Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos".

eventual e posteriormente pleiteado, desde que preenchidos os requisitos legais pertinentes.

Posteriormente à edição da Súmula nº 379, em julgamento de Recurso Extraordinário em que a questão foi longamente debatida, inclusive tendo sido proposta a revogação do referido enunciado¹², o Supremo Tribunal Federal explicitou-o, afirmando que ele apenas se aplica se a mulher não ficou com bens suficientes para sua subsistência. Em caso contrário, possível seria a renúncia¹³. Esse entendimento foi também adotado pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁴. Entretanto, recentemente, esse último tribunal vem admitido a renúncia do cônjuge aos alimentos, independentemente da restrição acrescentada posteriormente (não ter ficado a mulher com bens suficientes à sua sobrevivência).¹⁵

Essa, aliás, sempre foi a posição defendida pela doutrina majoritária. Com efeito, observa Sílvio Rodrigues que:

quando a Súmula nº 379 do STF impõe ao marido o encargo de alimentar sua mulher após o

.....

¹² Em seu voto, o Relator declarou: "Trouxa, pois, este caso a julgamento porque a mim se me afigura que não são irrenunciáveis alimentos em desquite. Alimentos iure sanguinis o são, porque o parentesco é qualificação permanente e os direitos que dela resultam nem sempre podem ser afastados pela convenção. O dever de alimentar, dele resultante, é um deles. Mas o dever de alimentos, no casamento, decorre do dever de assistência recíproca. Cessa, cessada a convivência dos cônjuges. Não podem ser lidos, assim, como irrenunciáveis. ... Outra circunstância de maior tomo existe. No desquite, sendo culpada a mulher, perde o direito a alimentos. Ora, se o desquite amigável é forma de evitar que haja publicidade (não danosa aos filhos) quanto às razões da desavença do casal, o entendimento da Súmula nº 379 obrigará o marido a propor desquite litigioso, se culpada a mulher, para eximir-se da obrigação alimentar. Creio que a Súmula não adota a melhor doutrina. Proponho que, revogada, se negue provimento ao presente recurso" (STF - Pleno - RE 85.019 - Rel. Min. Rodrigues de Alckmin - RTJ 85/208 - no corpo do acórdão).

¹³ "Desquite amigável. Renúncia a alimentos por parte da mulher. Renúncia admitida se a mulher possuir bens ou rendas que lhe garantam a subsistência. Súmula 379 mantida, com explicitação" (STF - Pleno - RE 85.019-SP - Rel. Min. Rodrigues de Alckmin - RTJ 85/208).

¹⁴ RESP 95267 / DF

¹⁵ RHC 11890 / DF, RESP 70830 / SP

*desquite, mesmo que o contrário tenha sido convencionalmente, parece confirmar a idéia de que o dever de mútua assistência não se extingue com o desquite.*¹⁶

Para reforçar essa tese, insta acentuar que, se se admitisse o desfazimento da renúncia aos alimentos, ter-se-ia que admitir também o desfazimento de outras cláusulas do acordo, já que, normalmente, a renúncia vem acompanhada de outras cláusulas compensatórias. Assim, v.g., quando a mulher renuncia aos alimentos para ficar com determinado bem na partilha. Naturalmente, se o marido soubesse que poderia vir a ser compelido a alimentar a mulher posteriormente, não concordaria com a partilha daquela forma. Portanto, se se admite desfazer a renúncia validamente concedida no acordo, tem-se que admitir desfazer todo o acordo.

João Claudino de Oliveira e Cruz ainda nos traz outro consistente argumento:

Ora, suponhamos que o marido possua fundamento para a ação de desquite contra a mulher, inclusive por adultério; querendo poupá-la e evitar a repercussão dos fatos, inclusive por causa dos filhos, concorda em solucionar a questão por via de desquite amigável, contanto que a mulher renuncie aos alimentos. Seria justo não admitir-se tal renúncia? Seria justo forçar o marido a prosseguir na ação acusatória contra a mulher, com os escândalos e a repercussão pró-

16 O divórcio e a lei que o regulamenta. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 68-69.

*pria, porque, só assim, estaria livre da obrigação de alimentar? A resposta só poderia ser no sentido da admissão da renúncia. Daí por que, em alguns casos, a renúncia aos alimentos esconde a culpa, não interessando à Justiça que esta venha, de qualquer forma, a lume.*¹⁷

Acerca do assunto, o novo Código Civil dispõe: "Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora."

Como se vê, o novo diploma apenas repetiu, com alguns acréscimos que aqui não estão em análise, a dicção do art. 404 do Código Civil de 1916. Pode-se dizer que perdeu grande oportunidade para estabelecer diferenças entre o regime de renúncia dos alimentos, devidos em razão do parentesco, daqueles devidos pelos cônjuges, trabalho, entretanto, já empreendido pela doutrina e pela jurisprudência.

Enquanto a Súmula nº 379 – que inadmitte a renúncia aos alimentos no acordo de desquite – deve continuar sendo aplicada pelo Pretório Excelso com a restrição por ele próprio estabelecida – quando o cônjuge não ficou com bens suficientes à sua subsistência – permanece íntegro o entendimento da doutrina majoritária e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da validade da renúncia dos alimentos pelos cônjuges, independentemente de qualquer condição, sendo inaceitável apenas a renúncia dos alimentos decorrentes do vínculo de parentesco.

17 Dos Alimentos no Direito de Família, 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 264.

Assim, se sob a égide do anterior Código Civil, já se admitia que o art. 404 não tinha aplicabilidade em relação à renúncia dos alimentos pelos cônjuges, o mesmo se diga em relação ao art. 1.707 do novo Código, que tem redação quase idêntica, no tocante à problemática da renúncia aos alimentos.

5. SOCIEDADE DE FATO E PARTILHA DO PATRIMÔNIO COMUM (SÚMULA Nº 380 DO STF)

A Súmula nº 380 do STF tem o seguinte teor: “Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”.

Antes da Constituição de 1988, aplicavam-se às relações extramatrimoniais as regras pertinentes ao Direito das Obrigações, e não ao Direito de Família. Assim, era necessário comprovar, primeiramente, a existência de uma sociedade de fato entre os conviventes para que daí se originassem efeitos jurídicos em relação à sua dissolução e à posterior partilha de bens.

Sob esse influxo, nasceu a Súmula nº 380, segundo a qual a união concubinária poderia ser identificada a uma sociedade de fato, que, em caso de dissolução, permitia ao sócio retirante proceder à apuração de seus haveres, desde que comprovasse ter contribuído efetivamente para a formação do acervo social. Tal entendimento encontrava sustentação no princípio da vedação do enriquecimento sem causa e, segundo o STF, limitava-se às hipóteses em que inexistia impedimento para o matrimônio.

Assim, só era possível a partilha dos bens entre os consortes se restasse comprovado que ambos envidaram esforços conjuntos para a formação do patrimônio comum. Posteriormente, passou-se a considerar, também, o direito da companheira que, mesmo não exercendo atividade laborativa de índole lucrativa, cuidava do lar, realizando serviços domésticos. Nesse sentido, afirma Luiz Edson Fachin:

Ainda que, na prática, pudesse esse norte encontrar resultado mais equânimo, a jurisprudência já assentou que a colaboração é conceito lato e compreende não apenas a aquisição, vale dizer, a contribuição em sentido estrito, como também a conservação.¹⁸

Com o advento da Constituição de 1988, a aplicabilidade da Súmula nº 380 restou prejudicada em relação à união estável, que foi alçada à categoria de entidade familiar, aplicando-se-lhe, assim, as regras do Direito de Família¹⁹. Embora o STF tenha entendido inicialmente que só caberia falar em sociedade de fato se inexistisse impedimento para o matrimônio, a Súmula em comento só conseguiu sobreviver porque passou a disciplinar também as hipóteses em que havia formação de patrimônio comum nos relacionamentos impuros ou adulterinos.

¹⁸ *Elementos Críticos do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 85-87.
¹⁹ Tais regras passaram a ser previstas nas Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96. Já no âmbito do novo Código Civil, a partilha dos bens na união estável vem disciplinada no art. 1.725, que, reproduzindo a ideia do art. 5º da Lei nº 9.278/96, dispõe: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

O novo Código Civil distinguiu união estável e concubinato, ocorrendo este último, de acordo com o art. 1.727, apenas na hipótese de impedimento para o casamento entre o homem e a mulher, ressalvados os casos de separação de fato ou judicial (art. 1.723, § 1º), quando há união estável, a despeito de permanecer casado um dos conviventes. Daí ter perdido toda a sua utilidade a expressão "concubinato impuro", empregada freqüentemente pela doutrina para designar aquelas relações em que se verificava impedimento para que o homem e a mulher contraíssem matrimônio. Doravante, portanto, a palavra "concubinato", por si só, já traduz esse significado.

Conforme o novo Código, portanto, a expressão "união estável" ficou reservada, para qualificar apenas a entidade formada entre homem e mulher, caracterizada pela convivência pública, contínua e duradoura e fundada num vínculo psíquico consistente no objetivo comum de constituir família.

A teoria da sociedade de fato insculpida na Súmula nº 380 continua aplicável, mas apenas às uniões que não se podem converter em matrimônio, tal como passou-se a entender, desde a promulgação da Carta de 1988. Isso porque à união estável devem ser aplicadas as regras próprias do Direito de Família, previstas no art. 1.725 do novo Código Civil e nas Leis nºs 8.971 e 9.278/96.

Logo, com o novo Código Civil, nada mudou, salvo no que tange à nomenclatura, pois as relações antes denominadas concubinatos "impuros" ou "adulterinos", são, para o novo Código Civil, simplesmente "concubinatos".

6. A COABITAÇÃO COMO ELEMENTO DISPENSÁVEL PARA A CONFIGURAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL (SÚMULA Nº 382 DO STF)

A necessidade, ou não, da coabitação para a caracterização da união estável não é matéria pacífica entre os doutrinadores. No RE nº 49.212, o Min. Ribeiro da Costa bem relata a controvérsia:

O concubinato se caracteriza em decorrência da vida em comum sob o mesmo teto, num verdadeiro estado de casados, more uxorio, enquanto para outros, basta que haja relações carnais seguidas e constantes. Na primeira linha: Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda. Na segunda corrente: Arnaldo Medeiros da Fonseca e Carvalho Santos.²⁶

Sobre o tema, afirma-se com acerto na doutrina:

Embora a exigência não tenha sido formulada pelo legislador de maneira expressa, é fato que a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição da família, pressupõe, em regra, a residência comum. Em tese, poderia ocorrer uma duplicidade de casas sem que isso significasse necessariamente a inexistência (ou a ruptura) da convivência. Entretanto, a caracterização da união estável se tornaria muito difícil nesta hipótese, devendo o juiz sopesar as

26 ROSAS, Roberto. *Direito Simular. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 165.

*provas com base em sua ordinária experiência e de modo a evitar que simples relacionamento afetivo possa ser considerado como uma entidade familiar.*²¹

Entretanto, no intuito de dirimir quaisquer controvérsias, o Enunciado nº 382 do STF recebeu a seguinte redação: "A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato."

O novo Código Civil não foi expresso a respeito da dispensa do requisito da coabitação para a configuração da união estável, pois só fez alusão, no art. 1.723, à necessidade de publicidade, de continuidade, de durabilidade e do objetivo de constituição de família. Entretanto, nas palavras de seu relator:

*É certo que esse dever de coabitação, expresso na regra do inciso II do art. 231 do atual Código Civil e no inciso II do art. 1.569 do texto consolidado do projeto, trata-se unicamente de dever conjugal, não estando inscrito dentre os deveres dos conviventes, elencados no art. 1.736 do projeto (texto consolidado), mais especificamente os deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.*²²

Frente ao silêncio do novo diploma civil em relação à controvérsia sobre a necessidade, ou não, da coabitação para o reconhecimento da união estável, a conclusão mais acertada parece ser a de que a questão continua na seara da doutrina e da jurisprudência, permanecendo em pleno vigor, por isso, a orientação firmada pela Súmula nº 382 do STF.

7. DISPOSIÇÃO TESTAMENTÁRIA EM FAVOR DE FILHO ADULTERINO DO TESTADOR COM SUA CONCUBINA (SÚMULA Nº 447 DO STF)

Dentre as grandes inovações trazidas ao Direito de Família pela Constituição Federal de 1988, avulta em importância a equiparação entre os filhos, sejam eles oriundos, ou não, da união matrimonial, sejam eles adotivos. Aos filhos de qualquer condição, cabem iguais direitos, vedadas também quaisquer designações discriminatórias.

A Súmula nº 447 do STF ("É válida a disposição testamentária em favor de filho adúltero do testador com sua concubina"), pode ser identificada como embrião dessa isonomia trazida pela Carta de 1988, flexibilizando-se a interpretação conferida aos arts. 1719, III do Código Civil de 1916, que retira da concubina de testador casado a capacidade de ser herdeira ou legatária.²³

O novo Código Civil não trouxe dispositivo semelhante, por desnecessário, em face da equiparação entre os filhos de qualquer espécie trazida há muito pela Constituição de 1988, de forma que, a partir desta, a súmula em comento possui apenas sentido histórico.

²¹ TEPEDINDO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 364.

²² FLUZA, Ricardo. O novo Código Civil e a união estável. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2721>. Acesso em 10 nov. 2002.

²³ ROSAS, Roberto. *Direito Sumular: Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 198.

8. O PRAZO PRESCRICIONAL PARA A AÇÃO DE ANULAÇÃO DE VENDA DE ASCENDENTE A DESCENDENTE (SÚMULA Nº 494 DO STF)

Segundo o STF, "a ação para anular venda de ascendente a descendente, sem consentimento dos demais, prescreve em vinte anos, contados da data do ato, revogada a Súmula 152" (Súmula nº 494).

A *ratio legis* da proibição prevista pelo art. 1.132 do Código Civil de 1916 (venda dos ascendentes aos descendentes sem o consentimento expresso dos demais) reside na finalidade de evitar simulação de doações inoficiosas, em favor de um dos descendentes, e o desfalque das legítimas dos demais. A jurisprudência do STF sempre se baseou no fundamento da simulação, razão pela qual entende que a proibição em foco não se aplica à doação²⁴.

Na Súmula nº 152, o STF firmara o posicionamento de que a ação para anular tal venda prescreveria em quatro anos, a contar da abertura da sucessão. Com efeito, no RE 50.139, assim se manifestou o Min. Luiz Galotti:

*Quanto à prescrição, nunca houve dúvida de que ela só nasce com a morte do ascendente. Não se pode ir a juízo com base numa herança de pessoa viva. Se a ação nasce com a abertura da sucessão, daí se conta a prescrição. É o princípio da **actio nata** (Grifos nossos)*

24 RE 63.864, Min. Thompson Flores, DJU 27.08.89.

Entretanto, com a Súmula nº 494, editada em 1969, o prazo prescricional de que se trata passou a ser de vinte anos (por se tratar de ato nulo), contados, agora, da data do ato, e não da abertura da sucessão. Nesse sentido, o Min. Gonçalves de Oliveira se pronunciou:

*A venda, quanto à sua validade, há de ser aferida por ocasião em que é feita. Não há de ser posteriormente com a morte do pai, do ascendente, que há de examinar, com dados quase sempre inexatos, se ela foi ou não legal.*²⁵

Tal posicionamento pode gerar uma certa incongruência, pois, se o ascendente só vem a falecer vinte anos após a venda, já estaria a ação prescrita, quando da abertura da sucessão, momento em que os demais descendentes tomariam ciência da venda realizada anteriormente.

O novo diploma civil, no art. 205, dispõe de maneira genérica: "A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor."

Assim, no silêncio da lei, o prazo máximo de prescrição é, agora, de 10 (dez) anos, sem a distinção entre ações pessoais e ações reais, antes feita pelo art. 177 do Código de 1916.

Como esse diploma não fixava expressamente o prazo para a anulação de que ora se trata, aplicava-se a Súmula nº 494 do STF, que acolhia o prazo máximo previsto por ele mesmo para as ações pessoais. A partir do novo Código Civil, questiona-se a aplicabilidade desse enunciado, tendo em vista que o prazo máximo

25 RTJ 32/834

passa a ser de dez anos, se a lei não previu um específico para a hipótese, sendo indiferente tratar-se de ação pessoal ou real.

Examinando-se o novo Código Civil, percebe-se que não foi estabelecido qualquer prazo de forma específica para a ação de anulação de venda de ascendente feita a descendente, sem o consentimento dos demais. Isso faz originar a conclusão de que se aplica, nesse caso, o art. 205 do novo Código Civil, sendo o prazo de prescrição de 10 (dez) anos, mantido o termo "a quo" fixado pelo STF na Súmula nº 494 (data do ato).

9. A PARTILHA DE BENS NO DIVÓRCIO (SÚMULA Nº 197 DO STJ)

Constitui entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça o de que "o divórcio direto pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens".

Referido posicionamento resulta da harmonização dos arts. 31 e 43 da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio).²⁶

Bem, se vê que a partilha de bens só se afigura providência imprescindível na conversão da separação judicial em divórcio; eis que apenas a esta modalidade fazem referência os dispositivos supratranscritos, ficando de fora, pois, o divórcio direto previsto no art. 40, *caput*, da Lei nº 6.515/77, em suas Disposições Finais e Transitórias.

Outro não foi o posicionamento construído pela melhor doutrina:

26 Art. 21: "Não se decretará o divórcio se ainda não houver sentença definitiva de separação judicial, ou se esta não tiver decidido sobre a partilha dos bens." Art. 43: "Se, na sentença do desquite, não tiver sido homologada ou decidida a partilha dos bens, ou quando esta não tenha sido feita posteriormente, a decisão da conversão disporá sobre ela".

*Quanto a este último grupo (divórcio consensual e divórcio conversão, na sua duplice modalidade), ou deverá ser decidida ou homologada concomitantemente à sentença de dissolução do vínculo matrimonial. Em relação ao divórcio direto litigioso, nenhuma norma assim o determina: o art. 31, combinado com o art. 43, visa especificamente a conversão da separação judicial ou do desquite em divórcio, sendo inaplicável, ainda que por analogia, ao divórcio excepcional disciplinado no capítulo das disposições transitórias, eis que diversos são os pressupostos que legitimam um e outro institutos.*²⁷

*Na jurisprudência, vem prevalecendo este entendimento de que, na ação ordinária de divórcio, a partilha dos bens do casal se reserva ao juízo sucessivo da execução, constituindo matéria estranha ao processo de divórcio litigioso, de tal modo que nem a inicial precisa indicar a proposta de partilha nem a sentença que decreta a dissolução do vínculo matrimonial precisa compor-se necessariamente com provimento a seu respeito.*²⁸

Saliente-se, por oportuno, que a Súmula nº 197 do STJ, editada em meados de 1997, além de ter resultado, por óbvio, da sucessão de vários precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça, foi também fruto de posicionamento assumido, muito antes, pelo próprio Supremo Tribunal Federal em muitos dos seus julgados.

27 CAHALI, Yussuf Said. *Divórcio e separação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 667
28 *Idem*, p. 667

Assim se manifestou o Min. Aldir Passarinho, em voto proferido no RE nº 108000-1 (RS), publicado em 1987:

Ora, o art. 31 da Lei de Divórcio trata expressamente do divórcio conseqüente à separação judicial, e quando se refere, na parte final, à partilha de bens faz menção específica à separação judicial. Deste modo, a meu ver, o art. 31 não se aplica à hipótese transitória da ação direta de divórcio prevista no art. 40, tudo do diploma legal em exame.²⁹

Acerca do tema, o novo Código Civil prescreve, no art. 1581: "O divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens."

Percebe-se, de forma manifesta, que o novel diploma civil dilatou a amplitude da Súmula nº 197, quando se referiu apenas a "divórcio", sem nenhum qualificativo. Isso possibilita concluir que, a partir da vigência do dispositivo mencionado, o divórcio indireto, resultante de conversão, também será passível de ser concedido independentemente de prévia partilha de bens, possibilidade que antes era restrita ao divórcio direto. Resta saber como será a solução processual aplicável ao caso.

10. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, foi possível perceber que a maioria esmagadora das súmulas que tratam da disciplina do direito de família, nove num total de dez, foram editadas pelo Supremo Tribunal Federal. Verifica-se também que o último enunciado foi editado pelo Pretório

²⁹ Conferir também os REs nºs 97191-2 (CE) e 102142-0 (RJ)

Excelso, o de nº 494, data de 1969, o que evidencia um longo período sem a produção de súmulas referentes ao direito de família.

Isso talvez se explique por ter esse tribunal exercido anteriormente o papel de guardião da legislação infraconstitucional, função que hodiernamente é cometida ao Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, com o fenômeno da constitucionalização do direito civil, talvez o Supremo Tribunal Federal retome a missão de consolidar em súmulas os vários posicionamentos jurisprudenciais sobre o direito de família.

Como afirma Paulo Luiz Netto Lobo, "antes havia a disjunção; hoje, a unidade hermenêutica, tendo a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil. A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição, segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre)."³⁰

Através de um intenso trabalho de pesquisa, foi possível diagnosticar vários efeitos decorrentes da promulgação do novo Código Civil, em relação às Súmulas que regem o direito de família no Supremo Tribunal Federal.

Assim, o novo Código Civil ora incorporou expressamente o teor das referidas súmulas ao seu texto, como ocorreu com as Súmulas nº 49 e 379 do STF, ora foi indiferente a esses enunciados, os quais continuam a ser aplicáveis (Súmulas nºs 149, 380, 382 e 447 do STF), ora fê-los perder a razão de ser (Súmula nº 377 do STF), ora ampliou-lhes o âmbito de incidência (Súmula nº 197 do STJ), ora contrariou-os (Súmula nº 494 do STF).

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em 14 nov. 2002.*

11. REFERÊNCIAS

a) Livros

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Divórcio e separação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos do Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. II.

OLIVEIRA E CRUZ, João Claudino de. **Dos Alimentos no Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974. v. I.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1973.

RODRIGUES, Sílvio. **O divórcio e a lei que o regulamenta**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROSAS, Roberto. **Direito Sumular. Comentários às Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2001. v.5.

b) Periódicos

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista de Direito Processual Civil**, a. II, v. 3, jan./jun, 1961.

FIÚZA, Ricardo. O novo Código Civil e a união estável. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2721>>. Acesso em 10 nov. 2002.

LÓBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em 14 nov. 2002.

DELEGACIAS DA MULHER EM SÃO PAULO: PERCURSOS E PERCALÇOS*

Cecília MacDowell Santos

Professora de Sociologia da University of San Francisco –
EUA.

SUMÁRIO

BREVE HISTÓRICO; ATRIBUIÇÕES E FUNCIONAMENTO; CONTRIBUIÇÕES À
CIDADANIA DE GÊNERO; OBSTÁCULOS À CIDADANIA DE GÊNERO.

BREVE HISTÓRICO

As delegacias da mulher constituem a principal política pública de combate e prevenção à violência contra a mulher no Brasil. A primeira delegacia deste tipo, inédita no país e no mundo, surgiu em 1985, na cidade de São Paulo, durante o governo Franco Montoro. Foi fruto do contexto político de redemocratização, bem como dos protestos do movimento de mulheres contra o descaso com que o Poder Judiciário e os distritos policiais – em regra, lotados por policiais do sexo masculino – lidavam com casos de violência doméstica e sexual nos quais a vítima era do sexo feminino. Atualmente, existem 124 delegacias da mulher no estado de São Paulo, com nove na capital. O país conta com 307 delegacias da mulher, ressaltando-se o fato de que o total de municípios com esse tipo de delegacia não chega a 10%.

* Artigo publicado originalmente em Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, "Relatório de Direitos Humanos no Brasil 2001." São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos e Global Exchange, 2001.

Portanto, é de se notar a concentração das delegacias da mulher em São Paulo (40,7%) e a distribuição desigual das mesmas no interior dos demais estados.¹

A história das delegacias da mulher deve ser remetida à história do movimento de mulheres em torno da politização da violência contra a mulher. A partir de meados dos anos 70, o movimento de mulheres começou a denunciar amplamente a absolvição, pelos tribunais do júri, dos autores de homicídios de mulheres. No início dos anos 80, surgiam grupos feministas em todo o país, denominados SOS-Mulher, voltados ao atendimento jurídico, social e psicológico de mulheres vítimas de violência. A então forte e bem sucedida politização da temática da violência contra a mulher pelo SOS-Mulher e pelo movimento de mulheres em geral fez com que, em São Paulo, o Conselho Estadual da Condição Feminina, também criado no governo Franco Montoro em 1983, priorizasse essa temática, entre outras. O Conselho propunha então a formulação de políticas públicas que promovessem o atendimento integral às vítimas de violência, abrangendo as áreas de segurança pública e assistências social e psicológica.

O governo Montoro respondeu às propostas do Conselho com a idéia inusitada de uma delegacia especializada em crimes contra a mulher, lotada por policiais do sexo feminino. A idéia, que restringiu a perspectiva feminista da violência contra a mulher ao seu aspecto meramente criminal, partiu do então Secretário de Segurança Pública, Michel Temer. Na época, vários delegados de polícia se manifestaram contra a criação das delegacias da mulher.

¹ Ver Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, Relatório Final da Pesquisa Nacional sobre as Condições de Funcionamento das Delegacias Especializadas no Atendimento às Mulheres, 2000.

Mas o governo venceu a resistência da polícia civil e criou a primeira Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher mediante o Decreto Nº 23.769/85.²

Embora desconfiadas da polícia e do estado em geral pelo seu passado recente de autoritarismo, as feministas integrantes do Conselho Estadual da Condição Feminina de São Paulo e de alguns grupos de mulheres, atuando no combate à violência contra a mulher, apoiaram a iniciativa inédita do governo Montoro. Mas, desde 1985, vêm tentando influir, com mais ou menos sucesso, na capacitação das policiais e na delimitação das atribuições das delegacias da mulher.

Desse modo, desde o seu nascedouro, a concepção e as atribuições das delegacias da mulher, assim como a formação cultural dos/as policiais, têm sido resultado de conflitos e negociações entre organizações feministas – governamentais e não-governamentais, a polícia civil e as policiais titulares das delegacias da mulher.³

ATRIBUIÇÕES E FUNCIONAMENTO

O Decreto Nº 23.769/85, que criou a primeira delegacia da mulher na Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, estabeleceu a competência dessa delegacia

² A denominação das delegacias da mulher não é uniforme em todo o país. No Rio de Janeiro, por exemplo, são denominadas Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher. No Rio Grande do Norte, são chamadas de Delegacias Especializadas em Defesa da Mulher.

³ Análise essas negociações e relações conflituosas em SANTOS, Maria Cecília MacDowell dos. *The State, Feminism, and Gendered Citizenship: Constructing Rights in Women's Police Stations in São Paulo*. Tese de doutorado, University of California at Berkeley, 1999. Ver também SANTOS, Maria Cecília MacDowell dos. *Cidadania do Gênero*. Contradições: Quotas, Crimes e Direitos na Delegacia da Mulher em São Paulo. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do. PERRONE-MOYSES, Cláudia (orgs.). *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999.

especializada para investigar e apurar, entre outros, delitos de lesão corporal, ameaça, constrangimento ilegal, atentado violento ao pudor, adultério etc. Desde 1985, lesão corporal e ameaça constam como os tipos de crimes mais registrados nas delegacias da mulher em São Paulo e nos demais estados. Mas o número de inquéritos policiais é sensivelmente desigual para os dois tipos de crimes. Em 1994, por exemplo, as delegacias da mulher de São Paulo registraram um total de 114.832 boletins de ocorrência, dos quais 33% eram por lesão corporal e 26% por ameaça. Enquanto 71,3% dos boletins por lesão corporal originaram inquéritos policiais, apenas 7,9% dos boletins por ameaça deram lugar a inquéritos.⁴

É interessante notar que, apesar de, já em 1985, o Conselho Estadual da Condição Feminina reivindicar a inclusão do delito de homicídio, este não foi contemplado pelo decreto. Somente em 1996, passados mais de dez anos desde a criação da delegacia pioneira, tal delito se inseriu na competência das delegacias da mulher. Vale também observar que a criação da delegacia especializada em crimes contra a mulher não excluiu dos distritos policiais a competência para, concorrentemente, investigarem e apurarem aqueles crimes. Na prática, porém, tornou-se regra os policiais nos distritos “empurrarem” as queixosas para as delegacias da mulher.

Também merece destaque o fato de que, ao contrário dos distritos policiais, as delegacias da mulher não

dispõem de cadeia e, portanto, não realizam serviço de carceragem. Na capital, apenas uma delegacia da mulher tem prédio próprio e funciona 24 horas por dia, inclusive nos fins de semana e feriados. As demais delegacias da mulher operam no prédio de um distrito policial e funcionam somente em dias úteis, das 8 horas da manhã até as 6 horas da tarde.

Saliente-se ainda que, desde 1985, nenhuma legislação referente a delegacias da mulher tem feito menção à formação ou capacitação das policiais titulares dessas delegacias. Os poucos cursos de capacitação sob a perspectiva de gênero, oferecidos às policiais pelo Conselho Estadual da Condição Feminina e por algumas ONGs de mulheres, têm sido resultado da vontade política de algumas policiais em postos de coordenação dos trabalhos das delegacias. A Academia de Polícia, responsável pelo curso preparatório de três meses destinado a todos os policiais que ingressam na carreira, jamais integrou em seu currículo um curso específico sobre violência contra a mulher ou violência de gênero.

Entre 1985 e 1986, na gestão Montoro, criaram-se 13 delegacias da mulher. Na gestão seguinte, de Orestes Quércia, entre 1987 e 1990, esse número cresceu para 58. Devido à expansão dessas delegacias, criou-se, em 1989, uma Assessoria Especial das Delegacias de Defesa da Mulher (hoje denominada Serviço Técnico de Apoio às Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher – DGP), cujas integrantes são designadas pelo Delegado Geral de Polícia, com o fim de assessorá-lo e manter relacionamento direto com as policiais titulares das delegacias da mulher. Em 1989, ampliou-se também a competência das dele-

4 Dados da Assessoria Especial das Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher do Estado de São Paulo, hoje denominada Serviço Técnico de Apoio às Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher – DGP. Sobre o número de ocorrências em outros estados, ver Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, op. cit. Ver também AMARAL, Célia Chaves Gurgel da; LETELIER, Celinda Lúcia; GOIS, Ivonilda Lima e AQUINO, Sílvia da. *Dores Visíveis: Violência em Delegacias da Mulher no Nordeste*. Edições FORD/MEGIF/UFSC, 2001.

gacias da mulher, com a inclusão dos crimes contra a honra, tais como calúnia, injúria e difamação, e o crime de abandono material (Decreto Nº 29.981/89).

A grande mudança, porém, nas atribuições das delegacias da mulher, teve lugar no primeiro governo Mário Covas. Em 1996, o Decreto Nº 40.693/96 não apenas ampliou as atribuições das delegacias da mulher, mas também deu-lhes nova caracterização. Além dos crimes contra a mulher, essas delegacias passaram também a investigar e apurar os delitos contra a criança e o adolescente, previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente. A essas delegacias coube, ainda, apurar mais crimes contra a mulher, como, por exemplo, homicídio ocorrido no âmbito doméstico e de autoria conhecida. Por outro lado, sua competência estendeu-se aos crimes de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento, aborto provocado por terceiro e infanticídio, entre outros crimes adicionais. Nesses casos, a mulher passou de vítima a criminosa, as delegacias da mulher não mais servindo-lhe necessariamente de "defesa".

Interessante notar que, por ocasião de um debate sobre a expansão das atribuições das delegacias da mulher, realizado na Assembléia Legislativa de São Paulo, no início de 1996, tive a oportunidade de observar que muitas delegadas titulares de delegacias da mulher, temendo a extinção de tais delegacias, defenderam a farta ampliação de sua competência, inclusive com o acréscimo de crimes de aborto e infanticídio.

Essas mudanças de atribuições e as posições das delegadas devem ser compreendidas em um contexto mais amplo de política da administração da justiça criminal.

Em 26 de setembro de 1995, foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, com o objetivo de informatizar a justiça, tornando-a mais célere e eficiente (Lei Nº 9.099/95). Os Juizados Especiais Criminais foram também idealizados para substituir penas repressivas por penas alternativas (compensações pecuniárias, serviços comunitários e conciliações) no caso de "infrações penais de menor potencial ofensivo". Consideram-se tais infrações os crimes e contravenções com pena inferior a um ano de detenção. Nesses casos, o inquérito policial foi substituído por um "Termo Circunstanciado", uma espécie de inquérito simplificado com um resumo da ocorrência, acompanhado do laudo pericial, quando necessário, devendo tal Termo ser remetido ao Juizado para realização de audiência de conciliação e julgamento.

Os Juizados Especiais Criminais tiveram, e continuam tendo, uma série de consequências sobre os distritos policiais e as delegacias da mulher. No primeiro caso, serviram para "desafogar" os distritos. No tocante às delegacias da mulher, retiraram destas o papel de mediação de uma série de conflitos que compõem a grande maioria das queixas ali processadas, dando novo sentido à sua criminalização⁵. Isto porque os delitos de lesão corporal (de natureza leve) e ameaça, cujas penas são inferiores a

⁵ Sobre o papel mediador das delegacias da mulher, ver BRANDÃO, Elaine Reis. *Violência conjugal e recurso feminino à polícia*. In: BRUSCHINI, Cristina e HOLLANDA, Heloísa Buarque de (orgs.). *Horizontes Plurais: novos estudos de gênero no Brasil*. São Paulo: Editora 34; Fundação Carlos Chagas, 1998. Ver ainda MUNIZ, Jacqueline. *Os direitos dos outros e outros direitos: um estudo sobre a negociação de conflitos nas DEAMs/RJ*. In: SOARES, Luiz Eduardo (org.). *Violência e política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: IUPERJ/Relumê, 1996. Sobre o papel da "recriminalização" da Lei Nº 9009/95, ver CAMPOS, Carmo Hein. *Violência doméstica no espaço da lei*. In: BRUSCHINI, Cristina e PINTO, Celi Regina (orgs.). *Tempos e lugares de gênero*. São Paulo: Editora 34; Fundação Carlos Chagas, 2001.

um ano, continuaram sendo os mais registrados nas delegacias da mulher. No ano 2000, por exemplo, do total de 310.058 boletins de ocorrência e termos circunstanciados efetuados nas delegacias da mulher de São Paulo, 25% corresponderam a lesão corporal e 20% ao delito de ameaça. Infelizmente, os dados disponíveis desde 1996 não desagregam boletins de ocorrência e termos circunstanciados, não se tendo acesso tampouco ao número de inquéritos policiais. Os dados também não indicam se as ocorrências por lesão corporal são de natureza leve ou grave.⁶ Mas delegadas titulares das delegacias da mulher e o juiz titular do único Juizado Especial Criminal instalado em São Paulo, no Foro de Itaquera, estimam que a maior parte dos registros nas delegacias da mulher são encaminhados aos Juizados Especiais Criminais.⁷

A Lei Nº 9.099/95 tem recebido várias críticas por parte de militantes feministas, pesquisadores e policiais.⁸ No Juizado, os juizes em geral são do sexo masculino e não recebem qualquer treinamento para lidar com a problemática específica da violência contra a mulher. A conciliação é utilizada como um fim, não como um meio de solução do litígio. Através da promoção de um acordo

6 Dados do Serviço Técnico de Apoio às Delegacias de Polícia de Defesa da Mulher - DGP. Igualmente inexistente é a anotação de dados sobre as vítimas e agressores, o que se fazia até 1994.

7 Nos demais foruns da capital, os juizes e funcionários das varas criminais vêm acumulando funções e atuando em Juizados Especiais Criminais improvisados nas próprias varas. Não há dados sobre a movimentação desses Juizados em São Paulo. Em Porto Alegre, CAMPOS (op. cit.) aponta que os Juizados Criminais são responsáveis pela "grande movimentação processual da Justiça Penal" e que setenta por cento dos processos julgados em 1996 referiram-se à violência doméstica e à violência contra a mulher.

8 Além do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, op. cit., ver CAMPOS, op. cit., bem como MELO, Mônica da. "Juizado especial criminal e o acesso à justiça da mulher vítima de violência." Monografia que recebeu o Prêmio "Procuradoria Geral do Estado de São Paulo - 2000".

com renúncia do direito de representação, ou da aplicação de penas alternativas, que resultam em geral na distribuição de cestas básicas ou prestação de trabalhos comunitários não relacionados à violência contra a mulher, tal violência passa a ser banalizada e a justiça se torna questionável, dando azo à impunidade.

Outra mudança importante nas atribuições das delegacias da mulher de São Paulo deu-se em 1997, com a promulgação do Decreto Nº 42.082/97, que veio conferir a essas delegacias competência para "o cumprimento dos mandados de prisão civil por dívida do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia". O cumprimento desses mandados tem aumentado o trabalho das investigadoras de polícia e tem também incentivado a transferência de investigadores do sexo masculino para as delegacias da mulher.

Para limitar a entrada dos policiais do sexo masculino nas delegacias da mulher, o Delegado Geral de Polícia baixou a Portaria DGP Nº 11/97, estabelecendo que "Às Delegacias de Defesa da Mulher deverão ser designadas, preferencialmente, policiais civis do sexo feminino, principalmente para o exercício das funções relacionadas ao atendimento público". Ainda assim, é comum investigadores de polícia integrarem e chefiarem as equipes nas delegacias da mulher da capital, atendendo, inclusive, ligações telefônicas do público. As delegadas não se queixam da presença masculina, ao contrário, consideram-na necessária para melhor cumprimento de suas funções.

Vale observar a influência de papéis de gênero na ocupação dos três cargos policiais de delegado, escrivão e investigador. Até abril de 1999, 12,5% dos delegados

de polícia no estado de São Paulo eram do sexo feminino; 45,5% dos escrivães eram mulheres; e apenas 9,3% dos investigadores eram mulheres.⁹ Dos três cargos, o investigador é o que mais realiza trabalho "de rua", expondo-se à reação violenta de homens indiciados. O trabalho dos escrivães é interno e administrativo, mais associado ao papel feminino de secretariado, o que permite maior acesso das mulheres a essa função. As funções dos delegados, no entanto, que detêm maior poder na delegacia, continuam sendo associadas ao papel masculino.

CONTRIBUIÇÕES À CIDADANIA DE GÊNERO

A despeito de muitos obstáculos, a criação das delegacias da mulher em São Paulo, e provavelmente em todo o Brasil, tem contribuído para a construção de uma cidadania de gênero no país, cidadania essa que reconhece as posições sociais hierárquicas em função do sexo e promove a igualdade de direitos, incluindo-se aqui o direito a ter direitos e o direito de acesso à justiça.

Em primeiro lugar, as delegacias da mulher dão visibilidade à violência contra a mulher. A inauguração da primeira delegacia da mulher, em 6 de agosto de 1985, atraiu enorme atenção da mídia nacional e inclusive internacional, inspirando a criação de outras delegacias similares em todo o país e inclusive no exterior. Na América Latina, treze países já contam com delegacias da mulher e da criança. Desde o início, essa invenção brasileira mostrou que o problema da violência contra a mulher no país era a re-

gra, não a exceção, tornando público um fenômeno que era visto como privado e até normal.

Segundo a primeira delegada titular da primeira delegacia da mulher, Dra. Rosmary Corrêa, no dia seguinte à inauguração havia uma fila de 500 mulheres na porta da delegacia. Assim, esse novo canal institucional, voltado especificamente às mulheres, deu-lhes coragem para denunciar a violência que sofriam em silêncio ou que, quando denunciada, não era levada a sério pelos distritos policiais. Em 1984, por exemplo, um ano antes da criação da primeira delegacia da mulher, os distritos policiais no município de São Paulo registraram cerca de 3.000 ocorrências oriundas de queixas de mulheres vítimas de violência, ao passo que a primeira delegacia da mulher registrou, sozinha, entre agosto de 1985 e agosto de 1986, cerca de 7.000 ocorrências e atendeu 65.000 mulheres.

Desde então, o número de ocorrências registradas aumentou em progressão geométrica. Isso fez com que o Brasil fosse considerado campeão de violência contra a mulher durante a IV Conferência Mundial sobre a Mulher, promovida pelas Nações Unidas em Beijing em 1995. A violência contra a mulher no Brasil tem-se tornado cada vez mais visível e o número de denúncias continua crescendo. No ano 2000, por exemplo, foram registrados 310.058 boletins de ocorrência e termos circunstanciados nas delegacias da mulher de São Paulo. Convém lembrar, todavia, que esse elevado número não significa necessariamente maior incidência de violência. O maior número de delegacias da mulher e a ampliação crescente de suas atribuições provavelmente incentivam a denúncia e desnudam um fato social que sempre existiu.

⁹ Ver MASSLINO, Elizabeth. *Violência de gênero: delegacia de defesa da mulher, é necessária?* Núcleo de Estudos da Mulher e Relações Sociais de Gênero - NEMGE-USP, 1998.

Em segundo lugar, a criação de delegacias da mulher abriu um novo mercado de trabalho para policiais do sexo feminino, contribuindo assim para maior representatividade da mulher no sistema de justiça criminal. Até 1985, contavam-se 15 delegadas de polícia no estado de São Paulo. Até fevereiro de 1999, o número de delegadas chegou a 388. Ainda assim, predominam os policiais do sexo masculino, em número de 3.102, como é regra na magistratura, no Congresso Nacional e nos mais altos cargos do Executivo.¹⁰

OBSTÁCULOS À CIDADANIA DE GÊNERO

As delegacias da mulher encontram, porém, uma série de obstáculos para a ampliação do acesso à justiça e a construção de uma cidadania de gênero no Brasil. Em primeiro lugar, o fato de haver mais mulheres na polícia não garante maior sensibilidade e capacitação para lidar com violência conjugal, estupro dentro e fora do casamento, violência contra mulheres negras, violência policial contra prostitutas, violência contra idosas, violência contra lésbicas, assédio sexual, violência contra crianças, enfim, toda uma gama de violências sofridas por mulheres de variadas classes sociais, origens étnicas e raciais, orientações sexuais, idades etc. A falta de institucionalização de cursos de capacitação sob a perspectiva de gênero, raça, classe e orientação sexual é um dos maiores obstáculos à mudança social potencialmente advinda da criação de delegacias da mulher. Esse é um obstáculo político que só poderá ser vencido com a te-

¹⁰ Ver MASSUNO, op. cit.

naz mobilização de organizações não-governamentais de mulheres e das policiais que porventura tiveram acesso a cursos de capacitação na ótica de gênero.

Em segundo lugar, as delegacias da mulher enfrentam discriminação e preconceito dentro da própria polícia, tanto por parte de policiais do sexo masculino quanto de policiais do sexo feminino. Desde o seu nascedouro, essas delegacias foram alvo de escárnio. Certa vez, uma delegada titular da primeira delegacia da mulher observou, de sua janela no primeiro andar, um delegado que passava na calçada cuspidando na placa da delegacia. A instituição policial é marcada por hierarquias e por uma cultura de hierarquização. Embora a lei não estabeleça hierarquias entre os funcionários das delegacias da mulher e dos distritos policiais, não raro as delegacias da mulher são vistas como de valor inferior. Na visão de muitos policiais, essas delegacias fazem mais um serviço "social" do que propriamente policial. Consequentemente, para esses policiais, os crimes ali apurados não são "verdadeiros" crimes.¹¹

Além dessas limitações culturais, as delegacias da mulher enfrentam obstáculos típicos de todo o aparato policial e judiciário. Há precariedade material e de recursos humanos. No âmbito material, somente as delegacias da mulher da capital dispõem de computadores e estes não funcionam em rede. A maior parte das viaturas não

¹¹ Ver SANTOS, Maria Cecília Mac Dowell dos. *The State, Feminism, and Gendered Citizenship: Constructing Rights in Women's Police Stations in São Paulo*. University of California at Berkeley, 1999. Ver também SANTOS, Maria Cecília MacDowell dos. *Cidadania de Gênero Contraditória: Queixas, Crimes e Direitos na Delegacia da Mulher em São Paulo*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do, PERRONE-MONISÉS, Cláudia Jorge. *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999.

PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À SUA PLENA AUTONOMIA DIDÁTICA

Ciáudia Cristine Silva Araújo

Bacharelada em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e ex-aluna orientanda do professor José Viana Uísseau Filho em projeto de iniciação científica desenvolvido na mesma instituição.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1. DO DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO; 1.1. Base principiológica do Direito Processual Tributário; 1.1.1. Princípio da Justiça Tributária; 1.1.2. Princípio da autotutela vinculada do ente tribuante; 1.1.3. Princípio da tutela efetiva em matéria tributária; 1.1.4. Princípio da dualidade da cognição em matéria tributária; 1.1.5. Princípio da diferenciação do processo judicial tributário; 1.2. Processo Judicial Tributário; 2. COMPOSIÇÃO SISTEMÁTICA DO PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO; 2.1. As ações tributárias exacionais; 2.1.1. Execução Fiscal; 2.1.2. Ação Cautelar Fiscal; 2.2. As ações tributárias anti-exacionais; 2.2.1. Mandado de Segurança; 2.2.2. Ação de repetição do indébito tributário; 2.2.3. Ação declaratória; 2.2.4. Ação Anulatória de Débito Fiscal; 3. ANÁLISE COMPARATIVA DO SISTEMA BRASILEIRO COM O SISTEMA PORTUGUÊS; 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 5. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A proposta central deste estudo se orienta pela busca da alforria intelectual do processo judicial tributário, como matéria susceptível de apreciação teórico-doutrinária própria, livre das amarras que a atrelam hodiernamente ao Direito Processual Civil e ao Direito Tributário. Eis que a preocupação em destaque está em realçar os institutos, princípios e conceitos que dão ensanchas a uma autonomia didática do processo judicial tributário. Isso significa que os esforços, aqui desenvolvidos, se darão no sentido de reunir sistematicamente, dentro de uma visão crítica e contextualizada, todos os possíveis elementos capazes de proporcionar uma melhor compreensão sobre o tema.

A singularidade e a fragilidade das relações tributárias diante do alcance das ações do Estado na vida particular do contribuinte, principalmente no seu âmbito patrimonial, sinalizam para a necessidade de maior dedicação didática no que tange aos elementos que as compõem, em homenagem à segurança jurídica.

Além disso, a elaboração de trabalhos teórico-doutrinários a respeito da temática, entre nós, é ainda incipiente. Embora algumas obras nesse sentido, como a de Teresa Arruda Alvim¹ e a do Prof. James Marins², ressaltem a grandiosidade do tema.

Faz-se necessário destacar os princípios específicos acerca da matéria, pois representam fontes determinantes para a produção e o aprimoramento do conhecimento sobre um ramo disciplinar do direito. É ainda abordar as duas áreas de conhecimento nas quais se desenham os conflitos tributários: o processo administrativo tributário e o processo judicial tributário. Sendo este último (objeto central do presente trabalho) o conjunto de ações utilizadas pelas partes na solução dos conflitos de interesses, envolvendo, de um lado, a Fazenda Pública e, de outro, o contribuinte.

Trazendo para a nossa realidade a contribuição do sistema jurídico português, no que diz respeito às saídas mais originais e interessantes dos conflitos de natureza fiscal, busca-se construir e aprimorar as fontes já existentes de solução dessas espécies de litígio, entre nós.

1 ALVIM, Teresa Arruda. *Processo Tributário*. In: _____ (Org.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Processo Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. cap. 3, p. 7-22.

2 MARINS, James. *Princípios fundamentais do direito processual tributário*. São Paulo: Dialética, 1998.

1. DO DIREITO PROCESSUAL TRIBUTÁRIO

O surgimento dos distintos ramos da Ciência do Direito resultam de exigências pragmáticas relacionadas com o tipo de normas jurídico-substanciais a atuar. É o caso do Direito Processual Penal e do Direito Processual Civil como duas vertentes clássicas a orientar as relações de natureza penal e civil. Tais divisões visam, tão-somente, objetivos práticos e didáticos. E é nesse sentido que se busca a autonomia do processo judicial tributário, já que as relações tributárias estão longe de serem esgotadas pelo Processo Civil, tampouco pelo Processo Penal, disciplinas processuais tradicionalmente admitidas.

Assim, com a verificação das peculiaridades que cercam as lides tributárias, tem-se desenvolvido em todo o país o interesse e necessidade de tratar, de um modo mais específico, o processo tributário, destacando-o como verdadeiro ramo disciplinar da grande área de conhecimento que é o Direito Processual.

Não há, pois, como se falar em disciplinamento de determinado conteúdo se não provocada uma orientação principiológica própria, conforme ensina James Marins³,

faz-se necessário traçar os contornos de uma ciência didaticamente autônoma, a partir da adoção de um sólido conjunto de princípios específicos do processo, deduzidos das lides tributárias. Noções capazes de harmonizar os conceitos, hipóteses e regras que dão forma ao Pro-

3 MARINS, Op. Cit. p.28

cesso Judicial Tributário, enquanto ramo do direito, na busca pela melhor solução das lides tributárias.

1.1. Base Principlológica do Direito Processual Tributário

Algumas dessas premissas estão bem alicerçadas no próprio bojo do direito positivo e são comuns a todos os ramos da ciência do Direito. Entretanto, essas orientações são susceptíveis de certas nuances decorrentes dos ramos mais especiais do Direito, como ocorre no processo tributário. Eis que a presença do princípio da justiça, por exemplo, no processo tributário, assume uma conotação especial, sendo conhecido, mais especificamente, como princípio da Justiça Tributária.

1.1.1. Princípio da Justiça Tributária

Segue uma orientação natural do Direito Tributário, que é o de equilibrar as relações obrigacionais de caráter fiscal, garantindo ao Estado seu exercício regular de soberania (traduzido no seu poder de tributar, voltado, por sua vez, para satisfação do serviço público, fundamento do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular) e a manutenção do Estado, evitando a evasão tributária. Por outro lado, tal princípio também serviria ao cidadão, assegurando-lhe o interesse individual em resguardar seu patrimônio particular das indevidas e abusivas cargas tributárias, implicando na preservação de direitos individuais fundamentais.

Afinal, dada a interferência econômica da tributação, tanto nos cofres públicos quanto no bolso do cidadão, uma injustiça cometida nas relações que envolvem, em seus pólos, o Estado e o cidadão ecoa sempre mais gravemente injusta. Isso porque ocorre lesão não apenas ao Estado, e aí não deixa de ser a toda coletividade, pois este age por nome e conta do grupo social, pelo menos o deveria, uma vez que os atos do Poder Público são regidos pelo interesse público. Mas, essa mesma lesão também atinge o patrimônio individual, ferindo os direitos e garantias individuais fundamentais trazidos pela nossa Constituição Federal⁴, como a inviolabilidade do direito à propriedade, art. 5º, XXII.

Aliás, a Carta Magna brasileira orienta todas as regras e princípios do nosso ordenamento jurídico em busca da justiça. Assim, mister se faz trabalhar no processo tributário os pressupostos constitucionais éticos da tributação, tendo em vista a conseqüente efetivação da justiça, bem como o afastamento de possíveis lesões, que uma má aplicação do direito processual poderia ocasionar nas relações econômico-fiscais.

1.1.2. Princípio da autotutela vinculada do ente tributante

A autotutela significa um trato unilateral concedido ao Estado diante de suas próprias ações, já que está sempre cuidando do interesse público. Logo, quando o Estado cria suas instituições lançadoras e arrecadoras passa a exercer a autotutela.

⁴ MORAES, Alexandre de (Org.). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. A Constituição Federal, doravante será referida pela sigla CF.

Está amarrada a critérios exclusivamente legais,

*vinculantes da atuação do agente público mesmo que esteja agindo em prol do interesse público, sem contar com elemento axiológico, a realização da justiça.*⁵

Para elucidação deste princípio, tomemos dois momentos nos quais é verificado: primeiro, no lançamento ou acerto da obrigação tributária, fase marcada pela vinculação da atuação do agente administrativo. Por outro lado, o segundo momento refere-se ao fenômeno do julgamento, que tem como objeto algum conflito de interesses deduzido do contribuinte em face do órgão administrativo com função julgadora.

Portanto, quando o Estado reúne meios céleres para atuação da norma tributária, observa-se o princípio da autotutela vinculada do ente tributante, que deve ser interpretado com reservas em face do princípio da justiça tributária.

1.1.3. Princípio da tutela efetiva em matéria tributária

Diz respeito ao conjunto de garantias constitucionais comuns a matérias processuais no tocante à realização dos direitos e deveres tanto do cidadão para com o Estado, nos casos de direito à restituição de imposto indevido, por exemplo, quanto deste para com aquele, na proteção contra evasões fiscais.

Deságua em duas ordens de idéias já bastante conhecidas e acolhidas pela Constituição Brasileira: o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) e o direi-

5 MARINS, Op. Cit., 122

to ao processo, sacramentado pelo princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF). Este, por seu turno, abrangendo o princípio do juiz natural e competente (art. 5º, XXXVII e LIII, da CF), do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e o princípio da igualdade processual (art. 5º, I, da CF).

1.1.4. Princípio da dualidade da cognição em matéria tributária

Refere-se à passagem da lide tributária por duas etapas de jurisdição. A administrativa, que corresponde ao processo administrativo tributário, bem como a esfera de jurisdição judiciária, isto é, o processo judicial tributário. Na prática, esse princípio se evidencia da seguinte forma, nas lições de Rubens Approbato Machado⁶:

A Administração Pública, diante do nascimento da obrigação tributária, procede à formalização do crédito tributário, através do procedimento do lançamento. É a fase oficiosa, na qual é constituído o crédito tributário. Em seguida, ocorre o momento da exigência desse crédito. Então, se o devedor pagar, a obrigação é extinta, porém, caso ele não o faça, inicia-se o processo contencioso. Nessa fase contenciosa, o sujeito passivo assume duas posições:

- a) Poderá resistir passivamente a exigência do crédito, à primeira vista, devido. Desse modo, a situação corresponde à área de jurisdição administrativa, o que equivale ser o processo administrativo tributário.

6 MACHADO, Rubens Approbato. *Processo tributário - administrativo e judicial*. In: GANDRA, Ives (Coord.) *Curso de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 787-822.

De um modo geral, entende-se por processo administrativo tributário o momento contencioso em que o contribuinte questiona a existência da obrigação constituída pelo procedimento do lançamento. É a oportunidade de discutir as características ou o montante da obrigação tributária perante o órgão administrativo competente.

b) Pode ocorrer, por outro lado, que o sujeito passivo (contribuinte) resista ativamente, impugnando a exigência do crédito tributário. Trata-se da área de jurisdição judicial, que denotará o **Processo Judicial Tributário**, núcleo do presente trabalho.

1.1.5. Princípio da diferenciação do processo tributário

Essa orientação decorre das peculiaridades que envolvem as lides tributárias.

Primeiramente, as obrigações tributárias em virtude de interesses públicos. São assumidas pelo cidadão em seu papel comprometido com a manutenção do Estado que, por sua vez, o serve enquanto busca atender as necessidades públicas. São obrigações de direito público e não de direito privado.

Ainda, é característica especial do Direito Tributário, apontada por Valdés Costa⁷ com propriedade, o fato de ser "o único ramo jurídico no qual o Estado assume a tríplice função de criador da obrigação, credor dela mesma e juiz dos conflitos que se apresentem".

Há um outro acentuado particularismo incutido nas relações tributárias. Em seus pólos figuram o cidadão,

7. Apud MARINS, Op. Cit., p. 87.

enquanto contribuinte, e o Estado; o que implica em situação delicada, na qual se conflitam as garantias individuais daquele e a supremacia do interesse público de outro lado, orientando a atuação do Estado. Levanta-se, então, a questão de se fazer saber até que ponto o Estado, como ente responsável pela solução das lides tributárias, deve afastar-se do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, que o rege, para que a justiça efetivamente se realize.

A necessidade de sopesar situações como essas exige o desenvolvimento de técnicas particulares que auxiliem no trato das relações tributárias, tão susceptíveis de indagações e frágeis conclusões potencialmente capazes de por em risco a segurança jurídica tributária.

1.2. Processo Judicial Tributário

O Processo Judicial Tributário tem antecedentes históricos "nas grandes lutas travadas na Europa, especialmente das quais foram vitoriosos os cidadãos contra o Poder Público"⁸. Essas conquistas permitiram ao contribuinte meios e instrumentos capazes de pôr em discussão os atos da administração tributária. Significando, pois, uma forma de controle da legalidade dos atos da administração tributária pelo Poder Judiciário.

A essa gama de medidas e ações judiciais, ordenadas pela finalidade de dirimir conflitos entre o contribuinte e o fisco, dá-se o nome de Processo Judicial Tributário.

8. ALVIM, José Manoel de Arruda, et al. *Novo processo tributário*. São Paulo: Rosineia Tributária, 1975, cap. 4, p. 145.

No sistema brasileiro, os mecanismos judiciais aplicáveis às relações tributárias se resumem às regras determinadas por ações no Código de Processo Civil⁹ e à legislação processual esparsa. No entanto, tal realidade não abrange com inteireza os anseios envolvidos numa relação tributária judicial, eivados de características singulares.

Além disso, insere-se no Direito Processual Civil, direcionado às lides de natureza civil, o Processo Judicial Tributário, por seu turno, voltado às relações judiciais tributárias de natureza pública.

Assim, através de um estudo detalhado de algumas ações tipicamente tributárias, realçando a identidade singular do Processo Judicial Tributário em cada uma delas, busca-se fornecer mais um motivo para que se proceda a uma sólida sistematização da disciplina.

2. COMPOSIÇÃO SISTEMÁTICA DO PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO

As ações tributárias sofrem uma coerente classificação que viabiliza a sistematização do Processual Judicial Tributário. Segundo as lições de Teresa Arruda Alvim¹⁰, elas podem ser: exacionais ou anti-exacionais. As primeiras são verificadas quando a Fazenda Pública integra o pólo ativo da lide tributária, enquanto que nas hipóteses em que o contribuinte figura como sujeito ativo, tem-se as ações anti-exacionais.

⁹ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro (Coord). *Código de Processo Civil*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Este Código, doravante será referido pela sigla CPC.

¹⁰ ALVIM, Op. Cit., p. 9.

Em direção a esse entendimento, cumpre analisar algumas ações, comumente utilizadas como remédios para os conflitos de natureza fiscal. Entre outras, destacam-se: as ações de execução fiscal e cautelar fiscal, cuja legitimidade ativa é própria do Estado, bem como o mandado de segurança, a ação de repetição do indébito fiscal, a ação declaratória e a ação anulatória de débito fiscal, estas postas à disposição do contribuinte irredimido com as ações ou omissões do Estado, relativamente à cobrança de tributos.

2.1. As Ações Tributárias Exacionais

2.1.1. Execução Fiscal

Muito embora tenha sido tratado em legislação própria, Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980, este procedimento especial é, na essência, assemelhado à execução regulada no Código de Processo Civil, entre seus arts. 621 e 628, ressalvadas algumas particularidades a serem analisadas neste capítulo.

Assim como toda execução forçada, a fiscal também exige um título executivo, líquido, certo e exigível. No caso, é a Certidão de Dívida Ativa (CDA) extraída do procedimento administrativo conhecido por inscrição, responsável pelo controle da legalidade do crédito com a apuração de sua certeza e liquidez.

A referida certidão é o título executivo extrajudicial (art. 585, VI do CPC) que possibilitará a Fazenda Pública dirigir-se ao judiciário para ter o valor de seu crédito saldado. A teor do art. 204 do CTN e art. 3º, parágrafo

único da Lei nº 6.830/80, nota-se que, na execução fiscal, a certeza e a liquidez constantes na Certidão de Dívida Ativa são relativas, sendo susceptíveis de prova em contrário para afastá-las. Tanto o é que a própria Lei de Execução Fiscal, art. 2º, § 8º, admite até a decisão de primeira instância ser a Certidão de Dívida Ativa substituída ou emendada.

Proposta a ação e citado o devedor o executado terá o prazo de 5 (cinco) dias para pagar a dívida, extinguindo o processo, ou garantir a execução, nomeando bens a penhora ou mediante depósito em dinheiro ou fiança bancária (art. 9º da Lei nº 6.830/80). Se nenhuma dessas hipóteses ocorrer, a Fazenda Pública, autorizada pelo art. 10 da LEF, irá penhorar tantos bens quantos bastem para quitar a dívida. Ressalte-se, entretanto, a vedação de assim proceder com relação a alguns bens cujo caráter de impenhorabilidade impede, como é o caso dos bens de família, salvaguardados pela Lei nº 8.009/90¹¹.

Parece válido, em virtude do objeto deste trabalho, visando melhorar a compreensão da matéria, assinalar alguns aspectos polêmicos e específicos da ação de execução fiscal. Primeiramente, no que diz respeito à responsabilidade dos sócios quando a execução recair sobre os bens da sociedade. Sobre isso, entende o STJ¹² que mesmo não constando na Certidão de Dívida Ativa o nome do

11 BRASIL, Lei nº 8.009 de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade dos bens de família. LOPES, Maurício, Op. Cit.

12 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. EXECUÇÃO FISCAL – Bens de Sócio – Responsabilidade dos Sócios. Substituição tributária – Mesmo que não conste na certidão de dívida ativa o nome do sócio-gerente, não ficam excluídos da penhora os bens do mesmo. Afirma, sócio-gerente também é responsável por dívida tributária resultante de atos praticados com infração à lei; sendo esta uma hipótese de substituição tributária e responsabilidade principal. Recurso Extraordinário nº 7.387-0, de 1ª turma, Brasília, DF, 18 de novembro de 1992. In: CASTRO, p. 439.

sócio-gerente como devedor, não ficam excluídos da penhora os bens do mesmo. Cuida-se de substituição tributária pela transformação da responsabilidade dos sócios em principal, nos casos de não pagamento reiterado de impostos por anos e anos, constituindo este ato verdadeiro ilícito (art. 135 do CTN).

Uma outra questão, que merece algumas linhas, refere-se à forma da citação que, nos executivos fiscais, pode ser feita por correio diferentemente do que ocorre nas execuções do processo civil. (art. 8º, II da Lei nº 6830/80).

E, finalmente, discute-se a constitucionalidade do art. 34 da Lei nº 6.830/80 que dispõe: “Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, só se admitirão embargos infrigentes e de declaração”. Tal preceito restringe o reexame necessário das execuções fiscais de pequeno valor, demonstrando afronta ao direito à ampla defesa que, ao lado do contraditório, constituem a garantia do devido processo legal, assegurada pela Constituição pátria no art. 5º, incisos LIV e LV.

2.1.2. Ação Cautelar Fiscal

Instituída pela Lei nº 8.397/92¹³, trata-se de instrumento judicial cuja finalidade é garantir a eficácia de uma tutela jurisdicional de conhecimento ou execução sempre que houver fundado receio de uma das partes, antes do julgamento da lide, causar lesão grave ou de difícil reparação ao direito da outra parte.

13 BRASIL, Lei nº 8.397 de 05 de janeiro de 1992. Institui medida cautelar fiscal e dá outras providências. LOPES, Maurício, Op. Cit.

A ação cautelar fiscal tem como partes, no pólo ativo, a Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou suas respectivas autarquias (art. 1º da Lei nº 8.397/92) e, no pólo passivo, o contribuinte. Apresenta uma característica especial, terá como processo principal correspondente a garantir, a ação de execução fiscal, uma vez que a titularidade desta pertence à Fazenda Pública.

A finalidade dessa ação, conforme leciona Cleide Previtalli¹⁴, é

evitar que o devedor deixe de pagar o que deve, desfazendo-se de seus bens ou ocultando-se propositalmente a fim de safar-se do cumprimento da obrigação.

Enfim, mister se faz abordar determinados aspectos que cercam a matéria em virtude de sua especificidade no âmbito do direito processual tributário, senão vejamos:

a) Por força do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, a regra do art. 7º da Lei nº 8.397/92 dispensa a Fazenda Pública de justificação prévia e de prestação de caução, o mesmo não ocorrendo no processo cautelar tratado no CPC. Isso porque se trata de crédito constituído pela Administração Pública, esta que, por seu turno, se baseia em princípios como a legalidade e moralidade que afastam dúvidas quanto à certeza e liquidez do mencionado crédito. Afinal, um crédito dessa natureza não satisfeito interessa a todos os cidadãos, porque uma vez nos cofres públicos, seria revertido à coletividade, mediante prestação de serviços e obras.

b) Ainda, em relação ao prazo de que dispõe o autor da cautelar para ajuizar a ação principal quando aquela for

14 CAIS, Op. Cit. p. 466

preparatória, diz o art. 11 da Lei nº 8.397/92 que a Fazenda Pública terá um prazo de 60 (sessenta) dias para propor a ação principal sob pena de cessar a eficácia da medida cautelar concedida, ao passo que, no processo civil, o prazo para esse mesmo procedimento é de apenas 30 (trinta) dias, segundo preceitua o art. 808 do CPC. Além disso, esse prazo somente começará a fluir a partir da data em que a exigência fiscal se tornar irrecorrível na esfera administrativa, significando dizer que a "liminar perdurará por tempo indefinido, já que o processo administrativo fiscal é verificadamente longo", concordando neste ponto com Cleide Previtalli¹⁵.

2.2. As ações Tributárias Anti-Exacionais

2.2.1. Mandado de segurança

De acordo com o texto constitucional, art. 5º, LXIX e, mais especificamente, com o art. 1º da Lei nº 1.533/51¹⁶, o mandado de segurança consiste num mecanismo de defesa contra a prática de ato de ilegalidade ou de abuso de poder pela autoridade competente, que venha a lesar ou ameaçar de lesão um direito líquido e certo, que não esteja resguardado por *Habeas corpus* ou *Habeas data*.

Em matéria tributária, é freqüente se verificar a aplicação da ação mandamental. Isso porque através do tributo (incluindo aspectos de sua exigibilidade e atuação do fisco) o Poder público pratica atos de autoridade que muitas vezes se aproximam do abuso de direito ou da ilegalidade, em razão do poder soberano do Estado.

15 Idem, p. 471

16 BRASIL, Lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951. Altera as disposições do Código de processo civil relativas ao mandado de segurança. LOPES, Mauricio, Op. Cit.

Afinal, as obrigações tributárias decorrem da lei e não da vontade das partes. Por isso, conforme apregoa Rubens Approbato,¹⁷

[...] basta que a autoridade exija do sujeito passivo o cumprimento de algo que não represente essa obrigação, para que se afigure a prática de uma ilegalidade, que pode ser desfeita juridicamente por via do mandado de segurança.

Logo, considerando tamanha interferência do Estado no âmbito patrimonial dos contribuintes, vê-se no mandado de segurança um eficiente instrumento de "controle estatal"¹⁸, sendo igualmente um meio de proteção de direitos individuais. Sua eficácia se apresenta, sobretudo, através da possibilidade de concessão de liminar.

É uma ação que apresenta relevante importância no campo do Processo Judicial Tributário, uma vez que a concessão de medida liminar em mandado de segurança suspende o crédito tributário nos termos do inciso IV, art. 151, do CTN. Isso acontece, mesmo sem qualquer caução prestada pelo impetrante, pois, não se tem em vista o ressarcimento de danos e, sim, discute-se a violação pela Autoridade Pública, de um direito líquido e certo do indivíduo.

Para concessão de liminar não se exige a realização de depósito do valor do tributo questionado, basta a prova inequívoca do direito líquido e certo, bem como a evidência do *periculum in mora*. O depósito, nesses casos,

é ato judicial voluntário praticado pelo sujeito passivo da obrigação tributária diante do perigo da retroatividade dos efeitos da cassação da liminar numa eventual decisão denegatória da segurança de acordo com as lições de Kiyoshi Harada¹⁹.

É sempre bom lembrar que o depósito é, por si só, hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, conforme descreve o art. 151, II, do CTN, desde que efetuado no montante integral do débito, seja em sede de ação mandamental, ou ação ordinária qualquer, que vise impugnar a exigência de determinado tributo. Logo, não se confunde com requisito de admissibilidade das ações judiciais, o que representaria uma afronta ao princípio do acesso à Justiça, garantido no art. 5º, XXXV, da CF.

Igualmente suspende a exigibilidade do crédito tributário a decisão que antecipa os efeitos da tutela judicial pretendida, a teor do art. 151, V, do CTN, hipótese acrescida pela Lei complementar 104/01. A ela se aplicando, no que for compatível, as mencionadas interpretações das regras do mandado de segurança em matéria tributária.

Sabe-se que a concessão de liminar, no mandado de segurança, somente será suspensa após decisão definitiva que venha a negar a segurança pleiteada ou antes desta quando se tratar de casos de relevante interesse público (evitando lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública), devendo ser ordenada pela mais alta autoridade do Tribunal competente, conforme excepciona a Lei n.º 4348/64.

17 MACHADO, Op. Cit., p. 808

18 BASTOS, 1982 apud MACHADO, Op. Cit., p. 197

19 HARADA, Kiyoshi. Mandado de Segurança e Medidas Cautelares Inominadas: efeitos da cassação de liminar. Disponível em: <<http://www.tributario.com>>. Acesso em 24 out. 2000.

Uma questão parece ser essencial para melhor trato das lides tributárias em sede de mandado de segurança, suscitada pela apreciação da Súmula 239 do STF²⁰, dos efeitos da sentença no mandado de segurança.

No Brasil, os maiores impostos são continuativos ou de auto-lançamento, como, por exemplo, o IPI, o ICMS e o ISS, todos extraídos de relações jurídicas continuativas, de trato sucessivo, ou seja, daquelas relações substanciadas em ato coator já realizado ou a realizar-se no futuro próximo, facilmente previsível. Considerando a citada súmula, juntamente com a súmula 266 também do STF²¹, poder-se-ia dizer que não cabe mandado de segurança contra atos futuros que envolvam a mesma relação jurídica tributária da qual advém o tributo que se pretende afastar através da ação mandamental.

Mas sobre essa realidade ensina Rubens Approbato²² que:

A sentença judicial no mandado de segurança não tem efeito normativo, não generaliza as normas de comportamento para casos futuros, incertos e indeterminados. Mas se o ato impugnado for daqueles repetitivos, continuados, não concebível imaginar o sujeito passivo da obrigação tributária ser forçado, na prática ou na abstenção de cada ato, a impetrar um mandado de segurança para o mesmo tipo de relação.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 236. Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores p. 886. In: LOPES, Maurício. Op. Cit.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 266. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese p. 989. Idem.

22 MAGHADO, Op. Cit. p. 813

Nesse sentido, admite-se ação mandamental contra atos de trato sucessivo, embora futuros, inobstante certos e determinados, evitando que o contribuinte tenha que se socorrer da via mandamental para proteger seu direito, todas as vezes em que se der a ilegalidade ou abuso de poder pela autoridade fazendária, concernente a tributos de relação continuada.

2.2.2. Ação de repetição do indébito tributário

Nesta oportunidade, portanto, será abordada a ação de repetição de indébito apenas no seu âmbito judicial, atendendo a proposta inicial deste trabalho, não ignorando, contudo, a possibilidade se ser interposta na via administrativa, através de requerimento formulado perante a autoridade administrativa competente.

A ação de repetição de indébito fiscal é instrumento legítimo disponível ao contribuinte que se encontre em situação de desequilíbrio em relação a prestação de suas obrigações tributárias já quitadas, porém indevidas por qualquer dos motivos elencados de modo não exaustivo no art. 165 do CTN.

Um aspecto merece ser destacado: a legitimidade para pleitear tal devolução. Em princípio, pertence ao sujeito passivo (contribuinte) que suportar o encargo pelo pagamento do tributo indevido, ou seus sucessores. Todavia, quando se trata de repetição do indébito de impostos tidos como indiretos, regulada no art. 166 do CTN, a regra passa a ser outra. Tais impostos são comuns, por exemplo, nas operações que envolvem circulação de mercadorias e serviços sobre as quais incide ICMS. Tome-

mos o caso do comerciante e do consumidor de alimentos, quando este paga já no preço da mercadoria o tributo recolhido por aquele. Nessas hipóteses, o contribuinte de direito não é a mesma pessoa do contribuinte de fato, então, inadmissível seria a repetição de indébito de tributos indiretos, conforme súmula 71 do STF²³, pois nem o contribuinte de fato nem o de direito teriam legitimidade para tanto diante da dificuldade de vislumbrar o repasse do encargo fiscal.

De acordo com o CTN, art. 166, será possível a restituição dos impostos indiretos se o chamado contribuinte de direito tiver assumido o encargo financeiro do tributo ou, se não o tiver assumido, provar que está autorizado a receber a restituição, expressamente, pelo terceiro (contribuinte de fato) a quem o encargo tenha sido transferido. Solução confirmada pelo STF²⁴, súmula 546, pondo fim às discussões sobre a questão.

Dessa maneira, vincula-se o contribuinte de direito a comprovar, em pleiteando restituição de impostos indiretos, por seus livros e arquivos que não agregou o tributo ao preço da mercadoria/serviço em operações de circulação (assumindo o encargo) ou, se o agregou, que está autorizado pelo contribuinte de fato a receber a restituição.

Por outro lado, a legitimidade passiva é atribuída à pessoa jurídica que seja titular do respectivo tributo por ordem da Constituição Federal. Assim, aquelas pessoas, responsáveis apenas pela arrecadação de um determinado tributo, não têm legitimidade passiva.

23 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 71. Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto. p. 983. In: LOPES, Maurício. Op. Cit.

24 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 546. p. 993. Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de facto o quantum respectivo. In: Idem.

Outro aspecto relevante, diz respeito ao prazo para a promoção da ação que é de 5 anos. A maneira de contagem difere conforme for o caso. Assim, temos que, ocorrendo as hipóteses descritas nos incisos I e II do art. 165 do CTN, a contagem far-se-á da data do pagamento e, no caso do inciso III, da data em que se tornou definitiva a decisão administrativa ou em que transitou em julgado a decisão judicial da reforma, anulação revogação ou rescisão da decisão condenatória.

No tocante à correção monetária e aos juros aplicáveis na restituição do indébito fiscal, para parte dos autores, como Cleide Previtali²⁵, o entendimento, que estipula como início da incidência dos juros o dia do trânsito em julgado da decisão definitiva que determinar a restituição, da interpretação do art. 167, deveria ser restringido pela inteligência da súmula 162 do STJ²⁶ em face do princípio da equidade. Logo, concluem que assim como a correção monetária, os juros de mora deveriam ser aplicados em 1% ao mês sobre o valor do principal desde do recolhimento indevido, uma vez que incidem em razão da própria mora, e mais, o objetivo da restituição é restaurar o patrimônio do contribuinte que recolheu tributo indevido, evitando o locupletamento da Fazenda Pública às custas de terceiros.

Parece relevante dedicar que é, sim, admissível a compensação tributária de valores pagos indevidamente pelo indivíduo que arcou com o encargo no recolhimento, em relação a um débito do mesmo sujeito com a Fazenda Pública.

25 CAIS, Op. Cit., p. 337

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 162. Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido. In: LOPES, Maurício. Op. Cit.

Esse assunto vem sendo tratado na Lei nº 8.383/91²⁷ que, no art. 66, vem permitindo a quitação da obrigação tributária por meio de compensação de valores restituendos. Entretanto, essa regra sofre restrição do art. 170-A, (incluído no CTN pela Lei Complementar n. 104/2001) que veda a compensação, mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Ressalte-se que a redação originária da Lei nº 8.383/91 exigia a compensação de valores tributários de mesma espécie, ou seja, impostos com impostos, taxas com taxas etc. Redação essa, porém, modificada pelo art. 74 da Lei nº 9.430/96²⁸, regulamentada pelo Decreto 2.138 de 97, passando a permitir a compensação de créditos de diferentes espécies, não exigindo sequer a mesma destinação constitucional, mas, tão-somente, que fossem administrados pela Secretaria da Receita Federal.

O contribuinte, então, dentro dessas condições, poderá realizar a compensação por sua conta e risco, ficando sujeito a fiscalização pelo Fisco no tocante aos cálculos e à natureza do crédito. A extinção ficará condicionada à homologação pela autoridade competente, que poderá ser determinada pela autoridade judiciária se for o caso.

A grande vantagem é que, na compensação de créditos, não é necessário a expedição de precatório para

27 BRASIL, Lei nº 8.383 de 30 de dezembro de 1991. *Institui a unidade fiscal de referência, altera a legislação do imposto de renda, e dá outras providências.* In: BRASIL, *Código Tributário Nacional*. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Windt e Lívia Céspedes. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

28 BRASIL, Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996. *Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências.* In: *CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL*. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

satisfação do direito do contribuinte, procedimento comum para pagamento dos créditos pela fazenda pública, pois a quitação dos débitos é automática, tornando-se mais efetiva a tutela jurisdicional.

2.2.3. Ação declaratória

Tem como fundamento a regra do art. 4º do CPC e em matéria tributária se governa por três propósitos fundamentais: a) declarar a inexistência da obrigação tributária, b) declarar imunidade ou isenção fiscal do sujeito passivo ou c) declarar importe menor a ser pago a título de tributação. Explica com propriedade Manoel Arruda Alvim²⁹ que a ação declaratória será positiva quando seu objetivo for reconhecer o direito de pagar uma quantia menor de certo tributo, ao passo que, negativa será quando almejar nada pagar.

A ação declaratória, por si só, não inibe a execução fundada em débito fiscal, exceto, se intentada cumulativamente com o depósito no valor integral que lhe é exigido pelo Fisco, condição que promove a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, segundo dispõe o CTN, art. 151, II. O depósito, aqui, não significa um requisito de admissibilidade para a propositura da ação declaratória, conforme se pode apreender a partir de uma primeira leitura do art. 38 da Lei nº 6.830/80, o que seria verificar uma clara lesão ao direito ao acesso à Justiça ou universalidade da jurisdição, elevado a princípio pela CF, art. 5º, XXXV.

29 ALVIM, Op. Cit., p. 169

2.2.4. Ação anulatória de débito fiscal

É uma ação movida pelo contribuinte contra a Fazenda Pública no intuito de desconstituir ou anular o lançamento fiscal, tornando sem efeito, total ou parcialmente, o crédito tributário dele decorrente.

Com o lançamento, discutida ou não a sua legalidade no processo administrativo, o sujeito passivo poderá ingressar em juízo pleiteando a anulação do crédito tributário assim formalizado. Daí porque se atribui à existência do lançamento a condição de pressuposto para o ajuizamento da ação anulatória fiscal. Condição diferenciadora das ações declaratórias, que prescindem da existência prévia do lançamento fiscal.

Em razão da redação do art. 858, §1º do CPC e do princípio da inafastabilidade do interesse público, a discussão advinda da ação anulatória não inibe os atos de execução pela Fazenda Pública. O processo de execução somente será obstado quando a exigibilidade do crédito tributário, objeto da cobrança, for suspensa, nas hipóteses do art. 151, do CTN. Dentre elas há o depósito como meio hábil a ser utilizado nas ações ordinárias, tanto anulatórias quanto declaratórias. Deve-se, contudo, ter em conta que, embora interrompa a correção monetária, o referido depósito não afasta a incidência de juros de mora caso a ação venha a ser julgada improcedente.

Já é entendimento pacificado que a citada previsão de depósito, mais especificamente sua relação com a suspensão do processo de execução em face da regra do art. 38 da Lei nº 6.830/80, não constitui pressuposto de

admissibilidade para ação anulatória de débito fiscal, o que seria inconstitucional diante do princípio do acesso à justiça, salvaguardado pela constituição pátria no art. 5º, XXXV.

Outrossim, sob uma visão mais racional, e menos emotiva, pode-se interpretar que a exigência do depósito é uma garantia preventiva do devedor, afinal, o crédito goza de certeza e liquidez, embora relativa, mas que se constituiu sobre os princípios que regem os atos da Administração Pública, legalidade, moralidade etc. Além disso, em face da supremacia do interesse público sobre o privado, é provável que o contribuinte seja de fato devedor, inobstante, lhe sejam garantidos todos os meios processuais cabíveis de questionar tal condição (presunção *juris tantum*).

Enfim, observa-se que, entre as ações tributárias aqui destacadas, há muitas questões polêmicas resultantes de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários que ainda não se encontram tutelados no sistema positivo, sequer o processual civil.

3. ANÁLISE COMPARATIVA DO SISTEMA BRASILEIRO COM O SISTEMA PORTUGUÊS

Destaca-se, nos dias de hoje, a experiência vivida no sistema positivo português, que abrange um conjunto de evoluídos e eficazes mecanismos de soluções das lides tributárias.

O regime jurídico das discussões tributárias em Portugal é determinado pelo Código de Procedimento e Processo Tributário – Decreto-lei n.º 433 de 26 de outubro

de 1999³⁰. Trata-se de um dos diplomas modernos mais completos de Direito processual tributário.

Soares Martínez³¹ acentuando a importância da especialização afirma que:

A competência dos julgadores e a celeridade do processo foram frequentemente inovados em defesa da especialização. Porque a legislação fiscal é vasta, complexa e fértil em particularidades, tem-se afirmado que sendo a jurisdição em matéria tributária cometida aos tribunais ordinários, comuns, há sempre a recear que, por falta de especialização desses tribunais, as decisões, em tal plano, se mostrem não apenas mais morosas como também menos bem fundadas.

Em Portugal, essa especialização se dá através de órgãos judiciais especializados em matéria tributária; são denominados tribunais tributários.

Além disso, o sistema português compreende o processo tributário em duas fases, notadamente a administrativa e a judicial. O que está em consonância com as considerações feitas anteriormente.

Em linhas gerais, esse sistema bifásico desenvolve-se da seguinte maneira: "Ultrapassada a fase administrativa para apuração do crédito tributário, abre-se a via da discussão judicial que se faz através do processo de impugnação judicial com regime jurídico particular e próprio das lides tributárias"³².

30 PORTUGAL. Código de procedimento e de processo tributário: Decreto-lei 154/91. Lisboa: Ects, 1992.

31 Apud MARINS, Op. Cit., p. 97

32 MARINS, Op. Cit., p. 82

Como contribuição original, o Decreto-lei português 154/91 traz as soluções para os conflitos fiscais de um modo muito especial.

De acordo com os arts. 123 e 124, a petição da impugnação judicial (que deve ser apresentada no prazo de 90 dias) será apresentada na repartição de finanças onde haja sido ou deva, legalmente, considerar-se praticado o ato. Cabe à própria repartição de finanças, recebedora da petição, organizar o processo antes da sua remessa a juízo. (art. 129)

Recebido o processo no juízo competente, juntado o parecer do representante da Fazenda Pública (ou decorrido o prazo), e após vista ao Ministério Público, o juiz conhecerá logo do pedido se a questão for apenas de direito, ou, sendo também de fato, o processo fornecerá os elementos necessários, segundo o art. 132.

Uma área na qual o atual Código português se destaca, e ao que nos serve para sustentação do tema, segundo explica Saldanha Sanches³³:

É no fornecimento de sinais normativos que acentuam a autonomização do processo fiscal em relação ao processo civil. Isso se deve a indicação feita pelo código das leis subsidiárias, onde a descida de posição do Código de Processo Civil deverá ser entendida como reconhecimento que, em princípio, estando perante um litígio de direito público, será mais fácil encontrar em leis do processo administrativo, como o Estatuto do Tribunais Administrativos e fiscais ou a Lei do processo dos Tribunais Administrativos.

33 SANCHES, José Luís Saldanha. O novo processo tributário português. Revista de direito tributário, n. 59, p. 54.1999.

Essa sistematização definiu, entre as suas finalidades, a simplicidade e a eficácia, pretendendo assegurar não só a certeza, como a celeridade na declaração e realização dos direitos tributários, condição essencial para se alcançar de fato a justiça fiscal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse soar, torna-se de suma importância para o direito pátrio, a construção teórico-doutrinária do Processo Judicial Tributário para preencher os vazios da lei e orientar a aplicação do excesso delas, em matéria tributária, na busca pelas soluções das lides de natureza fiscal.

O processo tributário, vimos, enraiza-se nas delicadas obrigações tributárias, geneticamente constitucionais. É marcado por todas as peculiaridades contidas nessas relações, e tal condição, não encontra paralelo válido em qualquer outra vertente disciplinar do direito. Exigindo uma abordagem mais apropriada às suas particularidades.

Além disso, é necessário também por ordem à intensa pluralidade de normas tributárias que inflam nosso sistema jurídico positivo. Cuida-se de uma impraticável e, sim, soberana tutela legislativa que se afigura potencialmente onerosas ao cidadão, já tão maltratado pelos nossos tempos, onde o individualismo e o constante jogo de poderes, que regem os Estados, ditam as regras. A sistematização do processo tributário surgiria como uma maneira a mais de proteger o cidadão (contribuinte) dessa desagradável tendência mundial, operacionalizando as regras de tributação e limitando o poder tributante, nesse sentido.

O enquadramento do processo tributário, como um ramo autônomo da ciência do Direito, não significa a quebra da interdisciplinariedade que auxilia na interpretação da ciência do Direito. Outrossim, intenta destacar, nesse quadrante, o processo tributário, enquanto matéria disciplinar, desassociado de sua atual condição híbrida, que o coloca espremido entre o Processo Civil e o Direito Tributário.

O disciplinamento da matéria, sem a pretensão de resolver todos os problemas dessa ordem, visto que resultam de um antiga herança que envolve, entre outras coisas, muita vontade política, pode ao menos abrandar a fluida situação que permeia a segurança jurídica tributária.

O intento para uma organização mais comprometida do Processo Judicial Tributário merece ser discutido e refletido por todos aqueles que se preocupam, de fato, com a segurança dos direitos individuais do contribuinte, bem como, com a garantia do melhor desempenho possível, ou seja, o mais próximo da justiça tributária, que possa alcançar o Estado no exercício de suas atividades fiscais.

Essa sistematização definiu, entre as suas finalidades, a simplicidade e a eficácia, pretendendo assegurar não só a certeza, como a celeridade na declaração e realização dos direitos tributários, condição essencial para se alcançar de fato a justiça fiscal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse soar, torna-se de suma importância para o direito pátrio, a construção teórico-doutrinária do Processo Judicial Tributário para preencher os vazios da lei e orientar a aplicação do excesso delas, em matéria tributária, na busca pelas soluções das lides de natureza fiscal.

O processo tributário, vimos, enraíza-se nas delicadas obrigações tributárias, geneticamente constitucionais. É marcado por todas as peculiaridades contidas nessas relações, e tal condição, não encontra paralelo válido em qualquer outra vertente disciplinar do direito. Exigindo uma abordagem mais apropriada às suas particularidades.

Além disso, é necessário também por ordem à intensa pluralidade de normas tributárias que inflam nosso sistema jurídico positivo. Cuida-se de uma impraticável e, sim, soberana tutela legislativa que se afigura potencialmente onerosas ao cidadão, já tão maltratado pelos nossos tempos, onde o individualismo e o constante jogo de poderes, que regem os Estados, ditam as regras. A sistematização do processo tributário surgiria como uma maneira a mais de proteger o cidadão (contribuinte) dessa desagradável tendência mundial, operacionalizando as regras de tributação e limitando o poder tributante, nesse sentido.

O enquadramento do processo tributário, como um ramo autônomo da ciência do Direito, não significa a quebra da interdisciplinariedade que auxilia na interpretação da ciência do Direito. Outrossim, intenta destacar, nesse quadrante, o processo tributário, enquanto matéria disciplinar, desassociado de sua atual condição híbrida, que o coloca espremido entre o Processo Civil e o Direito Tributário.

O disciplinamento da matéria, sem a pretensão de resolver todos os problemas dessa ordem, visto que resultam de um antiga herança que envolve, entre outras coisas, muita vontade política, pode ao menos abrandar a fluida situação que permeia a segurança jurídica tributária.

O intento para uma organização mais comprometida do Processo Judicial Tributário merece ser discutido e refletido por todos aqueles que se preocupam, de fato, com a segurança dos direitos individuais do contribuinte, bem como, com a garantia do melhor desempenho possível, ou seja, o mais próximo da justiça tributária, que possa alcançar o Estado no exercício de suas atividades fiscais.

5. REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Pellegrini Arruda. **Mandado de segurança no direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ALVIM, José Manoel de Arruda et al. **Novo processo tributário**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

ALVIM, Teresa Arruda. Processo Tributário. In: _____ (Org.). **Repertório de jurisprudência e doutrina sobre Processo Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, cap. 3, p. 7-22.1994.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Mandado de Segurança e sua aplicabilidade ao direito tributário. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n.75, p.219, 2000.

BOTTALLO, Eduardo Domingos. Repetição do indébito tributário e o art. 166 do CTN, **Revista de Direito Tributário**, São Paulo: n.75, p. 219, 2000.

BRASIL. **Código tributário nacional**. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAIS, Cleide Previtali. **O Processo Tributário**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 582 p. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio; v. 22).

CASTRO, Alexandre Barros. **Teoria e prática do direito processual tributário**. São Paulo: Saraiva, 566 p., 2000.

CAMPOS, Dejalma de. **Direito processual tributário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 262 p., 2000.

HARADA, Kiyoshi. **Mandado de segurança e medidas cautelares inominadas: efeitos da cassação de liminar**. Disponível em: <<http://www.tributario.com>>. Acesso em: 24 out. 2001.

LOPES, Maurício Antônio Lopes (Coord.). **Código de processo civil**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Rubens Approbato. Processo tributário – administrativo e judicial. In: MARINS, James. **Princípios fundamentais do direito processual tributário**. São Paulo: Dialética, 1998.

MORAES, Alexandre de (Org.). **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 18. ed., São Paulo: Atlas, 2002.

SANCHES, José Luís Saldanha. O novo processo tributário português. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 59, p. 47-55, 1999.

DA NÃO INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OS ATOS COOPERATIVOS

Fábio Muniz Guerra Nery

Advogado e Consultor Jurídico. Aluno da Escola Superior
da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE

SUMÁRIO

1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ISS NO BRASIL; 2. LISTA DE SERVIÇOS TAXATIVOS OU EXEMPLIFICATIVOS; 3. DA NÃO INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OS ATOS COOPERATIVOS; 4. ASPECTOS DA ILEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO DE ISS SOBRE ATOS COOPERATIVOS; 5. DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA; 6. CONCLUSÃO; 7. REFERÊNCIAS

1. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ISS NO BRASIL

Parte da doutrina¹ entende que a tributação dos serviços no Brasil surgiu com D. João VI, na edição do ALVARÁ, em 20 de outubro de 1812.

De fato, com a CFRB/46, os Municípios passaram a ter competência sobre o chamado *imposto de indústrias e profissões*.

Em janeiro de 1965, teve início uma reforma constitucional tributária, que culminou com a Emenda Constitucional n.º 18, de 1.º de Dezembro de 1965, a qual dispôs em seus arts. 12 e 15, a regulação para o então ICM e o ISS, respectivamente².

1 MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. II, p. 135.

SOUZA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. [s.l.]: Edições Financieiras SA, 1952. p. 414.

DEODATO, Alberto. *Manual de Ciências das Finanças*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 279.

2 Art. 15. Compete aos Municípios o imposto sobre serviços, de qualquer natureza, não compreendidos na competência tributária da União e dos Estados.
Parágrafo único: Lei complementar estabelecerá critérios para distinguir as atividades a que se refere este artigo das previstas no Art. 12.

Em 31 de dezembro de 1968, foi editado o Decreto-Lei n.º 406/68 que reformulou o ISS. Apesar de ser materialmente um Decreto Lei, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a sua natureza de lei complementar, em razão da matéria de que tratou. Assim, ficou afastada a inconstitucionalidade da norma decorrente de erro material.

O Art. 71 do CTN (de 1966) elencou, de forma genérica, os serviços assim considerados para fins de tributação do ISS.

Mas foi o DL 406/68 que regulou o imposto, a competência dos Municípios, o fato gerador, o contribuinte, a base de cálculo, entre outros, e também instituiu a lista de serviços que sofrem incidência do ISS.

Em 15 de Dezembro de 1987, a Lei Complementar n.º 56/87 deu nova redação à lista de serviços referida no Art. 8.º do DL 406/68, ampliando para 100 itens tributáveis.

Finalmente, a Lei Complementar 101/99 aumentou de 100 para 101 os itens tributáveis.

Recentemente, foi publicada, no Diário Oficial da União de 01.08.2003, a Lei Complementar n.º 116, de 31/07/2003, que aprovou a ampliação da base de arrecadação do ISS, estendendo a cobrança para setores que antes não recolhiam o imposto, como consultorias, empresas de informática, serviços bancários e outros. O projeto amplia a base de cobrança do ISS (Imposto sobre Serviços), que é o principal imposto municipal, de 101 para cerca de 240 serviços.

O conceito legal do ISS está disposto na Constituição da República vigente, em seu Art. 156, III, que dispõe:

Art. 156 – Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

No Município do Recife, o ISS é regulado no Código Tributário Municipal, representado pela Lei n.º 15563/91, de modo que cada município regula a matéria por leis próprias, inclusive editando a própria lista dos serviços tributáveis pelo imposto.

2. LISTA DE SERVIÇOS: TAXATIVA OU EXEMPLIFICATIVA?

A despeito da discussão doutrinária sobre o tema, o STF já se pronunciou, adotando a tese de que é **taxativa a lista de serviços do DL 406/68**.

A principal alegação de que a lista de serviços deve ser taxativa é a de que o Princípio da Legalidade, previsto no Art. 150 da CF, veda a cobrança de tributo sem lei que o estabeleça.

Assim, o serviço que não estiver expressamente disposto na lista, não pode ser tributado, sob pena de infringir o princípio da legalidade.

O STJ assim manifestou-se:

16059031 – PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – ISS – NÃO INCIDÊNCIA – SERVIÇOS BANCÁRIOS – TAXATIVIDADE DA LISTA ANEXA AO DECRETO-LEI N.º 406/68 – 2.

Consoante iterativa jurisprudência da Corte não incide ISS sobre os serviços bancários não incluídos na lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, que é taxativa. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ – RESP 68876 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Paulo Gallotti – DJU 01.08.2000 – p. 00218)

16048868 – TRIBUTÁRIO – ISS: DL Nº 406/68 – SERVIÇO DE TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA – 1. A jurisprudência do STF, e desta Corte, desenvolveu-se no sentido de entender ser taxativa a lista de serviços do DL n. 406/68. 2. Inadmissibilidade de interpretação extensiva ou analógica. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ – Ac. 199300137891 – RESP 35164 – RJ – 2ª T. – Rel. Min. Eliana Calmon – DJU 08.03.2000 – p. 00094).

Assim, a lista é taxativa, no geral, e exemplificativa, em alguns dos seus itens, porque contém as expressões “e outros” e “congêneres”. Nesse sentido, admite-se interpretação extensiva ou analógica para as diversas atividades enunciadas, mas isso não se confunde com analogia, sob pena de ilegalidade da cobrança.

3. DA NÃO INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OS ATOS COOPERATIVOS

O cooperativismo no Brasil é regido pela Lei n.º 5.764/71, possui tutela especial pela Constituição Fe-

deral da República do Brasil, de 1988, e foi abrangido pelo novo Código Civil³, possuindo, pois, regime jurídico definido em lei.

Para a execução de suas atividades fins, é mister que a cooperativa defina em seu estatuto de constituição os seus objetivos sociais, assim como qualquer empresa, delimitando sua área de atuação.

E é na defesa econômico-social dos seus associados, por meio de ajuda mútua, que a cooperativa exerce os denominados *atos cooperativos*.

Assim, com as devidas ressalvas, praticamente inexistente distinção entre o ato praticado pela Cooperativa e pelo seu associado, que é conceituado de *ato cooperativo*, diferenciando-a dos demais tipos de sociedades.

O ato cooperativo não se dirige ao mercado, mas sim aos seus associados, assim determinando o § único do Art. 79 da Lei n.º 5.764/71, que este ato *não implica operação de mercado, nem compra e venda de produto ou mercadoria*:

Art. 79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

³ BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2003. Art. 1.093: A sociedade cooperativa reger-se-á pelo disposto no presente capítulo, ressalvada a legislação especial.

Assim, a cooperativa não pratica atividade econômica, sendo uma entidade jurídica *fictícia*, entre a situação fática *real* de um sócio cooperado perante seus clientes.

Conclui-se que a cooperativa não pode ser o contribuinte responsável pelo recolhimento do ISS decorrente da prestação de serviços pelo sócio cooperado, uma vez que cabe a este o recolhimento individual na qualidade de autônomo, enquanto aquela pratica *tão somente atos cooperativos de intermediação* entre o solicitante do serviço e o associado que irá efetuar-lo.

Esse entendimento recebeu guarida do renomado autor JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES⁴, ao lecionar que:

O ISS não incide sobre o contrato, senão sobre a efetiva prestação do serviço (p. 53)... A sua hipótese de incidência não é descritível assim: contratar serviços, senão por outra fórmula: prestar serviços de qualquer natureza (p. 55)... A empresa de seguro saúde não é prestadora de serviço, apenas os hospitais credenciados o são (p. 62)... Não pode a lei, a seu talante, desvirtuar a sujeição passiva dita indireta a ponto de fazer recair o tributo até sobre quem não guarda a mínima relação com o suporte fático do tributo (p. 63)...

Denota-se, portanto, que são os sócios cooperados quem efetivamente presta serviços aos que procuram a entidade cooperativa. Esta, por sua vez, e em estrito

4 BORGES, José Souto Maior *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 61, p. 52.

cumprimento da lei e de seu Estatuto, *presta serviços (atos cooperativos) aos seus associados/cooperados, reunindo-os em sua sede, encarregando-se de angariar clientes em nome dos associados, contatar com eles, encaminhá-los aos cooperados para serem atendidos, e receber o pagamento pelo serviço prestado, deduzindo suas despesas e entregando este valor que se chama "produção" em linguagem cooperativista, para o cooperado responsável, na medida da sua concorrência para o recebimento daquele valor.*

É através dessas atividades *meio* que se viabiliza o *fim*: prestação de auxílio ao associado, desinteressadamente e sem objetivo de lucro.

O autor alemão BERNARD GROSSFELD⁵ exercita o conceito:

"Não se trata de auferir lucros, mas de aumentar as prestações e obter vantagens em prol dos sócios".

Em excelente ensinamento, Fábio Luz Filho⁶ observa que:

É o cooperativismo, como vimos, uma organização voluntária privada, de utilidade pública, sem fins lucrativos e que visa à prestação de serviços.

Brilhante parecer de Walmor Franke⁷ expõe minudentemente que:

5 GROSSFELD, Bernard. *Genossenschaft und Eigentum*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975 p. 8.

6 FILHO, Fábio Luz. *Teoria e Prática das Sociedades Cooperativistas*. 5 ed. Rio de Janeiro: Ímãos Pongelli, p. 67.

7 FRANKE, Walmor. ISS e cooperativas. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 17-18 p. 86-102.

A cooperativa tem por fim servir aos associados mediante o exercício de uma atividade econômica de proveito comum, sem intuito de lucro, o que importa em dizer que o fim da cooperativa é prestar, desinteressadamente, em regime de mutualidade, serviços aos sócios, para a satisfação de suas necessidades econômicas – domésticas agrícolas, creditícias, profissionais...

Resta demonstrado que a sociedade Cooperativa tem por objetivo a congregação e aglutinação dos sócios cooperados, que são autônomos, a fim de conceder-lhes melhores condições para o exercício de sua atividade e aprimoramento dos serviços prestados, **devendo explicitar no seu estatuto quais os seus objetivos sociais primordiais, facilitando, assim, a compreensão dos atos cooperativos (meios) a partir da sua atividade (fins).**

Não raro deparamo-nos com algumas cooperativas que fornecem aos seus associados diversas facilidades e serviços, tais quais os de transporte, que disponibilizam facilidades para aquisição de pneus, acessórios de segurança, manutenção e lavagem dos veículos, dormitórios e abastecimento de combustível. Essas atividades estão definidas em seu estatuto e caracterizam-se como atos cooperativos, pois objetivam o próprio associado.

4. ASPECTOS DA ILEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO DE ISS SOBRE ATOS COOPERATIVOS

Despiciendo ressaltar que a proteção jurídica tributária conferida às sociedades Cooperativistas pela CFRB/

88, e toda norma geral sobre a matéria somente pode ser alterada **por Lei Complementar**, consoante emana a norma do art. 146 da Carta Magna, *in verbis*:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

I – dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II – regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

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

a) omissis;

b) omissis;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Assim, o legislador conferiu a competência ao Código Tributário Nacional (CTN), para, através de Lei Complementar, definir os sujeitos passivo e ativo, o fato gerador, a alíquota, a base de cálculo, entre outras determinações.

Temos que essa competência é delegada pelo Art. 146 da Carta Magna e só poderá ser alterada na forma de outra Lei Complementar federal; jamais por uma Lei municipal que institui um Código Tributário Municipal.

Ao ultrapassar sua competência, excedendo o conceito constitucional, a lei municipal será inconstitucional, porque o âmbito de sua competência é delimitado pelo conceito de “serviço”, definido pela Constituição da República e pelas normas de Direito Privado.

Portanto, se não consta na lista de serviços tributáveis do Código Tributário Municipal a expressão "atos cooperativos ou serviços cooperativos", torna-se inconstitucional a cobrança de ISS sobre esses atos, mesmo que se venha a adicionar posteriormente, pois ato cooperativo não configura **serviço tributável**.

Logo, na falta de expressa previsão em lei ordinária do município, o fisco não poderá cobrar ISS, sob pena de praticar ato manifestamente arbitrário, ilegal e inconstitucional, em afronta aos princípios constitucionais vigentes.

E essa limitação de competência encontra-se disposta no Art. 8.º do Decreto Lei 406/68, que institui a cobrança do ISSQN, ao impor:

Art. 8.º O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa.

Os atos cooperativos não configuram serviços, em sentido técnico e não se pode falar em *serviço tributável decorrente do relacionamento entre sócio cooperado e cooperativa*.

O Art. 156, III, da CRFB/88, somente autorizou aos municípios posterior definição dos serviços passíveis da tributação pelo ISS, **mas nunca a modificação do conteúdo de conceitos jurídicos de Direito Privado, modificação essa expressamente vedada pelo Código Tributário Nacional, em seu Art. 110, in verbis:**

Art.110 – A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa e implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

O Mestre Roque Antônio Carraza⁸ preleciona:

(...) entendemos que a lei complementar não pode prever 'serviços por definição legal', tributáveis pelo ISS. Por outro giro verbal, a lei complementar não pode considerar serviços, para fins de tributação por via de ISS, fatos que não o sejam. Isso feriria, dentre outros, o direito subjetivo do contribuinte de só ser tributado pela pessoa política competente e nos termos da Constituição.

Ora, é de fundamental importância salientar-se que o objeto de incidência do ISS deve permanecer adstrito ao que lhe foi delineado pela Constituição Federal, qual seja, a prestação de serviços, respeitando-se os conceitos determinados pelo Direito Civil, nos termos do art. 110 do CTN.

Portanto, **o ato cooperativo não é fato gerador do ISS**, jamais podendo ser a Cooperativa por ele tributada, tendo assim se pronunciado o autor XAVIER DE ALBUQUERQUE⁹:

⁸ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 544.

⁹ ALBUQUERQUE, Xavier do. *Revista de Direito Tributário*, n. 62, p. 6.

Extrai-se deste exame que a consultante, ela própria, não presta serviço de atendimento técnico e hospitalar (p. 08); num caso como noutro, a obrigação tributária relacionada com o ISS afeta pessoalmente o profissional (ou estabelecimento) prestador de serviço, que presumivelmente o cumpre.

O festejado mestre GERALDO ATALIBA, **proferrindo parecer sobre tributação de cooperativas**, conceitua muito bem o que vem a ser o serviço tributável:

Há um conceito constitucional, ou constitucionalmente pressuposto, que serve para demarcar a esfera material de competência do legislador. Só é válida a lei infra-constitucional por esse conceito.

Se a lei municipal extravasar o seu âmbito de competência – na medida em que exceder o conceito constitucional – estará incidindo em inconstitucionalidade, porque os limites de sua competência são fixados pela abrangência do conceito de “serviço” constitucionalmente pressuposto.

(...)

Os atos cooperativos não configuram serviços, em sentido técnico. Assim, como não se pode falar em serviço tributável em decorrência das relações entre o sócio e a sociedade por cotas de responsabilidade limitada, inviável cogitar de serviço tributável, igualmente, nas relações que

enlaçam cooperativa e cooperado.

Cooperado e cooperativa, umbelicalmente ligados, não são terceiros, um em relação à outra, ou esta em relação àquele.

O ato cooperativo configura o impropriamente designado, mas expressivo “serviço para si próprio”, intributável por excelência por que não há, tecnicamente, serviço para si mesmo. Ausente está o requisito indispensável da presença de outrem, do terceiro destinatário alheio à sociedade.

Dai porque a esses atos se têm designado de “operações internas” ou “operações privativas de associados.

De outro lado, tais atos não dizem respeito ao objeto da sociedade, mas aos fins desta. Não se confundem com as operações que se encaixam no objeto da cooperativa, designadas de “operações meio, instrumentais, ou externas.”

Tais atos, em suma, são intributáveis, posto não configurarem serviço, seja no caso de cooperativas, seja quando atos equivalentes são praticados em qualquer outro tipo de sociedade, civil ou mercantil.

Finaliza GERALDO ATALIBA o mencionado parecer decretando:

Por todas estas abundantes razões, poderemos afirmar com segurança a impossibilidade jurídica de incidência do ISS sobre o ato cooperativo ou sobre as operações externas das cooperativas.

5. DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA

Aliados ao posicionamento doutrinário acima, estão os precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Poder Judiciário de Pernambuco (TJPE), conforme decisões expostas a seguir:

Agravo n.º 112.694-9 – PE

Agravante: Prefeitura Municipal do Recife.

Agravada: Cooperativa dos Anestesiologistas do Recife, atual denominação da Sociedade Cooperativa dos Serviços médicos hospitalares.

IMPOSTO – SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA – *Cooperativa dos anestesiologistas do Recife. Não incidência sobre a atividade desta do disposto no decreto Lei n.º 406/68, n.º 16, da lista em anexo, uma vez que essa entidade (Cooperativa) é simples mandatária dos cooperados e, por via de consequência, firma, em nome desses sócios, contratos com hospitais e outras clínicas, sendo que os serviços profissionais são prestados através dos seus associados.*

NEGO PROVIMENTO AO PRESENTE AGRAVO. PUBLIQUE-SE.

Brasília, em 22 de setembro de 1986. MINISTRO DJACI FALCÃO.

*RE-81966SP-RECURSO EXTRAORDINÁRIO-STF
Indexação da Revista Trimestral do STF.*

TRIBUTO, IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS, COOPERATIVA DE TRABALHO, PRÁTICOS DE SANTOS.

Recorrente: Prefeitura Municipal de Santos

Recorrido: Cooperativa de Trabalho dos Práticos de Santos e Baixada Santista.

EMENTA

ISS. COOPERATIVA. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A ATIVIDADE DESTA, DO DISPOSTO NO DECRETO LEI 406/68, N. 16, DA LISTA A ELE ANEXA, UMA VEZ QUE, EM FACE DA INTERPRETAÇÃO, DADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, as cláusulas estatutárias, não exerce a mencionada entidade qualquer espécie de recrutamento, colocação ou fornecimento de mão de obra. Recurso extraordinário não conhecido.

Recentemente, decisões em casos semelhantes foram proferidas por magistrados do Poder Judiciário de Pernambuco, os Juizes Dr. Luiz Fernando Lapenda Figueiroa, da 2.ª Vara da Fazenda Pública da Capital e Dr. Gabriel de Oliveira Cavalcanti Filho, da 4.ª vara da Fazenda Pública Municipal, respectivamente, conforme arestos transcritos abaixo:

2.ª Vara da Fazenda Pública da Capital

Impetrante: Infoco Cooperativa de Trabalho de Técnicos da Informação

Impetrado: Diretor Do Departamento De Fiscalização Da Prefeitura Da Cidade Do Recife Mandado de segurança n.º 001.2002.003216-2 INFOCO - COOPERATIVA DE TRABALHO DE TÉCNICO DE INFORMAÇÃO devidamente qualificada na inicial, intentou mandado de segurança contra ato do Diretor Do Departamento De Fiscalização Da Prefeitura Da Cidade Do Recife, com pedido de liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário relativo a lançamento do ISS emitindo certidão positiva de débito com efeito de negativa, na forma prevista pelo artigo 206 do CTN. Acostou à exordial os documentos de fls. 16/493 que, devidamente examinados, decido em uma cognição sumária, percebe-se, pelos argumentos e documentos acostados à inicial, que efetivamente a fumaça do bom direito está patenteada porquanto defluir de um exame perfunctório da citada documentação e a premência nas medidas requeridas, dada a irreversibilidade da situação com graves prejuízos para a requerente em se tratando de débito já lançado, cuja legalidade pode ser discutida nas instâncias administrativas, resulta em prejuízo ao demandante que deseja ver definida sua situação fiscal. Além de não obter certidão negativa, poderá ser executado quando, para oferecer embargos, terá de efetivar o depósito em dinheiro, imobilizando capital. A suspensão de crédito tributário é prerrogativa do inciso II do artigo 151 do CTN e por força de

liminar em mandado de segurança. Face ao exposto, e estando presentes os requisitos de fumaça do bom direito e do perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação, defiro a providência liminar perseguida com respeito a suspender a exigibilidade do crédito tributário relativo a lançamento do ISS no processo 15.43926.6.00, e autorizo a emissão de certidão positiva de débito, narrativa da situação fiscal, nos termos do artigo 206 do CTN. Notifique-se a autoridade apontada como coatora para que preste, no prazo de dez dias, as informações que considerar necessárias e oficie-se para o cumprimento da liminar. Dê-se ciência ao Ministério Público. Fórum Do Recife. Terça-Feira, 5 de março de 2002. LUIZ FERNANDO LAPENDA FIGUEIROA JUIZ DE DIREITO.

Processo n.º 0012000.027156-0

Ação: Mandado de Segurança

Impetrante: UNIMED RECIFE – COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO

Impetrado: Diretor do Departamento de Fiscalização da Prefeitura da Cidade do Recife.

EMENTA:

Mandado de Segurança ISS impetrante: Unimed Recife - Cooperativa De Trabalho Médico. Impetrado: Diretor Do Departamento De Fiscalização Da Prefeitura Da Cidade Do Recife. Ementa: Cooperativa. Atos cooperativos praticados perante os

cooperados e perante terceiros não se caracterizam como hipótese de incidência do iss. Cooperativas não são empresas prestadoras de serviços nem apresentam finalidade lucrativa, sendo regidas pela lei n.º 5.764/71. Presença dos requisitos. Liminar concedida. Recife, 05 de outubro de 2000. Juiz de Direito Gabriel de Oliveira Cavalcanti Filho.

6. CONCLUSÃO

O ISSQN, como vimos, tem como fato gerador a prestação dos serviços definidos em lei própria, constante da lista de serviços e não pode ser cobrado para qualquer tipo de serviço, genericamente.

Somente podem ser tributados os serviços especificamente referidos na lista do Dec. Lei 406/68 e da respectiva legislação municipal, sendo vedada expressamente¹⁰ pelo Código Tributário Nacional, em seu Art. 114, bem assim como o Art. 8.º do Decreto Lei 406/68, a inclusão analógica e hipotética de outros serviços não listados.

Logo, o fisco municipal não poderá estabelecer *fato gerador* sobre ato cooperativo, sem expressa definição em lei.

Assim, para que o fisco possa tributar, faz-se necessário gerar obrigação de recolher o tributo mediante prestação de serviços. Entretanto, no caso das cooperativas,

o serviço executado pelo sócio cooperado não é prestado à Cooperativa, e sim, aos seus clientes. E, como prestador de serviços, o sócio recolhe o ISS na qualidade de autônomo. **Cobrar pela relação entre a cooperativa e o profissional autônomo implica em *bis in idem*.**

Doutro turno, não há tributo sem a devida previsão legal (Princípio da Legalidade) e, sendo assim, o suporte da cobrança tributária pelos municípios baseia-se em fato não previsto em lei, pois **não há lei que conceda competência ao Município para tributar ato cooperativo.**

8. REFERÊNCIAS

BECHO, Renato Lopes. *Tributação das cooperativas*. 2 ed., rev. e amp. São Paulo: Dialética, 1999.

BRASIL. *Código Civil Comparado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Código tributário nacional comentado: doutrina e jurisprudência, artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GASPAR, Walter. *ISS Teoria e Prática*. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do imposto sobre serviços*. 2 ed. Atual. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 1998.

PASOLD, César Luiz. *O advogado e a advocacia – Uma percepção pessoal*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1996.

10 Art. 8º O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, do serviço constante da lista anexa.

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. II

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 22 ed., São Paulo: Saraiva, 1995. v. I

VALE, Angelita de Almeida, SANTOS, Ailton. **ISS Comen-tários e Jurisprudência**. 2 ed. São Paulo: Livraria Legis-lação Brasileira, 1998.

EFETIVIDADE DO PROCESSO, CONCEITOS INDETERMINADOS E DIREITO JURISPRUDENCIAL

Frederico Ricardo de Almeida Neves
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de
Pernambuco.

SUMÁRIO

1. EFETIVIDADE; 2. CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO; 2.1. Conceito indeterminado: tendência hodierna; 2.2. Conceitos indeterminados e o novo Código Civil; 3. DIREITO JURISPRUDENCIAL.

1. EFETIVIDADE

Não há a mais mínima dúvida de que o Direito à Jurisdição é um Direito Fundamental, derivado do Direito Natural, inserto, explicitamente, nas mais modernas Constituições do mundo. Mas, seria escusado realçar, não basta que seja assegurado ao cidadão o direito a aceder aos órgãos jurisdicionais: é de mister que a atividade do Poder Judiciário, para além de segura, seja pautada na eficiência e na tempestividade.

Para os portadores da bandeira da efetividade do processo, a palavra de ordem, na atualidade, é a do acesso à Justiça¹, entendida essa locução não apenas como reveladora da necessidade imperiosa de serem criados novos mecanismos que facilitem o ingresso do cidadão no Poder Judiciário, mas, também e fundamentalmente, como indicadora precisa do pensamento e dos anseios da sociedade

¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

moderna, no sentido de não mais admitir uma justiça tarda, atravancada e, por isso, ineficiente.

O princípio da efetividade encontra histórica consagração no artigo 6º, nº 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, onde está expressa a necessidade de a demanda ser examinada em prazo razoável.

Eis, no que interessa, o que dispõe o citado dispositivo da CEDH²:

Julgamento equitativo e célere. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela...

Foi, reconhecidamente, a partir da edição desse diploma legal que o direito ao processo sem dilações indevidas passou a ser concebido como um direito subjetivo, de carácter autónomo, de todos os membros da coletividade, à prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável, decorrente da proibição do *non liquet*, vale dizer, do dever que têm os agentes do Poder Judiciário de julgar as causas.

As Constituições portuguesa (artigo 20, nº 4) e espanhola (artigo 24, nº 2), navegaram essas mesmas águas, ao estabelecerem, às expensas, o Direito à consecução de uma decisão judicial em prazo razoável ou sem dilações indevidas, respectivamente.

No Brasil, das garantias constitucionais do devido processo legal e da inafastabilidade do controle do Poder Judi-

2 Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

ciário (artigo 5º, incisos XXXV e LIV, da CRFB) defluiu cristalino-de entre outros - o princípio da prestação jurisdicional em tempo hábil. Aliás, delineia-se oportuno lembrar que o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em São José da Costa Rica, aos 22.11.69, em cujo artigo 8º, nº1, está previsto que

*toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações, de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza...*³

Ainda uma observação: o Plenário da Câmara dos Deputados, em abril do ano 2000, aprovou, em primeiro turno, Proposta de Emenda à Constituição da República, para Reforma do Poder Judiciário, onde está contida, expressamente, a "garantia a todos de razoável duração do processo e dos meios necessários à celeridade de sua tramitação".

2. CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

O Direito Fundamental de toda pessoa a que sua causa se resolva dentro de um prazo razoável ou sem dilações indevidas comporta a utilização de um conceito jurídico indeterminado, que há de ser dotado de conteúdo concreto, em cada caso, através da atuação de órgãos da

3 TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: RT, 1993, p. 105.

jurisdição e mediante o atendimento a certos requisitos objetivos elencados pela doutrina fixada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

De fato, os conceitos de razoabilidade do prazo e de dilação indevida carecem de limites precisos, tratando-se de noções de índole valorativa e, por isso, notoriamente vagas e indeterminadas, que dependem das circunstâncias de cada caso para a devida concretização.

Sustenta a STC⁴ n° 73/1992, de 13 de maio, ao versar sobre o artigo 24, n° 2, da Constituição espanhola, que o direito a um processo sem dilações indevidas

incorpora em seu enunciado um conceito jurídico indeterminado cujo conteúdo concreto há de ser alcançado mediante a aplicação às circunstâncias específicas de cada caso dos fatores objetivos e subjetivos que sejam congruentes com seu enunciado genérico⁵

A jurisprudência do TEDH⁶ firmou-se no sentido de que, para precisar a razoabilidade do prazo, devem ser levados em consideração os seguintes elementos: a própria duração do processo; a conduta dos litigantes; a complexidade do litígio; a atuação das autoridades judiciais.

Sobre o assunto, inolvidável é a lição do constitucionalista lusitano Jorge Miranda, para quem

O Direito de acesso aos tribunais envolve o direito de obter uma decisão jurisdicional em pra-

4 Sentença do Tribunal Constitucional de Espanha

5 BARTOLOME, Plácido Fernández-Viagas. *El Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1994, p. 48-49 (Monografías Civitas).

6 Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

zo razoável (Art. 6° da Convenção Europeia), o qual tem de ser avaliado em função da complexidade maior ou menor da causa, da relevância da própria decisão e da natureza dos direitos e interesses em questão(...)

Designadamente, o arguido em processo penal deve ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias da defesa (Art. 32°, n° 2, da Constituição), mas há outros casos em que sem processos céleres, expeditos e eficazes não se dá protecção jurídica adequada...⁷

No particular, merece, outrossim, alusão especial, o ensinamento de Luis Guilherme Catarino, segundo o qual

o TEDH criou pautas interpretativas para apreciar a razoabilidade ou irrazoabilidade da duração de um processo, de que nos devemos socorrer para concretizar e conceptualizar o conceito. Elas assentam fundamentalmente nos seguintes critérios: circunstâncias do caso, tendo em atenção a complexidade do processo; comportamento do recorrente e das Autoridades do processo; forma como o assunto foi tratado pelas Autoridades judiciais e administrativas, - conseqüências para as partes. II. Estas pautas ajudarão a preencher em concreto (nunca em abstrato) a questão de facto, verificando períodos temporais sem diligências, ponderando a complexidade do caso mas também o com-

7 *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editores, 1993, p. 243 e ss.

portamento processual daquele que reclama a indenização - neste último caso, e no seguimento das Recomendações do Conselho da Europa, penalizando as partes pelos comportamentos dilatatórios que violam o dever de lealdade a que estão obrigadas no decurso do processo, e a condução do processo pelas Autoridades⁸.

A violação ao Direito a uma solução tempestiva da controvérsia levada a Juízo, faz nascer o dever de indenizar do Estado transgressor do preceito (artigo 121 da Constituição espanhola e artigo 22 da Constituição portuguesa). Para Miguel Teixeira de Sousa,

...a concessão deste direito à celeridade processual possui, para além de qualquer âmbito programático, um sentido preceptivo bem determinado, pelo que a parte prejudicada com a falta de decisão da causa num prazo razoável por motivos relacionados com os serviços de administração da justiça tem direito a ser indenizada pelo Estado por todos os prejuízos sofridos. Esta responsabilidade do Estado é objetiva, ou seja, é independente de qualquer negligência ou dolo do juiz da causa ou dos funcionários judiciais...⁹

Também no Brasil surgem vozes uníssonas defendendo a responsabilidade do Estado, por danos

⁸ Cf. **A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA - O ERRO JUDICIÁRIO E O ANORMAL FUNCIONAMENTO**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 392-393.

⁹ SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997. p. 52.

morais, pela morosidade na prestação da tutela jurisdicional.¹⁰

Na Europa Ocidental, embora tenha havido louváveis esforços para a introdução de medidas relativas à denominada regra da aceleração processual, a Corte Europeia dos Direitos do Homem, sobretudo durante os anos oitenta, reconhecendo o direito ao processo sem dilações indevidas, impôs reiteradas condenações a vários países, obrigando-os à indenização pelo dano moral derivante do estado de prolongada ansiedade pelo êxito da demanda.¹¹

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ao menos em duas ocasiões, condenou a Espanha por inobservância ao princípio fundamental do prazo razoável, o que ocorreu através das sentenças de Estrasburgo 2/1992/347/240, de 23 de junho de 1993 (caso da família RUIZ-MATEOS), e 16/1998/160/216, de 07 de julho de 1989 (caso da Alimentaria Sanders S.A.)¹²

Em passado recente, também Portugal -envolvido em grave crise institucional - foi condenado pelo TEDH a indenizar os queixosos, por violação do artigo 6-1, da Convenção Europeia.¹³

¹⁰ Cf. DELGADO, José Augusto. **A demora na entrega da prestação jurisdicional. Responsabilidade do Estado. Indenização**. Conferência proferida na O.A.B - Seccional do Rio de Janeiro, em 27.5.1994. CRUZ E TUCCI. **Dano Moral decorrente da excessiva duração do processo**. In: **TEMAS POLÊMICOS DE PROCESSO CIVIL**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 96-110.

¹¹ Cf. SANCHEZ-CRUZAT, José Manuel Brandes. **El Tribunal Europeo de los Derechos Del Hombre**. Barcelona: Bosch, 1983. p. 91.

¹² GÜLLEN, Víctor Falcón. **Proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos**. Granada: Camarés, 1996. p. 29 ss.

¹³ "Caso Guincho, 1984.07.10-Vila Franca de Xira: 3 anos e 10 meses para julgar um acidente de viação." "Caso Barzona, 1987.07.09-Tribunais Administrativos: 6 anos sem decidir uma ação contra o Estado." "Caso Martins Moreira, 1986.10.26-Évora: 10 anos para julgar um acidente de viação." "Caso Neves e Silva, 1989.04.27-Tribunais Administrativos: 12 anos para chegar ao despacho sanador." "Caso Oliveira Neves, 1989.05.25-Tribunal do Trabalho do Porto: 5 anos para julgar um despedimento." "Caso Moreira de Azevedo, 1990.10.23-V.N. Fátima: 9 anos para julgar um crime de ofensas corporais" Cf. João Ramos Sousa. **As SEIS CAUSAS CONTRA PORTUGAL. A Justiça portuguesa no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1984-1990)**. In: "SUB JUDICE. Justiça e Sociedade, Set. Dez. 1991.

2.1. Conceito indeterminado: tendência hodierna

É bem nítida, desde tempos remotos, a tendência, hoje imoderada, à utilização, pelas legislações, de conceitos indeterminados, o que se verifica, na conformidade dos ensinamentos do civilista português Antônio Menezes Cordeiro,

sempre que um conceito não permita comunicações claras quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambigüidade, porosidade ou esvaziamento: polissemia quando tenha vários sentidos, vaguidade quando permita uma informação de extensão larga e compreensão escassa, ambigüidade quando possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira, porosidade quando ocorra uma evolução semântica com todo um percurso onde o sentido do termo se deva encontrar e esvaziamento quando falta qualquer sentido útil¹⁴

2.2. Conceitos indeterminados e o Novo Código Civil

Da leitura atenta do texto do novo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10.01.02), percebe-se, facilmente, que o legislador pátrio, utilizou-se, com grande frequência, na redação de inúmeros dispositivos inovadores, de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, quiçá no propósito de atribuir ao juiz um papel mais interventor na constituição do direito, por ocasião da solução definitiva do conflito intersubjetivo de interesses.

¹⁴ *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p. 1.177. (Coleção *Teses*).

Retenham-se as seguintes locuções extraídas do novel diploma substantivo civil: o juiz, “quando julgar conveniente” (artigo 29); “vantagens especiais” (artigo 55); “conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (artigo 113); “for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer” (artigo 129); “fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa...” (artigo 151); “com base nas circunstâncias” (artigo 151, parágrafo único); assume obrigação “excessivamente onerosa” (artigo 156); “sob premente necessidade” (artigo 157); se obriga a prestação “manifestamente desproporcional” (artigo 157); se for oferecido “suplemento suficiente” (artigo 157, § 2º); “cuja garantia se tornar insuficiente” (artigo 158, § 1º); “excede manifestamente os limites expostos” (artigo 187); “quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável” (artigo 187, parágrafo único); “o que razoavelmente deixou de lucrar” (artigo 402); “em razão e nos limites da função social do contrato” (artigo 421); “investimentos consideráveis para sua execução” (artigo 473, parágrafo único); “se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” (artigo 478); “oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato” (artigo 479); a fim de evitar a “oneriosidade excessiva” (artigo 480); “se o aluguel arbitrado for manifestamente excessivo, poderá o juiz reduzi-lo” (artigo 575, parágrafo único); “sofrer notória mudança em sua situação econômica” (artigo 590); fique comprovada a “inconveniência ou a excessiva onerosidade de execução do projeto em sua forma originária” (artigo 621); não abrange “alterações de pouca monta” (artigo 621, parágrafo único); “mais indenização razoável” (artigo 623); ou se houver

“motivo razoável de suspeitar” (artigo 633); “por motivo plausível” (artigo 635); “o lucro que razoavelmente se podia esperar” (artigo 696); “prazo compatível” (artigo 720); “o juiz decidirá da razoabilidade do prazo” (artigo 720, parágrafo único); “reduzirá eqüitativamente a indenização” (artigo 738, parágrafo único); “quando fizer operações arriscadas” (artigo 868); “cuja necessidade fosse manifesta” (artigo 937); “se houver excessiva desproporção” (artigo 944, parágrafo único); “poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização” (artigo 944, parágrafo único); “contanto que este não se avante a aquele” (artigo 952, parágrafo único); “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” (artigo 1.228, § 4º); “justa indenização” (artigo 1.228, § 5º); e “o valor da construção exceder consideravelmente” (artigo 1.258, parágrafo único); de “indenização cabal” (artigo 1.285); “sempre que haja receio fundado” (artigo 1.433, inciso VI); o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele “compatibilidade com a natureza da medida” (artigo 1.584, parágrafo único); “provado que não são tratados convenientemente” (artigo 1.588); “na conveniência pública, contínua e duradoura” (artigo 1.723); se o patrimônio do menor for “de valor considerável” (artigo 1.745, parágrafo único); os imóveis pertencentes a menores sob tutela somente podem ser vendidos “quando houver manifesta vantagem...” (artigo 1.750)¹⁵

3. DIREITO JURISPRUDENCIAL

Ressalta com solar clareza que o legislador civil brasileiro lançou mão de cláusulas gerais (boa-fé, eqüidade,

15 BRASIL. Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal. 5. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

função social do contrato etc.), referindo a conceitos indeterminados (excessiva onerosidade, premente necessidade, notória mudança etc.), que devem ser entendidos como cláusulas abertas, cuja concretização somente será possível no julgamento do caso concreto.

*O Código Civil Holandês, instituiu, em seu artigo 6.248, uma norma aberta da maior significação e importância, conhecida como a regra da “razão e da eqüidade” deduzida do principio segundo o qual todos os direitos contratuais devem ser executados de boa-fé. Essa norma aberta da “razão e da eqüidade” tem força decisiva porque outorga ao juiz um instrumento sobremodo eficiente na busca do resultado justo para as partes.*¹⁶

Com isso, a lei confia ao intérprete-aplicador, com absoluta exclusividade e larga margem de liberdade, a inteira responsabilidade de encontrar, diante de um modelo vago, a decisão justa para cada hipótese levada à decisão judicial.

Dita margem de livre apreciação encontra ainda justificativa no fato de que a atividade de realização do direito passa, necessária e obrigatoriamente, até como alternativa aos esquemas clássicos, por dois ângulos fundamentais de análise, quais sejam: o de que a realização do direito é unitária e o da natureza constituinte da decisão¹⁷.

Os conceitos indeterminados e as cláusulas abertas apelam, naturalmente, a um esforço valorativo dos tribunais

16 Cf. HUMA, Jacob e ZWITSER, Richard. Aspectos de Derecho Patrimonial General en el Nuevo Código Civil Holandés. *Revista de Derecho Privado*, p. 362-378, 1997.

17 CORDEIRO, Antonio Manóes. Apresentação. In: CANARIS, Claus. *Pensamento sistêmico e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

na sua concretização, o que significa dizer que, também o direito substancial, ao menos na realidade brasileira, tende a tomar-se, num significativo âmbito da sua aplicação, um DIREITO JURISPRUDENCIAL¹⁸.

Dai infere-se a necessidade, sempre crescente, de as Escolas Superiores de Magistratura voltarem sua atenção para a realização, cada vez mais freqüente, de cursos de aperfeiçoamento de juizes, visando deixá-los mais bem preparados para o enfrentamento da difícil missão de julgar, sobretudo quando a regra primacialmente vocacionada para a solução do caso concreto, mostrar-se aberta, contendo conceitos jurídicos carecidos de preenchimento¹⁹, porque, aí, o órgão jurisdicional será instado, não para simplesmente dizer o Direito objetivo pré-existente aplicável à espécie; mas, mais: ao Magistrado estará reservada a grande e inarredável incumbência de constituir o Direito, por ocasião do julgamento, sendo importante deixar sublinhado que, em casos tais, o intérprete-aplicador deverá, na busca da solução definitiva do caso concreto, chamar a depor o ordenamento jurídico como um todo, bem assim *as regras de experiência (do domínio social, científico ou técnico)*, os princípios da isonomia²⁰ e da proporcionalidade, a equidade, e também a sinéptica²¹, enquanto critério metodológico basilar de concretização.

18 Cf. SOUSA, Miguel Teixeira da. *Estudos sobre o novo Processo Civil*. Lisboa: LEX, 1997, págs. 432/434.

19 Também nos casos de envelhecimento e lacunas das leis, contradições de princípios e normas injustas.

20 O princípio da isonomia encontra consagração no artigo 5º, da Constituição da República, e consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos estreitos limites dessa desigualdade.

21 O intérprete-aplicador, ao prolatar uma decisão, deve levar em consideração os resultados que a mesma projetará no seio social.

O ESTADO DE DIREITO NO SÉCULO XXI – DESAFIOS E OPÇÕES

Hélio Sílvio Ourem Campos

Juiz Federal; Juiz da Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Estado de Pernambuco; Delegado da Associação dos Juizes Federais do Brasil (PE); Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco; Professor Adjunto da Universidade Católica de Pernambuco; Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco; Ex-Procurador do Estado de Pernambuco e do Município do Recife. Página Pessoal na Internet: www.ourem.qb.net.

Em seguida, apresento algumas das minhas conclusões atingidas em um esforço de pesquisa e de estudos que desenvolvi entre o Brasil e Portugal por volta de 1998 a 2002.

Por acreditar que ainda estejam atuais e reflitam o meu pensamento é que as elenco com o firme propósito de estimular os debates e as reflexões.

O homem já buscou um direito ditado pelos deuses, fracionou o poder no feudalismo, concentrou-o no absolutismo, destacou a liberdade à revelia dos demais direitos, foi em busca de quatro gerações jurídicas (direitos individuais, sociais, difusos e coletivos, proteção ao patrimônio genético); e, agora, depara-se com um mundo globalizado, que mantém a soberania estatal enfraquecida, e precisa não encontrar na democracia o bode expiatório da difícil missão de melhorar o seu futuro.

É necessário aliar a liberdade a condições de vida com dignidade. Liberdade e dignidade, provavelmente, não

estão apenas em construções teóricas, mas no desenvolvimento interior do ser humano. É preciso crescer espiritualmente. Este é o verdadeiro desafio.

Outro desafio: legislar com agilidade, sem desprezar o método democrático. Embora reconhecendo que as decisões das assembléias costumam diluir a responsabilidade daqueles que as tomam, não me parece que a sua desconsideração, ou o seu desmerecimento, contribua para a composição de um caminho alternativo melhor, ainda mais em um mundo controlado pelos conglomerados econômicos transnacionais, cuja força de barganha não torna imune o pequeno grupo detentor do poder.

O poder concentrado já deu lições de horrores no passado. Esperar um absolutismo esclarecido, parece-me um *non sense*. O exercício do poder não santifica ninguém.

O mundo da globalização econômica vem se deparando com o reaparecimento de ligações perigosas entre a religião e a vida pública, ou mesmo entre a economia e a xenofobia. Um sentimento de que aquilo que é diferente não deve ser accito, ou mesmo deve ser eliminado. É o que o Ocidente vem chamando de *Fundamentalismo estatal*. Encontro duas perspectivas básicas para este tipo de Estado: a) Estado fundamentalista religioso; b) Estado fundamentalista econômico.

O “Estado fundamentalista religioso”, via de regra, constitui uma expressão pejorativa. Mas é preciso, ao menos, esforçar-se para entender este modo especial de ver o mundo. Nele, compreende-se que os ideais espirituais de um determinado grupo de pessoas merecem respaldo em suas aspirações políticas. Um governo de Deus,

ou de Alá. Este ponto de vista, na situação atual, onde uma grande quantidade de pessoas pretende espalhar-se pelo mundo economicamente mais desenvolvido, mantendo a sua identidade cultural, termina por provocar rejeições de parte a parte, gerando crises políticas e respostas terroristas desesperadas e extremamente violentas.

Religião, política e sociedade seriam uma espécie de *santíssima trindade*, conformando um todo unitário absoluto contra o qual ninguém poderia se opor sem que para isto estivesse profanando a *verdade*. Na crença firme de uma determinada *verdade*, que seria completa e sem concessões, reduções ou reinterpretações, defende-se que uma certa doutrina religiosa estaria apta para produzir o apogeu da humanidade. O apego à *idéia de verdade* forneceria o anteparo ético para a reclamação de uma autoridade suprema, onde a violência poderia ser utilizada como um modo de ação política. Assim, a religião deixaria um papel secundário e passaria ao de protagonista, transformando o ideal religioso no verdadeiro ideal político. Com isto, a pluralidade de caminhos funcionaria como um perigoso detonador da necessária identidade religiosa.

Movimentos como tais podem, de um lado, provocar uma redução da violência entre as populações mais pobres, diminuindo a degradação moral e familiar, mas, por outro, caso o fanatismo conquiste o seu espaço real e simbólico, pode também provocar reações violentas de insatisfação contra um mundo de matiz excludente. Esta retomada de um Estado que declara o fracasso da laicização, embora assuma um relevo todo especial entre as co-

munidades mais pobres, não impede a existência de uma espécie de *alto clero*, entre as camadas sociais mais favorecidas economicamente.

Dentro deste movimento religioso, atacado pelo sentimento de que os males humanos são conseqüências do abandono do *verdadeiro caminho*, instituiu-se uma cultura que se coloca em posição de supremacia moral sobre as demais, pois a evolução teria um só percurso e um só modelo. Com a queda do comunismo, e com o fanatismo e o terrorismo adveio uma espécie de *crise de objetividade*, elegendo-se o Islã como um inimigo, esquecendo-se, porém, de que o Alcorão detém ensinamentos de respeito ao próximo, sendo necessário rever e aprofundar a sua leitura. É o próprio Alcorão que ensina: “*Não permita que seu ódio às pessoas o torne injusto. Seja amável; é o mais próximo de ser verdadeiramente consciente de Deus.*”

Acreditar que uma parte do mundo, quer seja a Ásia, a Europa, a África ou a América, constitua o único berço da civilização, é algo precário e hostilizante. Rejeitar as proposições e idéias do outro, marginalizando-o culturalmente, termina provocando reações de uma violência primitiva. As colonizações cultural e financeira minam as afirmações de pretensão real de um pluralismo democrático, de liberdade e de tolerância.

No *Estado fundamentalista econômico*, a economia é o principal fator vinculante da vida da sociedade e da política. Este tipo de Estado depara-se com um mundo onde a imigração assume uma estrutura toda especial, e particularmente numerosa. É natural, portanto, que a presença de imigrantes provoque tensões internas e reações

adversas de diferentes graus. Nestas circunstâncias, os princípios de cidadania, conquistados historicamente, e alardeados pela doutrina (liberdade, igualdade etc.), sofrem um choque de insinceridade. Deixam de constituir paradigmas, e passam a conviver com a hipocrisia. Trata-se da aplicação do princípio utilitarista baseado na *lógica dos custos e dos benefícios*.

O fato de o *utilitarismo* ser injusto seria derogado pelas conseqüências de instabilidade que a presença do imigrante poderia provocar na qualidade de vida, interferindo negativamente no mercado de trabalho, nos serviços de saúde postos à disposição dos nacionais; enfim, no destino e no espaço vital do autóctone. O forasteiro seria um invasor, trazendo mais custos do que benefícios. Logo, procura-se estabelecer uma evidente distância entre o “*nós*” e o “*eles*”.

Este perigoso fenômeno termina por legitimar o racismo e um exasperamento da xenofobia. Nesta nova “*Idade da Imigração*”, eclodem posturas preconceituosas não apenas quanto às raças, mas, inclusive, quanto à própria cultura alienígena. Trata-se, portanto, de um fundamentalismo estatal, no sentido de que o “*outro*” não deve ser aceito conforme a sua própria identidade.

Sem desconhecer o problema de estrutura, e este novo tipo de êxodo de escala mundial, desenvolvido entre os Países pobres e ricos, é preciso adotar uma postura nítida, reconhecendo as suas conseqüências. Se, de um lado, pretende-se continuar resistindo ao fenômeno sem procurar reestruturar os problemas que configuram as suas raízes, ou se é possível refletir sobre o assunto, modifi-

cando as estruturas atuais. Não se pense que este dilema seja pouco preocupante, ou que apenas interesse aos Países pobres, que não pertencem ao *coração do mundo*.

Resolver a questão da cidadania em um sistema que reconhece direitos e deveres por categorias de imigrantes, transparecendo uma diferenciação social baseada em critérios mistos de nacionalidade e de potencial econômico, é um embate a que o Estado do século XXI não poderá fugir.

Tomar vulnerável ao mercado a cidadania nos Países pobres, mantendo-a indefesa contra os abusos, constitui uma forma de fazer padecer a democracia, em razão de um sentimento de que o homem precisa se libertar: o egoísmo. Por outro lado, o imigrante, embora esteja querendo ser aceito, provavelmente não deseje, ou não consiga, desligar-se da sua identidade e da sua prática cultural.

Dentro do ponto de vista de um *Estado fundamentalista*, isto seria inconcebível. Aceitar o dessemelhante poderia implicar em violência contra a sua estabilidade interna. Permitir ao imigrante adquirir todos os direitos, conservando a sua identidade cultural, faria quebrar a *noção de pureza*, permitindo a mistura entre raças, credos religiosos etc. Enfim, aboliria as formas de preconceitos e de discriminações. Evidentemente que isto requer convicção educacional e cultural, e a ausência de receio de discutir a verdade que se entende como única. Portanto, educação, cultura e uma forte dose de evolução interior.

Superar a lei como limite do poder, e enxergá-la também como o impulso da atuação administrativa é algo que, na realidade brasileira e possivelmente mundial, ainda é uma ilusão. O poder costuma, de fato, ser exercido *com*,

sem ou contra o direito. Para ele, o direito parece um entrave; ainda mais, ao poder concentrado e com tendências ao absoluto.

Se o homem pensou um dia em dividir o poder para conquistar a liberdade, agora, precisa reorientá-lo, senão em busca da igualdade, ao menos, para conferir condições dignas de subsistência.

Não desconhecendo a presença freqüente do Poder Executivo na seara legislativa, e não apenas nas situações de crise ou de absoluta excepcionalidade – que poderiam ser resolvidas mediante os regulamentos existentes para os estados de defesa e de sítio (Brasil), mas também atingindo a execução de programas de governo, é indevido deixar uma expansividade ilimitada para qualquer um dos Poderes, independentemente de serem três ou mais.

O equilíbrio democrático atual depende da resolução deste problema. Para alguns, poderia bastar a intervenção do Poder Legislativo suplementar e, posteriormente, e a adoção do controle judicial nas hipóteses de superlativo excesso jurídico. Ocorre que a democracia não se limita ao sufrágio eleitoral, podendo ser estendida ao exercício do poder. Eis o caso bem sucedido, em alguns dos Estados do Brasil, do denominado “*orçamento participativo*”. Mas participação popular exige informação; e boa informação.

O problema não é o de ser o orçamento participativo, ou não. Mas o de saber *quem participa*, ou deva participar, na sua formulação e na sua execução. Discutir sobre o carácter impositivo ou autorizativo do orçamento significa esclarecer sobre o mau uso político que se faz do mesmo quando este é transformado em mera peça de fic-

ção, autorizando algo que jamais se pretendeu realizar. Defendem-se os princípios certos pelas causas erradas, investindo o direito financeiro na categoria de um *contingente escuro* e aberto a indiferenças enfraquecedoras da democracia. A utilização social da informática, mediante o oferecimento ao público dos chamados “grandes números” (pagamento de juros, gastos com servidores públicos, aposentados e pensionistas, transferências para Estados e Municípios, benefícios da previdência social, gastos com saúde, superávit primário, dispêndios com educação, fundo de combate à pobreza etc.), é uma tentativa de combater este estado de coisas.

Em todo o mundo, o Poder Executivo, sob alguma alcinha, legisla. É o decreto com valor de lei ordinária, na Itália; o decreto-lei, em Portugal, na Espanha, na Argentina, no Chile, no Paraguai, no Uruguai; o estado de necessidade legislativo, na Alemanha; os poderes extraordinários presidenciais e o regulamento autônomo, na França etc.

Com a antipatia não se interpreta, mas apenas se ataca. Este raciocínio, também, se aplica às medidas provisórias brasileiras, que não se tratam de delegação legislativa; mas de transferência constitucional do poder de legislar.

Cabe ao Poder Judiciário brasileiro tornar efetivas as normas constitucionais, o que é um encargo bastante honroso; e, muitas vezes, difícil. A Constituição foi feita para ser aplicada.

Não basta uma *boa Constituição* para que dela se faça bom uso. A obediência a princípios jurídicos depende e atesta o grau do estágio em que se encontra a sociedade. Isto vale não apenas para os que vêm em expresso, mas também para aqueles que podem ser, implicitamente,

extraídos do sistema. A efetividade da Constituição, e de seus princípios, encontra-se em direta conexão com o grau de amadurecimento cultural do povo, pois é o que determina o ímpeto das pessoas na defesa dos seus direitos. Com o desprestígio à educação, não haverá consciência cívica ou jurídica.

A alardeada crise da Constituição escrita é um reflexo de um Estado que se demonstra inerte diante das carências que não consegue suprir, sendo perigoso uma *Carta apenas para juristas*, pois a indiferença manifestada pela população poderá inviabilizar a efetividade (*real concreção do comando normativo*) do Texto.

Defendi uma *classificação móvel* para as Constituições, pois considero que, nos dias de hoje, normalmente, o que define uma Constituição não é o seu texto, mas a sua efetividade, que poderá variar no tempo. Dentro da classificação proposta, a *Constituição-ficção de Estado de Direito de Carta*, ou apenas de papel, seria aquela portadora de uma quase completa ausência de participação popular consciente. É a dotada do mais alto grau de inefetividade. A *Constituição-ficção de Estado de Direito de Expectativa* seria aquela que permite que se preveja um futuro de efetividade, em face do estágio em que se encontra a sociedade que regula. Quanto menos for alterada, maior será a possibilidade de se ver respeitada e acatada. A *Constituição Efetiva* seria aquela que funciona, não sendo conhecida, apenas, por juristas; mas por fração prevalente da sociedade.

A uma primeira vista, poder-se-ia dizer que, no parlamentarismo, o Governo, sendo responsável perante o Parlamento, depende da sua confiança e do seu apoio para

governar. Haveria uma responsabilidade política do Governo perante o Parlamento, e, deste, perante os eleitores. O Parlamento, retirando a sua confiança no Governo, este último, simplesmente, cairia. Seria uma espécie de investidura de confiança. Advindo um voto de censura ou uma moção de desconfiança, a consequência seria a necessidade de um novo Governo. Também poderia ocorrer que, em vez da exoneração dos membros do Governo, prefera-se apurar a confiança do povo, dissolvendo-se a Câmara, e se convocando eleições extraordinárias parlamentares. Assim, instalada a crise, a mesma poderia vir a ser resolvida com menores traumas para a democracia, em face da flexibilidade do sistema. Contudo, se este foi o modelo mais difundido, parece ser ele incompleto diante da efetiva prática parlamentar. O parlamentarismo contemporâneo convive com quedas de Conselhos de Ministros, não por falta de confiança parlamentar, mas pelo mero desfazimento das coligações partidárias que sustentam o Governo.

Não se deve atribuir ao presidencialismo a razão das crises brasileiras, embora o parlamentarismo, aparentemente, pudesse apresentar-se como um instrumento prático com maiores alternativas. Faço esta afirmativa, inclusive porque não é possível o esquecimento de que o Brasil é, ao menos formalmente, uma Federação. Assim, a dominação dos vencedores sobre os vencidos não é total, pois o quadro político federal pode inverter-se nos âmbitos estaduais e municipais. Afora o fato de que os vencidos também podem vir a receber cargos públicos como uma maneira de compensação pela derrota e manutenção da *fidelidade* com os detentores do poder.

Um dos problemas principais é que a escolha de um sistema de governo não deve ficar ao sabor de *ambições menores*. Os pequenos Partidos, ou correntes partidárias alternativas, buscam o parlamentarismo, imaginando compensar a debilidade institucional pela articulação política. Os principais Partidos ou candidatos pretendem o presidencialismo, já tradicional no Brasil, confiantes no êxito eleitoral e na competência administrativa de, com os seus poderes, resolver os defeitos do governo herdado. Os desafetos dos principais candidatos, no âmbito do poder político ou na mídia, postulam a mudança da estrutura “*oligárquica presidencialista*”, rejeitando-a mediante a apresentação de *exemplos históricos*. Enfim, defendem-se interesses pessoais sob a aparência de atender às necessidades nacionais.

Contudo, no parlamentarismo, o menor grau de personalização facilitaria a superação de um Governo mal sucedido e esgotado. Imagine-se em que situação não estaria um Presidente da República, no sistema presidencialista, que, começando o seu mandato, e não tendo a maioria no Parlamento, encaminhasse um Plano de Governo, por medidas provisórias, que têm caráter urgente, e elas fossem rejeitadas.

Mesmo não havendo saído vitorioso o parlamentarismo, a Constituição de outubro de 1988 fortaleceu, ao menos formalmente, o Legislativo, ampliando as suas atribuições. Isto ocorreu, em grande parte, em face do trauma deixado pela ditadura militar pós-1964.

A primeira Constituição do Brasil, que tratou de prever as *medidas provisórias*, foi a de março de 1824 (art. 179, XXXV), mas limitava-as a situações de *rebelião e de invasão de inimigos, assim pedindo a segurança do Estado*.

Na Constituição de 05 de outubro de 1988 (art. 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), o decurso de prazo passou a ser motivo de rejeição dos Decretos-leis remanescentes à ordem jurídica anterior, desde que editados até 02.09.88. Os posteriores foram convertidos em medidas provisórias sem qualquer previsão de reedição. Isto constituía um forte indício da necessidade de interpretação restrita que mereciam estas medidas.

Os exageros cometidos mediante o instituto do Decreto-lei, no Brasil, chegaram ao ponto de, durante a vigência da Constituição do Estado Novo, de novembro de 1937, haver sido editada a Lei Constitucional nº 09/45 (*epitáfio do Governo de GETÚLIO VARGAS*), exatamente com base no art. 180 desta Constituição, que regulava os Decretos-leis. Logo, a experiência dos intervalos autoritários, inclusive abaixo dos Atos Institucionais pós-1964, não serve de fundamento para a interpretação das medidas provisórias atuais, senão para advertir sobre os erros do passado.

O Decreto-lei surgiu, no Brasil, em um Estado de teor fascista (*Estado Novo*), onde o predomínio do Executivo saltava aos olhos. Era o Estado do Conselho Federal, uma espécie de Senado sem voto popular. Na verdade, governava-se sem Constituição. A Constituição seguinte (*setembro de 1946*) não os previu, havendo um intervalo sem os Decretos-leis. Foi desta época o Plano de Metas de JUSCELINO KUBITSCHEK (1956-1961), que fez com que o Brasil tivesse um crescimento efetivo, aproximadamente, três vezes maior do que o do restante da América Latina, no mesmo período. Tudo isto, sem os Decretos-

leis ou as Medidas Provisórias. Assim, eles podem ser úteis, mas não são imprescindíveis, conforme demonstra a história nacional.

Os Decretos-leis, que surgiram e se extinguíram com o Estado Novo, apenas retornaram com os Atos Institucionais do regime ditatorial pós-1964. Foram os Atos Institucionais nºs. 02/65 e 04/66, cujas origens autoritárias foram apontadas, que recobriram para eles um espaço que haviam perdido no ordenamento jurídico brasileiro.

A Constituição de janeiro de 1967 dispunha sobre as matérias passíveis de intervenção por Decreto-lei. Eram aquelas relativas às finanças públicas e à segurança nacional, desde que não resultasse em aumento de despesa. Além disto, advertia pela propriedade da sua adoção apenas em casos de urgência ou de interesse público, que são conceitos difíceis de serem definidos. No Brasil, pós-1964, foram expedidos 17 (dezessete) Atos Institucionais e 73 (setenta e três) Atos Complementares.

Entre os Atos Institucionais brasileiros, merece especial destaque o Ato Institucional nº 05 (AI-05/68), que facultou ao Presidente da República decretar o recesso parlamentar quando julgasse conveniente, estando autorizado a legislar em todas as matérias neste período. Foi diante de tantos Atos Institucionais e Complementares que restou outorgada, por uma Junta de Militares, a Emenda Constitucional nº 01/69, sob o argumento de adequar a ordem jurídica nacional aos Atos existentes, fortalecendo o Executivo. Nesta Emenda, que pela sua dimensão e importância chega a ser chamada de nova Constituição, o Decreto-lei poderia ser empregado, desde que não houvesse aumento de despesa, em matérias

sobre segurança nacional, finanças públicas, inclusive normas tributárias; criação de cargos públicos e fixação de seus vencimentos.

Durante o período de vigência da Constituição de 1967/69, permaneceu o decurso de prazo como uma manifestação positiva de vontade do Congresso Nacional, porquanto havia norma expressa neste sentido. No entanto, merece ser referida a Emenda Constitucional nº 22/82, que conferiu a ele um período maior para que se pronunciasse sobre a iniciativa do Executivo

Reconhecendo as circunstâncias históricas, a Constituição de outubro de 1988 chegou a fazer várias citações esparsas, que tinham por objeto impedir as medidas provisórias em determinados assuntos, ou a partir de certas épocas. Logo, não havia uma completa ausência de limites materiais. Além do que, na apreciação do Congresso Nacional de cada medida provisória, deve-se consagrar um juízo sobre a relevância e a urgência (requisitos de admissibilidade – art. 62, § 5º), para, posteriormente, partir-se para a averiguação prévia dos pressupostos de constitucionalidade.

Quanto ao estágio original do regime jurídico brasileiro, reconheci os seguintes limites materiais negativos:

- a) foi vedada a utilização das medidas provisórias para regular a exploração direta, ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º, na redação da Emenda Constitucional nº 05, de 15.08.95);
- b) foi vedada a utilização de medida provisória na regulamentação de artigo constitucional alterado por meio de Emenda promulgada a partir de 1995, o que era bas-

tante importante dado o grande número de Reformas Constitucionais (art. 246. Este artigo foi aprovado duas vezes. As duas aprovações, como foi dito anteriormente, decorreram das Emendas Constitucionais nºs. 06 e 07, ambas de 15.08.95. Atualmente, conta com a redação que lhe foi atribuída pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, estando limitado no tempo, pois vigindo desde 1º.01.1995 até 11.09.2001);

- c) foi vedada a utilização de medida provisória na regulamentação do Fundo Social de Emergência. Este Fundo implicava em recursos que, prioritariamente, deveriam ser recolhidos para o custeio das ações governamentais nos sistemas de saúde e de educação. Os Estados e os Municípios costumavam criticá-lo, fundamentalmente, porque ele retirava porção da receita que lhes deveria ser repassada (*art. 73, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Já foi objeto de duas Emendas Constitucionais, a saber: Emenda Constitucional de Revisão nº 01, de 01.03.94 e Emenda Constitucional nº 10, de 04.03.96*). É o mesmo que, atualmente, ocorre com a DRU – Desvinculação das Receitas da União (*Emenda Constitucional nº 27, de 21 de março de 2.000*);
- d) não se pode mudar o Texto Constitucional por medida provisória;
- e) se o Presidente da República não dispuser de competência constitucional para a iniciativa de Projeto de lei sobre uma matéria, também não poderá sobre ela regular pela via da medida provisória;
- f) pelo caráter de urgência que deve investir toda medida provisória, tenho como incompatível a sua utilização nos

assuntos constitucionalmente submetidos ao princípio da anterioridade tributária (*art. 150, inc. III, al. "b" e art. 195, § 6º. Ver, ainda, o art. 35, § 2º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que fixa prazos de encaminhamento do projeto de plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento*). De onde se conclui, não pela impossibilidade total de serem utilizadas medidas provisórias em matéria tributária, mas pela incompatibilidade da medida provisória, toda vez que houver a exigência do prazo constitucional de espera. Ao contrário do que defendo, faço registrar que o Supremo Tribunal Federal vinha pacificando a sua posição de que o prazo requisitado pelo princípio da anterioridade tributária deveria computar o período a partir da primeira edição da medida provisória, acaso a mesma viesse a ser convertida em lei. No regime jurídico atual, onde não subsiste o decurso de prazo, ainda, com maior vigor, será, quase sempre, uma incógnita a aprovação de uma dada medida provisória (vide a disciplina sobre o *sobrestamento* das Casas do Congresso Nacional – art. 62, §§ 6º);

- g) não faz sentido dizer que não cabem medidas provisórias em matérias passíveis de regulamentação, até mesmo por decreto. A questão, aí, não é de descabimento, mas de falta de interesse por utilizá-las;
- h) quanto à matéria criminal, defendo que não cabe a utilização de medidas provisórias para criar novos tipos penais, ou para aumentar as penas (vide direito penal tributário). Assim propugno, não porque sejam impedidas às medidas provisórias as mesmas matérias que

estejam defesas às leis delegadas, mas porque a liberdade perdida jamais será reparada, apresentando-se insuficiente qualquer reposição econômica. A perda da liberdade é algo definitivo, e as providências de caráter acautelatório, tal como vejo as medidas provisórias, não devem trazer conseqüências sem reposição equivalente. Pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.09.2001, restou vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a direito penal e processual penal.

As dificuldades brasileiras não vão ser resolvidas a golpes de medidas provisórias, inclusive em matéria tributária, pois um dos principais problemas nacionais não está, simplesmente, na falta de dinheiro, mas, principalmente, na sua má distribuição. A heterogeneidade do Brasil reduz a representatividade das médias nacionais.

As exceções devem ser havidas como restritas (*segurança jurídica*). É com base neste adágio que se vem recusando a existência de medidas provisórias estaduais, distritais e municipais. A realidade nacional não pode ser desconsiderada pelo intérprete. O Brasil é um País com um número enorme de municípios, não sendo recomendável o incentivo à multiplicidade das medidas provisórias por disposição inexistente; ou, na melhor das hipóteses, implícita. Não reconheço esta possibilidade nem explícita, nem implicitamente.

A Constituição da República brasileira foi formulada mediante a colaboração direta da cidadania, sendo preciso distinguir entre o uso e o abuso de qualquer instituto jurídico.

Não são necessárias, ao Brasil, tentativas de imitação, ou que se adote uma única matriz constitucional. O mundo precisa conviver com a multilateralidade. Pode conviver sem excessivas padronizações escravizantes a um tom monócórdico, que, muitas vezes, desconhece as realidades sociais de incidência.

O fim político da Constituição de outubro de 1988 foi o da retirada dos amplos poderes do Executivo, prestigiando-se o Legislativo. A Constituição foi o instrumento a serviço deste fim.

É equivocado tratar a atual medida provisória como se fosse o antigo Decreto-lei, pois isto implicaria em postular igualdade para o que é desigual. Os ambientes de nascença foram, radicalmente, opostos. Com o excesso na edição destas medidas, mesmo os especialistas em temas cada vez menores não têm o exato controle do que está em vigor. Sendo reeditadas com sutis alterações, funcionavam tais como revistas que trazem o *jogo dos sete erros*; ocorre que compõem a legislação de um dos mais importantes países do mundo, o Brasil.

Não se pode atribuir à Constituição a manutenção dos excessos normativos quer, do Judiciário (*resoluções*) quer do Executivo (*medidas provisórias*), pois ela garante ao Congresso Nacional a autoridade para zelar pela preservação da sua competência, em face da atribuição normativa dos outros Poderes (art. 49, inc. XI). E não é só, pois, além do instrumento do decreto legislativo, foram fornecidas imunidades materiais e processuais aos parlamentares. O Congresso Nacional deve ser um personagem ativo no Estado Democrático de Direito brasileiro, não se identificando com a estampa de mero aprovador de vontade.

Também o Judiciário poderá deter participação ativa no campo dos excessos cometidos através de medidas provisórias, não apenas pelo juízo negativo de constitucionalidade, mas, também, pela compreensão mais ou menos abrangente que vier a dar ao mandado de injunção, indo para além do aconselhamento moral, tal como, atualmente, se restringe na ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Já são vários os Acórdãos do Supremo Tribunal Federal que, analisando mandados de injunções, fixam prazos para que se supra a omissão congressual, estabelecendo, desde logo, a possibilidade de ação econômica reparatória. O mesmo poderia ocorrer quanto à ausência de regulamentação sobre as medidas provisórias não convertidas em lei, mas que produziram efeitos desde a edição, especialmente no campo tributário.

Tive como vedada a reedição de medidas provisórias, na mesma sessão legislativa, quando rejeitadas, anteriormente, pelo Congresso Nacional (vide, agora, o art. 62, § 10). As medidas de repulsa a este procedimento devem ser tomadas pelo Congresso Nacional, através dos decretos legislativos; e pelo Judiciário, nas hipóteses em que for, processualmente, provocado. Afinal, até mesmo o Projeto de lei rejeitado não pode ser reapresentado na mesma sessão legislativa, senão por proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional (art. 67).

Não se conhece o direito de um lugar apenas passando por um estágio transitório de uns poucos meses. É necessário trabalhar com ele. Vê-lo, desenvolvendo-se no seu dia-a-dia. Se não for assim, apenas se colherão impressões superficiais. É preciso colher o instituto no

Brasil, no seu desenvolvimento conjunto com os demais problemas que assolam a sua sociedade. Isolá-lo é um equívoco. Isto não significa que o estudo dos direitos estrangeiros não possa fornecer úteis sugestões à interpretação e à aplicação de cada direito positivo nacional. Tanto as semelhanças quanto, também, as diferenças terminam por ajudar o jurista na formulação dos seus juízos críticos. Se, antigamente, este raciocínio era válido, tanto mais será hoje com o fenômeno da globalização, que vem implicando na aproximação dos sistemas jurídicos. Nada é isolado no direito. A cada dia a sociedade tem o desafio de se superar, e o direito, também.

Com o objetivo de sistematizar o histórico dos trabalhos legislativos, e de sugerir o que, em meu ponto de vista, ainda pode ser feito em torno das medidas provisórias presidenciais, relaciono:

Primeiro, o resultado da colheita histórica de *lege ferenda*, junto ao Congresso Nacional:

- a) apenas ficaria vedada a reedição de medida provisória, toda vez que o Congresso Nacional, por decreto legislativo, declarasse a cessação da sua eficácia, disciplinando os atos praticados na sua vigência;
- b) haveria a ampliação da Comissão Mista Permanente Única de Senadores e Deputados, respeitada a proporcionalidade partidária ou de blocos parlamentares, para a emissão de Pareceres sobre cada uma das medidas provisórias editadas, de maneira a orientar a votação pelo Plenário das Casas Legislativas (*Câmara dos Deputados e Senado Federal*);

- c) o Presidente da República deveria comunicar ao Presidente do Congresso Nacional a adoção de cada medida provisória com 48 (*quarenta e oito horas*) de antecedência. A exceção a isto deveria vir fundamentada na Exposição de Motivos de cada medida. Contra isto, há a refutação de que a comunicação com antecedência é incompatível com a natureza urgente e relevante da medida, que traria, em si, embutida a necessidade absoluta de sigilo prévio;
- d) interditar-se-ia, expressamente, a adoção de medida provisória, versando sobre matéria penal, ou proibida à lei delegada ou complementar;
- e) incluir-se-ia, entre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, o abuso na utilização das medidas provisórias. Esta Proposta partiu de um ex-Presidente da República, quando ainda era Senador: ITAMAR FRANCO;
- f) fixar-se-ia um prazo de 60 (sessenta) dias para que o Congresso Nacional viesse a editar o decreto legislativo necessário para a regulamentação das relações jurídicas decorrentes da medida provisória não convertida em lei, total ou parcialmente. Já admitindo a hipótese deste prazo não vir a ser cumprido, determinar-se-ia que, neste caso, seriam conservados os efeitos decorrentes da medida provisória na parte não convertida. Sobre a necessidade da edição do decreto legislativo, há propostas mais radicais que advogam a paralisação dos trabalhos do Congresso Nacional, caso não deliberasse sobre as relações jurídicas advenientes da medida provisória que perdesse a eficácia;

- g) entre as matérias, expressamente vedadas às medidas provisórias, incluir-se-iam as normas sobre processo penal;
- h) propõe-se que, expressamente, fique determinado que não se pode subordinar os efeitos jurídicos de uma medida provisória a eventos futuros, que estejam para além dos trinta dias constitucionais (Parágrafo Único, art. 62 – Texto originário), o que tem particular importância em relação aos tributos que se encontrem sujeitos ao princípio da anterioridade pelo exercício financeiro (art. 150, inc. III, al. “b”), ou ao princípio da anterioridade nonagesimal das contribuições em favor da seguridade social (art. 195, § 6º).

Agora, passo às sugestões que apresentei:

- a) a medida provisória, não apreciada pelo Congresso Nacional no prazo que, se estenderia para 60 (sessenta) dias, deveria, no dia subsequente ao do encerramento deste, poder ser reeditada. O prazo de eficácia da medida reeditada seria limitado a 30 (trinta) ou 60 (sessenta) dias. De algum modo, isto foi acolhido pela Reforma;
- b) a medida provisória rejeitada, por haver o Congresso Nacional considerado como inexistentes os pressupostos da relevância e da urgência, deveria ser, automaticamente, convertida em Projeto de lei, ao qual ficaria assegurado o regime de urgência, tal como está consignado no § 2º, do art. 64, da Constituição de outubro de 1988;
- c) a medida provisória, rejeitada pelo Congresso Nacional por algum outro motivo, poderia, ainda na mesma

- sessão legislativa, ser reapresentada, desde que, obviamente, compatível com a Constituição; porém, expurgada dos defeitos encontrados pelo Congresso, se o fundamento permitir esta adequabilidade;
- d) outra alternativa seria aquela que chamei de “*rejeição construtiva*” pelo Congresso Nacional, exigindo-se dele, quando da rejeição de uma medida provisória, ainda mais quando não houvesse direito anterior, que, simultaneamente, aprovasse o decreto-legislativo correspondente.

Defendo que a utilização do termo *medida provisória* teve por objetivo esconder, em um nome sem tradição entre os brasileiros, este instrumento; pois, assim, reduziam-se os debates e as polêmicas que, naturalmente, seriam suscitadas pela sua inclusão constitucional. Forte indício, neste sentido, considero que seja a sua não inclusão, entre as normas do processo legislativo, até à Redação Final da Constituição de outubro de 1988.

As medidas provisórias têm força de lei, mas não são leis. Não são leis completas, pois ainda estão em formação. No direito brasileiro, conforme larga jurisprudência, também têm força de lei alguns convênios tributários interestaduais, a sentença de mérito transitada em julgado etc.

Quando a Constituição de outubro de 1988 quis falar em lei complementar, ela nem sempre o fez de maneira expressa, haja vista artigos como: art. 5º, inc. II; art. 174, § 2º. Para concluir isto, basta que se cotejem outros artigos constitucionais, como, por exemplo, o art. 146, inc. III, al. “c”; art. 192, “caput” e inc. VIII. Assim o é porque não basta conhecer a norma isoladamente, é preciso

conhecer o sistema em que ela se enquadra. Portanto, quando se afirmava que não cabia à medida provisória tratar de matéria reservada, constitucionalmente, à lei complementar, pelo fato de o art. 62 apenas fazer referência à *força de lei*, e não à *força de lei complementar*, esquecia-se de que, em várias outras oportunidades, a Constituição referiu-se ao termo *lei* no sentido de *lei complementar*.

No direito constitucional brasileiro, não é possível estabelecer uma hierarquia “*a priori*” da lei complementar, em relação à ordinária, com base no quórum qualificado de maioria absoluta (lei complementar), pois mais qualificado é o quórum constitucional dos três quintos. É a Constituição que determina se uma matéria deve ser expedida por lei complementar ou ordinária. Também o argumento topográfico não altera em nada esta conclusão, pois decidir por uma interpretação em face da mera localização de um preceito é uma visão estreita; e, não poucas vezes, errada. Além do mais, nem sempre o quórum qualificado é o maior obstáculo de formação de uma lei, cabendo perquirir sobre hipóteses em que a *iniciativa privativa* de um Órgão, verdadeiramente, impede o início do processo legislativo.

Não é possível, no sistema constitucional brasileiro, confundir a medida provisória com a lei delegada. Logo, não são extensíveis às medidas provisórias as proibições veiculadas, constitucionalmente, para as leis delegadas; pois ambas (*lei delegada e medida provisória*) constituem espécies legislativas autônomas. Esta posição repercute, fortemente, no campo tributário, graças a uma série de matérias desta índole atribuídas ao âmbito da lei com-

plementar; tal como, por exemplo, o fazem os arts. 146; 155, § 2º, inc. XII etc; todos da Constituição da República brasileira.

A medida provisória tanto poderia versar sobre matéria de lei ordinária, quanto também de lei complementar (vide a alteração do texto da Reforma, art. 62, § 1º, inc. III). Naturalmente que, convertida em lei, a medida provisória deixa de ser provisória, e torna-se, efetivamente, lei. Isto porque se, dentro do prazo constitucional, o Congresso Nacional transformasse a medida provisória em lei, estaria, simplesmente, cumprindo com um procedimento de criação legislativa; o que seria, perfeitamente, regular. Esta nova lei deve ser tratada sem preconceitos ou perseguições hermenêuticas.

A proibição dos efeitos repristinatórios (art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil) apenas se coloca quando se trate de lei revogando lei, o que não é o caso das medidas provisórias. Medida provisória não é lei senão após a sua conversão. De tanto, caso não seja convertida, não haverá de se falar em repristinação da lei revogada. Isto por um motivo singelo: não houve revogação. Medida provisória não revoga lei.

A medida provisória opera a sua eficácia desde a edição, suspendendo os efeitos da lei que lhe for contrária; isto porque opera sob condição resolutiva. A condição resolutiva é a sua não conversão, pelo Congresso Nacional, no prazo fixado constitucionalmente. A lei contraditada, no entanto, está sob condição suspensiva, pois, se a medida provisória não for convertida em lei, neste prazo, ela voltará a produzir efeitos. O marco é um só: a não conversão da medida provisória em lei no prazo constitucional.

Mesmo durante a vigência do regime jurídico do Decreto-lei, GERALDO ATALIBA já se referia aos seus *efeitos precários*, porque dependentes de aprovação. Com bem maior razão, resta concluir pelos tais efeitos precários no novo sistema, dado que as medidas provisórias não podem vir a ser aprovadas por decurso de prazo.

Defendo a inexistência de responsabilidade objetiva por atos legislativos, dado que não há nenhuma referência constitucional a isto. De fato, todas as leis devem atender a critérios de isonomia, sob pena de incorrerem em vícios de favoritismos e perseguições. Desta ordem, mesmo não sendo necessário à lei ser geral e abstrata, precisaria ser isonômica; ou, dito de outra maneira, precisaria atender ao rumo constitucional.

Sobre a responsabilidade do Estado pela edição de medidas provisórias, postulo:

- a) a medida provisória é, normalmente, impessoal, não provocando, por si, prejuízos; ou, ao menos, estes não são concentrados em um só indivíduo. O que pode acarretar os danos é a aplicação da medida;
- b) se a medida provisória for considerada inconstitucional pelo Poder Judiciário, tenho como, perfeitamente, possível, desde que se comprove o prejuízo concreto; a busca, na via judiciária, da reparação econômica;
- c) se a medida provisória for considerada inconstitucional, quando da sua análise pelo Congresso Nacional, deve o mesmo, mediante decreto legislativo, dispor sobre as situações constituídas durante a medida. Em nome do princípio da segurança jurídica (irretroatividade), não poderá haver prejuízo. Em havendo, é devida a reparação;

- d) se a medida provisória for havida, pelo Congresso Nacional, como não atendendo aos requisitos constitucionais da relevância e da urgência, em face de, atualmente, o Supremo Tribunal Federal considerar estes pressupostos como detendo, em via de regra, caráter meramente político, bastaria a recusa do Congresso Nacional, e a comprovação do prejuízo concreto, para habilitar uma ação indenizatória.

Os sucessivos Planos Econômicos, que vêm se multiplicando desde a década de 80 no Brasil, tiveram, ao menos, um ponto comum. Foram veiculados por Decretos-leis ou por medidas provisórias que, por vezes, se eternizaram no tempo. Assim, mesmo que não tenham consciência disto, os brasileiros médios interessam-se, muito de perto, pelo tratamento que se venha a dar a este instrumento provisório presidencial; pois ele diz respeito às suas vidas diárias, tal como ocorreu com o Plano Collor I, quando, repentinamente, promoveu-se o bloqueio de quase todos os seus recursos nos Bancos. Isto, evidentemente, para aqueles que tinham algum dinheiro depositado. Mais recentemente, com o racionamento de energia elétrica, novamente o mesmo veículo destacou a sua importância.

Os Planos Econômicos foram os responsáveis pela enorme contenciosidade que, hoje, atinge o Brasil. Vieram à tona palavras como tablita, desindexação, deflação, indexadores econômicos, absorção temporária do poder aquisitivo da moeda, inflação real; mas, também, direito adquirido, Constituição, Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal.

As medidas provisórias já trataram sobre quase tudo no Brasil (*venda de veículos populares, por exemplo*), e continuam a ser editadas com grande velocidade, provocando um sentimento de permanente ignorância, erodindo o Estado de Direito. Melhorar isto é tarefa conjunta do Executivo, do Legislativo, do Judiciário, do Ministério Público, dos Advogados; enfim, de todos aqueles que se preocupam com o Brasil. É preciso combater a previsão de que a Constituição, embora continue com o corpo, vai perder a alma, tal como o excomungado das Ordenações Filipinas (Título VII, do Segundo Livro).

Merece receber reflexão a experiência brasileira do *orçamento participativo*, a democracia em exercício, e não limitada ao sufrágio eleitoral. Um contra-ponto da medida provisória, que, ao lado da democracia representativa, traz à baila esta outra fisionomia democrática. Trata-se de um modo próprio de pensar o poder, repartindo-o, inclusive em termos de responsabilidade pela opção escolhida. Esta prática pode provocar um crescimento na auto-estima das pessoas em geral, e especialmente nas mais necessitadas do amparo estatal, quebrando, assim, a indiferença e a certeza de que um Texto Constitucional, e as leis que o circundam, não passam de papéis autorizadores somente da descrença.

O orçamento participativo não deve ser uma construção que obstrua a democracia representativa. Bem ao contrário. Discutir a maneira de elaborar o orçamento e de executá-lo é um instrumento importante na função histórica de fiscalização parlamentar, evitando ou diminuindo a corrupção não apenas dos escalões administrativos inferiores, pois são eles que, na verdade, constroem tecni-

camente a peça orçamentária, mas também pode funcionar como um desestimulador das já famosas "*obras inacabadas*". Se houve empenho do dinheiro público, em uma construção ou algo similar, simplesmente abandoná-la seria uma atitude irresponsável e prejudicial ao Erário. Por outro lado, se um governo subsequente justifica que não pretende continuar com a obra nos termos anteriormente avençados, e comprova que assim procede, pois ela foi superfaturada, é preciso responsabilizar os corruptores e os corrompidos, não se tratando de desidia a descontinuidade da fraude.

Tudo isto tem a ver com a mídia (comunicação social), pois, na vida moderna, ela é uma importante formadora da opinião pública. Logo, se as empresas de comunicação mantiverem laços fortes com os corruptores, provavelmente advirá o silêncio sobre a realidade.

Portanto, ao se falar em orçamento participativo, nisto há uma necessidade de inclusão do próprio Parlamento, pois não é inusual um Parlamentar votar o orçamento desconhecendo-o, bastando para isto que haja sido contemplado em uma pretensão menor, de caráter meramente eleitoral.

Dentro desta idéia geral, é importante que não haja superposições de atribuições nem entre as pessoas políticas que compõem a Federação brasileira, nem tampouco entre os órgãos que integram uma mesma pessoa. Se não houver uma supervisão bem definida, a consequência será a destruidora concorrência entre os Ministérios e os seus Ministros, sobretudo entre aqueles que têm pretensões políticas. Portanto, organizar bem o Poder Executivo é uma prioridade para uma razoável execução orçamentária.

Outro problema é o “*subfaturamento*”. A questão é a de que, saindo de uma licitação um preço inexecutável, com justificativas que buscam esconder as circunstâncias, termina-se por estendê-lo no exercício posterior; o que provoca a dilatação de obras e serviços que estavam previstos para alguns meses, e terminam sendo executados, quando o são, após vários anos.

A dimensão territorial do Brasil e a sua organização política municipal podem funcionar como um excelente pano de fundo para a construção deste diferente ponto de vista do poder (democracia orçamentária). É possível a construção gradativa da experiência desde os Municípios, passando pelos Estados, para, só depois, acaso aprovada, atingir a União. Talvez, tão importante quanto achar a resposta seja procurá-la, aperfeiçoando o possível, evitando retrocessos por um poder absoluto, que tantos horrores já provocou. Vide, no texto, a “*Linguagem do Orçamento Participativo – OP*”.

Seria possível imaginar que o Governo federal poderia dispor sobre os “*grandes números*” (macroaglomerados) a serem aplicados na saúde, na educação, na segurança pública, no saneamento etc. Diante da realidade numérica, seriam fixados percentuais por Estado-membro. Ultrapassada esta etapa, viriam as Assembléias Legislativas estaduais e as Câmaras de Vereadores municipais a discutirem e fixarem obras prioritárias. Note-se que a manifestação social em todo este processo não é sinônimo de desordem. Apenas, procedendo com critérios mais democráticos, estaria-se evitando a vala comum de que aos amigos tudo, aos inimigos a morte, e aos indiferentes a aplicação equilibrada da lei.

Em alguns Municípios brasileiros, vem sendo possível o efetivo controle popular, durante o exercício do poder, à revelia de sistemas presidencialistas ou parlamentaristas. Até mesmo porque os Prefeitos municipais e os Governadores estaduais não dispõem de medidas provisórias que lancem os seus projetos de governo para posterior ratificação parlamentar. É a complementariedade da democracia representativa pela democracia participativa.

O esquema logístico do *orçamento participativo* vem, muitas vezes, permitindo que se faça mais com menores recursos, ao menos do ponto de vista da escolha popular. Ao que parece, o grau de êxito costuma variar com a menor ou maior continuidade da Administração e, também, com o nível de expectativas que a comunidade mantém por resultados imediatos. Também deve ser dito que, quanto maior o envolvimento da comunidade, menor será o risco de frustrações, porquanto, sendo conhecedora das dificuldades enfrentadas, menos exigente e mais seletiva se torna.

Quanto mais permanente e habitual este sistema o for, maior será a possibilidade de esta participação evitar o compasso de uma crítica comum à democracia - o tumulto, evitando, também, os políticos que constroem as suas carreiras pelos desvãos das minorias controladoras do Estado. Um dos divisores de águas do êxito global desta iniciativa, além da necessidade de apoio da mídia, certamente, será o recém-descoberto mundo da Informática. Contudo, não há uma fórmula pronta para cópias mecânicas e automáticas. É preciso planejá-la, tomando em conta as circunstâncias do seu meio de aplicação, descabendo a mundialização apática.

Sobre o Orçamento Participativo (OP), realizei uma pesquisa de campo, indo até algumas comunidades. Na maior parte dos municípios brasileiros, o lidar com o orçamento era algo, praticamente, inexistente. Por vezes, havia apenas uma cópia do Orçamento municipal, em algum lugar da Câmara de Vereadores (Poder Legislativo); e só. A peça orçamentária funcionava como uma simples ficção, o que colaborava decisivamente com o fisiologismo, pois se, de um lado, o Prefeito (Chefe do Executivo), nestes termos, poderia consagrar as reivindicações dos Vereadores, pois não havia compromisso com a realização da *promessa legal*; por outro, os Vereadores poderiam dizer aos seus eleitores que haviam feito as suas partes. Um *jogo de faz de conta*.

Esta maneira de agir retirou qualquer possibilidade de confiança no orçamento confeccionado. Primeiro, porque dele, quando muito, apenas se tinha notícia. Depois, porque ele era destituído de efetividade. Inexistindo o Orçamento Participativo (OP), salvo melhor juízo, as dificuldades de tornar o orçamento algo próximo da realidade serão ainda maiores.

De um certo modo, Chefes de Executivos municipais, que não hajam conseguido formar maioria no Legislativo para aprovar os seus Projetos, e não dispoem das medidas provisórias, terminam conseguindo governar pela pressão direta da população (*cidadania ativa*). É natural que isto possa incomodar os parlamentares eleitos, que podem se sentir reduzidos como interlocutores do povo. Uma espécie de lide pragmática entre a democracia representativa e a participativa. Em face disto, há propostas que defendem a participação popular direta não apenas até o

encaminhamento da proposta orçamentária pelo Executivo para o Legislativo; mas que ela prossiga durante o próprio processo legislativo.

De fato, a *cidadania ativa*, não estancando a democracia no sufrágio eleitoral, mas a estendendo ao exercício do poder, traz a possibilidade de os políticos continuarem em campanha durante todo o mandato. Isto traz riscos, como, por exemplo, de os opositores encaminharem para as Plenárias pessoas com o só objetivo de provocar entraves. Ocorre que a prática, por enquanto, vem demonstrando que, a despeito desta realidade, a maioria interessada nos projetos reais de melhoria termina por identificar a insincera cidadania participativa.

A democracia participativa é algo difícil, e exige trabalho bem planejado. Os problemas não são poucos. Como convidar a comunidade para as Plenárias? Onde fazer as reuniões? Como escolher os delegados-representantes? Como capacitar os delegados-representantes em uma população que pode ter um baixo nível educacional? Como formular os questionários que devem ser respondidos pela população? Todas estas perguntas foram enfrentadas em minha análise, concluindo que é preciso, para perseguir o propósito da democracia participativa, ter tenacidade, paciência e perseverança.

Na divulgação das Plenárias, a mídia de massa (televisões, rádios, jornais) não vem contribuindo de maneira tão decisiva, salvo melhor juízo, porque as despesas de divulgação são controladas, não se pretendendo transformar as Plenárias em comícios custeados pelos cofres públicos. É de ser frisado que os custos da consulta popular sobre o orçamento vêm sendo baixos.

A capacitação dos delegados eleitos é de vital importância para o êxito do procedimento. Neste aspecto, vislumbra-se uma plurivocidade impressionante, pois, ao lado de alguém semi-alfabetizado, é possível encontrar pós-graduandos compondo uma comunidade heterogênea, mas com um objetivo comum: discutir o que fazer com o dinheiro dos tributos, após pagar os encargos municipais. Vários Cursos sobre orçamento municipal, em linguagem simples, já foram ministrados, por Universidades e instituições congêneres, aos delegados escolhidos pela comunidade.

Tendo havido a capacitação, e divulgados os números, muitas vezes preocupantes, de previsão da receita pública, passa-se a pensar em como incrementá-los. Aqui, a Lei de Responsabilidade Fiscal vem apresentando uma efetividade impressionante, pois, embora haja repetido alguns comandos constitucionais tradicionalmente inefetivos, pelo fato de a nova legislação subconstitucional conter sanções, vem recebendo um respeito atípico. É como venho dizendo: não se deve confundir hierarquia com efetividade.

Verificar as Plenárias discutindo como incrementar a arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial urbana (IPTU), do imposto sobre serviços (ISS), do imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI), a respeito das taxas, vem sendo uma experiência possível em alguns municípios do Brasil. Siglas como FPM, FUNDEF, ICMS, IPVA vêm deixando de ser palavras confusas, de conteúdo nebuloso, para pertencerem à coloquialidade necessária à construção de obras de saneamento básico, pavimentação de ruas, construção de escadarias nas co-

munidades de morro, iluminação pública, construção de unidades habitacionais, equipamentos de postos de saúde, equipamentos esportivos etc.

Esclarecer o que seja o orçamento e as possibilidades e os limites de escolha das comunidades é uma tarefa em contínua construção. Logo, parece conveniente que, ao menos nas duas primeiras experiências de confecção dos orçamentos municipais, o mandato dos delegados prolongue-se por dois anos, de modo a aproveitar melhor a capacitação colhida nos Cursos que realizaram.

Entre o espaço de generalidade da plataforma eleitoral e a escolha concreta que se pretende fazer com o Orçamento Participativo (OP) estabelece-se um compromisso muito mais intenso entre o Executivo e a população. Assim, a menor generalidade poderia aprofundar a frustração na hipótese do não atendimento de uma determinada expectativa. Evitar que isto ocorra é uma tarefa que precisa ser cuidadosamente desenvolvida, inclusive porque a idéia do Orçamento Participativo (OP) não se esgota na confecção do orçamento, até mesmo porque um novo já começa a ser projetado, propiciando aos delegados a permanente cobrança de realização do anterior. Logo, se não for possível atender a uma ou mais prioridades, é imperioso que haja um diálogo sincero entre as partes. Quanto maior for a sinceridade, talvez possa ser menor a frustração.

A sinceridade é fundamental por uma questão ética e porque o incremento da receita também passa pelo orçamento, podendo a aplicação de institutos como o da progressividade, naturalmente antipatizados pelos atingidos, ser uma das saídas possíveis. Também se considera que a

natural apatia de alguns cidadãos poderia vir a ser reduzida quando vierem a verificar que a *cidadania ativa* vem produzindo resultados visíveis para aqueles que a exercem; bem como para as suas comunidades. Acredita-se que, evitando obras inúteis ou não prioritárias, e priorizando a soma de idéias com a população, permitiria-se um melhor planejamento em relação às despesas públicas.

Certamente, não é uma tarefa fácil apresentar as carências da Administração pública frente aos severos problemas da saúde e da educação no Brasil, por exemplo. Vencer o lugar-comum de que “isto não val dar em nada” é algo, tão ou mais, difícil. Escolher, entre as prioridades, aquelas que atingirão, positivamente, mais pessoas, ou pessoas mais carentes, é algo que requer a colaboração do bom senso da democracia representativa, já tão esgarçada. Ocorre que, para aqueles que acreditam na democracia, este caminho parece merecer uma tentativa empenhada; e muito trabalho.

A opção por líderes messiânicos, quase religiosos, em muitas oportunidades não passa de uma questão de oportunismo, egocentrismo e ignorância. A aplicação gradual da democracia participativa no Brasil é um equipamento de ensaio que precisa ser acompanhado sem preconceitos e perseguições. Afinal, é possível dar certo.

Não se trata apenas de ter confiança no Presidente da República, ou no Congresso Nacional; é fundamental ter confiança no Poder Judiciário e no povo, aperfeiçoando um novo ponto de vista do poder. Afinal, nem sempre a Constituição é o que a Corte Suprema decide que é.

Incentivar a educação e desenvolver a consciência fiscal não se resume a despertar no cidadão a vontade de

aprender sobre o sistema tributário em que está inserido. Trata-se de algo ainda maior, sendo fundamental desenvolver, nos próprios servidores da Receita (federal, estadual, distrital e municipal), a idéia da função social do tributo.

O controle social sobre a gestão dos recursos públicos em benefício da população e do pagamento voluntário dos tributos será tanto maior quanto menor o for a descrença e o desrespeito para com o patrimônio público. O bem comum e o bem privado não devem estar divorciados na cultura da comunidade. O cidadão precisa estar convencido da importância da sua contribuição. O empresário precisa verificar, na prática, que pagar a integralidade dos tributos que deve, e estimular os seus pares a assim procederem, não se trata apenas de uma política da própria subsistência mas é a sua maior contribuição com fatores sociais como a educação, a saúde e a segurança. Logo, a informação sobre o destino dos recursos arrecadados funciona como um estímulo, por um lado, para o questionamento e para a verificação da utilidade e existência dos investimentos sociais (uma apropriação legítima de poder) e, por outro, para a voluntariedade da adimplência com o Fisco. É a interação da ética com a utilidade.

É na mente da criança que um País pode ser plantado. Entre os anos de 1971 e 1980, foi desenvolvido, no Brasil, o chamado “Programa Contribuinte do Futuro”, buscando conscientizar os estudantes através da educação fiscal, com a pretensão de construir uma nação justa e igualitária. Mesmo entendendo que a idéia sofreu e se enfraqueceu com a aplicação prática, não me parece que possa ser desconsiderada em um passado escondido da

história. A divulgação foi extremamente tímida, passando quase despercebida das crianças da época. Contudo, havia, ao menos, um esboço de iniciativa. Atualmente, malgrado as boas intenções, a área federal ainda não conseguiu transformar em realidade os seus objetivos nesta área, permanecendo afastados do Brasil federal *os Brasís estaduais e municipais*.¹

1 Bibliografia: www.ourem.cbj.net.

REFERÊNCIAS

CONSTITUIÇÃO DO BRASIL 1988 – comparada com a Constituição de 1967 e comentada. São Paulo: Price Waterhouse, 1988.

ABBAGNANO, Nicola. **História da Filosofia**. v. II (trad. António Borges Coelho); v. III (trad. Armando da Silva Carvalho); v. VI (trad. António Ramos Rosa); v. VII (trads. António Ramos Rosa e António Borges Coelho). 3 ed. Lisboa: Editorial Presença, v. II e III (1984), v. VI e VII (1982).

_____. **Teoría de la Argumentación Jurídica - La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la Fundamentación Jurídica**. Trads. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madri: Suhrkamp, 1989.

ABREU, Florencio de. **A Constituição e o Projecto de Constituição da República Rio-Grandense**. Porto Alegre: Typ. do Centro, 1930.

ACCIOLY, Aristófanés. **Contribuição de Melhoria e Valorizações Imobiliárias**. Rio de Janeiro: Finanças., 1951.

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ACCIOLY, Mário. **Execuções Fiscais**. Rio de Janeiro, [s.n.], 1936.

ACUANÁ, Andueza. **Los Cambios Constitucionales en America**. México: UNAM, 1977.

ADEODATO, João Maurício. **O problema da legitimidade - no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

ADLER, John. **Recursos financieros y reales para el desarrollo**. México, [s.n.], 1961.

ADROGUÉ, Carlos. **Poderes impositivos federal y provincial sobre los instrumentos de gobierno**. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1943.

AFTALIÓN, Enrique. Los principios generales del Derecho y la Reforma del Código Civil. In: **Anales de la Fac. de Ciências Jurídicas y Sociales de la Plata**, 1940.

AFTALIÓN, OLANO e VILANOVA. **Introducción al derecho**. 6 ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1960.

AFTALIÓN, Enrique e VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. Buenos Aires: Abeledo - Perrot, 1988.

AGIRREAZKUENAGA, Inaki. **La coacción administrativa directa**. Madrid: Civitas, 1990.

AGUIAR DIAS, José de. A Equidade é Poder do Juiz. **RF**, v. 164, fasc. 633, 1956.

AGUIAR, Roberto A R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1980.

_____. **O que é justiça; uma abordagem dialética**. São Paulo: Alfa-Omega, 1982.

AHUMADA, Guillermo. **Tratado de finanzas públicas**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1969.

ALBUQUERQUE, Martim de. **Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

ALDER, John. **Constitutional and Administrative Law**. London: Macmillan, 1989.

ALEMANN, Roberto. **Reflexiones sobre el gasto público**. Buenos Aires, 1971.

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. 3 ed. Milano: Giuffrè, 1960.

ALESSI, Renato e STAMMATI, Gaetano. **Istituzioni di Diritto Tributario**. Torino: Unione Tipografica, s.d.

ALLORIO, Enrico. **Diritto Processuale Tributario**. 4 ed. Torino: UTET, 1962.

_____. **Diritto Processuale Tributario**. 5 ed. Torino: UTET, 1969.

ALMEIDA, Antônio Figueira. **A Constituição de Dez de Novembro, explicada ao povo**. Rio de Janeiro: DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda), 1940.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Competência na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

ALMINO, João. **Era uma vez uma Constituinte; Lições de 1946 e as Questões de hoje**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

ALMIRO, Afonso. **Controle Financeiro das Autarquias**. Rio de Janeiro: Finanças, 1953.

_____. **Técnica Orçamentária**. São Paulo: Atlas, s.d.

_____. **Questões de Técnica e Direito Financeiro**. Rio de Janeiro: Finanças, 1957.

ALTERINI, Atilio Anibal. **La inseguridad jurídica**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

ALTHUSSER, Louis. **Montesquieu, A Política e a História**. Trad. Luiz Cary e outro. Lisboa: Presença, 1972.

ALVES, João Luís. **Reforma Constitucional**. Belo Horizonte, [s.n.], 1902.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1986. v. I.

_____. Direitos fundamentais dos administrados. In: Miranda, Jorge (org.). **Nos Dez Anos da Constituição**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1986.

_____. **Direito Administrativo**. A edição corresponde à revisão das suas lições de 1983/84, levando em conta a publicação do primeiro volume do Curso de Direito Administrativo (Coimbra 1986). Lisboa, 1988. v. II.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

AMOROS, Narciso. **Derecho Tributario (Explicaciones)**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1963.

ANDRADA, José Bonifácio Olinda de. **Empréstimos Públicos nas Relações Internacionais**. Belo Horizonte, 1927.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **O dever da fundamentação expressa de actos administrativos**. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico - Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

ANDREOZZI, Manuel. **Derecho Tributario Argentino**. Buenos Aires: Tipográfica Ed. Argentina, 1951.

ANDRIOLI, Virgilio. **Studi sulla Giustizia Costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1992.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. 7. ed. Parte Generale. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1975.

ANTONINI, Euclide. **La soggettività tributaria**. Napoli: Morano, 1965.

ANZON, Adele. **La corte costituzionale e il diritto vivente**. In: **Onore de Vezio Crisafulli**. Padova, CEDAM, 1985.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. **Poder Judiciário: do moderno ao contemporâneo**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1998.

ARANOVICH, Manuel Horacio. Integración económica: ALALC y la posición argentina. In: **La Ley**, 1970.

ARAÚJO, Castro. **A Constituição de 1937**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

ARDANT, Gabriel. **Théorie sociologique de l'impôt**. Paris: SEVPEN, 1965.

ARGAÑARÁS, Manuel. **La prescripción extintiva**. Buenos Aires, [s.n.], 1966.

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa de Almeida, 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 1988.

_____. **Da Revolução**. Trad. Fernando Didimo Vieira. 2. ed. São Paulo: Ática, 1990.

_____. **A Condição Humana**. Trad. Roberto Raposo. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

ARISTÓTELES. **Éthique à Nicomaque**. Trad. J. Tricot. 2 ed. Paris: L. Philosophique Vrin, 1967.

_____. **Tratados de Lógica**. 5 ed. México: Porrúa, 1979.

ARRUDA, Teresa e ALVIM, ARRUDA. **Mandado de Segurança contra ato judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ARZUA, Heron. **Contribuição ao Estudo dos Tributos Parafiscais**. São Paulo: Resenha; IBT, 1974.

ASCARELLI, Tulio. Il Problema delle Lacune. **Archivio Giurídico**, 94, 1925.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A Tipicidade dos Direitos Reais**. Lisboa: Minerva, 1968.

_____. **O Direito – Introdução e Teoria Geral. Uma perspectiva luso-brasileira**. 10 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

ASSIS, José de. **Do mandado de segurança contra ato judicial: pressupostos de admissibilidade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ASÚA, Luis Jimenez de. **Tratado de Derecho Penal**. Buenos Aires: Losada, 1951. Tomo II e III.

ATALIBA, Geraldo. **O Decreto-lei na Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. **Sistema Constitucional Tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

_____. **O Decreto-lei na Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

_____. **O Decreto-lei na Constituição de 1967**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

_____. **Lei Complementar na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **Empréstimos Públicos e seu Regime Jurídico**. São Paulo, 1972.

_____. **República e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **Hipótese de Incidência Tributária**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. **O Município e os Municípios da Constituição Federal de 1946**. São Paulo, [s.n.], 1947.

_____. **Natureza Jurídica da contribuição de melhoria**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.

AUGUSTO, José. **O anteprojeto da Constituição em face da democracia**. Rio de Janeiro: Schmidt, 1933.

AUSTIN, John. **The Province of Jurisprudence Determined**. New York: The Noonday Press, 1954.

AUTRAN, Manoel Godofredo de Alencastro. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: H. Laemmert & Cia. 1881.

AYALA, Perez de. **Derecho Tributario**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968.

AYALA, José Luiz Perez de e GONZALEZ, Eusebio. **Curso de Derecho Tributario (I)**. Madrid: EDERSA, 1975.

BACHOF Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais**. Coimbra: Atlantida Editora, 1977.

BAGNOLI, Bruno. **Imposizione sul valore aggiunto**. Milano: Giuffrè, 1964.

BALEEIRO, Aliomar. **O imposto sobre a renda: prática, doutrina, legislação**. Salvador/Bahia: Editora Baiana, 1938.

_____. **A Tributação e a Imunidade da Dívida Pública**. Bahia: Liv. Ed. Bahiana, 1939.

_____. **Alguns Andaimos da Constituição**. Rio de Janeiro: Aloísio Maria de Oliveira Editora, 1950.

_____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

_____. **Clínica Fiscal - questões de finanças e de direito tributário**. Bahia: Progresso, 1958.

_____. **O Direito Tributário da Constituição**. Rio de Janeiro: Finanças, 1959.

_____. **Limitações Constitucionais ao poder de tributar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

_____. **Uma introdução à ciência das finanças e à política fiscal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

_____. **Uma introdução à ciência das finanças**. 4 ed. Revista e adaptada à Constituição de 1967 e ao Código Tributário Nacional. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1968.

_____. **Supremo Tribunal Federal esse outro desconhecido**. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

_____. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7 ed. Revista e atualizada pela Dra. Misabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. Atualizador: Dejalma de Campos, 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria da Constituição**. Ed. Resenha Tributária, 1979.

_____. **Teoria Geral do Federalismo**. Belo Horizonte: FUMARC, 1982.

_____. **Processo Constitucional**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARATA, Júlio. **O Espírito da nova Constituição**, Rio de Janeiro: Mandarin e Molinaro Ltda, 1938.

BARBALHO, João Uchoa Cavalcanti. **Constituição Federal Brasileira**. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia, 1924.

_____. **Novo Processo Civil brasileiro**. v.II. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BARBOSA, Ruy. **A Constituição de 1891**, in Obras Completas. Ministério da Educação e Saúde.

_____. **O art. 6º da Constituição e a Intervenção de 1920 na Bahia**. Rio de Janeiro: A J. de Castilho, 1920.

_____. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coleção Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1933. v. II.

BARCELLOS, Milton. **Evolução Constitucional do Brasil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.

BARCELONA, Pietro. **Diritto privato e processo economico**. Napoli: Jovene Editore, 1973.

BARRÉ, Raymond. **Economia política**. Barcelona: Ariel, 1964.

BARRETO, Carlos Xavier Paes. **A Constituição do Estado Novo**. Rio de Janeiro: A Coelho Branco Filho, 1938.

BARRETO, Lauro Muniz. **Direito Bancário**. São Paulo: Livraria Editora Universitária de Direito, 1975.

BARROS FILHO, Theotônio Monteiro. **As Taxas e seus Principais Problemas Teóricos**. São Paulo: Resenha dos Tribunais, 1941.

BARROS, Buys de. **Ensaio sobre a Parafiscalidade**. Rio de Janeiro: Konfino, 1956.

BARROS, José Maurício Fernandes Pereira de. **Apontamentos de Direito Financeiro Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1855.

_____. **Situação Financeira do Brasil**. Rio de Janeiro, 1867.

BARROS, Luiz Celso. **Ciência das Finanças – Direito Financeiro**. 4 ed. São Paulo: Edipro, 1991.

BARROSO, José Liberato. **Observações sobre o art. 61, da Constituição Política do Império**. Fortaleza: Typ. Brasileira de Paiva & Cia., 1861.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

BASCIU, Antonio Ferdinando. **Contributo allo studio della obbligazione tributaria**. Napoli: Jovene, 1966.

BASSAS, J. J. Perulles. **Leciones de Derecho Fiscal**. Barcelona: José Maria Bosch, 1957.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil (promulgada em 5 de outubro de 1988)**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Filinto Justiniano Ferreira. **Manual de Direito Público e de Direito Constitucional Brasileiro**. Bahia: [s.n.], 1914.

BATTIFOL, Henri. **A Filosofia do Direito**. Trad. Eugénio Cavalheiro. 6 ed. Lisboa: Editorial Notícias, 1981.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1963.

_____. **A Interpretação das Leis Tributárias e a teoria do abuso das formas jurídicas e da prevalência do conteúdo econômico**. Porto Alegre, 1965.

_____. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

_____. **Carnaval Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BECKER, Enno. La elaboración autónoma de los principios del derecho tributario. In: **Estudios del Centro de Investigaciones de Derecho Financiero**, 1941.

BELSUNCE, Horácio A Garcia. **La interpretación de la ley tributaria**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

BELTRAN FLOREZ, Lucas. **Lecciones de derecho fiscal**. Valladolid: [s.n.], 1968.

BERFORD, Alvaro Bittencourt. **O Estado Nacional e a Constituição de Novembro de 1937**. Rio de Janeiro: DIP, 1944.

BERLIRI, Antonio. **Principi di diritto tributario**. Milano: Giuffrè, 1952.

_____. **L'ordinamento tributario della prima metà del sec. XIV nell'opera di Bartolo di Sassoferrato**. Milano: Giuffrè, 1952.

_____. **Principi di diritto tributario**. Milano: Giuffrè, 1964.

_____. **Principios de derecho tributario.** Trad. Fernando Vicente Arche Domingo. Madrid: Editorial de derecho financiero, 1964. v. I.

_____. **Corso istituzionale di diritto tributario.** Milano: Giuffrè, 1965.

_____. **Principios de Derecho Tributário.** Traducción por Narciso Amorós Rica y Eusebio González García. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1971. v II.

_____. **Corso Istituzionale di Diritto Tributario.** T. I, 9 ed. Milano: Giuffrè, 1974.

_____. **Corso Istituzionale di Diritto Tributario.** Milano: Giuffrè, 1985. Volume Primo.

BERLIRI, Luigi Vittorio. **El Impuesto Justo.** Trad. Fernando Vicente e Arche Domingo. Madrid: Edita Instituto de Estudios Fiscales, 1986.

BERTINI, Alessandro. **Norma e situazione nella semantica giuridica.** Milano: Giuffrè, 1958.

BETTELHEIM, Charles. **Problemas teóricos y prácticos de la planificación.** Madrid, [s.n.], 1962.

BETTI, Emilio. **Interpretazioni della Legge e Degli Atti Giuridici.** Milano: Dott. A Giuffrè, 1949.

_____. **Teoria Generale Della Interpretazione.** 1 ed. Milano: Giuffrè, 1955.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil.** 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, s.d. v. I.

_____. **Teoria Geral do Direito Civil.** 4 ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1972.

BIDART CAMPOS, Germán. **Manual de derecho constitucional argentino.** Buenos Aires, 1972.

BIELSA, Rafael. **El orden política y las garantías jurisdiccionales (Separacion de Poderes y vigencia del Derecho).** Buenos Aires: [s.n.], 1943.

_____. **Estudios de derecho público.** Buenos Aires, 1950. T. I.

_____. **Derecho fiscal.** Buenos Aires: Edic. Depalma, 1951.

_____. **Estudios de derecho público.** Deerecho Fiscal. Buenos Aires: Depalma, 1951. v. 2.

_____. **Compendio de derecho público, constitucional, administrativo y fiscal.** Derecho Fiscal. Buenos Aires: Depalma, 1952. v. 3.

_____. **Democracia Y Republica.** Edición póstuma. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 1985.

_____. **Los Conceptos y su Terminología.** 3. edición aumentada – reimpresión. Buenos Aires: Depalma, 1987.

BIENVENU, Jean-Jacques. **Droit Fiscal.** Paris: Presses Universitaires de France, 1987.

BITTAR, Carlos Alberto. **Curso de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 1971.

BLUMENSTEIN, Ernst. **System des Steuerrechts**. 2. ed. revista. Zürich: Poligraphischer Verlag A G, 1951.

_____. **Sistema di diritto dell'imposte**. Trad. Francesco Forte. Milão: Giuffrè, 1954.

BOBBIO, Norberto. **L'Analogia nella logica del Diritto**. Turim: Istituto Giuridico, 1938.

_____. **Teoria della scienza giuridica**. Turin: [s.n.], 1950.

_____. **Diritto e stato nel pensiero di Emanuele Kant**. Turin, 1957.

_____. **Teoria della Norma Giuridica**. Torino: Viretto, 1958.

_____. **Studi per una Teoria Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1970.

_____. **Dalla Struttura alla Funzione: Nuovi Studi di Teoria del Diritto**. Milano: Edizioni di Comunità, 1977.

_____. **O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Dicionário de Política**. Tradutores João Ferreira, Carmem C. Varriale e outros. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

_____. **Teoria General del Derecho**. Traducción de Eduardo Roza Acuña. Bogotá: Editorial Temis, 1987.

_____. **Estudos sobre Hegel**. 1 ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Ap. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Trad. Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo, Polis: Brasília Editora Universidade de Brasília, 1989.

_____. **El Existencialismo**. Trad. de Octavio G. Barreda. Versão de Lore Terracini. 90. reimpressão. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.

_____. **Principi Generali di Diritto**. In: **Nuovissimo Digesto Italiano, Turim: UTET, s.d., t. XIII**.

BOCHENSKI, J. M. **Diretrizes do Pensamento Filosófico**. Rio de Janeiro: Herder, 1961.

BOECHAT RODRIGUES, Leda. **A história do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. v. I (1965) - v. II (1968) - v. III (1991).

BONAVIDES, Paulo. **Direitos Políticos e Partidos Políticos na Constituição brasileira de 1967**. In: **Estudos sobre a Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

_____. **Reflexões: Política e Direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BORGES, Arnaldo. **O Sujeito Passivo da Obrigação Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BORGES, José Souto Maior. **Iniciação ao Direito Tributário**. Recife, [s.n.], 1966.

_____. **Reforma do Sistema Tributário Brasileiro**. Recife: CAM, 1967.

_____. **Lei Complementar Tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

_____. **Isenções Tributárias**. São Paulo: Revista dos Tribunais e Educ, 1975.

_____. **Isenções Tributárias**. 2 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

_____. **Obrigação Tributária - Uma Introdução Metodológica**. São Paulo: Saraiva, 1984.

BORJA, Célio. A Federação na Constituição do Brasil. In: **Estudos sobre a Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

BORRÁS, Gabriel Giampietro. **Las tasas en la hacienda pública**. Montevideo: [s.n.], 1959.

BRACHET, Bernard. **Le Système Fiscal Français**. 2. édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988.

BRAGA, Leopoldo. **Imunidades Diplomáticas em matéria tributária**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1960.

_____. **Direito Intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BRANDÃO, Alonso. **Contabilidade Pública**. 3 ed. Rio de Janeiro, 1952.

BRANDÃO CAVALCANTI, Themístocles. **Do mandado de segurança**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. **Tratado de Direito Administrativo**. 5 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964.

BREVES, Artur. **A Revisão da Constituição Federal de 24 de fevereiro**. São Paulo: Typ. a Vapor Paupério & Comp., 1901.

BREWER, Allan R. **Estado de Derecho y Control Judicial**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987.

BRUN, Jean. **Os Pré-Socráticos**. Trad. Armindo Rodrigues. Edições 700 Lisboa: Biblioteca Básica de Filosofia, s.d.

BRYCE, James. **Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas**. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962

BUCHANAN, James. **Hacienda pública**. Madrid: Derecho Financiero, 1968.

BUGARIM, Bento. **Taxa no Sistema Tributário Brasileiro**. Brasília: Universidade de Brasília, 1968.

BÜHLER, Ottmar. **Princípios de Derecho Internacional Tributário**. Trad. Fernando Cervera Torrejon. Madrid: Derecho Financiero, 1968.

BUJANDA, Fernando Sainz de. **Hacienda y Derecho**. Madrid, Estudios Políticos. v I, Introducción al derecho financiero de nuestro tiempo, 1962; v 2, Estudios de derecho financiero, 1962; v 3, Estudios de derecho financiero, 1963; v 4, Estudios de derecho financiero, 1966.

_____. **XI Semana de estudios de derecho financiero**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1964. v I e 2.

_____. **Lecciones de derecho financiero**. Madrid: Sección Publicaciones Universidad Complutense, 1979.

_____. **Lecciones de Derecho Financiero**. Sexta Edición. Madrid: Universidade Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1988.

CABIEDES, Eduardo Gutierrez. Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares. In: CASTRO Y FER-RÁNDIZ e outros. **El Sistema de Medidas Cautelares de Leonardo Prieto**. Pamplona: EUNSA, 1974.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 1 ed. brasileira, Ed. Forense, 1970. Tomo I.

_____. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**, Lisboa: Coimbra Editora, 1972. v.1.

_____. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v I.

_____. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v II,

_____. **Constituições Portuguesas**. 5 ed. Lisboa: Verbo, 1981.

_____. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6 ed. revista e ampliada por Miguel Galvão Telles. Coimbra: Almedina, 1983. Tomo I.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CALAMANDREI, Piero. **Estudios sobre el Proceso Civil**. Proceso Civil y Constitucional. Buenos Aires: EJEA, 1973. v. III.

CALASSO, Francesco. **Il negozio giuridico – lezioni di storia del diritto italiano** 2 ed. Milano: Giuffrè, 1959.

ANÁLISE DA DISCUSSÃO DOCTRINÁRIA 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

Humberto Barreto Urquiza

Advogado. Aluno da Escola Superior da Magistratura de
Pernambuco - ESMape

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS; 2. DA CULPABILIDADE; 3. DA IMPUTABILIDADE;
4. CONCEITO DE EMBRIAGUEZ E TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*; 5. CONCLUSÃO;
6. REFERÊNCIAS

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

É sabido que o Código Penal Brasileiro abrigou a teoria do *nullum crimen sine culpa*. Sendo assim, para que alguém venha a sofrer as conseqüências de uma sanção penal, é mister ter agido com culpa, sendo esta entendida, em seu sentido amplo, abarcando o dolo e a culpa, em sentido estrito.

Todavia, analisando-se o inciso II do artigo 28 do citado diploma legal, pode-se questionar a respeito da existência de resquício da responsabilidade penal objetiva, uma característica dos primórdios do direito penal.

Para o devido estudo do tema, é imperiosa a análise de outros institutos, tais como a culpabilidade e a imputabilidade. Apenas, após as devidas considerações sobre os mesmos, poder-se-á partir para o estudo de qual o fundamento para se punir o autor de crime cometido sob o estado de embriaguez completa, não acidental.

2. DA CULPABILIDADE

Segundo a teoria do conceito analítico de crime, a culpabilidade é parte integrante deste. Pela citada teoria, pode-se definir o crime como sendo o fato típico, antijurídico e culpável. Ressalte-se que a corrente que adota o conceito tripartido do crime é a predominantemente aceita, tanto pela doutrina brasileira como pela estrangeira.

Dentre os elementos acima destacados, interessa-nos compreender o conceito de culpabilidade. Segundo lição de Cezar Roberto Bitencourt¹ "Atribui-se, em Direito Penal, um triplo sentido ao conceito de culpabilidade, ...".

Para o mencionado mestre, pode-se entender a culpabilidade como: a) fundamento da pena, b) elemento de medição da pena e c) a culpabilidade como instituto diametralmente oposto à responsabilidade objetiva.

Para o estudo que ora se inicia, devemos nos deter ao conceito de culpabilidade como fundamento da pena e ao conceito que obstaculiza a responsabilização objetiva no direito penal.

Tomando-se por base o primeiro conceito, para se aplicar uma pena ao agente de um delito, deve-se verificar a existência da culpabilidade, a qual apenas se configura caso estejam presentes todos os seus requisitos, quais sejam, capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. De acordo com Bitencourt² "A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal."

No tocante à embriaguez, especial atenção deve ser dada ao requisito consciência da ilicitude. Deve ser questionado se o autor de um delito, pelo fato de estar embriagado, bem como as razões da embriaguez, tornou-o incapaz de reconhecer a ilicitude do seu ato. No dizer de Mirabete³, "É indispensável, para o juízo de reprovação, que o sujeito possa conhecer, mediante algum esforço de consciência, a antijuridicidade de sua conduta." Em tese, portanto, caso uma pessoa não tenha condições de verificar se a sua conduta é, ou não, contrária ao direito, a uma primeira vista, a sua culpabilidade não estaria configurada.

Já a culpabilidade, com base no terceiro conceito fornecido por Bitencourt, impede a aplicação da responsabilidade objetiva, vez que, de acordo com esse conceito, um indivíduo apenas pode ser responsabilizado caso tenha manifestado a sua vontade, seja de forma dolosa, seja de forma culposa. Imprescindível, portanto, a formação da vontade na mente do indivíduo e a sua exterioriza-

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal. Parte geral*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. V.1, p. 275.

² *Idem*, p. 275.

³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 197.

ção consubstanciando um ilícito penal. Caso contrário, não poderá o agente ser punido.

3. DA IMPUTABILIDADE

Guilherme de Souza Nucci⁴, *apud* Aníbal Bruno (1978), ensina que:

imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível. Constitui, como sabemos, um dos elementos da culpabilidade.

Para esclarecer melhor o tema, trazemos à colação os ensinamentos de Mirabete⁵, afirmando que “Há imputabilidade quando o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e agir de acordo com esse entendimento.” Ou seja, para um sujeito ser imputável, é preciso que ele saiba que sua conduta é contrária ao direito e atue segundo essa sua consciência acerca do ato.

De outro lado, não possuindo o indivíduo o discernimento necessário para distinguir entre o lícito e o ilícito, nem tampouco de situar-se no mundo de acordo com a sua compreensão, é considerando inimputável, restando afastada a culpabilidade caso o indivíduo nas condições acima descritas venha a praticar um crime.

Dentre as hipóteses de afastamento da imputabilidade, o Código Penal Brasileiro prevê a embriaguez. Todavia, a isenção da pena apenas será possível no caso de

4 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 3. ed. var., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 173.

5 MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Op. Cit.*, p. 210.

embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior. Nos demais casos, subsistirá a responsabilidade penal, respondendo o agente pelo delito praticado sob os efeitos do álcool ou substância de efeitos análogos. Portanto, oportuno trazer à baila o conceito de embriaguez e as implicações jurídicas possíveis de se concretizar dependendo da modalidade sob a qual o agente descreveu o tipo penal.

4. CONCEITO DE EMBRIAGUEZ E A TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

Na doutrina encontra-se o conceito de embriaguez como sendo a intoxicação aguda e transitória decorrente do consumo de álcool ou substância entorpecente de efeitos análogos. Assim o faz Cláudio Brandão⁶.

Júlio Fabbrini Mirabete⁷ acrescenta ao referido conceito o fato das referidas substâncias privarem “... o sujeito da capacidade normal de entendimento.”

De acordo com a sistemática adotada pelo nosso Código Penal, a única hipótese de embriaguez que isenta ou diminui a pena do agente é a completa, desde que decorrente de caso fortuito ou força maior.

A embriaguez preordenada, e a não acidental, mesmo completa, não exclui a culpabilidade, sendo possível a aplicação da penalidade. É de ser registrado que a preordenada funcionará como agravante da pena.

A conceituada como preordenada caracteriza-se pela vontade do agente em se embriagar. O agente bebe álcool

6 BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 171.

7 MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Op. Cit.*, p. 220.

ou consome substância de efeitos análogos, ciente de que irá se colocar em estado de ebriedade. Na segunda modalidade, o agente bebe (ou ingere substância de efeitos análogos), mas acredita que não se embriagará, advindo a embriaguez de um comportamento imprudente.

Nos dois últimos casos acima especificados, existe o dolo ou a culpa no ato de se embriagar. Todavia, é de se ressaltar a possibilidade de inexistir dolo ou culpa na prática de crime cometido pelo indivíduo quando este já se encontrava em estado de embriaguez completa, não acidental.

O comportamento de uma pessoa embriagada, na modalidade não acidental, de forma completa, difere do comportamento de uma pessoa que se colocou em estado de embriaguez completa com o intuito de cometer um crime – a denominada de preordenada. Neste caso, existe tanto o dolo em se embriagar para ter coragem de realizar o seu intento, como, também, a vontade de praticar um crime, a qual já existia anteriormente ao estado de embriaguez.

Para punir indivíduos praticantes de ilícitos em estado de embriaguez, a doutrina consagrou a teoria da *actio libera in causa*. A expressão latina significa ação livre na sua origem. Pela teoria, verifica-se a vontade inicial do agente antes de se por em estado de embriaguez e a estende até o momento da prática do ilícito. Não se cogitaria, portanto, de responsabilidade penal sem culpa, pois o elemento volitivo seria aferido em momento anterior à prática do ilícito, ou seja, quando o indivíduo iniciou a beber, estando ainda com a sua vontade livre.

Para os crimes praticados sob estado de embriaguez preordenada, a *actio libera in causa* pode ser aceita. Não se pode cogitar de inexistência de vontade para o cometimento de um ilícito, pois ela existia quando o agente estava completamente lúcido, com a sua vontade totalmente livre, tendo o perfeito discernimento para valorar a sua conduta e comportar-se de acordo com a mesma. Era-lhe possível também compreender a antijuridicidade do fato que pretendia realizar e no momento em que a vontade de delinquir surgia, poderia perfeitamente ser exigido dele uma conduta diversa. Presentes, destarte, os elementos da culpabilidade.

Situação diferente é a da pessoa que ingere, por exemplo, álcool, apenas pela vontade de se embriagar, ou mesmo tendo a vontade de ingerir bebida alcoólica, acredita que não irá se embriagar. Neste caso, particularmente considerado, no momento em que o indivíduo começa a beber, inexistente nele a vontade de delinquir. A sua vontade é apenas de ingerir substância inebriante.

Sabe-se que o estado de embriaguez é composto por três fases, a saber: a de excitação, a de depressão e a de letargia. A embriaguez completa se configura na fase de depressão, quando, conforme Mirabete⁸, não tem "...o agente mais consciência e vontade livres." Em igual sentido manifesta-se Nucci⁹:

é preciso destacar que o sujeito completamente embriagado, no exato momento da ação ou omissão, está com sua consciência fortemente obnubilada, retirando-lhe a possibilidade de ter agido com dolo ou culpa.

⁸ Idem, p. 220.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Op. cit.*, p. 179.

Com base nos posicionamentos acima transcritos é de se questionar: inexistindo no indivíduo a vontade de delinquir quando iniciou a beber e após alcançar a fase de embriaguez completa, a sua vontade também é inexistente, como é possível justificar a aplicação da teoria da *actio libera in causa* nas hipóteses de embriaguez completa, não acidental? Como afirmar a ação livre, na origem, se nesse momento a mesma era inexistente? Mais uma vez, é de ser utilizada a lição de Nucci¹⁰, afirmando o brilhante autor que:

portanto, ainda que se diga o contrário, buscando sustentar teorias opostas à realidade, tratando-se de uma nítida presunção de dolo e culpa estabelecida pelo legislador, isto é, a adoção da responsabilidade penal objetiva, já que não havia outra forma de contornar o problema. (original com destaque)

A dificuldade inicial em se compreender as implicações decorrentes da análise do tema tem como causa o esteio consagrado pelo nosso sistema penal que, como foi dito, baseia-se no princípio do *nullum crimen sine culpa*. Essa é a regra. Desse modo, para se verificar a prática de um crime, é preciso aferir se houve culpa (entendida em seus sentido *lato*) por parte do agente delituoso. Caso o legislador pátrio tivesse admitido, expressamente, a responsabilidade penal objetiva, no caso de embriaguez completa, não acidental, estaria indo de encontro a todos os postulados erigidos com base no princípio acima mencionado.

Apesar de alguns doutrinadores salientarem a possibilidade de poder ser vislumbrada a responsabilidade penal

¹⁰ *Idem*, p. 179.

objetiva no caso que ora se analisa, eles destacam a excepcionalidade de alguém cometer um crime sob estado de embriaguez completa, tendo desaparecido completamente a vontade. Na sua quase totalidade, as pessoas que cometem crimes em estado de embriaguez, não o cometem sob a forma completa, susbtitindo, assim, a vontade, restando afastada a eventualidade de responsabilidade objetiva. Mesmo diante da excepcionalidade, não se pode afirmar que a hipótese nunca acontecerá. É uma possibilidade, a qual já ocorreu, ou um dia acontecerá. Por isso a discussão sobre o tema não é esvaziada em seu conteúdo.

Opondo-se à existência de responsabilidade objetiva no direito penal brasileiro, estão Zaffaroni e Pierangeli. Salientam que ela ainda pode ser encontrada no direito anglo-saxão, sob a denominação de *strict liability*, apesar das críticas existentes acerca desta teoria.

Os citados autores, no caso de embriaguez culposa ou voluntária, entendem não configurar uma hipótese de responsabilidade objetiva. Igualmente se manifestam de forma contrária à aplicação da teoria da *actio libera in causa* nos crimes cometidos sob estado de embriaguez.

Neste caso específico, qual seja, de crimes cometidos sob estado de embriaguez completa, não acidental, subsistiria o delito na sua modalidade culposa, em razão de ter havido a violação de um dever de cuidado. Para se verificar o elemento volitivo do agente não se utilizaria da *actio libera in causa*, mas, sim, da análise de se o agente inobservou, ou não, um dever de cuidado. Tendo havido a inobservância, poderá o agente ser considerado imputável e, por consequência, responsabilizado pela prática de um delito culposo. Assim ensinam Zaffroni e Pierangeli¹¹:

¹¹ ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Parte Geral. 4 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 513.

... não basta que a conduta seja violadora do dever de cuidado e cause um resultado, mas que, além disto, deve haver uma relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e a causação do resultado, isto é, que a violação do dever de cuidado deve ser determinante do resultado.

Nesta hipótese, portanto, restaria afastada a responsabilidade penal objetiva, uma vez que estaria presente a culpa em seu sentido estrito.

Para se aferir se houve, ou não, violação do dever de cuidado e se, em decorrência da violação, houve a determinação do resultado, os autores adotam o seguinte raciocínio¹²:

devemos imaginar a conduta cuidadosa no caso concreto e, se o resultado não tivesse sobrevivido, haveria uma relação de determinação entre a violação do dever de cuidado e o resultado; ao contrário, se, ainda neste caso, o resultado tivesse ocorrido, não existiria relação de determinação entre violação do cuidado devido e o resultado.

Uma pessoa, ao beber, está violando um dever de cuidado, pois a mesma tem potencial consciência dos efeitos que o álcool pode causar na sua mente, reduzindo a sua capacidade de discernir. Neste caso não se aplicaria a *actio libera in causa*, mas sim o art. 18, II do CP, em razão de que o agente, ao violar um dever de cuidado, com essa conduta satisfaz todos os elementos da tipicidade culposa,

12 Idem.

restando desnecessário socorrer-se da teoria da *actio libera in causa* para o deslinde dessa questão.

É de bom alvitre esclarecer que a punição a título de culpa apenas é possível se existente o tipo culposo. Inexistindo-o, o fato será atípico.

5. CONCLUSÃO

Não se pretende defender, neste texto, que sejam considerados inimputáveis aqueles que cometem crimes em estado de embriaguez completa, não acidental. Com certeza esta não seria a melhor solução nem tampouco a mais justa. A intenção é apenas promover a leitura de interessantes institutos do direito penal, bem como novas reflexões sobre o tema.

Na realidade, aqueles que se embriagam e cometem crimes, devem, sim, ser punidos. Não podem ser isentos de responsabilidade, sob pena de restar lesionada a segurança jurídica. Nucci¹³, com a sua argúcia peculiar, defende que

De outra parte, se suprimirmos a responsabilidade penal dos agentes que, embriagados totalmente, matam, roubam ou estupram alguém, estaremos alargando, indevidamente, a impunidade, privilegiando o justo diante do injusto.

O que se defende é a verificação do real motivo pelo qual uma pessoa que comete um crime sob estado de embriaguez completa, não acidental, será punida. Para uma

13NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 180.

parte da doutrina, sofreria o agente as conseqüências com base na responsabilidade sem culpa. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci¹⁴ *apud* Paulo José da Costa Júnior (2002): "Seria entretanto mister que o legislador afirmasse corajosamente em alto e bom som, que foi compelido a aceitar a responsabilidade objetiva, nesse ponto, para evitar escusas absolutórias que passariam os criminosos a buscar, com o uso abusivo do álcool e substâncias similares."

Viu-se que a teoria da *actio libera in causa*, apesar de largamente aceita, em determinadas situações, pode não estar de acordo com a realidade, pelo fato de que o indivíduo antes de se embriagar não tinha a intenção de cometer crime e após a sua embriaguez completa, a sua vontade livre e consciente era inexistente. Na hipótese delineada, seria impossível a real aplicação da mencionada teoria.

Por outro lado, inconcebível não reparar a lesão sofrida por alguém, por causa do estado de embriaguez de outrem. Caso o ordenamento jurídico amparasse a irreparabilidade, a sensação de injustiça seria catastrófica. A sociedade jamais accitaria tal situação.

Admitindo a tese de existir responsabilidade objetiva no caso de embriaguez completa, não accidental, esta poderia apenas configurar uma exceção à regra do *nullum crimen sine culpa*. Todavia, iria de encontro ao mencionado princípio, o que dificultaria bastante a compreensão do instituto, vez que parte de um sistema não se coadunaria com o todo.

Acreditamos que a melhor solução seja a fornecida por Zaffaroni e Pierangeli. Estes autores rechaçam a exis-

14 *Idem*, p. 180.

tência de responsabilidade penal objetiva no sistema penal brasileiro, bem como criticam a aplicação indiscriminada da teoria da *actio libera in causa*. Para eles, quem comete um crime sob estado de embriaguez completa, não accidental, na realidade, inobservou um dever de cuidado, subsistindo na conduta do agente um comportamento imprudente ao se embriagar, razão pela qual deve responder pelo ilícito cometido, a título de culpa, em sentido estrito, com base no inciso II do artigo 18 do Código Penal Brasileiro.

6. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**, parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRUNO, Anibal. **Direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1978. t. II.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, parte geral. 4. ed. ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O DIREITO COMO FERRAMENTA DE MELHORIA DA QUALIDADE DE VIDA DOS PORTADORES DE SIDA

João Paulo Cordeiro Cavalcanti
Advogado da ONG Gestos – Soropositividade, Comunicação e Gênero.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. CONHECENDO A SIDA; 3. DIREITOS HUMANOS E AIDS; 4. A GARANTIA DE ACESSO A MEDICAÇÃO VIA AÇÃO JUDICIAL; 5. AIDS E PREVIDÊNCIA SOCIAL; 6. RELAÇÃO DE EMPREGATIA E HIV, CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL; 7. CONCLUSÃO; 8. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

As doenças infecto-contagiosas representam uma grande ameaça, de extensão incompreensível, para a maioria das pessoas, exercendo um papel determinante, em toda história da humanidade. Grandes epidemias deixaram registrado, na memória coletiva, seu rastro de dor, sofrimento e morte; diversos foram os vírus que se apresentaram à raça humana como um sinal apocalíptico, mas que, entretanto, foram dominados ou apaziguados pela ciência médica, como por exemplo, a varíola, a peste negra, a febre amarela, dentre tantos outros que ameaçaram, e, ainda, vez por outra, ameaçam a continuidade da nossa espécie.

Rompendo as últimas décadas do século XX, eis que surge uma nova qualidade de vírus, vista como indomável e letal, uma nova forma de praga que ataca de maneira frontal as defesas orgânicas de uma pessoa, levando à morte indivíduos pela sua incapacidade de defesa biológica con-

tra as mais simples, para uma pessoa saudável, infecções. Trata-se da epidemia da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – SIDA, ou AIDS, como ficou mais conhecida por sua terminologia em língua inglesa. O mundo encontra-se mergulhado na maior epidemia de sua história, que, inobstante os avanços médicos, infecta e mata cada vez mais pessoas. Não existem, como se acreditava até pouco tempo, grupos de risco, existem, sim, comportamentos de risco, comportamentos estes que podem ser perpetrados por qualquer ser humano, rico ou pobre, heterossexual ou homossexual.

O direito, como ferramenta suprema de um estado moderno, no processo de apaziguamento social, é convocado, ante este processo de deteriorização da vida, a solucionar conflitos, impor regras, garantir, enfim, a efetivação dos preceitos básicos da existência das pessoas acometidas por este mal. Nossa legislação é rica em instrumentos garantidores destes direitos fundamentais, rico também têm sido o entendimento de nossos tribunais sobre o tema, pobre, entretanto, ainda é a quantidade de profissionais que, inibidos, ou ainda, por falta de informação, medo ou preconceito, negam-se a prestar seus serviços de forma responsável, solidária e compromissada para esta parcela vulnerável de pessoas. Este breve trabalho visa, assim, esclarecer alguns posicionamentos que não são do conhecimento da maioria, propiciar a discussão deste tema que ainda é, infelizmente, tabu para grande parcela dos profissionais, bem como, estimular os juristas, na luta pela efetivação destes direitos básicos e intrínsecos que são reiteradamente violados por segmentos da sociedade e até pelo próprio poder público.

2. CONHECENDO A SIDA

Foi, nos EUA, no ano de 1982, que o mundo teve o primeiro diagnóstico de SIDA, a princípio a doença foi associada a grupos homossexuais, todavia, em curto espaço de tempo, constatou-se que esta evidente visão discriminatória da doença era plenamente equivocada. É controvertida a origem desta patologia, em meados da década de oitenta afirmou-se que o HIV fora passado ao ser humano através de rituais tribais envolvendo a ingestão de sangue de macaco, pois, os símios, são acometidos de um vírus semelhante ao HIV, entretanto, constata-se, após pesquisas mais cuidadosas, que as causas mais prováveis do surgimento deste vírus seriam experiências de cientistas bélicos do mundo desenvolvido na África continental, visando uma poderosa arma biológica.

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida é causada por um vírus, este vírus penetra nos linfócitos, glóbulo brancos, nossas células de defesa, multiplica-se de forma assustadora, as destrói e busca novas células para atacar e, sem suas células de defesa o ser humano fica suscetível a diversas doenças que seriam de simples rachaçamento, caso seu sistema imunológico não se encontrasse depreciado. É dada a denominação SIDA ao vírus pelos seguintes fatores; síndrome, pois aparece como um conjunto de doenças, imunodeficiência, porque o corpo não consegue se defender das doenças e adquirida, porque o HIV é o que causa este conjunto de doenças, não sendo de caráter hereditário.

O HIV é encontrado na maioria dos líquidos corpóreos, entretanto, só é infeccioso no sangue, no sêmen, nas secreções vaginais e no leite materno; o HIV prefere este ambiente para sua proliferação por estes líquidos conterem grande quantidade de linfócitos. Impende registrar, apesar da

ampla divulgação da mídia, as formas de transmissão do vírus, que são: 1) relações sexuais, vaginais, orais ou anais, sem uso de preservativo; 2) transfusões de sangue e seus derivados¹; 3) transmissão por instrumentos perfurantes ou cortantes, como agulhas de seringa, de acupuntura, de tatuagem, alicates de unha, lâminas de barbear, tesouras etc; 4) da mãe infectada para o filho, durante a gravidez, através da placenta, no momento do parto ou durante a amamentação.

A melhor forma de prevenção contra o HIV são atitudes responsáveis, como, sempre fazer sexo de preservativo; usar e/ou sempre exigir a utilização de seringas e instrumentos perfurantes e cortantes desinfetados ou descartáveis; exigir sempre a testagem do sangue e seus derivados que serão objetos de transfusão² e, no caso da transmissão pela mãe, a melhor forma de prevenção é um acompanhamento pré-natal responsável e atuante.

3. DIREITOS HUMANOS E AIDS

A partir de sua própria essência, pode-se dizer que, os Direitos Humanos, nascem com o ser humano, suas raízes e seus conceitos são entrelaçados à própria história, evoluindo em conjunto com a mesma. O homem, não importa em qual civilização viveu, sempre buscou, com maior ou menor intensidade, a efetivação de ideais e aspirações que propiciem melhores condições de vida, coletiva e/ou

individual, material e/ou moral. Duas questões mostram-se prioritárias quando tenta-se delimitar a evolução histórica dos Direitos do Homem, quais sejam, a delimitação do papel a ser desempenhado pelo governante e, conseqüentemente, a limitação de seu poder, e a necessidade em estabelecer-se um ideal de dignidade do homem.

A evolução dos Direitos Humanos, passa por alguns marcos históricos de fundamental individualização, que serão apenas indicados para, assim querendo, ser objeto de um maior aprofundamento por parte do leitor, como por exemplo, o Código de Hamurábi³; a Torá Judaica⁴; a implantação do conceito de democracia, grego; a propagação dos ideais filosóficos de pensadores orientais⁵ como, Buda, Zoroastro e Confúcio; e efervescência do pensamento cristão a partir de seus grandes expoentes como Santo Agostinho e Thomaz de Aquino; a implementação do jusnaturalismo a partir do pensamento estoico; chegando-se, enfim, ao grande momento de conceituação dos Direitos Humanos, com as revoluções burguesas, com a aurora do contratualismo e da divisão dos poderes⁶. Também é de suma importância a evolução do tema no século XX⁷, evolu-

1 O vírus da AIDS pode viver durante muitos anos no sangue de uma pessoa. Quando o organismo é infectado, leva de duas semanas a seis meses para produzir os anticorpos contra o HIV. São estes anticorpos que aparecem no teste, indicando se a pessoa é soropositiva, este período de produção de anticorpos é chamado de "janela imunológica". Se o teste do sangue for feito neste período, o resultado será negativo, um falso negativo, mesmo que a pessoa tenha o HIV, por isto o controle do sangue hoje, nas unidades coletoras, é maior, tomando o risco menor, entretanto, o mesmo ainda existe.

2 Vale ressaltar que a doação do sangue não é forma de transmissão de HIV, é uma atitude solidária e não demanda risco algum, uma vez que o material usado para coletar sangue é descartável.

3 No código de Hamurábi já existe uma definição de que a Lei é a garantia dos mais fracos.

4 Onde é vinculada a ideia pelos profetas judeus de que o exercício do poder é fundado em deveres religiosos, que inspiram uma ética baseada na responsabilidade de todos os homens por seus atos.

5 Os ideais defendidos por estes homens convergiam para uma mesma linha de pensamento que proclamava um dever de retidão a ser seguido por todos os homens, governantes e governados.

6 Dentre as grandes fontes que podem ser observadas neste período histórico, conhecido como primeira geração dos Direitos Humanos, onde dá-se maior destaque à liberdade, podemos destacar o "Habeas Corpus Act", de 1679, a Declaração de Direitos, de 1689, resultado da "Revolução Gloriosa", da Inglaterra, as grandes declarações da Virgínia (1776) e a francesa (1789).

7 A segunda geração de Direitos do Homem, conhecida pela evidência dada aos direitos econômicos, sociais e culturais, tem, sua efetivação material, na Constituição Mexicana, de 1917, na Russa, de 1918 e na da República de Weimar, de 1919. No Uruguai, são incorporados na Constituição de 1934. Estes direitos da Segunda geração estão contidos também no "Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", firmado pela ONU em 1966.

ção esta que teve como ápice a anuência internacional da Declaração de Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 1948⁸.

Os Direitos Fundamentais, que foram conquistados durante esta evolução histórica, são também, como não poderiam deixar de ser, direitos dos portadores de SIDA. Impende ressaltarmos este ponto, pois, existem países e governantes que tendem a relativizá-los, sob a bestial justificativa de que esta interferência, limitação ou restrição seriam necessárias para a garantia de um ou outro direito, também fundamental. Uma das maiores expressões do desrespeito aos direitos fundamentais dos portadores de HIV seria a própria negativa social, através de atitudes segregatórias, impedindo que os mesmos se assumam como portadores; para um início desta mudança de pensamento devemos nos despir da ignorância e compreender, de uma vez por todas, que a SIDA é uma doença, apenas uma doença, não um castigo por atitudes ilegais ou reprováveis socialmente; não devemos mais tratar um portador de HIV como um cadáver, o soropositivo possui uma vida, e o mais importante, uma vida produtiva e individualizada⁹.

8 Posteriormente a Declaração Universal de Direitos do Homem, delimita uma terceira geração de Direitos Humanos, conhecida por salvaguardar os direitos dos povos. Na Conferência de Argel (1976), um grupo de países do mundo não-desenvolvido proclamou a Declaração dos Direitos dos Povos, nela propõem a busca de uma "nova ordem política e econômica internacional", em um contexto em que se passa dar o respeito efetivo dos Direitos Humanos.

9 A Organização Mundial de Saúde – OMS, através de sua resolução 41.24/98, proclama: "A quadragésima primeira Assembleia Mundial de Saúde está fortemente convencida de que o respeito pelos Direitos Humanos e dignidade dos portadores de HIV e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais, é vital para o sucesso dos programas nacionais de prevenção e controle de SIDA e para estratégias globais dos Estados-Membros, particularmente na ampliação dos programas nacionais para fora de suas fronteiras, sempre visando à prevenção e ao controle da infecção pelo HIV e à proteção dos Direitos Humanos e à dignidade do portador do HIV e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais e, para evitar ações discriminatórias e estigmatizações dessas pessoas no momento de se empregar, viajar, e garantir a confidencialidade do teste para detecção do HIV".

Diversos são os direitos fundamentais proclamados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e salvaguardados por nossa Carta Magna, direitos estes que são constantemente violados, especialmente em desfavor dos humildes, dos marginalizados, dos discriminados, enfim dos estigmatizados. Concernente ao exercício dos Direitos Humanos pelos portadores de SIDA, podemos constatar de forma plácida uma violação mais comum a certos direitos, principalmente no que tange ao: **1) Direito à Vida e à Saúde** (Art. 5º, caput, X, 196 a 200 da CF/88); **2) Direito à Liberdade** (Art. 5º, caput, IV, XV, XLI e LXVIII da CF/88); **3) Direito à Igualdade** (Art. 5º, caput e I da CF/88); **4) Direito ao Trabalho** (Art. 6º e 7º, I da CF/88); **5) Direito à Segurança** (Art. 6º e 7º, XXII da CF/88); **6) Direito à Previdência** (Art. 201 e 202 da CF/88); **7) Assistência aos Desamparados** (Art. 6º da CF/88); **8) Direito à Proteção à Criança** (Art. 226 à 230 da CF/88 e ECA); **9) Direitos Políticos** (Art. 14 à 16, da CF/88).

4. A GARANTIA DE ACESSO A MEDICAÇÃO VIA AÇÃO JUDICIAL

Inobstante a Lei 9.313/96 garantir a distribuição gratuita, pelo SUS, de toda medicação necessária ao tratamento do HIV, o mesmo não vem ocorrendo, principalmente no que tange às medicações profiláticas e pertinentes ao tratamento de doenças oportunistas e, eventualmente também, no que concerne aos antiretrovirais, cabendo, nestes casos, ação ordinária com pedido de antecipação de tutela contra o estado¹⁰.

10 Devemos esclarecer, também, que todas as ações judiciais que tiverem relação com o HIV/AIDS, por toda carga de preconceito que ainda existe em nossa sociedade, preconceito este que não permite que os portadores de SIDA se assumam publicamente, por terem representadas, devem correr preferencialmente em segredo de justiça, nos termos dos arts. 155 e 144 do CPC, o inciso LX do art. 5º da CF, bem como o inciso IX do art. 93, do mesmo diploma legal.

Dispõe o artigo 159 da Constituição Estadual de Pernambuco, em suma, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sendo o mesmo garantido através do poder público Municipal e Estadual, por meio de políticas sociais, econômicas e ambientais, que visem ao bem-estar físico, mental e social do indivíduo e da coletividade e à redução do risco de doenças e outros agravos; garantido também é o acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde, em todos os níveis, bem como o atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde.

Os artigos 160, 161, 166, inciso XI e XIII, da citada Constituição, determinam que as ações e os serviços de saúde serão executados e desenvolvidos pelos órgãos e instituições públicas estaduais e municipais, da administração direta, indireta e fundacional, constituindo o sistema único de saúde-SUS, nos termos da Constituição Federal, que se organizará ao nível do Estado, de acordo com algumas diretrizes, como a integração das ações e serviços com base na regionalização e hierarquização do atendimento individual e coletivo, adequado à diversas realidades epidemiológicas. Compete, ainda, ao sistema único de saúde, nos termos da lei, além de outras atribuições; a assistência integral à saúde, respeitadas as necessidades específicas de todos os segmentos da população e a organização, fiscalização e controle da produção e distribuição dos componentes farmacêuticos básicos, medicamentos, produtos químicos, biotecnológicos, imunobiológicos, hemoderivados e outros de interesse para a saúde, facilitando à população o acesso a eles.

Outrossim, dispõe a Lei 8.080/90, que trata da implantação do Sistema Único de Saúde, em seu artigo 5º,

como um dos objetivos do SUS, a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção e recuperação da saúde, com a realização integrada, ações assistenciais e das atividades preventivas estando, também, incluídas, no campo de atuação do SUS, a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, bem como a integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis e complexidade do sistema.

Pertinente ressaltar que as expressões "atendimento integral", "assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica" e "integralidade de assistência", comprometem inexoravelmente o fornecimento dos medicamentos indispensáveis e essenciais, no caso presente, à saúde e à vida.

Ainda, pela Lei complementar nº 791/95, em seu artigo 2º, a saúde é apresentada como um direito público subjetivo, competindo, ainda, à direção estadual do SUS, executar ações e serviços de assistência integral à saúde.

Cumpra ainda esclarecer que os portadores de HIV apresentam deficiências em suas defesas orgânicas e em seu sistema imunológico, sendo assim, havidos como deficientes. Nota-se que o legislador constitucional não impôs restrições ao tipo de deficiência a ser tutelado. É princípio básico da hermenêutica que, onde o legislador não limita não cabe ao intérprete fazê-lo. Por fim, saliente-se que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao pleno exercício da vida, o que inclui a realização de exames e o fornecimento das medicações pertinentes, sejam elas quais forem, visando a reabilitação e a integração do

mesmo, à vida comunitária, pois esse direito é inegociável e garantido por lei constitucional.

Os estados-membros argumentam, nestas ações, que cabe ao demandante promover também a citação da União e do competente Município, posições estas totalmente improcedentes, pois, de acordo com a Lei do SUS, já citada, cada instância tem a sua participação, que é distribuída da seguinte forma: à União cabe o repasse da verba destinada à compra de medicamentos para o Estado e Município; ao Estado cabe, com os recursos da União e com um percentual de seus próprios recursos, comprar e fornecer o coquetel (anti-retrovirais) e demais medicamentos para os portadores de HIV/AIDS, e ao Município, a compra e o fornecimento de medicamentos básicos não só para as pessoas portadoras de HIV, como, também, para a população em geral, inclusive, a própria legislação estadual reza que é responsabilidade do Estado promover a saúde à sua população, portanto, é um dever constitucional, disposto no art. 159 da Constituição Estadual, que não deve ser negada sob pena de desrespeito à nossa Lei Maior.

Por fim, é salutar observarmos que a jurisprudência é unânime, por parte de nossos pretórios, não deixando qualquer dúvida quanto à legitimidade deste tipo de ação:

*Direito Constitucional e Processual Civil. Viti-
mados os apelantes pela AIDS é urgente a ne-
cessidade de tratamento médico. A saúde é um
direito de todos e dever do Estado a englobar
hospitalização, enfermagem e medicamentos.
Configuração dos pressupostos à tutela de ur-
gência, de caráter satisfativo. Recurso a que se*

*dá parcial provimento. Juiz Relator Rogério V.
de Carvalho na Apelação Cível nº 0209222/94
- Decisão 26.06.96 UF: RJ Turma 3 - DJ
06.24.97, página 47318/47342. (grifos nossos)*

*COMPETÊNCIA - AGRAVO DE INSTRUMEN-
TO - TRÂNSITO DO EXTRAORDINÁRIO. A teor
do disposto no § 2º do artigo 544 do Código de
Processo Civil, cabe ao relator proferir decisão
em agravo de instrumento interposto com a fi-
nalidade de alcançar o processamento do extra-
ordinário. O crivo do Colegiado ocorre, uma vez
acionada a norma do artigo 545, também do
Código de Processo Civil, no que previsto agra-
vo inominado contra a decisão prolatada. SAÚDE - PROMOÇÃO - MEDICAMENTOS. O pre-
ceito do artigo 196 da Constituição Federal as-
segura aos necessitados o fornecimento, pelo
Estado, dos medicamentos indispensáveis ao res-
tabelecimento da saúde, especialmente quando
em jogo **doença** contagiosa como é a Síndrome
da Imunodeficiência Adquirida. (RE. 195192/RS,
DJ DATA-31-03-00 PP-00060 EMENT VOL-
01985-02 PP-00266, Rel. Ministro Marco Auré-
lio, data do Julgamento 22/02/2000 - 2ª Turma)*

*AVISO Nº 731 - CONSTITUCIONAL - PAGA-
MENTO DE DESPESAS COM MEDICAMEN-
TOS PARA PORTADORES DE HIV/AIDS É
OBRIGAÇÃO DO ESTADO A Segunda Turma do
Supremo Tribunal Federal manteve o despacho
do Ministro Relator Celso de Mello que obriga o
governo do Rio Grande do Sul a arcar com as
despesas de medicamentos de pessoas que pos-*

suem o vírus da AIDS e não têm condições financeiras de fazer o tratamento. Por unanimidade, a Segunda turma ao julgar o recurso extraordinário 271.2193, manteve a decisão do Tribunal de Segunda instância de que a distribuição gratuita dos medicamentos aos portadores positivos do vírus HIV é obrigação do Estado, de acordo com o artigo 196 da Constituição Federal que garante o direito à vida e à saúde. Fonte: Supremo Tribunal Federal, publicada no Diário Oficial do Estado de 16/09/2000, às fls. 2, na parte do Centro de Estudos Judiciários.

5. AIDS E PREVIDÊNCIA SOCIAL

A grande demanda dos portadores de SIDA, no que concerne ao direito previdenciário¹¹, diz respeito à concessão de benefício assistencial e auxílio-doença, benefícios estes que serão analisados em consonância com o tema deste trabalho. Para a percepção do benefício assistencial, que é a garantia de 1(um) salário mínimo mensal, conforme o artigo 20 da Lei 8.742/93, é necessário que a pessoa seja portadora de deficiência e/ou idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família.¹²

11 O Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, é um instituto previdenciário semelhante aos privados, ou seja, só faz jus aos benefícios, excetuando-se o de prestação continuada, aquele que é filiado e paga contribuições.

12 Como lembra o mestre Sérgio Pinto Martins (Direito da Seguridade Social, 19 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.499) Em razão da legislação pertinente a esta modalidade de benefício, a idade de 70 anos para concessão de benefício se reduzirá para 67 anos a partir de 01/01/1998. (Lei 8.742/93, Decreto 1.744/95, Medida Provisória 1.599-44/98, Resolução INSS/PR 435/97 e de Ordem de Serviço do INSS 596/98).

Dispõe ainda, o Decreto nº 1.744/95, na Seção I, artigo 6º que, para fazer jus ao salário mínimo mensal, o beneficiário portador de deficiência deverá comprovar que é portador de mal que o incapacite para a vida independente e para o trabalho, bem como sua renda familiar mensal per capita ser inferior à prevista no §3º do artigo 20 da Lei nº 8.742, de 1993, ou seja, a ¼ (um quarto) do salário mínimo. O simples fato de ser portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida não o torna incapaz para o trabalho e, por conseguinte, detentor do direito de perceber o benefício, ocorre que, entretanto, aproveitando-se do fato de que apenas a SIDA não caracteriza a incapacidade, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, tem posto em prática uma política cruel e desumana, não concedendo o devido benefício aos soropositivos, mesmo quando munidos de declarações médicas de hospitais públicos de referência, que atestem a incapacidade.

É também prática comum do INSS a suspensão do auxílio-doença após alguns meses, ou até sua negativa de concessão inicial, o que impossibilita, na maioria dos casos, uma aposentadoria por invalidez em decorrência do HIV. Para que sejam concedidos o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, é necessário que o empregado seja submetido ao exame médico-pericial do INSS. Sendo constatada sua incapacidade para o trabalho ou para sua atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos, será concedido o auxílio-doença; caso seja confirmada a incapacidade total para o trabalho, definitiva ou sem condições de reabilitação, será devida a aposentadoria por invalidez.

Segundo J. Franklin Alves Felipe, em sua obra *Previdência Social na Prática Forense*, 4ª edição, editora Forense, pág. 35, afirma que

“Há direito adquirido, sendo irrelevante a perda da qualidade do segurado. A invalidez deve ter seu início quando da qualidade de segurado e após o decurso do período de carência, quando não dispensável.” (grifo nosso). Ainda o prejudgado nº 7, a, que se encontra às fls.35, da obra supracitada, dispõe que: “Eclodindo o mal incapacitante antes da perda da qualidade de segurado, a falta de contribuição posterior não prejudica o seu direito às prestações previdenciárias.”¹³ (grifo nosso)

Ainda, em sua mesma obra e página, continua o mestre Sérgio Pinto Martins, afirmando que a **Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), faz parte deste rol de doenças.**

Apesar de existir uma política negatória, não-oficial, por parte do INSS, o judiciário tem socorrido esta parcela hipossuficiente da população, como podemos, por fim, como feito no ponto anterior, observar os casos através de jurisprudência pacífica:

(...) destarte, tenho que a incapacidade do autor pode ser considerada como definitiva e irreversível, pois, infelizmente, ainda não foi descoberta vacina para a AIDS, não obstante haja previ-

¹³ Segundo o mestre Sérgio Pinto Martins, op. cit., p. 332-19, ed. Independente de carência o Auxílio-Doença nos casos (...) que, após filiar-se ao Regime Geral da Previdência Social, for acometido de alguma das doenças e afecções especificadas em lista elaborada pelos órgãos competentes, de acordo com critérios do estigma, deformação, mutilação, deficiência, ou outro fator que lhe confira especificidade e gravidade que mereçam tratamento particularizado (art. 20, II, da Lei nº 8.213). * Grifo nosso.

*são para um futuro próximo, (...) Tenho que, cotejando este dado com a situação sócio-cultural-econômica do autor (idade: 40 anos; pobre; desempregado; analfabeto; pai de três filhos), o mesmo pode ser considerado incapaz, desde que, somente em lanço de afortunada sorte obteria posto de trabalho e, ainda assim, em trabalho que se adequasse à sua particular condição. (...) Ex positis, **JULGO PROCEDENTE** o pedido do autor, condenando o réu a conceder-lhe benefício de prestação continuada (art. 203, V, CF/88, e art. 20 da Lei nº 8.742/93, no valor mensal de 01(hum) salário mínimo, a partir de 10.01.2002, devendo as parcelas vencidas, no valor de R\$ 5.040(cinco mil e quarenta), serem pagas através de RPV.(...) **OUTROSSIM DEFIRO O PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA**, de modo a determinar ao réu que, incontinenti, promova o pagamento mensal ao autor do benefício em questão.(.) Decisão proferida por **ARTHUR NAPOLEÃO TEIXEIRA FILHO**, 2º Juiz Federal Auxiliar do Juizado Especial Federal Civil II, em 02/09/2003.*

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSO CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. SEGURADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. AUXÍLIO-DOENÇA. REQUISITOS COMPROVADOS. Comprovado nos autos que a requerente é portadora do vírus HIV, deve ser deferida a antecipação de tutela (TRF 4ª Região – Quinta Turma – AG- Agravo de Instrumento – 73954 – Processo: 200004011474373 UF: RS – Relator(a) Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ – data da decisão 29/08/2001 – Fonte DJU DATA 29/08/2001).

(...) considerando-se a AIDS uma doença incurável e de enorme abalo psicológico, é ao doente que se deve conceder a liberdade de escolha entre trabalhar ou não. Submeter um doente de AIDS à volta forçada ao trabalho seria cometer contra ele uma violência injustificável. Se o portador julgar melhor abandonar a atividade produtiva, ainda que tenha capacidade física para o trabalho, não se lhe pode censurar o direito de escolha. Caso, ademais, em que o agravado já tem enfrentado as terríveis seqüelas decorrentes da imunodeficiência, havendo nos autos informações de que foi acometido das chamadas infecções oportunistas, por mais de uma vez. (TRF 4ª Região – Quinta Turma – AG- Agravo de Instrumento – 119374 – Processo: 2002.04.01.049778-7 UF: SC – Relator(a) Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ – data da decisão 13/03/2003 – Fonte DJU DATA 26/03/2003).

6. RELAÇÃO DE EMPREGATÍCIA E HIV, CARACTERIZAÇÃO DO DANO MORAL

Diversos são os direitos resguardados ao trabalhador portador de SIDA, dentre eles, o direito de levantar o FGTS, independente de rescisão do contrato de trabalho ou de ser, ou não, sintomático, bem como o saque do PIS/PASEP, independente de aposentadoria, sendo também sintomático ou não. Para tanto, em ambos os casos, será necessário o comparecimento do soropositivo a alguma agência da Caixa econômica Federal-CEF ou Banco do Brasil, munido de exame laboratorial que comprove a sorologia, atestado médico que cite o código internacional da AIDS, Carteira de Trabalho e/ou Carteira de Identidade.

Diversas também são as hipóteses de lesão a direitos dos soropositivos nas relações laborais, uma das situações mais comuns ocorre quando se é exigido o exame de HIV na admissão ou demissão do empregado, bem como, em caráter periódico, por algum empregador. Ninguém é obrigado a fazer o teste, caso isso ocorra, o fato pode ser denunciado ao Conselho Regional de Medicina e à Delegacia regional do Trabalho. Apesar do fato de ser soropositivo não propiciar estabilidade no emprego, o trabalhador com SIDA, como qualquer outro empregado, é protegido de dispensa abusiva e discriminatória, caso comum de ocorrer quando o trabalhador é demitido apenas pelo fato de ser soropositivo, cabendo, nestes casos, além das devidas verbas rescisórias a indenização por danos morais.

Também deve ser considerada na questão a Lei n.º 9.029, de 13.04.95 que proíbe práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, de acordo com o art. 1.º, caput, o que cabe perfeitamente ao caso em questão¹⁴.

A Constituição Federal em seu artigo 114 determina que compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores e outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho.

¹⁴Em comentário à essa disposição legal ensina o Professor Francisco das Chagas Lima Filho, em matéria constante da revista jurídica *Consulex*, a. l. n. 5, p. 36, que "É certo que o mencionado diploma legal trata e dá proteção contra ato discriminatório de mulher. Todavia, nada impede que suas normas sejam também aplicadas por analogia ao empregado adético, pois o princípio nela consagrado é de proteção ao trabalhador contra todo o tipo de ato discriminatório e não como aparentemente possa parecer. Até porque a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais. Ora, o ato de dispensa do empregado portador do HIV tendo como motivo o fato de se encontrar infectado, não resta dúvida, atente contra a garantia constitucional de não discriminação, devendo ser cobido pelo Poder Judiciário através de instrumentos legais ao seu dispor. E a mencionada Lei n.º 9.029/95 é instrumento legal hábil para tal objetivo, data venia. (matéria constante da *Consulex*, a. l. n. 5, p. 39).

Conseqüentemente, é da órbita desta Justiça Especial decidir sobre lides que envolvam danos morais provenientes da seara da relação de emprego e de trabalho¹⁵.

Com relação à violação moral, a Constituição Federal é explícita e reconhece em todo o seu bojo inúmeras hipóteses de discriminação que são mais comuns, vedando, em suma, todo e qualquer tipo de discriminação, devendo ser entendidas, as que ali se encontram, apenas como hipóteses exemplificativas e não como taxativas e exauridas, até mesmo, acentuando-se, ainda, a proteção do direito à igualdade, devendo promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, garantindo-se estes direitos sejam aos brasileiros ou aos estrangeiros residentes no País, assegurando-se ainda o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. (arts. 3º, IV e 5º, XIII, CF/88)

Também nas relações de trabalho, cuidou a Constituição em seu art. 7º, XXX, de tutelar o bem jurídico da igualdade, vedando discriminações para critérios de admissão e salário. O referido inciso interpretado à luz dos arts. 1º e 3º, que estabelecem os pilares da nossa República¹⁶, caracterizam, de forma cristalina, a ilicitude de um ato perpetrado pelo empregador, em tratamento e/ou dispensa

de caráter discriminatório, sendo-lhe proibido a diferenciação de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil¹⁷.

Como fica claro, os prejuízos sofridos pelo empregado soropositivo, nas situações violadoras descritas acima, não se resumem aos materiais, pois a integridade psicossomática é também um valor tutelado. A repercussão psicológica, a "dor na alma" e a frustração pela discriminação são marcas tatuadas de forma pungente na memória e nos sentimentos do requerente, vítima de tão vil preconceito. Dispõe o art. 5º, X, da CF/88: "são invioláveis a intimidade¹⁸, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação"¹⁹.

Com relação à honra do trabalhador, o Prof. João de Lima Teixeira Filho cita: "É, na palavra de Cretella Júnior, o "sentimento referente à dignidade moral" da pessoa. O ilustre professor ainda cita o mestre Celso Ribeiro Bastos

17 Na mesma linha segue o festejado doutrinador constitucionalista José Afonso de Siqueira ao afirmar: "[...]Proíbe-se, também a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil ou posse de deficiência (art. 7º, XXX e XXXI). A Constituição assim o faz porque essas razões preconceituosas são as que mais comumente se fazem como fundamento de discriminação. (grifo nosso) SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

18 Quanto à intimidade ensina o Prof. João de Lima Teixeira, Op. Cit. que: "[...]pode-se dizer que intimidade é tudo aquilo que se passa entre quatro paredes, **reservadamente para a própria pessoa** ou para o círculo mais restrito de sua família, e compreende tanto o ambiente domiciliar quanto o local de trabalho. O ato patronal que invade esses recantos e propaga fatos ou ações antes de domínio restrito, sem o consentimento do trabalhador, ou mesmo versão distorcida do ocorrido, constitui, em princípio, lesão configuradora do dano moral". (Grifos nossos)

19 Sobre danos, nos ensina o ilustre doutrinador Antonio Lindbergh C. Montenegro: "Segundo FISCHER, em linguagem vulgar, entende-se por dano todo prejuízo que alguém sofre no seu alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a causa de lesão. Em linguagem jurídica, acrescenta o renomado mestre: "dano é todo prejuízo que o sujeito de direitos sofre através da violação dos seus bens jurídicos, com exceção única daquela que a si mesmo tenha infligido o próprio lesado: esse é juridicamente irrelevante" (grifo nosso) - *Ressarcimento de Danos*. 4.ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992, p. 17.

15 É esse o pensamento esposado pelo Prof. João de Lima Teixeira Filho, na obra *Instituições de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996, v. II, p. 1251 e 1252.

16 O Professor João de Lima Teixeira, citando Ihering diz: "A pessoa tanto pode ser lesada no que tem como no que é. E que se tenha um direito à liberdade ninguém pode contestar, como contestar não se pode, ainda que se tenha um direito a sentimentos afetivos, e ninguém se recusa um direito à vida, à honra, à dignidade, a tudo isso enfim, que, sem possuir valor de troca de economia política, nem por isso deixa de constituir um bem valioso para a humanidade inteira. São emanções diretas do eu de cada qual, verdadeiros imperativos categóricos da existência humana. (...) o dano moral é o sofrimento humano provocado por ato ilícito de terceiro que molesta bens materiais ou magoa valores íntimos de pessoa, os quais constituem o sustantivo sobre o qual a sua personalidade é moldada e sua postura nas relações em sociedade é erigida". (*Instituições de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996, p. 620)

que diz: "A proteção à honra consiste no direito de não ser ofendido ou lesado na sua dignidade ou consideração social". Assim, o trabalhador portador de SIDA tem sua honra atingida pelos atos discriminatórios do empregador, uma vez que, de forma revoltante, foi atacado na sua dignidade como ser humano e empregado.

De fato, existe norma legal que ampare o trabalhador portador do vírus da AIDS, qual seja a Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho, adotada pelo Brasil e, portanto, inserida em nosso ordenamento jurídico²⁰. Dispõe o art. 4.º da Lei n.º 9.029/95 a forma como o empregado poderá proceder no caso de a relação de trabalho tenha sido rompida por ato discriminatório, ou seja, pleiteará a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das devidas remunerações ou a percepção em dobro da remuneração do período de afastamento, tanto uma como outra com correção monetária e acréscimo de juros legais.

Em sentença do Eminentíssimo Juiz do Trabalho **ALOYSIO SANTOS**, respeitadíssimo magistrado brasileiro, que com mestria, revela a cristalinidade e fortalece o direito dos trabalhadores soropositivos, na Reclamação Trabalhista nº 691/94, abaixo colacionada:

²⁰ Vejamos o que diz o Professor Francisco das Chagas Lima Filho em matéria consistente de *Consullex*, a. 1, n. 5, p. 38 quando diz: "Ao contrário das defensões da tese negativa, pensamos a isso já defendemos em artigo escrito para o *Repertório IOB*, existir em plena vigência, norma legal expressa que dá proteção ao trabalhador portador do HIV contra despedida arbitrária, discriminatória ou sem justa causa. Com efeito, o Brasil ratificou a Convenção n.º 111 da Organização Internacional do Trabalho que proíbe a discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. A aludida convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 104, de 24.11.84 e promulgada pelo Decreto n.º 62.150 de 19.01.88. Portanto, faz parte de nosso ordenamento jurídico, cabendo ao Judiciário a sua aplicação... Aquele convenção dizendo que "a discriminação constitui uma violação dos direitos enunciados na Declaração Universal dos Direitos do Homem" proíbe qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão.

Se a saúde é um bem, pô-la em risco ou correr para agravar as precárias condições de sanidade de quem é portador do HIV é uma forma de violentar o direito do ser humano. Dispensada, ficaram reduzidas as chances de a requerente obter os expensivos medicamentos necessários à sobrevivência e, por outro lado, suprimida uma esfera da sua vida social: o emprego. (...) O renomado juslaborista Arnaldo Lopes Sussekind (1986), comentando o Direito Internacional trabalhista, fonte do direito pátrio, exatamente no que interessa ao caso que decidiu, disse que a Convenção n.º 158, da OIT, tem como norma básica o preceito que estabelece que "Não se porá fim à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com a sua capacidade ou sua conduta ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço". Embora o Brasil não tenha ratificado essa convenção, os constituintes de 1988 adotaram o seu princípio no art. 7.º, Inc. I, já mencionado. (grifos nossos)

Desta forma, evidencia-se que, no nosso ordenamento jurídico, existem normas e princípios suficientes para assegurar, ao portador do vírus, o direito de não ser despedido, salvo quando justificadamente, ou por justa causa quando devidamente comprovada pelo empregador através de devido processo legal, pois caso contrário essa despedida será arbitrária e discriminatória.

7. CONCLUSÃO

A AIDS hoje faz parte do cotidiano da sociedade brasileira, quer através dos meios de comunicação (rádios, jornais e televisão), quer pelas informações propagadas pelos órgãos de saúde numa tentativa de orientar e, principalmente, conscientizar as pessoas, ou até mesmo porque, estas pessoas, conheceram de perto a doença, quando familiares e/ou amigos tornaram-se portadores do vírus HIV e, assim, tiveram que conviver com essa triste realidade.

Cabe, sim, aos portadores de HIV, inobstante as reiteradas recusas por parte do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS, preenchidos os requisitos legais, a concessão dos benefícios de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou benefício assistencial. Impende ressaltar ainda que, em muitos casos, apesar de possuir capacidade física, o soropositivo tendo seu corpo forte, tem, quase sempre, sua alma e estado de espírito vergastados pela doença, tornando-o psicologicamente um incapaz para exercer, de forma eficaz, uma atividade laborativa, enquadrando-se este estado mental, como não poderia deixar de ser, em uma incapacidade para o trabalho. Por todo o exposto, também se torna evidente o caráter defeso do despedimento do empregado sem Justa Causa por pura discriminação e preconceito. O portador de SIDA, quando supera, ou não passa por um estado mental de perturbação, tem o trabalho como uma razão para continuar vivendo, para sentir-se cidadão, para elevar sua auto-estima; já tão baixa por toda discriminação que o mesmo vislumbra no seio social. Não pode, desta forma, o empregador privá-lo deste tipo de medicamento, mesmo que seja

um placebo, é um remédio dos que possui efeitos mais eficazes na luta contra esta desgraçada doença, pois tem, o trabalho digno, o poder de curar as feridas da alma.

O Direito apresenta-se como uma ferramenta essencial de melhoria na qualidade de vida dos portadores de SIDA, quer seja, pela luta visando a aplicação dos preceitos fundamentais de direito, quer seja, buscando a tutela de algum bem jurídico mais específico e líquido, como ficou claro no que tange às ações de medicamentos. Não pode, a ciência jurídica, deixar ao desamparo as pessoas portadoras do vírus HIV, vítimas de absurdos preconceitos e humilhações; não deve o jurista, seja qual for sua área de atuação, furta-se desta responsabilidade; impen-de no meio científico do Direito uma maior capacitação dos profissionais para que os mesmos se encontrem aptos a responder a esta lamentável demanda, que cresce a cada dia, de forma humana, solidária, competente e eficaz.

8. REFERÊNCIAS

ATAIDE, Maria Cristina Ataíde. **Direito de ter Direitos**. Mato Grosso: Gráfica Diogo, IBISS/CO, 2000.

BRASIL. **Código Civil, Código de Processo Civil e Constituição Federal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Consolidação das Leis Trabalhistas, Legislação Previdenciária e Constituição Federal**. 1.ed. São Paulo: Rideel, 2002.

BUZAGLO, Samuel Auday. Aspectos Jurídicos da AIDS. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 655, p. 394-396, mai. 1990.

FELIPE, J. Franklin Alves. **Previdência Social na Prática Forense**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. **Despedida do Empregado Aidético**. **Consulex**, Brasília, a.I, n. 5, p. 38.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh. **Ressarcimento de Danos**. 4.ed. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1992.

RUDNICKI, Dani. **AIDS e Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1875>>.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros: São Paulo, 1994.

SONTAG, Susan. **A AIDS e suas Metáforas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 16.ed São Paulo: Ltr, 1996. v. II.

EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO – CONSEQÜÊNCIAS DECORRENTES DE SUA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA

Jolison Andrade de Souza

Aluno da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco –
ESMAPE, Advogado.

SUMÁRIO

1. HISTÓRICO; 2. DA NATUREZA DO INSTITUTO; 3. O TRATAMENTO DISPENSADO NA VIGENTE CARTA MAGNA; 4. A QUESTÃO CONTRATUAL; 5. IMPOSIÇÕES DA LEI 4.320/64; 6. FUTURA RESTITUIÇÃO DO EMPRÉSTIMO A VINCULAR O ESTADO; 7. A INSERÇÃO DO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO NO TEXTO CONSTITUCIONAL; 8. CONCLUSÃO; 9. REFERÊNCIAS.

1. HISTÓRICO

A discussão acerca do empréstimo compulsório não é recente. Muito embora se posicione a doutrina majoritária, acolhendo a sua natureza tributária, boa parte da doutrina defende tese diversa. Embora se tente chegar a um consenso quanto à natureza jurídica deste instituto na esfera doutrinária, deve-se atentar ao fato de que a riqueza maior da questão está em estabelecer-se a qual regime jurídico deverá subordinar-se o instituto, em função de sua natureza jurídica, determinando-lhe normas aplicáveis. O inverso não deverá ocorrer, ou seja, seria cientificamente incorreto atribuir-se o regime jurídico ao instituto para, a partir desse regime, determinar-lhe a natureza, como observa AÍLSON FRANCISO ROLIM, em trabalho nominado EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS: NATUREZA JURÍDICA NO VIGENTE SISTE-

MA CONSTITUCIONAL¹, citando EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI². Acrescente-se aqui a lição de ALEXANDRE BARROS DE CASTRO³, prelecionando que

a categoria jurídica a que se chegar com tal estudo nos apontará no sentido de um regime positivo a ser aplicado; reside aqui, pois, a grande relevância prática de sua determinação.

Ocorre que, a própria Constituição da República, em seu Art. 148, já imprimiu aos empréstimos compulsórios ao menos dois princípios tributários, o da reserva legal, ao exigir lei complementar para sua instituição, e o princípio da anterioridade, no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional. Aqui, nada mais fez o constituinte senão uniformizar as formas relativas à obtenção de receitas públicas, não imprimindo a natureza tributária aos empréstimos compulsórios, mas lhes emprestando o disciplinamento dado aos tributos, esculpindo expressamente no texto constitucional o que antes era genérico, no texto da emenda nº 1/69 que ora transcrevo:

Art. 18... omissis.....

§ 3º. Somente a União, nos casos excepcionais definidos em lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios.

1 ROLIM, Ailson Francisco. Empréstimos compulsórios: natureza jurídica no vigente sistema constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 47, nov. 2000. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutina/texto.asp?id=1419>. Acesso em 25 ago. 2003.

2 DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. *As Classificações no Sistema Tributário Brasileiro. In: Justiça Tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos de administração e no processo tributário*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 145.

3 CASTRO, Alexandre Barros. *Procedimento Administrativo Tributário*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 37.

Art. 21... omissis.....

§ 2º. A União pode instituir:

I – ... omissis.....

II – empréstimos compulsórios nos casos especiais definidos em lei complementar, aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário. (grifo nosso).

Até aqui, predominava o entendimento de SANTIAGO DANTAS de que o Empréstimo compulsório caracterizava-se como contrato coativo, tese essa acolhida pelo Supremo Tribunal Federal através da Súmula 418. Esta Súmula estabelecia a inaplicabilidade de sujeição à exigência da prévia autorização orçamentária aos empréstimos compulsórios, por entender que não se tratava de tributos.

Entretanto, dispensando novo tratamento normativo ao instituto, a emenda constitucional citada estipulou a aplicabilidade das disposições constitucionais relativas aos tributos também aos empréstimos compulsórios, o que levou ao Colendo STF concluir pela sua natureza tributária.

Muitos entenderam, como entendem, ter o constituinte derivado reformador estabelecido duas espécies do instituto em questão, qual sejam as previstas nos Art. 18, § 3º e outra, no Art. 21, § 2º, II, já citados, onde segundo SOUTO MAIOR BORGES *apud* IVES GANDRA SILVA MARTINS⁴, a primeira espécie não teria natureza tributária e a segunda sim, posto que o legislador constituinte previu a aplicação das disposições constitucionais relativas aos tributos e das normas gerais de direito tributário apenas à segunda espécie.

4 MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). *Curso de Direito Tributário*. In: *Os Empréstimos Compulsórios e as Contribuições Especiais* 5. ed. Beldm: Cejup – Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1997. v. 2, p. 99.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal não acolheu essa dicotomia, emitindo parecer que afastou a tese da dupla caracterização do empréstimo compulsório.

Na mesma linha, como lembra o Ilustre Magistrado FRANCISCO ALVES DOS SANTOS JÚNIOR⁵, o STF filiou-se à corrente de grandes nomes como ALIOMAR DE ANDRADE BALEEIRO, ALCIDES JORGE COSTA, ROQUE ANTONIO CARRAZA, ALMICAR DE ARAÚJO FALCÃO, ALFREDO AUGUSTO BECKER, IVES GRANDRA SILVA MARTINS, dentre outros, no julgamento do RE nº 111.954-3/PR, de 11 de maio de 1988, no qual entendeu haver a Súmula 418 perdido a validade com a emenda 1/69.

2. DA NATUREZA DO INSTITUTO

Nos quer parecer equivocada o entendimento do Senhor Ministro Oscar Corrêa, ao julgar o RE 111.954-3/PR, em 1988, de que *"a hipótese do Art. 21, § 2º, II da Constituição subsume-se à natureza do tributo"*. O que estabeleceu o constituinte foi apenas que aos empréstimos compulsórios *"se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário"*, o que não seria necessário dizer, visto já estarem postas tais normas e, em sendo tributo, a elas estariam sujeitos. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, neste ponto, acolheu o entendimento do então Procurador da República, Dr. MOACIR ANTONIO MACHA-

5 JUNIOR, Francisco Alves dos Santos. Aula ministrada na ESMape, abordando o tema - JUIZ FEDERAL, 2ª Vara - PE, autor de vários trabalhos científicos, ex-professor da Universidade Católica de Pernambuco e Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape.

DO DA SILVA, referendado pelo Dr. SEPÚLVEDA PERTENCE (então Procurador-Geral da República), de que *"não é verdadeiro o axioma jurídico segundo o qual a Constituição não contém redundâncias"*.

Data vênia, não nos parece correto tal entendimento, no tocante à matéria em apreço posto que, se é possível à União exercer a competência constitucional atribuída pelo Art. 154, II, criando o imposto extraordinário de guerra, até mesmo por medida provisória e sem gerar passivo patrimonial, por que o faria, instituindo um *"tributo"* para o qual a Constituição da República exige Lei Complementar (inclusive com a vedação contida no Art. 62, §1º, III - texto inserido pela emenda constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001) e do qual decorreria uma dívida pública? Parecem-nos contraditórias tais disposições, a não ser que se reconheça a natureza de crédito público, e não de tributo, aos empréstimos compulsórios.

Salutar o ensinamento de ALEXANDRE BARROS DE CASTRO⁶, para quem seria atécnico estabelecer a natureza do instituto pelo regime jurídico a que ele se sujeita. Também, relatando o mesmo recurso, o Ministro Oscar Corrêa expõe que *"aqui, cogita-se de espécie com características próprias definidas"*, referindo-se ao disposto no Art. 18, § 3º da Constituição da República então vigente. E continua: *"...como o componente da restitubilidade, por exemplo, que lhe retiram a característica de tributo, ainda que com ele guarde semelhança"* (grifo nosso). Continua o Ilustre Ministro: *"a circunstância de situar-se o empréstimo excepcional no capítulo da Lei Fundamental, referente ao sistema tributário, não basta, por si, para considerá-lo tributo"*.

6 CASTRO, Alexandre Barros de. Op. Cit., p. 1.

Ressalte-se que, a esse último posicionamento do Ministro Oscar Corrêa, neste ponto, filiamos-nos. Nenhum outro Título da Constituição da República mais apropriado do que o Título VI para tratar de uma das formas de receitas públicas, assunto tratado no espaço referente à tributação e orçamento, o que nos faz refletir a respeito, conforme fazemos abaixo.

3. O TRATAMENTO DISPENSADO NA VIGENTE CARTA POLÍTICA

Para aqueles que sustentam ser o empréstimo compulsório um tributo, apenas por estar inserido no Título VI, Capítulo I, da Constituição da República, como o faz IVES GANDRA SILVA MARTINS e ALIOMAR BALEIRO, é interessante notar comentário inserido no RE 111.954-3/PR, em que o Ministro Oscar Corrêa faz suas as palavras de JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES: “a sede mais apropriada da exceção é ao lado da regra”.

Na atual Constituição da República, de 01 de outubro de 1988, o Art. 148 estabelece:

Art. 148 – A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I – para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; (grifo nosso).

II – no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no artigo 150, III, b.

Parágrafo único. A aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição.

Aqui, inovou a Constituição de 1988, estabelecendo as hipóteses passíveis de instituição do empréstimo compulsório pela União, subtraindo essa competência do legislador complementar. Esta subtração levou a não receptividade do inciso III do Art. 15, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), norma esta recepcionada como lei complementar, por tratar do sistema tributário nacional, estabelecendo normas gerais.

Institutos como a “relevância” e a “urgência”, o conceito de “despesas extraordinárias” ou “calamidade pública”, “investimento de caráter urgente” ou de “interesse nacional”, não geram maiores divergências na doutrina.

No âmbito dos tribunais, quase que majoritariamente, a natureza de tributo é imputada ao empréstimo compulsório. Contudo, importante consignar a observação do Ilustre Professor FRANCISCO ALVES DOS SANTOS JÚNIOR⁷, de que algumas decisões proferidas, principalmente pelo Supremo Tribunal Federal, são dotadas de atecnia, subtraindo-se ao exame da natureza jurídica do empréstimo compulsório. (RE nº 121.336-CE, in RTJ 139/624; RE 111.954, RTJ 126/330; RE 175.385/SC, Ministro Marco Aurélio, Pleno do C. STF, Julgamento em 01.12.1994, DJ de 24.02.95 – Internet; RE 146.615/PE, Ministro Ilmar Galvão, Pleno do STF, Julgado em 06.04.1995).

⁷ Magistrado cit., p. 1.

4. A QUESTÃO CONTRATUAL

O empréstimo compulsório, sendo uma imposição estatal em face de uma situação emergencial, estaria a justificar a imposição da vontade estatal sobre o particular, assim como ocorre no contrato Administrativo, em que esta fundamenta-se em uma cláusula “implícita” ou “essencial”, que “consideram-se existentes mesmo que não escritas”, como ensinava o saudoso HELY LOPES MEIRELLES⁸. Esse ensinamento é reproduzido através das “cláusulas exorbitantes”, de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁹, definindo que “são cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares”. Entretanto, tais cláusulas não desnaturam o contrato. Da mesma forma, o fato de ser o empréstimo compulsório uma exação legal não é suficiente para desnaturá-lo como contrato de crédito. Assim, estaria o interesse público sobreposto à autonomia da vontade do particular em contratar, autonomia esta alegada por alguns para afastar o caráter contratual do empréstimo compulsório. ALCIDES JORGE COSTA¹⁰, em comentário ao posicionamento de SAN TIA-GO DANTAS, entende que

dessa maneira, o contrato continua a pressupor uma livre manifestação de vontade, funcionando as normas imperativas como compensação

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: MALHEIROS, 1997, p. 206-207.

9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 255.

10 COSTA, Alcides Jorge. *Natureza Jurídica dos Empréstimos Compulsórios*. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 70, p.5, out./dez. 1962.

de fraqueza de uma das partes em relação à outra, exatamente para que a liberdade não se torne uma ficção. Não tem, pois, razão San Tiago Dantas quando leva a coação ao ponto extremo de suprimir toda e qualquer manifestação da vontade das partes na celebração de contratos, porque a ausência absoluta da vontade não se compadece com a própria noção de contrato.

Muito embora relevante a observação citada, há de se considerar o princípio norteador dos contratos concebidos em sua acepção publicista, segundo a qual emerge-se a supremacia do interesse público, relativizando a autonomia da vontade e sujeitando, como é a regra, à lei e, acima de tudo, à ordem pública. Não raros posicionamentos na doutrina que observam que o bem maior protegido pela ordem constitucional é a existência do próprio Estado. Há o contrato, imposto pelo Estado, face uma situação emergencial a justificar tal imposição.

5. IMPOSIÇÕES DA LEI 4.320/64 E LEI COMPLEMENTAR 101/2000

ALIOMAR BALEEIRO, *apud* CLÁUDIO BORBA¹¹, ensina que “receita é a entrada que, integrando-se ao patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”. Ora, pela própria definição do Ilustre Mestre, o empréstimo compulsório NÃO É TRIBUTO, pois gera um passivo no balanço público. Sem

11 BORBA, Cláudio. *Direito Tributário*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001, p. 4.

embargo da afirmação citada, não é de todo coerente a mesma, uma vez que os empréstimos compulsórios geram um passivo e são considerados como receita de capital, na modalidade de OPERAÇÕES DE CRÉDITO, consoante o delineamento contido no parágrafo quarto, do Art. 11 da lei 4.320/64, sendo, assim, tão somente um crédito, a ser restituído futuramente.

Ademais, observe-se o tratamento dispensado pela Lei 4.320/64 ao empréstimo compulsório, notadamente em seu Art. 39:

Art. 39 – Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

§ 1º.....omissis.....;

§ 2º Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa Não-Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios..... (grifo nosso).

Observe-se que, aqui, expressamente se enumera o empréstimo compulsório como um crédito não tributário. Trata-se de um crédito obtido de forma impositiva, com normas procedimentais a serem definidas em lei complementar que os instituir, obedecidos os requisitos constitucionais impostos.

Também o Art. 11, da lei 4.320/64, trata o empréstimo compulsório como receita de capital, já mencionada, e não como receita corrente, compreendidas, nesta categoria, as receitas tributárias.

6. FUTURA RESTITUIÇÃO DO EMPRÉSTIMO A VINCULAR O ESTADO

É característica do tributo ser considerado receita definitiva, como o são as receitas correntes, sem gerar aumento da dívida pública, assim definida no Art. 29, I da lei complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) como sendo, resumidamente, o montante apurado das obrigações financeiras do ente da federação, assumidas em virtude de leis, não gerando, também, passivo no balanço. Do exercício da competência legislativa prevista no Art. 148 da Constituição da República, pela União, não poderia surgir para o Estado uma obrigação de restituir o que lhe foi entregue, possível fosse considerar o empréstimo compulsório como tributo, motivo pelo qual não compartilhamos da tese de ALFREDO AUGUSTO BECKER¹², para quem “a satisfação da prestação na relação jurídica de natureza tributária irá constituir o núcleo da hipótese de incidência de outra regra jurídica (que disciplina a obrigação de o Estado restituir.....)”. Aliás, esse é também o entendimento de SACHA CALMON¹³, no tocante à obrigação estatal de restituir, chamando o empréstimo compulsório de “imposto restituível”.

¹² BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 395-396.

¹³ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Manual de Direito Tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 8.

Destarte, vislumbramos acertado posicionamento do Ilustre JOSÉ AFONSO DA SILVA¹⁴, no que se refere ao empréstimo compulsório disciplinado pelo Art. 148 da Constituição da República, concebendo-o como CONTRATO IMPOSITIVO DE CRÉDITO, imposto ao particular em face de contingências extraordinárias, apto a gerar um passivo no balanço público que, afinal, deverá restituir ao particular o que obteve como crédito. Aliás, solidário a essa tese também encontramos JOSÉ MAURÍCIO CONTI¹⁵, que nos ensina:

Ademais, verifica-se que o inciso I, que prevê a instituição de empréstimo compulsório destinado a atender despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, guerra externa ou sua iminência, não excepciona este instituto do princípio da anterioridade, previsto no art. 150, III, b. No entanto, é absolutamente evidente que a observância ao princípio da anterioridade não pode ser exigida nesta hipótese, sob pena de tornar impraticável esta forma de a União financiar despesas absolutamente urgentes, como é o caso das mencionadas no art. 148, I. E não é de admitir-se que a Constituição contenha institutos inúteis. Portanto, a única conclusão possível é a de que os empréstimos compulsórios não são tributos, não ficando, assim, sujeitos ao regime jurídico tributário, razão pela qual não constou expressamente a exceção ao princípio da anterioridade.

14 SILVA, José Afonso. *Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001. P. 689.

15 CONTI, José Maurício. *Sistema Constitucional Tributário - Interpretado pelos tributais*. 1. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997. p. 48-49.

MÁRCIO SEVERO GOMES¹⁶, embora perceba o tratamento constitucional diferenciado dispensado à espécie normativa, não lhe reconhece o caráter de crédito público. Ao contrário, sustenta que esse tratamento apartado das espécies tributárias não é suficiente para lhe diferenciar, quanto à sua natureza, das espécies tributárias consagradas pelo texto constitucional.

Comentário interessante faz o próprio HUGO DE BRITO MACHADO¹⁷:

parece incoerente que, em se tratando de investimento público de caráter urgente, tenha de ser observado o princípio da anterioridade. Não há, todavia, tal incoerência. O investimento público de relevante interesse nacional pode exigir recursos a que somente em vários anos seria possível atender com os tributos existentes. Por isto, é possível a instituição de um empréstimo compulsório que funcionará como simples antecipação de arrecadação. Assim, o que será arrecadado em dez anos, por exemplo, pode ser arrecadado em um, ou dois, a título de empréstimo compulsório, e devolvido nos anos seguintes, com recursos decorrentes da arrecadação de tributos. Desta forma poderá ser antecipado o investimento público, sem prejuízo do princípio da anterioridade.

16 GOMES, Márcio Severo. Os Tributos no Sistema Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 72, p. 243. s.d.

17 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 16. ed. rev. atual e amp. São Paulo: Malheiros, 1989. p. 56.

A resistência em admitir-se a natureza não-tributária dos empréstimos compulsórios é tamanha, que não se percebe a clareza do texto acima, em que evidente fica o caráter de crédito público insito ao instituto. O Estado, precisando de numerário, em caso de guerra externa ou sua iminência, por exemplo, não opta por criar o imposto previsto no Art. 154, II da Constituição da República, onde poderia fazê-lo, até por Medida Provisória, visto não encontrar óbices no Art. 62 da Carta Magna, pois não se lhe impõe ali a aplicação do princípio da anterioridade (Art. 62, § 2º) ou exigência de lei complementar, sendo exigida apenas para a espécie do inciso I do Art. 154 (Art. 62, § 1º, III) e não haveria necessidade de restituição da receita. Ora, claro está que não quis o constituinte instituir a mesma espécie tributária nos artigos 148, I (exigindo aqui lei complementar e obediência ao princípio da anterioridade) e 154, II, sem lhe impor a mesma exigência. O grande diferenciador é justamente a restituição posterior que, no primeiro caso, imprime-lhe a natureza não-tributária. Daí porque, em não sendo tributo, exige-se a lei complementar.

7. A INSERÇÃO DO EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Uma última análise sobre o tema, diz respeito à inserção do empréstimo compulsório no Título VI, Capítulo I da Constituição da República, que trata do Sistema Tributário Nacional, bem como a sua regulação no Código Tributário Nacional, visto que, parafraseando ALIOMAR BALEEIRO, "o que não é tributo constitui verdadeira excrecência tanto em um capítulo constitucional que trate exclusivamen-

te da matéria tributária, quanto num código tributário". Ora, trata o tema da obtenção de crédito público. A Constituição da República, em seu Título VI, trata da tributação e do orçamento. Não haveria melhor espaço, ao nosso ver, em que fosse inserida tal matéria, visto conter o Título VI, via de regra, todas as formas de obtenção de receitas e suas respectivas destinações, à exceção de algumas espécies de contribuições, dispersas em outros dispositivos.

Tratando-se de crédito público ou de tributo, vinculada está a receita, originada pela imposição ao particular do empréstimo compulsório, visto o *mandamus* constitucional a respeito, cabendo à União o devido enquadramento da receita, bem como sua devida aplicação, segundo as normas do artigo 148 e sua respectiva lei complementar de instituição, combinados com os artigos 165 a 169 da Constituição da República.

8. CONCLUSÃO

Muito embora seja a tese da natureza tributária, reconhecida aos empréstimos compulsórios, sustentada por ilustres autoridades no assunto e acolhida, inclusive, pela nossa Corte constitucional, não entendemos possível atribuí-los tal natureza. Quer nos parecer, ainda, que o empréstimo previsto no Art. 148 da Constituição da República, possui natureza de crédito público imposto ao particular por contrato coativo e ingressando nos cofres do tesouro como receita de capital. Em função dessa natureza jurídica, a legislação financeira vigente lhe impõe tratamento diferenciado daquelas receitas originadas do recolhimento dos impostos. Acrescenta-se a esse tratamento

diferenciado, imposições de ordem normativa que se imprime ao poder público nas deliberações orçamentárias que envolvam aqueles créditos, apartando assim das normas procedimentais relacionadas às receitas correntes. Também, de grande relevância se faz observar que, em se tratando de empréstimos instituídos por lei complementar, em função da exigência constitucional sobre o tema, deverá o poder público dispor, através da norma complementar instituidora, sobre a aplicação dos recursos gerados em decorrência do empréstimo instituído, vinculando as despesas aos motivos que geraram sua instituição, por força do parágrafo único do Art. 148 da Carta Política. Trata-se de vinculação de receita, que não é própria dos impostos. Veja-se a teor, a norma constitucional impressa no Art. 167, IV.

9. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Palácio do Planalto. Poder Executivo. Disponibiliza Base de Dados de Legislação Federal. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em 25 de ago. de 2003.
- BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal. Disponibiliza Base de Dados de Jurisprudência em Matéria Constitucional. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acessado em 25 de ago. de 2003.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- BORBA, Cláudio. **Direito Tributário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2001.
- CASTRO, Alexandre Barros. **Procedimento Administrativo Tributário**. São Paulo: Atlas, 1996.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Manual de Direito Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CONTI, José Maurício. **Sistema Constitucional Tributário – interpretado pelos tribunais**. 1. ed. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- COSTA, Alcides Jorge. Natureza Jurídica dos Empréstimos Compulsórios. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, v. 70, out.dez.1962.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. As Classificações no Sistema Tributário Brasileiro. In: **Justiça Tributária: direitos do fisco e garantias dos contribuintes nos atos da administração e no processo tributário**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GOMES, Márcio Severo. Os Tributos no Sistema Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Tributário**, São Paulo, n. 72, s.d.

INSTITUTO MATONENSE DE ENSINO SUPERIOR. **Ensino Jurídico**. Disponibiliza Peças de Doutrina para Pesquisas Jurídicas na Internet. Disponível em <<http://www.immes.edu.br>>. Acessado em 25 ago. 2003.

JUS NAVIGANDI. **Estudos e Pesquisa em Matéria Jurídica**. Disponibiliza Base de Dados de Doutrina e Peças Processuais em Geral. Disponível em <<http://www.jusnavigandi.br>>. Acessado em 25 ago. de 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. **Pesquisa Jurídica**. Disponibiliza Base de Dados para Consulta em Matéria Tributária. Disponível em <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acessado em 25 ago. de 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord). **Curso de Direito Tributário**. In:

. **Os Empréstimos Compulsórios e as Contribuições Especiais**. 5. ed. Belém: Cejup – Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1997. v. 2.

ROLIM, Aílson Francisco. Empréstimos compulsórios: natureza jurídica no vigente sistema constitucional. **Jus Navegandi**, Teresina, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1419>>. Acesso em 25 ago. 2003.

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIREITO DE PROPRIEDADE E PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Ludmila Caminha Barros

Advogada. Atuou na assessoria aos movimentos sociais urbanos na formulação de políticas fundiárias e de gestão urbana. Mestre em Economia Fundiária pela Universidade de Aberdeen, Reino Unido. Atuou na construção de Sistemas de Informações Geográficas para cadastro rural e na consultoria sobre Direito Ambiental e Direito Agrário. Consultora do Ministério do Desenvolvimento Agrário, com atuação no Pronaf – Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar e na Secretaria de Reforma Agrária. Assessora de Políticas Públicas do WWF Brasil, intervindo na formulação e implementação das políticas públicas de modo a assegurar a efetiva incorporação da dimensão ambiental nas mesmas.

SUMÁRIO

1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 2. LEI Nº 4.504 DE 30 DE NOVEMBRO 1964 – ESTATUTO DA TERRA; 3. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 – CÓDIGO CIVIL; 4. LEI Nº 6.969 DE 10 DE DEZEMBRO DE 1981 – USUCAPIÃO ESPECIAL; 5. LEI Nº 8.629 DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993; 6. LEI 9.393 DE 19 DE DEZEMBRO DE 1996 – LEI DO IMPOSTO TERRITORIAL RURAL; 7. LEI 8.171/91 – LEI DA POLÍTICA AGRÍCOLA; 8. LEIS Nº 1.922 DE 3 DE JUNHO DE 1996 E Nº 9.985 DE 18 DE JULHO DE 2000; 9. CONCLUSÃO.

A efetiva implementação das políticas de desenvolvimento rural parece incompatibilizar a conservação com o pleno exercício do Direito de Propriedade. Grande número de proprietários rurais e agentes governamentais se contrapõem às iniciativas de conservação, argumentando que esta se dá em detrimento ao direito do proprietário de usar, gozar e dispor de seus bens. Este argumento é comum, mas carece de base jurídica. Visando dar modesta contribuição para esclarecer – ou quem sabe acirrar – o debate sobre o tema, este texto discorre sobre o ambiente institucional referente à propriedade fundiária no Brasil, visando demonstrar que o Direito de Propriedade brasileiro de fato estimula a conservação dos recursos naturais.

DIREITO DE PROPRIEDADE E PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Ludmíla Caminha Barros

Advogada. Atuou na assessoria aos movimentos sociais urbanos na formulação de políticas fundiária e de gestão urbana. Mestre em Economia Fundiária pela Universidade de Aberdeen, Reino Unido. Atuou na construção de Sistemas de Informações Geográficas para cadastro rural e na consultoria sobre Direito Ambiental e Direito Agrário. Consultora do Ministério do Desenvolvimento Agrário, com atuação no Pronaf - Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar e na Secretaria de Reforma Agrária. Assessora de Políticas Públicas do WWF Brasil, intervindo na formulação e implementação das políticas públicas de modo a assegurar a efetiva incorporação da dimensão ambiental nas mesmas.

SUMÁRIO

1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988; 2. LEI Nº 4.504 DE 30 DE NOVEMBRO DE 1964 - ESTATUTO DA TERRA; 3. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 - CÓDIGO CIVIL; 4. LEI Nº 6.969 DE 10 DE DEZEMBRO DE 1981 - USUCAPIÃO ESPECIAL; 5. LEI Nº 8.629 DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993; 6. LEI 9.395 DE 19 DE DEZEMBRO DE 1996 - LEI DO IMPOSTO TERRITORIAL RURAL; 7. LEI 8.171/91 - LEI DA POLÍTICA AGRÍCOLA; 8. LEIS Nº 1.622 DE 5 DE JUNHO DE 1996 E Nº 9.985 DE 18 DE JULHO DE 2000; 9. CONCLUSÃO.

A efetiva implementação das políticas de desenvolvimento rural parece incompatibilizar a conservação com o pleno exercício do Direito de Propriedade. Grande número de proprietários rurais e agentes governamentais se contrapõem às iniciativas de conservação, argumentando que esta se dá em detrimento ao direito do proprietário de usar, gozar e dispor de seus bens. Este argumento é comum, mas carece de base jurídica. Visando dar modesta contribuição para esclarecer - ou quem sabe acirrar - o debate sobre o tema, este texto discorre sobre o ambiente institucional referente à propriedade fundiária no Brasil, visando demonstrar que o Direito de Propriedade brasileiro de fato estimula a conservação dos recursos naturais.

1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 garante o respeito à propriedade privada, mas condiciona este direito ao cumprimento da função social da propriedade, determinando em seu art. 184 a competência da União para desapropriar, por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social. Este dispositivo determina ainda que a indenização seja prévia e justa, em títulos da dívida agrária, contendo cláusula de preservação do valor real, sendo estes títulos resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, remetendo a regulamentação acerca de sua utilização para regulamento posterior.

Mais ainda, a Carta Magna brasileira, em seu art. 186, estabelece requisitos a serem atendidos **simultaneamente** para que a função social da propriedade seja cumprida, citando expressamente o aproveitamento racional e adequado da propriedade; o uso racional dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente; a observância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Face ao exposto, fica claro que a Constituição Federal de 1988 protege sim o direito à propriedade privada, desde que exercido em nome do bem comum da sociedade em geral, o que inclui a preservação do meio ambiente.

2. LEI Nº 4.504 DE 30 DE NOVEMBRO 1964 – ESTATUTO DA TERRA

O Estatuto da Terra, lei destinada a promover a democratização do acesso à terra no Brasil, assegura a todos a oportunidade de acesso à propriedade fundiária, condicionada pela sua função social. Pela leitura do dispositivo abaixo transcrito, verifica-se que muito antes de ser cunhado o conceito de desenvolvimento sustentável, este regulamento já determinava que a conservação dos recursos naturais é um dos critérios a serem simultaneamente observados para que se considere cumprida a função social da propriedade:

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

- a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;*
- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;*
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;*
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivam.*

A preservação da natureza também consta entre os objetivos da desapropriação por interesse social,

conforme determina o art. 18, *caput* e alíneas *f* e *h*; que rezam que:

a desapropriação por interesse social tem por fim: (...) efetuar obras de renovação, melhoria e valorização dos recursos naturais; facultar a criação de áreas de proteção à fauna, à flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias.

Mais ainda, as áreas cujos proprietários se recusem a cumprir a legislação ambiental são indicadas como prioritárias para a desapropriação, de acordo com o art. 20, III, que manda que as desapropriações a serem realizadas pelo Poder Público recairão prioritariamente sobre as áreas cujos proprietários desenvolvem atividades predatórias, recusando-se a pôr em prática normas de conservação dos recursos naturais.

3. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002 – CÓDIGO CIVIL

O Código Civil determina que a aquisição da propriedade por usucapião será dada a quem - entre a observância de outros requisitos - tornar a terra **produtiva** (ver conceito de terra produtiva no item 5), determinando no art. 1.239 que aquele que não for proprietário de imóvel rural ou urbano, e possuir como sua, por cinco anos ininterruptos e sem oposição, área de terra em zona rural igual ou menor que cinquenta hectares, tendo nela sua moradia e tornando-a **produtiva** por seu trabalho ou de sua família, poderá adquirir a propriedade.

4. LEI Nº 6.969 DE 10 DE DEZEMBRO DE 1981 – USUCAPIÃO ESPECIAL

Esta lei, que trata da aquisição por usucapião especial (prazo de cinco anos, área de até 25 hectares) de imóveis rurais, determina que esta forma de aquisição da propriedade não ocorre em áreas protegidas, conforme disposto no seu art. 3º, que dispõe que o usucapião especial não ocorrerá nas áreas indispensáveis à segurança nacional, nas terras habitadas por silvícolas, nem nas áreas de interesse ecológico, assim consideradas as reservas biológicas ou florestais e os parques nacionais, estaduais ou municipais, declarados pelo Poder Executivo, assegurando aos atuais ocupantes a preferência para assentamentos em outras regiões, a serem efetuados pelo órgão competente.

5. LEI Nº 8629 DE 25 DE FEVEREIRO DE 1993

Esta lei regulamenta os dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal, determinando em seu art. 2º que a propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º desta lei é passível de desapropriação, de acordo com as disposições aí contidas, respeitados os dispositivos constitucionais. Assim, são ratificadas as disposições da Constituição Federal e do Estatuto da Terra acima transcritas.

O Art. 6º da mesma lei conceitua propriedade produtiva como aquela que explorada econômica e racionalmente, atinge simultaneamente graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo

órgão federal competente, incluindo no conceito as áreas de exploração extrativa vegetal ou florestal, desde que observados os índices de rendimento estabelecidos pelo órgão competente do Poder Executivo, para cada Microrregião Homogênea, e a legislação ambiental; assim como as áreas de exploração de florestas nativas, de acordo com plano de exploração e nas condições estabelecidas pelo órgão federal competente.

O art 9º dispõe sobre o cumprimento da função social da propriedade pelo imóvel rural, incluindo – a exemplo dos regulamentos acima citados - a conservação ambiental entre os requisitos a serem observados, além de conceituar preservação ambiental :

Art. 9º A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos:

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; (...)

(...) § 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

O art. 10 considera não aproveitáveis as áreas protegidas por legislação relativa à conservação dos recursos naturais e à preservação do meio ambiente, mas é importante lembrar que este regulamento se refere às áreas passíveis de desapropriação para reforma agrária. As áreas de preservação permanente ou aquelas protegidas por outros estatutos não podem ser tidas como aproveitáveis, pois a lei que regulamenta o Imposto Territorial Rural (abaixo referida) define áreas aproveitáveis como aquelas passíveis de exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal.

6. LEI 9393 DE 19 DE DEZEMBRO DE 1996 – LEI DO IMPOSTO TERRITORIAL RURAL

A tributação considera, sim, o aspecto ambiental, pois a Lei do ITR isenta de tributação áreas preservadas, descrevendo área tributável, em seu parágrafo primeiro, inciso II, como a área total do imóvel, excluídas as áreas de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei nº4.771, de 15 de setembro de 1965, com a redação dada pela Lei nº 7.803, de 18 de julho de 1989; as áreas de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, declaradas como tal mediante ato do órgão competente, federal ou estadual, e que ampliem as restrições de uso previstas na alínea anterior; as áreas comprovadamente imprestáveis para qualquer exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, declaradas de interesse ecológico mediante ato do órgão competente, federal ou estadual.

O conceito de **área aproveitável** é dado pelo inciso IV do mesmo art. 10, que as define como sendo áreas passíveis de exploração agrícola, pecuária, granjeira, aquícola ou florestal, **excluídas** as áreas ocupadas por benfeitorias úteis e necessárias e aquelas acima referidas como não-tributáveis.

7. LEI 8171 /91 – LEI DA POLÍTICA AGRÍCOLA

Na lei da Política Agrícola, a obrigação de promover a proteção ambiental é referida diversas vezes, chegando a constar, expressamente dos objetivos da política agrícola descritos pelo art. 3º, que é fim da política agrícola proteger o meio ambiente, garantir o seu uso racional e estimular a recuperação dos recursos naturais.

Há nesta lei todo um capítulo, o de número IV, que trata da proteção ao meio ambiente e da conservação dos recursos naturais e onde são atribuídas ao Poder Público e aos proprietários de terras diversas obrigações. No art. 19, determina-se a obrigação do Poder Público de integrar, no âmbito do Governo Federal, os Estados, o Distrito Federal, os Territórios, os Municípios e as comunidades na **preservação do meio ambiente e conservação dos recursos naturais**; disciplinar e fiscalizar o **uso racional do solo, da água, da fauna e da flora**; (...) promover e/ou estimular a **recuperação das áreas** em processo de **desertificação**; desenvolver programas de **educação ambiental**, no nível formal e informal, dirigidos à população; (...) coordenar programas de **estímulo e incentivo à preservação das nascentes dos cursos d'água e do meio ambiente**, bem como o aproveitamento de dejetos animais para conversão em fertilizantes.

O parágrafo único do art. 19 atribui também aos proprietários de direito, aos beneficiários da reforma agrária e aos ocupantes temporários dos imóveis rurais a obrigação de fiscalizar e usar racionalmente os recursos naturais.

O art.20. desta lei aponta para a integração da gestão dos recursos naturais, ao determinar que as bacias hidrográficas constituem-se em unidades básicas de planejamento do uso, da conservação e da recuperação dos recursos naturais.

O art 22. determina que a prestação de serviços e aplicações de recursos pelo Poder Público, em atividades agrícolas, devem ter por **premissa básica** o uso tecnicamente indicado, o **manejo racional dos recursos naturais e a preservação do meio ambiente**.

O art. 23. responsabiliza as empresas que exploram economicamente águas represadas, e as concessionárias de energia elétrica, **pelas alterações ambientais por elas provocadas serão obrigadas à recuperação do meio ambiente**, na área de abrangência de suas respectivas bacias hidrográficas.

O art. 25 manda que o Poder Público implemente programas de estímulo às atividades criatórias de peixes e outros produtos de vida fluvial, lacustre e marinha de interesse econômico, com vistas ao incremento da oferta de alimentos e a **preservação das espécies**.

O art. 26 determina que a **proteção do meio ambiente e dos recursos naturais terá programas plurianuais e planos operativos anuais** elaborados pelos órgãos competentes, mantidos ou não pelo Poder Público, sob a coordenação da União e das Unidades da Federação.

A Lei de Política Agrícola em seu art. 47 também reconhece a tributação da terra como instrumento de estímulo ao desenvolvimento rural, devendo este induzir a racionalização da atividade agropecuária, dentro dos princípios de conservação dos recursos naturais renováveis e do destímulo aos que exercem o direito de propriedade sem observância da função social e econômica da terra.

No capítulo XIII, referente ao crédito rural, o art. 48 III determina que um dos objetivos do crédito rural é incentivar a introdução de métodos racionais no sistema de produção, visando ao aumento da produtividade, à melhoria do padrão de vida das populações rurais e à adequada conservação do solo e preservação do meio ambiente.

Na seção II, que trata da colonização particular, o art. 57 determina que os programas de colonização visam, entre outros aspectos, à conservação dos recursos naturais e à recuperação social e econômica de determinadas áreas.

O art. 61, parágrafo 4º da lei de Política Agrícola, determina ainda que não serão aprovados projetos de colonização particular que não mantenham reserva florestal nos vértices dos espigões e nas nascentes.

Mesmo as práticas de mecanização agrícola, descritas no capítulo XXII da lei de Política Agrícola, devem promover a conservação ambiental, conforme o art. 96, que reza ser da competência do Poder Público implementar um conjunto de ações no âmbito da mecanização agrícola, para que, com recursos humanos, materiais e financeiros, sejam difundidas e estimuladas as práticas de mecanização que promovam a conservação do solo e do meio ambiente.

Mais ainda, a Lei de Política Agrícola, em seu art. 99, determina a obrigação do proprietário rural de recompor a área de reserva legal, mediante o plantio, em cada ano, de pelo menos um trinta avos da área total, para complementar a referida Reserva Florestal (RFL), devendo este reflorestamento ser efetuado mediante normas que serão aprovadas pelo órgão gestor da matéria.

São também princípios da Política Agrícola a conservação dos solos e o incentivo aos proprietários que promovam a conservação do meio ambiente. O art. 102 manda que o solo seja respeitado como patrimônio natural do País, devendo a erosão dos solos ser combatida pelo Poder Público e pelos proprietários rurais.

O Poder Público, de acordo com as disposições do art. 103, concederá incentivos especiais, através dos órgãos competentes, ao proprietário rural que preservar e conservar a cobertura florestal nativa existente na propriedade; àquele que recuperar com espécies nativas ou ecologicamente adaptadas às áreas já devastadas de sua propriedade; e também àquele que sofrer limitação ou restrição no uso de recursos naturais existentes na sua propriedade, para fins de proteção dos ecossistemas, mediante ato do órgão competente, federal ou estadual.

São isentas de tributação e do pagamento do Imposto Territorial Rural, de acordo com o art. 104, as áreas dos imóveis rurais consideradas de preservação permanente e de reserva legal, previstas na Lei nº 4.771, de 1965, com a nova redação dada pela Lei nº 7.803, de 1989. O parágrafo único estende a isenção do ITR às áreas da propriedade rural tidas como de interesse ecológico para a proteção dos ecossistemas, assim declarados

por ato do órgão competente federal ou estadual e que ampliam as restrições de uso previstas no caput deste mesmo artigo.

8. LEIS Nº 1922 DE 5 DE JUNHO DE 1996 E Nº 9985 DE 18 DE JULHO DE 2000

As propriedades onde a cobertura vegetal nativa está intacta, no todo ou em parte, podem ser gravadas como Reserva Particular de Patrimônio Natural. Estas Reservas foram criadas pela Lei 1922/96 e incorporadas à Lei que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (1985/00). A lei que as criou, define RPPN, em seu art. 1º, como área de domínio privado a ser especialmente protegida, por iniciativa de seu proprietário, mediante reconhecimento do Poder Público, pela relevância de sua biodiversidade, de seu aspecto paisagístico, ou ainda por suas características ambientais que justifiquem ações de recuperação. O objetivo dessas áreas é proteger os recursos ambientais representativos da região. O seu proprietário pode, com base no art. 11 desta mesma lei, requerer a isenção do ITR referente, pois, como área reservada que é, a RPPN é isenta de tributação, conforme disposto nas Leis do ITR e da Política Agrícola acima comentadas.

9. CONCLUSÃO

Face ao exposto, fica claro que não há, do ponto de vista do Direito Positivo, nenhum antagonismo entre o pleno e legal exercício do Direito de Propriedade e a preservação do meio ambiente. Ao contrário, o que se ob-

serva é que a ordem jurídica vigente se propõe a promover a conservação da natureza, demonstrando ter incorporado o entendimento de que a proteção da biodiversidade garante a sustentabilidade da produção no espaço rural porque protege os recursos necessários a esta produção – água, solo, ar, biodiversidade. Portanto, seria interessante investigar mais detidamente quais os principais fatores que impedem a efetiva aplicação das disposições legais aqui analisadas e induzem ao equívoco de que o Direito de Propriedade desestimula a proteção dos recursos naturais.

MARCA – BEM INCORPÓREO PROTEGIDO PELO DIREITO INDUSTRIAL

Maria Antonieta Lynch de Moraes¹

Advogada, Mestre e Doutoranda em Direito Privado na
Universidade Federal de Pernambuco-UFPE, Professora de
Direito Comercial da Universidade Católica de Pernambuco e
da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. CONCEITO; 3. TERMINOLOGIA; DAS MARCAS DE INDÚSTRIA,
DE COMÉRCIO E DE FÁBRICA ÀS MARCAS DE PRODUTO OU SERVIÇO; 4.
CARACTERÍSTICAS DAS MARCAS; 5. REQUISITOS DAS MARCAS; 6. ESPÉCIES DE
MARCAS; 7. CLASSIFICAÇÃO DAS MARCAS; 8. FUNÇÃO DA MARCA; 9.
PROPRIEDADE DA MARCA – FUNDADA NO USO OU NO REGISTRO? SISTEMA
ATRIBUTIVO OU DECLARATÓRIO? 10. A MARCA REGISTRADA E OS EFEITOS DO
REGISTRO; 11. AS BASES DO SISTEMA MARCÁRIO; 12. PRINCÍPIOS QUE REGEM A
PROTEÇÃO DAS MARCAS; 13. MARCA DE ALTO RENOME E MARCA NOTORIAMENTE
CONHECIDA; 14. SINAIS NÃO REGISTRADOS; 15. A PROTEÇÃO DAS MARCAS E A
CONCORRÊNCIA DESLEAL; 16. VIGÊNCIA DA MARCA; 17. EXTINÇÃO DO DIREITO;
18. A PROTEÇÃO DAS MARCAS E O CONSUMIDOR; 19. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O Direito sempre se preocupou com a proteção dos bens corpóreos, porém séculos se passaram até que os juristas e as legislações admitissem a idéia de um bem incorpóreo como objeto de um direito de propriedade.

As marcas são bens imateriais suscetíveis de figurarem como objetos aptos à tutela do direito de propriedade, assim como todas as obras do espírito, todas as obras intelectuais, quer no domínio das letras, das artes, das ciências, quer no das indústrias.

¹ Advogada, Mestre e Doutoranda em Direito Privado na UFPE, Professora de Direito Comercial da Universidade Católica de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco.

A proteção das marcas tornou-se imperiosa devido à importância que representam para o empresário e para o consumidor. Aquele, revela-se como elemento patrimonial expressivo tendo como escopo a formação e conservação da clientela e, ao segundo, significa uma garantia de identificação e qualidade dos produtos ou serviços.

2. CONCEITO

Marca é todo nome ou sinal distintivo que tem o condão de identificar e diferenciar produtos e/ou serviços.

Ela é um elemento aposto de forma facultativa, com o qual o comerciante individualiza e diferencia seus produtos e serviços de outros semelhantes. O sinal, em regra, não se confunde com o produto ou com o serviço, mas a ele se acresce.

Poderão figurar como objetos da marca: nomes; palavras; emblemas; figuras; desenhos, ou outros sinais distintivos.

A Lei da Propriedade Industrial – Lei n.º 9279/96², no artigo n.º 122, conceitua a “marca” e dispõe serem susceptíveis de registro os sinais distintivos³ visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.

Reza textualmente a lei: “Considera-se marca de produto ou serviço aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.”

Na conceituação, o legislador foi impreciso, uma vez que enfatizou a delimitação do sinal na origem diversa, o que é questionável, pois uma marca serve também e, prin-

cipalmente, para distinguir um produto ou serviço de outro idêntico, mesmo quando ambos tenham uma única origem⁴.

Por outro lado, como a lei não discrimina o que é suscetível de registro, temos a possibilidade de considerar “registrável” tudo aquilo que for visualmente perceptível⁵.

3. TERMINOLOGIA: DAS MARCAS DE INDÚSTRIA, DE COMÉRCIO E DE FÁBRICA ÀS MARCAS DE PRODUTO OU SERVIÇO

Quando do estudo detalhado do desenvolvimento das marcas, constatamos a existência de várias expressões para a denominação destas. Encontramos as expressões: marcas de indústria; marcas industriais; marcas de fábrica e marcas de comércio; além das atuais marcas de produtos e serviços.

O Decreto n.º 3.346, de 1887, usa as expressões marcas de fábrica e de comércio. A Lei n.º 1.236, de 24 de setembro de 1904 também utilizou as citadas expressões. Já o Decreto n.º 5.424, de 10 de janeiro de 1905, referia-se a marcas de indústria (ou de fábrica) e de comércio. Posteriormente o Regulamento n.º 16.264, de 19 de dezembro de 1923, usou a mesma terminologia: marca de indústria e de comércio.

O antigo Código de Propriedade Industrial também utiliza os termos marcas de indústria e de comércio. Assim, da mesma forma, dispunham o Decreto-lei n.º 2.848, de 1940 (Código Penal), o Decreto-lei n.º 7.903, de 1945

2. De ora em diante, por brevidade LPI.

3. A nossa lei vigente restringe o registro aos sinais visualmente perceptíveis, sendo, portanto desconsideradas as marcas sonoras e olfativas.

4. OLIVEIRA, Maurício Lopes. *Propriedade Industrial – O âmbito de proteção à Marca Registrada*, p. 2.

5. Estão excluídas dessa generalidade as marcas olfativas pela própria natureza das mesmas, que não permite sejam vistas, notadas, percebidas, etc.

e o Decreto n.º 75.572, de 1975 (Promulga a Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, Revisão de Estocolmo de 1967).

Porém consideramos preferíveis, por mais compreensivas do objeto a que se aplicam, as expressões: marcas de fábrica e de comércio, reservando-se as denominações marcas industriais ou de indústria, em sentido amplo, para designar de modo genérico aquelas duas espécies.

A atual Lei da Propriedade Industrial não utilizou essa terminologia, não definindo a marca de indústria, de comércio ou de serviço para limitar-se a consignar a marca de produto ou serviço. Dispondo apenas sobre as marcas e contrariando a tradição dos últimos códigos, a lei determina, de forma bastante ampla, o conceito de marca.

A marca de indústria *stricto sensu* ou de fábrica, como a palavra indica, seria a marca do produtor, do fabricante, de quem produz ou manufatura o artigo⁶.

A marca de comércio corresponderia à marca do comerciante, atestando e garantindo a boa seleção dos produtos postos à venda em seu estabelecimento. A sua utilização pode ocorrer juntamente com a do produtor ou de forma isolada.

Na prática, a distinção entre marcas de fábrica e de comércio não tem grande importância, por estarem ambas sujeitas às mesmas formalidades e regras de direito.

Marcas de indústria ou marca industrial é o gênero de que marcas de fábrica (ou de indústria *strictu sensu*) e marca de comércio são as espécies. Nas convenções in-

6 CERQUEIRA, João de Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1946. p. 367.

ternacionais e na generalidade das obras e leis estrangeiras são preferidas as expressões marcas de fábrica e de comércio⁷.

Pela atual Lei da Propriedade Industrial, as marcas de indústria, comércio e de fábrica passam a ser denominadas marcas de produto ou de serviço.

4. CARACTERÍSTICAS DAS MARCAS / ELEMENTOS SUBSTANCIAIS

- a) É qualquer sinal distintivo. Obviamente excetuando aqueles que a lei proíbe.
- b) Sua aposição se dá de forma facultativa, pelo que não é obrigatória. Nenhum industrial ou comerciante é obrigado a assinalar seus produtos e mercadorias, constituindo-se, portanto, em um direito e não em uma obrigação.⁸ A lei é omissa quanto à obrigatoriedade, pelo que pode ser aposta em todos os setores da economia.
- c) Serve para identificar o produto e sua origem.
- d) A marca discrimina um produto (tudo, qualquer sinal) de outros da mesma espécie, de proveniência diversa ou idêntica, operando como assinatura do industrial ou do comerciante.

5. REQUISITOS DAS MARCAS

Para alcançar os fins a que se destinam, as marcas devem satisfazer alguns requisitos, sem os quais o titular não obterá esse direito.

7 CERQUEIRA, João de Gama. *Privilégios de Invenção e Marcas de Fábrica e de Comércio*. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1930. p. 34.

8 Não se serão podermos mencionar a Lei 1298, de 1904, que reconhecia o caráter facultativo das marcas nos seus dispositivos, quando elencava "O industrial ou comerciante tem o direito de assinalar as suas mercadorias ou produtos por meio das marcas especiais".

Citam-se:

- a) cunho distintivo;
- b) novidade;
- c) veracidade;
- d) caráter lícito.

O caráter distintivo de uma marca deve ser analisado sob dois aspectos. Inicialmente o sinal apto a apontar-se a um produto ou serviço deve de fato diferenciar, individualizar um bem dos demais. A marca deve, portanto, ser expressiva em si. Sob o segundo aspecto, podemos afirmar que a marca deve distinguir-se das outras já existentes⁹ empregadas para identificar aquele bem¹⁰, donde decorre a sua novidade ou especialidade¹¹, o que a distinguirá de qualquer outro sinal anteriormente criado para identificar aquele bem, vedando-se colidências com registros já existentes.¹²

Em síntese, não é necessário que se crie um sinal novo ou uma nova expressão, mas imprescindível é que se lhe dê uma nova utilização¹³.

O terceiro requisito das marcas, segundo João da Gama Cerqueira, é a sua veracidade que consagra a honestidade do sinal apostado. Logo, a marca não deve ser composta por palavras, figuras ou sinais com indicações

que não sejam verdadeiras sobre a origem ou sobre a qualidade dos produtos, ou ainda que induzam a engano na escolha da coisa assinalada. A veracidade¹⁴ constitui um elemento imanente da licitude¹⁵.

O último requisito é a exigência do caráter lícito da marca, que segundo a LPI não pode ser escandalosa, contrária à moral, aos bons costumes, à ordem pública ou proibida por lei.

6. ESPÉCIES DE MARCAS

A LPI estabelece três espécies de marcas: as marcas de produtos ou serviços; as marcas de certificação; e as marcas coletivas.

As de produtos ou serviços constituem verdadeiramente as "marcas" no sentido literal da palavra¹⁶, vez que são os sinais que efetivamente distinguem produtos ou serviços.

A marca de certificação¹⁷ é uma grande conquista da LPI, posto que nunca antes tinha sido objeto de proteção em nosso País. Essa não tem o condão de distinguir produtos ou serviços concorrentes, mas visa a atestar qualidades. Nesse caso, o produto ou serviço está devidamente identificado com sua marca, porém, além do referido sinal, a marca de certificação indicará ao consumidor que determinado padrão de qualidade ou processo de fabricação foi adotado.

¹⁴ A LPI exige a veracidade para certas marcas e em certas circunstâncias específicas. Vide arts. 124, V, X, XI.

¹⁵ REQUILÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, p. 227.

¹⁶ Mercar no sentido de assinalar, de pôr sinal em.

¹⁷ Exemplos de marcas de certificação: ISO 9000, selo de Fumiza do Café, INMETRO, Abring etc.

⁹ Essa idéia exprime-se normalmente dizendo que a marca deve ser nova.

¹⁰ CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade...* Op. Cit., p. 369.

¹¹ Alguns autores chamam de especialidade o requisito da novidade.

¹² É, portanto, perfeitamente possível que a marca seja idêntica ou semelhante a outra já usada para distinguir produtos DIFERENTES.

¹³ A marca deve ser inédita/desconhecida/original na identificação do produto ou do serviço que se propõe a diferenciar, ou seja, na classe na qual foi registrada. Tratando-se de produtos ou serviços diversos, não importa que a marca seja idêntica ou semelhante a outra em uso. Qualquer palavra ou sinal idêneo, desde que característico e sem anterior utilização pode ser usado para marcar o bem.

As marcas coletivas são aquelas que identificam produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade. Pertencem a sindicatos, corporações ou a outras associações de produtores ou comerciantes, tendo por destinação assinalar os produtos por eles produzidos¹⁸.

7. CLASSIFICAÇÃO DAS MARCAS

Quanto à origem: brasileira ou estrangeira.

Marca brasileira: aquela regularmente depositada no Brasil, por pessoa domiciliada, ou não, no País, em cujo depósito não seja reivindicada qualquer prioridade em relação a um depósito anterior.

Marca estrangeira¹⁹: aquela que, depositada regularmente em país vinculado a acordo ou tratado do qual o Brasil seja partícipe, é também depositada no território nacional no prazo estipulado no respectivo acordo ou tratado, e cujo depósito no País contenha reivindicação de prioridade em relação à data do primeiro pedido²⁰.

Quanto ao uso: quanto à sua utilização ou finalidade, podem ser: específicas ou genéricas.

A marca geral/genérica é aquela que tem função designativa e identificadora da fonte produtora de uma série de produtos. A denominação da marca genérica deixou de ser contemplada com a entrada em vigor da nova lei da propriedade industrial.

18 CERQUEIRA, Gama. *Tratado da Propriedade*... p. 386.

19 A CUP estabelece, em seu artigo 4º, o direito de prioridade concedido às pessoas que tiverem depositado num país da União um pedido de registro de marca. A prioridade significa o direito assegurado a qualquer pessoa, que tiver um pedido de registro de uma marca, para depositar um pedido correspondente em outro país integrante da União de Paris. O direito de prioridade pode ser reivindicado durante o prazo de seis meses, contados da data do depósito do primeiro pedido efetuado em um dos países-membros da União.

20 Informações colhidas da Separata da *Revista da Propriedade Industrial*, n. 1236, de 09/08/1994.

As marcas singulares ou específicas são aquelas utilizadas de modo particular para designar cada produto ou serviço e com eles se identificam²¹.

Quanto à apresentação ou forma da marca: nominativa, figurativa, mista e tridimensional.

As marcas nominativas ou verbais são constituídas por uma ou mais palavras no sentido amplo do alfabeto romano, compreendendo, também, os neologismos e as combinações de letras e/ou algarismos romanos e/ou árabicos, desde que esses elementos não se apresentem sob forma fantasiosa ou estilizada.

As figurativas ou emblemáticas são os sinais compostos de desenhos, imagens, figuras, símbolos ou quaisquer formas fantasiosas de letra e caracteres, palavra e número, isoladamente, bem como por ideogramas de línguas tais como o japonês, chinês, hebraico etc.

As mistas ou compostas são aquelas que se constituem pela combinação de elementos nominativos e elementos figurativos ou de elementos nominativos cuja grafia se apresente de forma estilizada.²²

A tridimensional é aquela representada pelo formato característico, não-funcional e particular que é dado ao próprio produto ou ao seu recipiente²³. O registro da marca tridimensional é mais uma inovação da LPI.

Quando se leva em consideração a natureza dos elementos que compõem as marcas, elas se dividem em: *complexas e compostas*.

21 CERQUEIRA, Gama. *Op. cit.*, p. 384.

22 *Idem*, p. 382 e 383.

23 BERTOLDI, Marcelo. *Curso Avançado de Direito Comercial*, p. 133.

As compostas são aquelas constituídas de elementos de uso comum, os quais se considerados de forma isolada, não seria possível serem apropriados como marca, ou seja, só a combinação ou reunião dos mesmos elementos, formando um conjunto característico, é que constituiria uma marca. As compostas são, de um modo geral, formadas pela combinação de elementos figurativos de uso comum e de palavras.

As complexas:

são aquelas formadas pela associação de diversas marcas ou por uma combinação de sinais, os quais um ou mais elementos componentes, considerados em si, são idôneos para constituir marcas.²⁴

8. FUNÇÃO DA MARCA

A marca, sendo conceituada como sinal distintivo, deixa clarividente sua função fundamental de distinguir o produto ou o serviço no qual é aposta. Diante dessa característica, deve o sinal ter a particularidade de permitir a perfeita individualização do bem independentemente da origem do mesmo.

Nesse sentido Gama Cerqueira dispõe:

a marca individualiza o produto, identifica-o, distingue-o dos outros similares, não pela sua origem, mas pelo próprio emblema ou pela denominação que a constitui. É, pois, sinal de identificação, cuja função econômica é importantíssima. Mesmo no caso de marcas gerais, aplicáveis a todos os produtos e artigos de um estabe-

²⁴ CERQUEIRA, Gama. Op. Cit., p. 383.

lecimento fabril ou comercial, verifica-se o fato que assinalamos. Entre os produtos do mesmo gênero, assinalados com marcas diferentes, o consumidor pode adquirir com segurança o que prefere, guiando-se exclusivamente pela marca de sua confiança²⁵.

9. PROPRIEDADE DA MARCA – FUNDADA NO USO OU NO REGISTRO? SISTEMA ATRIBUTIVO OU DECLARATÓRIO?

A concepção moderna considera que o direito do titular da marca constitui um direito de propriedade constitucionalmente disposto.

O direito do titular compreende o direito de usar, gozar e dispor da marca, ou seja, o direito de propriedade propriamente dito, bem como engloba a exclusividade de seu uso.

Este direito adquire-se através do registro no Instituto Nacional de Propriedade Industrial.

No que concerne ao registro das marcas, temos dois sistemas legislativos conhecidos, que são: o declaratório (sistema norte-americano); e o atributivo ou constitutivo (sistema europeu-continental).

No primeiro, a lei declara, após a concessão, o direito que já era existente. De forma oposta, segundo o sistema atributivo, o direito de propriedade se constitui com o registro e, não, com a ocupação ou o uso anterior do sinal.

Logo, o registro, nesse caso, tem caráter constitutivo, só existindo o direito se o bem estiver registrado a

²⁵ Idem, p. 348.

favor do titular. O interessado, portanto, adquire o direito de propriedade sobre o bem imaterial através desse ato administrativo.

O nosso²⁶ sistema de registro é o atributivo, tendo em vista que o registro assume caráter constitutivo de direito ao uso exclusivo²⁷ da marca. Contudo, sua natureza atributiva não é absoluta.

A LPI dispõe da seguinte forma *in verbis*:

Artigo 129. A propriedade da marca adquire-se com o registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148.

Entretanto, a lei dispõe também acerca da proteção conferida ao usuário anterior²⁸ nos seguintes termos:

§ 1. Toda pessoa que, de boa-fé, na data da prioridade ou depósito, usava no País, há pelo menos 6 (seis) meses, marca idêntica ou semelhante, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, terá direito de precedência ao registro.

26 No Código de 1989, o registro da marca não atribui o direito de propriedade da mesma, mas apenas o reconhecia, declarando-o. O direito, portanto, pré-existia à lei. Seguindo o raciocínio, tínhamos, por conseguinte que a propriedade da marca pertencia ao primeiro ocupante. Esses preceitos foram, porém, revogados e o sistema legislativo adotado pelo direito pátrio, na atualidade, o sistema atributivo.

27 A reprodução, o uso da marca, sem autorização do seu titular, constitui ilícito penal e civil, nos termos do art. 189 da Lei 9279/96.

28 Este artigo preconiza o sistema declarativo.

10. A MARCA REGISTRADA E OS EFEITOS DO REGISTRO

A aquisição do valor da marca se inicia a partir de seu registro no INPI, sendo assim, garantida a exclusividade e, por conseguinte, a proteção contra o uso não autorizado.

Por isso, a marca registrada confere ao seu titular a propriedade e o uso exclusivo do símbolo em todo o território nacional.

A proteção constitucional encontra-se disposta no artigo 5, inciso XXIX e infraconstitucionalmente no art. 129 da LPI, no qual há determinação de que a propriedade da marca adquire-se com o registro validamente expedido, conforme as disposições da referida lei.

O art. 131 da LPI de forma clara ainda define o alcance do que é uso de uma marca, expondo que a proteção abrange o seu uso em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular.

Dessa forma, a reprodução não autorizada constitui ilícito civil e penal, plenamente definidos conforme o art. 189 da LPI.

O registro é instrumento de divulgação e disseminação das informações tecnológicas indispensáveis ao progresso da indústria nacional e ao aumento quantitativo ou qualitativo dos bens oferecidos ao consumo do mercado interno.

11. AS BASES DO SISTEMA MARCÁRIO

A Convenção da União de Paris para a proteção da Propriedade Industrial, de 20.03.1883, cujo texto vigente entre nós é o da Revisão de Estocolmo de 1967, mercê do Dec. 635, de 21.08.1992, institui regras básicas para o

tratamento das marcas, as quais devem ser cumpridas pelos países signatários. Entre as principais disposições, destacam-se o direito de prioridade e o tratamento unionista ou nacional.

O texto convencional reconhece o direito de prioridade àquele que tiver devidamente apresentado pedido de registro de uma marca num dos países signatários da União. O prazo de prioridade para pedi-lo, nos outros países da União, é de seis meses, a contar da data da apresentação do primeiro pedido.

O tratamento unionista, também disposto na Convenção, estabelece que:

os nacionais de cada um dos países da União gozarão em todos os outros países da União das vantagens que as leis respectivas concedem atualmente ou venham a conceder no futuro aos nacionais, sem prejuízo dos direitos especialmente previstos na presente Convenção. Em consequência, terão a mesma proteção que estes e os mesmos recursos legais contra qualquer atentado dos seus direitos, desde que observem as condições e formalidades impostas aos nacionais.

12. PRINCÍPIOS QUE REGEM A PROTEÇÃO DAS MARCAS

A proteção que a legislação confere aos titulares define-se pela aplicação de dois princípios gerais: o da territorialidade e o da especialidade do registro.

O da territorialidade estabelece que o uso exclusivo da marca somente é protegido e, conseqüentemente reconhecido, estritamente dentro do território do país em que se requer a proteção.

O segundo significa que a proteção do sinal e o direito de utilização do mesmo compreendem apenas os produtos ou serviços a que ela se refere. Desse princípio, concluímos que a novidade da marca é relativa, sendo apenas necessário que não exista outro sinal idêntico, semelhante ou afim anteriormente registrado para aquele produto (ou seja, registrado na classe para a qual se requer o registro). A marca deve ser própria, não dando margem a confusão com qualquer outra anteriormente empregada para objetos análogos.

Diante da relatividade dos princípios, surgem formas próprias de proteção, tais como a marca de alto renome e a marca notoriamente conhecida, formas *sui generis* de proteção das marcas de produtos e serviços.

13. MARCA DE ALTO RENOME E MARCA NOTORIAMENTE CONHECIDA

A marca de alto renome (antigamente denominada marca notória) trata-se de uma inovação prevista no art. 125 da LPI. Ela ocupa, entre as demais, uma posição de singularidade, sendo considerada forma especial de proteção às marcas de produto ou serviço. Não é uma espécie de marca, mas uma tutela própria e específica para as de produto ou serviço.

A marca de alto renome freqüentemente está ligada à idéia de qualidade excepcional do produto ou serviço que ela identifica. Critério que é decisivo para a concessão dessa proteção especial é o efeito/poder de atração que o sinal é capaz de exercer sobre o público em geral.

Para que ocorra a sua concessão é necessário o registro comum no território nacional como marca de produto ou serviço e, acrescido a ele, o requerimento de proteção especial submetendo o sinal análise de determinados requisitos subjetivos específicos que poderão, ou não, levar ao reconhecimento de seu caráter de alto renome.

A marca de alto renome exige proteção, não apenas contra o uso em produtos similares, mas, igualmente, em produtos diferentes.

Também considerada proteção especial no ordenamento, a marca notoriamente conhecida tem, contudo, características diferentes da marca de alto renome. Esta tem proteção independentemente de prévio registro no país. A sua especificidade decorre exatamente de sua proteção, mesmo que não registrada.

Dessa forma, a marca notoriamente conhecida, ainda que não esteja registrada, será protegida exatamente em face de sua internacionalização (notoriedade em seu ramo de atividade). A proteção, portanto, neste caso, limita-se ao segmento do mercado em que se tornou conhecida.

14. SINAIS NÃO REGISTRADOS

Os sinais distintivos não registrados como marcas no órgão competente não se encontram completamente desprovidos de tutela legal. Sem dúvida, sua proteção é menos específica e precisa; contudo, através dos mecanismos que reprimem a concorrência desleal, ainda que de difícil comprovação, podemos tentar proteger estes sinais não registrados.

É o que deflui das situações estabelecidas no artigo 195 da LPI.

15. A PROTEÇÃO DAS MARCAS E A CONCORRÊNCIA DESLEAL

Inicialmente, a proteção às marcas era um capítulo dos princípios protetores da concorrência desleal. De fato, seria injusto admitir que um comerciante se apropriasse, sem autorização, da boa fama de terceiros para auferir ganhos pessoais. Logo, antes da proteção específica para os sinais distintivos, tínhamos os dispositivos gerais que tutelam a livre concorrência²⁹ – lícita – e que vedam o enriquecimento sem causa.

A livre concorrência é manifestação da liberdade de iniciativa, constituindo um fenômeno natural, legítimo e indispensável no progresso e bem-estar da sociedade.

O elemento fundamental desse princípio é o intuito de alargar a clientela, em prejuízo de concorrentes dedicados ao mesmo segmento de mercado, portanto, o objetivo imediato do empresário em competição – concorrente – é simplesmente o de cativar consumidores, que a ele não pertenciam.

Prática ilícita, contudo é a concorrência desleal³⁰, competitividade que objetiva a conquista de clientela, atra-

²⁹O direito da concorrência engloba o conjunto das regras que têm por objeto a intervenção do Estado na vida econômica para garantir que a competição das empresas no mercado não seja falseada por meio de práticas colústrias ou abusivas. As práticas colústrias resultam de ajuste, ou acordo, que tenha por objeto ou como efeito restringir a concorrência. As práticas abusivas consistem na exploração do poder de mercado em prejuízo da concorrência. (FARIA, Werter R. *Direito de Concorrência e Contrato de Distribuição*, p. 7.)

³⁰Há duas formas de concorrência que o direito repudia, para fins de prestigiar a livre iniciativa: a desleal e a perpetrada com abuso de poder. A primeira é reprimida em nível civil e penal, e envolve apenas os interesses particulares das empresas concorrentes. A segunda, reprimida também em nível administrativo, compromete as estruturas do livre mercado e são chamadas de infração da ordem econômica. A desleal não compromete as estruturas da livre concorrência; do outro, a infração da ordem econômica, que as compromete.

do sinal no país no prazo de 05 anos. É obrigação do titular iniciar o uso da marca no quinquênio subsequente à concessão do registro.

A renúncia é ato unilateral de vontade do titular, caracterizado como fator extintivo da propriedade.

A última hipótese de extinção é a falta de representante legal.

Extinto o direito industrial, o objeto cai em domínio público, podendo ser usado e explorado livremente.

18. A PROTEÇÃO DAS MARCAS E O CONSUMIDOR

A efetiva proteção às marcas protege o consumidor, que terá a certeza de que, em função dela, estará adquirindo produto ou serviço de qualidade.

A adoção de rígidos mecanismos de proteção é um incentivo ao aprimoramento da qualidade dos produtos, estimulando a concorrência.

A marca objetiva sem dúvida a formação e conservação de clientela. O sinal nominal ou figurativo, aplicado a um bem, assume expressiva importância na comercialização desse bem.

Economicamente, visa a proteger o consumidor, pois evita a confusão que pode surgir na sua mente, induzindo-o à compra de um produto não desejado, confundindo-o com outro.

19. REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CERQUEIRA, João da Gama. **Privilégios de Invenção e Marcas de Fábrica e de Comercio**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva & Cia, 1930, v. II

CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 1946.

DI BLASI, Gabriel; GARCIA, Mário Soerensen; MENDES, Paulo Parente M. **A Propriedade Industrial: os sistemas de marcas, Patentes e Desenhos Industriais analisados a partir da Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Marcas e Expressões de Propaganda**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FURTADO, Lucas Rocha. **Sistema de Propriedade Industrial no Direito Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

LOBO, Thomaz Thedim. **Introdução à nova Lei de Propriedade Industrial: Lei n.º 9.279/96**. São Paulo: Atlas, 1997.

PAES, P. R. Tavares. **Propriedade Industrial**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVEIRA, Newton. **A Propriedade Intelectual e a nova lei de Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279, de 14.05.1996)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Lei de patentes, Marcas e Direitos Conexos - Lei 9.279 - 14.05.1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Marcas vs. Nome Comercial - Conflitos**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2000.

VARELLA, Marcelo Dias. **Propriedade Intelectual de Setores Emergentes. De acordo com a Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996 (Nova Lei de Patentes)**. São Paulo: Atlas, 1996.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO AO MEIO AMBIENTE

María das Graças Serafim Costa
Juíza de Direito. Ex-Aluna da Escola Superior da Magistratura
de Pernambuco - ESMAPÉ

María Tereza Perez de Almeida
Mestra em Direito pela Universidade de São Paulo - USP.
Procuradora Autárquica Federal.

SUMÁRIO

1. O AMBIENTE COMO OBJETO DA PROTEÇÃO JURÍDICA. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL E AMBIENTE. 3. O DANO. 4. O DANO AO MEIO AMBIENTE E DANO ÀS PESSOAS. 4. O MEIO AMBIENTE COMO OBJETO DO DANO AMBIENTAL. 5. REFERÊNCIAS

1. O AMBIENTE COMO OBJETO DA PROTEÇÃO JURÍDICA

O ambiente é hoje, em si mesmo, um bem objeto da tutela jurídica. Mas nem sempre foi assim. Apesar de o Brasil contar, desde as ordenações do reino, com normas de proteção de determinados bens ambientais, não havia um sistema de imputação de responsabilidades adequado, o que dificultava a tutela desses bens e forçava uma tentativa de adequação do sistema então existente por parte da doutrina e da jurisprudência.

Segundo o jurista português José de Souza Cunhal Sendim, essa tentativa de adequação se deu em três frentes distintas.¹

Na primeira delas, operou-se o uso alternativo das normas disciplinadoras das restrições de vizinhança. E embora tais normas determinem "a possibilidade do ti-

¹ SENDIM, José de Souza Cunhal. *Responsabilidade civil por danos ecológicos: reparação do dano através da restauração natural*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 28.

tular de um direito real se opor a uma utilização do prédio vizinho que lhe seja prejudicial"², elas passaram a ser usadas com vistas à proteção do ambiente. Isto é: critérios próprios para a solução de conflitos acerca de direitos reais sobre coisas alheias passaram a ser utilizados para a solução de conflitos surgidos de relações jurídicas de outra natureza.

Conforme relata o autor citado, isso foi feito, por exemplo, através do alargamento do conceito de vizinho, que passou a contemplar não apenas a proximidade geográfica, mas cedeu lugar a uma noção baseada na possibilidade de afetação, ou na proximidade social. Por outro lado, ampliou-se "o conteúdo e a função da posição ativa"³ do titular do direito real, de forma a permitir a tutela de bens jurídicos como a saúde ou a salubridade ambiental.

Como facilmente se depreende, é limitada a possibilidade de uma proteção ambiental eficaz através do recurso a uma dada interpretação dos direitos de vizinhança. Em primeiro lugar, porque as normas de solução de conflitos entre vizinhos pressupõem uma conexão com direitos reais, motivo pelo qual somente aproveitariam aos titulares dessa espécie de direitos, em ferimento ao princípio da igualdade. Em segundo lugar, porque - mesmo estendendo o seu âmbito de aplicação a direitos de natureza não real - a operação exegética demanda uma total descharacterização teleológica do instituto, cuja justificação axiológica é marcadamente patrimonial.

² *Idem*, p. 29.

³ *Idem*, p. 33.

Numa segunda frente, foi proposta a construção segundo a qual haveria um direito de personalidade ao ambiente, posto que a existência de um ambiente salubre e ecologicamente equilibrado representa uma "condição essencial para um completo desenvolvimento da pessoa humana".⁴

Tamanho esforço interpretativo também impunha limitações ao campo de proteção dos bens ambientais, vez que, apesar de ter o mérito de demarcar um espaço onde o direito do ambiente é autônomo, distinguindo-o dos direitos patrimoniais, cinge-o à esfera dos direitos individuais, ocasionando, entre outros, problemas relativos à legitimidade *ad causam*.

Na terceira frente, a busca de tratamento jurídico dos danos causados ao meio ambiente remeteu ao regramento geral da responsabilidade civil. No entanto, esta imputação foi informada inicialmente por um enfoque jus-privatístico.

Questiona-se a possibilidade de aplicação do sistema geral de responsabilidade civil na reparação dos danos ambientais, em função da especificidade do próprio dano ambiental, bem como das características do objeto deste dano: o ambiente.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL E AMBIENTE

As especificidades do dano ambiental justificam uma análise mais detida de suas características, tendo em vista a aplicação do instituto da responsabilidade civil.

Inicialmente, cumpre remarcar que os danos ambientais, em sua grande maioria, não se vinculam a um res-

⁴ *Idem*, p. 36.

ponsável único. Desta constatação se originam problemas complexos atinentes a concurso de imputações.

A complexidade é ainda maior quando, entre as múltiplas ações causadoras do dano, medeiam longos intervalos de tempo, ou, ainda, quando os danos são resultantes de uma multiplicidade de ações ocorridas em realidades espaciais distintas.

É o caso do município de Cubatão-SP, onde a atividade industrial, realizada sem consideração dos parâmetros de qualidade ambiental e dos limites do ecossistema urbano, elevou os níveis de poluição, ocasionando danos às pessoas e ao ambiente⁵. Ali, a sobrecarga causadora do dano ambiental não foi resultado de um único ato danoso, mas de uma série de atos dissociados no tempo e no espaço e praticados por diversos agentes.

O caráter indireto e difuso do dano ambiental, por sua vez, gera problemas relativos ao estabelecimento da cadeia causal pertinente, como no caso dos municípios do litoral norte de Pernambuco, cujos ecossistemas marinhos sofrem danos em decorrência do despejo do esgotamento sanitário vindo do Recife, o qual chega até eles com a colaboração fundamental da corrente marítima⁶.

O dano ambiental diferencia-se também em virtude do modo da sua reparação. Neste caso, a compensação financeira dos prejuízos não se acomoda perfeitamente aos postulados do direito ambiental, posto que não permite a reintegração dos bens lesados.

5 ASSOCIAÇÃO PERNAMBUCANA DE DEFESA DA NATUREZA-ASPAN. *Relatório Especial de Resíduos perigosos e metais pesados entregue às Nações Unidas*, Recife, 1997, p. 3.

6 Dado obtido em entrevista com o pesquisador Carlos Pontes, do Instituto Aggeu Magalhães de Saúde Pública em Recife-PE.

Mesmo quando se faz necessária a estipulação de indenização pecuniária, a dificuldade reside na quantificação dos prejuízos, posto que alguns bens ambientais não têm, ordinariamente, valor patrimonial.⁷

Por fim, há o problema da legitimidade *ad causam*: já que o instituto era pensado exclusivamente em termos de direitos privados individuais, *quid juris* quando o objeto da demanda passa a ser de índole pública e os danos de alcance universal?

Enquanto se tratava de buscar judicialmente a medida hábil a deter a atividade nociva, o problema se apresentava em menor grau. Entretanto, quando o pleito era a reparação civil do dano, esbarrava na falta de representatividade do demandante, cabendo aos lesados apenas buscar em juízo os prejuízos sofridos pessoalmente, e nunca os prejuízos coletivos, e sendo, ao mesmo tempo, vedado ao juiz estender o provimento judicial demandado à coletividade ou a outros lesados que não o autor da demanda.

7 O advogado Ivan Pires Filho conta que "há quase vinte anos atrás, quando fazia pós-graduação no exterior, fiquei intrigado pelo fato de que todos os processos que analisava nos diversos estados norte-americanos terminavam em acordo, transação entre as partes, antes do julgamento em primeira instância. Cheguei à conclusão de que a incerteza que pairava nas várias metodologias de cálculo do dano ambiental fazia com que as partes se conciliassem com receio de que o judiciário viesse a estabelecer precedentes onde as quantias a serem pagas, do ponto de vista dos autores, fossem muito baixas em relação ao dano ambiental causado, ou, do ponto de vista dos réus, exageradamente altas". No mesmo artigo, o autor, usando como exemplo a destruição do Pão de Açúcar, demonstra que a questão, ainda hoje, está longe de ter sido resolvida: "Exemplificando mais uma vez, imaginemos a destruição do Pão de Açúcar, já que estamos falando do Rio de Janeiro. Como calcular o valor de dois morros de pedra? Poderíamos calcular, como parâmetro, a quantidade de paralelepípedos e daí chegar a um valor total de quanto custaria a venda dos paralelepípedos que seriam produzidos pelo Pão de Açúcar (método de valor substituto). Poderíamos, ainda, calcular o número de turistas/ano que visitam aquela local e a perda desses visitantes nos próximos 50 ou 100 anos, para determinar o seu valor (método de valor usuário). Mas, seria esse o seu valor? Como medir o valor cultural, que esse símbolo nacional representa nas mentes dos brasileiros? Ou, como os economistas chamam, o valor da existência de um determinado recurso ambiental?"

Por todas essas peculiaridades relativas ao modo de imputação e à forma de reparação do dano, o sistema de responsabilidade civil tradicional se revelou inservível para o ressarcimento dos danos ambientais. Em consequência disto, a temática da indenização por danos ecológicos foi temporariamente excluída da pauta jurídica da proteção ao ambiente. Em lugar dela, foi construído um sistema de prevenção e controle administrativo das atividades potencialmente poluidoras. Contudo, esse sistema é insuficiente para a realização dos fins a que se propõe: a uma, porque gera déficit na execução do conjunto das regulamentações ambientais; a duas, porque, mesmo quando as normas são plenamente cumpridas, há circunstâncias em que este cumprimento não é capaz de evitar o dano aos bens juridicamente protegidos, quer porque os padrões legais sejam insuficientes para tanto, quer porque ocorram acidentes. Nestes casos, o sistema é ineficiente para determinar-lhes o adequado ressarcimento. Some-se a isso, finalmente, as críticas à imperfeição e à lentidão com que a Administração costuma levar a efeito os seus sistemas de controle, planejamento, prevenção e promoção da qualidade ambiental.

A verificação da insuficiência do sistema de prevenção e controle acentuou a necessidade de serem retomadas as discussões para a criação de um sistema de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. A década de oitenta, por essa razão, foi marcada pelo surgimento de mecanismos com vistas a acomodar o instituto da responsabilidade civil às demandas envolvendo esse tipo de dano.

A importância do desenvolvimento e do emprego de um critério de imputação de responsabilidades se revela, a princípio, por se constituir numa forma de viabilizar a internalização dos custos sociais decorrentes da utilização do ambiente. Isto quer dizer que o utilizador do ambiente, ao decidir desenvolver atividades potencialmente poluidoras, passará a considerar os custos sociais que tal atividade acarretará, porque estes passarão a lhe ser imputados.

Esse aspecto traz implícito um outro, não menos importante, qual seja: o efeito preventivo da aplicação de um princípio de imputação de responsabilidades na prevenção de danos ecológicos. Isto quer dizer que, quando o empreendedor decide desenvolver uma atividade potencialmente lesiva, e sabe, ao mesmo tempo, que assumirá os custos dos danos ambientais que vierem a ocorrer em decorrência dela, passa a assumir também um compromisso real com a não produção desses mesmos danos.

Além disso, através do instituto da responsabilidade civil, e ancorado na mesma lógica de prevenção acima exposta, pode o direito do ambiente fomentar o desenvolvimento de tecnologias capazes de produzir um novo conhecimento ecológico na busca da redução do risco ambiental que, de resto, é inerente à própria complexidade dos sistemas naturais.

Por outro lado, um sistema de responsabilidade civil que priorize a reintegração dos bens afetados através da restauração natural vai ao encontro de um consenso nos sistemas jurídicos que contemplam a indenização por da-

Por todas essas peculiaridades relativas ao modo de imputação e à forma de reparação do dano, o sistema de responsabilidade civil tradicional se revelou inservível para o ressarcimento dos danos ambientais. Em consequência disto, a temática da indenização por danos ecológicos foi temporariamente excluída da pauta jurídica da proteção ao ambiente. Em lugar dela, foi construído um sistema de prevenção e controle administrativo das atividades potencialmente poluidoras. Contudo, esse sistema é insuficiente para a realização dos fins a que se propõe: a uma, porque gera déficit na execução do conjunto das regulamentações ambientais; a duas, porque, mesmo quando as normas são plenamente cumpridas, há circunstâncias em que este cumprimento não é capaz de evitar o dano aos bens juridicamente protegidos, quer porque os padrões legais sejam insuficientes para tanto, quer porque ocorram acidentes. Nestes casos, o sistema é ineficiente para determinar-lhes o adequado ressarcimento. Some-se a isso, finalmente, as críticas à imperfeição e à lentidão com que a Administração costuma levar a efeito os seus sistemas de controle, planejamento, prevenção e promoção da qualidade ambiental.

A verificação da insuficiência do sistema de prevenção e controle acentuou a necessidade de serem retomadas as discussões para a criação de um sistema de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. A década de oitenta, por essa razão, foi marcada pelo surgimento de mecanismos com vistas a acomodar o instituto da responsabilidade civil às demandas envolvendo esse tipo de dano.

A importância do desenvolvimento e do emprego de um critério de imputação de responsabilidades se revela, a princípio, por se constituir numa forma de viabilizar a internalização dos custos sociais decorrentes da utilização do ambiente. Isto quer dizer que o utilizador do ambiente, ao decidir desenvolver atividades potencialmente poluidoras, passará a considerar os custos sociais que tal atividade acarretará, porque estes passarão a lhe ser imputados.

Esse aspecto traz implícito um outro, não menos importante, qual seja: o efeito preventivo da aplicação de um princípio de imputação de responsabilidades na prevenção de danos ecológicos. Isto quer dizer que, quando o empreendedor decide desenvolver uma atividade potencialmente lesiva, e sabe, ao mesmo tempo, que assumirá os custos dos danos ambientais que vierem a ocorrer em decorrência dela, passa a assumir também um compromisso real com a não produção desses mesmos danos.

Além disso, através do instituto da responsabilidade civil, e ancorado na mesma lógica de prevenção acima exposta, pode o direito do ambiente fomentar o desenvolvimento de tecnologias capazes de produzir um novo conhecimento ecológico na busca da redução do risco ambiental que, de resto, é inerente à própria complexidade dos sistemas naturais.

Por outro lado, um sistema de responsabilidade civil que priorize a reintegração dos bens afetados através da restauração natural vai ao encontro de um consenso nos sistemas jurídicos que contemplam a indenização por da-

nos ambientais: para eles, a primeira e melhor opção não é a justa compensação econômica da vítima, mas sim a restauração dos processos ecológicos essenciais.⁸

Finalmente, a imputação de danos ambientais através de um princípio de responsabilidade extracontratual importa numa privatização do direito ambiental. A expressão quer significar que a ativação dos mecanismos de controle e ressarcimento pela prática de atos lesivos ao meio ambiente deixa de estar vinculada exclusivamente ao Estado – freqüentemente ineficiente e lento – e passa para as mãos da sociedade, em completa consonância como o disposto no artigo 225, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Somente com o uso efetivo desses mecanismos é que se desenvolverá a chamada cidadania ambiental, entendida em seu sentido menos formal, como quer Clève:

O significativo cidadão, aqui, é tomado a partir de uma perspectiva ampla, não circunscrita ao universo daquelas pessoas que, porque detentores de direitos políticos, podem votar ou ser votados.

O conteúdo do termo cidadão, vamos tomá-lo em sua dimensão dialética, para identificar o sujeito, aquele responsável pela história que o envolve. Sujeito ativo da cena política, sujeito reivindicante ou provocador da mutação do di-

8 Na constituição espanhola, o artigo 45 prevê a obrigação dos poderes públicos de defenderem e restaurarem o meio ambiente. No direito norte-americano o §311 do Federal Water Pollution Control Act (Clean Water Act) adotou o princípio segundo o qual os danos ecológicos (natural resource damages) devem ser reparados através da reposição da situação anterior ao dano ou da reabilitação, substituição ou aquisição do equivalente dos recursos naturais danificados. É também o regime previsto no artigo 8º da Convenção de Lugano Sobre a Responsabilidade Civil pelos Danos Resultantes de Atividades Perigosas para o Ambiente de 21-06-1993, e na nossa própria Carta, artigo 225, §1º: para assegurar a efetividade deste direito, incumbe ao poder público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies.

reito. Homem envolto nas relações de força que comandam a historicidade e a natureza da política. Enfim, queremos tomar o Cidadão como ser, sujeito e homem a um tempo. O cidadão é o agente reivindicante possibilitador, na linguagem de Lefort, da floração contínua de direitos novos⁹.

3. O DANO

Não há como falar em responsabilidade civil ambiental sem falar em dano ecológico e em suas características próprias, resultantes das especificidades do bem jurídico sobre o qual ele incide.

Tem-se, de acordo com o contido no artigo 159 do Código Civil, o dano como circunstância elementar da responsabilidade civil em geral. Esse preceito estatui que:

Todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. A verificação da culpa regula-se pelo disposto neste Código.

Por outras palavras, fica estabelecido que a conduta antijurídica imputável a uma pessoa tem como consequência a obrigação de sujeitar o ofensor a reparar o mal causado.

O dano seria então a lesão a um interesse¹⁰. Mas, para ser reparável, deve ser certo, podendo ser atual ou

9 CLÈVE, Clémerson, Merlin. *Temas de direito constitucional*, (e de teoria do direito). São Paulo: Acadêmica, 1993. p16.

10 CARNELUTTI, Francesco. *Il dano e il Reato*. Padova: Antonio Milani, 1926. p10.

futuro. Certo¹¹ porque deve ser um dano perfeitamente identificável e quantificável, no presente ou no passado (ou, pelo menos, que se possa, com segurança, prever a sua ocorrência no futuro na ocasião do proferimento da sentença). Vale dizer que o dano não pode ser resultado de uma formulação hipotética, de uma abstração.

O dano ambiental se distingue das outras espécies de dano pelo seu objeto: o ambiente juridicamente protegido. Foi em função desse objeto e da forma como ele é pensado pela sociedade que se operou toda uma construção legislativa e jurisprudencial para contemplar as suas especificidades. A fim de formular uma noção precisa sobre dano ambiental é necessário, inicialmente, distinguir o dano provocado às pessoas pelo meio em que vivem do dano provocado ao ambiente propriamente dito. Em outras palavras, é preciso distinguir entre, de um lado, o dano causado pelo meio ambiente agressor de bens e pessoas e, de outro, o dano sofrido pelo meio ambiente agredido. Ou ainda, como quer Edis Milaré, o dano ambiental público e o dano ambiental privado.

4. DANO AO MEIO AMBIENTE E DANO ÀS PESSOAS

O primeiro problema que se põe a todos quantos pretendam definir o dano ambiental é respeitante à identificação e qualificação daquele que o suporta. Ou seja: consiste em perquirir sobre se a vítima de um dano ecológico é homem ou seu meio, bem como sobre qual seria o *status* jurídico dos bens que constituem o meio ambiente.

11 Alguns autores, como PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil de acordo com a Constituição de 1988*. p. 45 Rio de Janeiro: Forense, 1991, embora admitindo flexibilizações, incluem o requisito da afusilidade do dano na identificação do dano ressarcível. SANTOS, João Manuel Carvalho dos. *exclusivamente*, em *Código Civil Brasileiro Interpretado*, v.3. p.328.

Assim, a resposta a esta questão comportaria variação conforme se considerasse que a flora, por exemplo, é um bem juridicamente protegido em si mesmo, ou não.

Roland Drago decidiu pela negativa, ao definir dano ecológico como sendo aquele "*causado às pessoas ou às coisas pelo meio em que elas vivem*"¹². O ambiente aqui é apenas a fonte do dano ou o veículo por meio do qual a ação danosa se conduz para chegar a agredir os indivíduos e os seus patrimônios.

Girod, na mesma linha, aduz que:

*Se o dano afeta em primeiro lugar o ar, a água ou a natureza, isto somente nos interessa porque estes elementos são utilizados pelo homem, que acaba por suportar o contra-golpe*¹³.

Já Caballero previu o reconhecimento de um dano direto ao ambiente, que passa a ser visto como vítima da ação danosa. Partindo dessa concepção, define o dano ecológico como sendo todo aquele causado diretamente ao ambiente considerado enquanto tal, independentemente de suas repercussões sobre as pessoas e os bens¹⁴.

Prieur¹⁵ admite que o dano ambiental envolve os dois aspectos e chama de "*dano ecológico propriamente dito*" aquele que afeta o equilíbrio ecológico visto como patrimônio coletivo.

Essa última orientação encontra eco na Lei 6938 de 1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente. Em seu artigo 14, parágrafo primeiro, estatui:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, inde-

12 DRAGO, Roland apud PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*, Paris: Daloz, 1990. p.842.

13 GIROD, Patrick apud PRIEUR, Michel. *op. cit.* p.843.

14 CABALLERO, F. apud PRIEUR, Michel. *op. cit.* p.843.

15 PRIEUR, Michel. *op. cit.* p.843.

pendentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar o dano causado ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

Vê-se, portanto, a inclusão, na hipótese de reparação, de duas espécies de dano: na primeira delas há a afetação do meio ambiente visto como bem público; na segunda, a afetação da pessoa ou do patrimônio de "terceiros", que tem como veículo o meio ambiente degradado¹⁶.

A indenização devida pelo agente, na primeira espécie, destina-se a um fundo cujos recursos financeiros serão destinados à reconstituição dos bens lesados. No segundo caso, o ressarcimento é devido à pessoa do lesado. Embora ambas as espécies de indenização estejam contempladas no enunciado legal, faz-se necessário distingui-los e autonomizá-los como duas realidades que, apesar de interligadas, são independentes.

Mas, se, por um lado, o dano é lesão de interesse¹⁷, por outro lado, é certo que o direito não se insurge contra qualquer lesão de interesse. Nem mesmo contra qualquer lesão de interesse relacionado ao meio ambiente. Da verificação de quais danos são ressarcíveis através do sistema jus-ambiental tratará o tópico a seguir.

16 A par dessas hipóteses, PACCAGNELLA, Luís Henrique aponta a existência do dano moral ambiental. Lesiva moralmente – no sentido ambiental – seria a conduta que provocasse alterações adversas de cunho subjetivo, tais como: o sofrimento, a dor, o desgosto de uma certa coletividade. Em *Dano moral ambiental*, Revista de Direito Ambiental, v. 13, p. 44.

17 CARNELUTTI, Francesco. *op. cit.*, p. 17.

5. O MEIO AMBIENTE COMO OBJETO DO DANO AMBIENTAL

Coube às ciências naturais, e não ao direito, a primazia no estudo das questões ambientais. Não obstante, é do direito a responsabilidade pela elevação do meio ambiente à categoria dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento. Cumpre, portanto, definir o que seja dano ambiental propriamente dito a partir da perspectiva do seu objeto: o meio ambiente como objeto da proteção jurídica.

A lei 6938, em seu artigo 3º, conceitua meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Assim, é possível dizer, com base nesse conceito legal, que o dano ambiental é a lesão ao "conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas"^{18 19}. Nesse sentido, tende-se a identificar o dano ecológico puro ou propriamente dito como a perturbação física dos componentes ambientais e da estrutura de suas inter-relações.

Cunhal Sendim pondera, entretanto, que nesta perspectiva o objeto do dano é muito mais uma realidade empírica do que um bem jurídico. Por isso, o dano jurídico não se identificaria com a noção proposta, já que este últi-

18 Art. 3º da lei 6938/81.

19 Ainda segundo a Lei 6938/81, entende-se por "degradação da qualidade ambiental" a alteração adversa das características do meio ambiente (inciso III do artigo 3º); e por poluição: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matéria ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

mo consiste numa perturbação de bens juridicamente protegidos. Não seria possível, a partir de uma tal concepção do seu objeto, distinguir os danos ao ecossistema dos danos ambientais em sentido amplo e, tampouco, saber, dentre eles, quais seriam ressarcíveis.

Um outro critério foi utilizado para suprir a deficiência da concepção mencionada: a delimitação negativa do dano ecológico. Este seria compreendido como o dano causado aos componentes ambientais que não se traduza em dano às pessoas ou aos bens.

A Convenção de Lugano Sobre a Responsabilidade Civil pelos Danos Resultantes de Atividades Perigosas para o Ambiente, de 21-06-1993, lança mão deste tipo de definição, quando afirma serem ressarcíveis "todas as perdas e danos resultantes de uma alteração do ambiente na medida em que não sejam considerados danos às pessoas e aos bens²⁰".

O critério soluciona parte da dificuldade, uma vez que separa os danos ecológicos propriamente ditos dos danos causados às pessoas, em sua saúde ou em seu patrimônio. Entretanto, resta o problema de saber em que medida os danos ecológicos propriamente ditos são ressarcíveis. Por outras palavras, é preciso proceder a uma delimitação do bem jurídico protegido, já que nem todo dano atinge a ordem jurídica do meio ambiente.

Em primeiro lugar, cumpre observar o elenco dos bens ambientais especialmente protegidos pela lei. No direito pátrio ele se encontra no inciso V do art. 3º da Lei nº 6938/81:

20 nº 7 do artigo 2º no original : toute perte ou dommage résultant de l'altération de l'environnement, dans la mesure où ils ne sont pas considérés comme constituant un dommage au sens des alinéas a) ou b) ci-dessus.

recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Tais elementos constituem a individualização e, por outro lado, a "materialização" do ambiente enquanto objeto do direito. Do conceito amplo e totalizante de ambiente, foram extraídos objetos mais bem delimitados e particularizados. Esses merecem por parte da legislação tratamento específico em virtude de sua especial aptidão para gerarem um "ambiente ecologicamente equilibrado²¹".

Todavia, não é suficiente desdobrar o conceito em elementos aptos a proporcionarem equilíbrio ecológico. É preciso saber, também, que nem toda alteração adversa das características dos ecossistemas é passível de ser tomada como dano ambiental.

Aliás, nem toda lesão de interesse pode ser considerada dano jurídico. Carnelutti pontifica:

o direito não reage e não haveria razão para reagir contra o dano "in genere", isto é, contra qualquer lesão de interesse; a razão surge somente quando a lesão é daquelas, as quais, segundo os critérios que dominam o ordenamento jurídico, convém evitar ou reparar. Então o dano se torna dano antijurídico. Por isso, a noção de dano antijurídico é, com relação àquela de dano, um círculo concêntrico de superfície menor.

21 A expressão utilizada no caput do artigo 6º mereceu a crítica de BARROSO, Luís Roberto. A proteção do meio ambiente na Constituição brasileira. *Revista Forense*, volume 317, p.161.

Não há lesão antijurídica sem dano, mas pode haver dano sem lesão antijurídica. Na medida em que eu não leso um interesse, não posso cometer uma lesão antijurídica, mas posso estar incorrendo numa conduta contrária aos preceitos morais ou religiosos. Por outro lado, posso muito bem lesar um interesse sem cair em ilicitude. O dano ilícito é o genus, do qual o crime, dano e o dano reparável são espécies. O mais lento de dois corredores que disputam um prêmio sofre um dano, mas não uma ilegalidade.

Portanto, pena, reparação, ressarcimento, são formas de reações não contra o dano "in genere", mas contra aquela categoria de dano, isto é, contra o dano antijurídico".²²

Tomemos, a título de ilustração, uma atividade humana aparentemente inofensiva, como uma partida de futebol. No decorrer do jogo, é razoável supor que os atletas, pelos seus movimentos, causem uma infinidade de danos ao meio ambiente. Assim, é provável que alguns milhares de microorganismos e até mesmo de outros seres maiores como minhocas, musgos, insetos e pequenos vegetais sejam mortos. É provável também que ocorram acidentes ou "faltas" durante o jogo, e que essas faltas provoquem ferimentos leves nos próprios jogadores. Em virtude destes fatos, tem-se uma alteração adversa dos componentes bióticos (e, dentre estes, os humanos) do meio ambiente.

22 CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p. 17

Apesar disso, nenhum jurista dirá, diante de uma partida de futebol, que se trata de uma atividade causadora de dano jurídico ao meio ambiente. E com razão, já que essa atividade não afeta significativamente os componentes do ambiente, nem tampouco interfere nos seus processos ecológicos essenciais.

Por outro lado, é sabido que a proteção do meio ambiente é um valor consagrado pelo texto constitucional ao lado de outros. Vale dizer que a Constituição admite, em certa medida, a conduta degradadora, desde que dentro de certos limites e desde que tenda a satisfazer outros valores também consagrados pela Carta Magna. Exemplo disso é o dispositivo contido no §2º do artigo 225 da Lei Maior:

aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

A respeito deste mandamento, é oportuno o comentário de Luís Roberto Barroso²³:

Por relevante que seja, a defesa do meio ambiente é apenas um dos vetores constitucionais, que precisa ser conciliado com muitos outros. Dentre estes outros valores igualmente destacáveis, situa-se o desenvolvimento nacional, elevado à categoria de princípio fundamental da ordem constitucional brasileira. Disto resulta que

23 BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 168.

*o constituinte admitiu a hipótese de que certas atividades econômicas, ainda quando lesivas ao meio ambiente, deveriam ser exploradas. Con-
formou-se, assim, com a inevitabilidade do dano,
mas cuidou de determinar a recuperação do meio
ambiente degradado.*

Extrai-se daí a conclusão de que o ordenamento jurí-
dico condescende com a degradação ou, se preferirmos,
com o dano em sentido amplo. Outrossim, tem-se que a
proteção jurídica contra o dano ambiental remete à lesão
a uma determinada qualidade do ambiente, um estado dos
bens naturais.

Um cigarro aceso em uma praça não é capaz de com-
prometer os padrões da qualidade do elemento ambiental
“ar” a ponto de acarretar para o fumante o dever de res-
sarcimento decorrente do dano. Mas a fumaça emanada
da chaminé de uma refinaria de petróleo traz o risco de
significativa degradação para o entorno.

Logo, a proteção do ordenamento é conferida não
ao elemento “ar” em si, mas a uma determinada qualidade
do ar, que é definida em função de sua potencialidade para
propiciar um meio ambiente ecologicamente equilibrado,
ou seja, um sistema com plena capacidade funcional, ca-
paz de preservar a sua capacidade de aproveitamento
humano, sustentar-se e regenerar-se e que, pela sua rela-
ção de interdependência com outros ecossistemas, possa
contribuir com a integridade do patrimônio natural global-
mente considerado.

5. REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO PERNAMBUCANA DE DEFESA DA
NATUREZA/ASPAN. **Relatório especial de resíduos pe-
rigosos e metais pesados** (entregue às Nações
Unidas). Recife, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. A proteção do meio ambiente na
constituição brasileira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.
317, p. 161, 1992.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Temas de direito
constitucional** (e de teoria do direito). São Paulo: Acadêmica,
1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Il dano e il reato**. Padova: An-
tonio Milani, 1926.

PACCAGNELLA, Luis Henrique. Dano moral ambiental.
Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 13, p. 44,
1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil
de acordo com a constituição de 1988**. Rio de Janeiro:
Forense, 1991.

PIRES FILHO, Ivon. **Responsabilidade civil por dano
ambiental**: Temas Atuais. Recife: Bagaço, 2000. p.143

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz,
1996.

SENDIM, José de Souza Cunhal. **Responsabilidade civil
por danos ecológicos : da reparação do dano através da
restauração natural**. Coimbra: Coimbra, 1998.

A SUBSISTÊNCIA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO APÓS SENTENÇA

Mariana Vieira Sarmiento
Bacharelada em Direito

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. DO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2. O AGRAVO DE INSTRUMENTO PÓS-SENTENÇA. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 4. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO:

O presente artigo tem o desiderato principal de analisar os diversos entendimentos sobre a subsistência, ou não, do agravo de instrumento após a prolação da sentença pelo juiz singular.

Com o advento da lei n.º 9.138/95, a interposição deste recurso passou a ser realizada diretamente no Tribunal *ad quem*. Anteriormente, o agravo de instrumento era apresentado no juízo monocrático, mas a experiência mostrou a ineficácia da prestação jurisdicional deste sistema, pois demorava muito até que este recurso chegasse ao Tribunal.

A nova disciplina, sem dúvida, acelerou a prestação jurisdicional no primeiro grau, e em contrapartida, é silogístico, sobrecarregou o segundo. Assim, começou a ocorrer um fenômeno bastante conhecido dos operadores do direito: a sentença, em muitos casos, passou a ser proferida antes mesmo do julgamento do agravo, recurso que,

em tese, deveria ser apreciado antes. Vale ressaltar que o agravo é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias, ou seja, atos pelo qual o juiz, no curso de um processo, resolve questão incidente, artigo 162 § 2º, do Digesto Instrumental.

Desse modo, sendo proferida sentença no juízo singular, o que deve o relator do agravo fazer? A lei é omissa nesse sentido, e são vários os entendimentos jurisprudenciais, e suas conseqüências, sobre o caso. Por isso nosso interesse sobre a questão em *tela*.

Ante a inexistência de bibliografia específica sobre esta querela, a metodologia utilizada consistiu basicamente em pesquisa jurisprudencial, sua seleção e análise, a fim de identificar os posicionamentos divergentes e as suas conseqüências práticas.

Inicialmente, estudaremos o agravo de instrumento genericamente, suas principais características e o seu procedimento. Após, trataremos da problemática, realizando uma abordagem sobre o efeito suspensivo do recurso em apreço e focalizando os diversos entendimentos jurisprudenciais sobre a eficácia do agravo de instrumento após prolação da sentença no juízo *a quo*.

Nas considerações finais, procura-se fazer o exame crítico dos argumentos estudados, ressaltando os aspectos positivos e negativos de cada um deles à vista dos princípios norteadores dos recursos e a eficácia da prestação jurisdicional e, por fim, baseada nessas considerações, há tomada de posicionamento sobre a *quaestio iuris*.

Por derradeiro, é de bom alvitre recordar que o presente artigo não objetiva resolver o problema suscitado

mas, tão somente, contribuir para a discussão em torno da controvérsia, e colaborar para outras pesquisas e estudos sobre a temática, enriquecendo a matéria processual.

1. AGRAVO DE INSTRUMENTO

Em linhas gerais, o agravo é o recurso cabível de toda e qualquer decisão interlocutória proferida no processo civil, seja em processo de conhecimento, execução ou cautelar, do rito ordinário ou sumário, ou em procedimentos especiais, previstos no Código de Processo Civil ou em legislação extravagante, bem como contra despachos proferidos erradamente, capazes, por isso mesmo, de gerar prejuízos, sejam estes despachos proferidos pelo serventuário de justiça, e confirmados pelo juiz, ou proferidos originariamente pelo magistrado.¹

No direito brasileiro, a definição de decisão interlocutória é expressa no artigo 162 §2º do Digesto Instrumental, sendo o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente. Não há distinção entre interlocutórias simples ou mistas, pois toda ela é agravável.

A doutrina, todavia, distingue as interlocutórias em simples ou mista, conforme o conteúdo de sua decisão. Simples são aquelas que não produzem efeitos além dos limites da questão em tela, e mistas são as que, de certa forma, prejudicam a principal tendo força de definitiva.

É de bom alvitre, definir melhor o que vem a ser uma decisão interlocutória. Ela é proferida a propósito de um incidente sem, contudo, encerrar o processo. Ao

¹ WAMBIER, Torosa Aruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 94.

invés, o processo segue sua marcha, em relação à qual, se reflete a eficácia de tais decisões. Daí a inegável relevância dos atos da espécie, sobretudo daqueles que causam ou possam causar às partes determinado gravame, não corrigível depois, nem pela sentença definitiva, nem por via recursal.²

Note-se que os despachos de mero expediente (como vista às partes, etc) por definição, não causam prejuízo jurídico às partes, sendo, por isso, irrecorríveis. Se, todavia, um "despacho" vier a causar algum prejuízo, terá essência de interlocutória, pois o nome atribuído ao ato jurisdicional é irrelevante. É indispensável analisar se o ato ofende, ou não, os demandantes.³

No Estatuto de Ritos pátrio, o agravo pode ser interposto na modalidade retido ou por instrumento. Tanto o agravo retido quanto o de instrumento são espécies de um mesmo recurso, sendo a decisão agravada, é óbvio, uma interlocutória, diferenciando-se, tão somente, quanto à forma de interposição, processo e julgamento. Num caso, o remédio fica retido aos autos, noutro, sobe por instrumento.⁴

Salvo determinação legal expressa (artigo 523, § 4º do Código de Processo Civil, com redação determinada pela lei 10.352/2001), é uma faculdade da parte a escolha do tipo de agravo, instrumento ou retido, sendo, porém, o agravo de instrumento comumente usado em situações urgentes, que precisam de providência mais célere.

2. PARÁ FILHO, Tomás apud PINTO, Teresa Amada Alvim. *Agravo de instrumento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 55.

3. MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 534.

4. ALVIM, J. E. Carneira. *Novo agravo*. Belo Horizonte: Dal Rey, 1998, p. 57.

O agravo de instrumento possui como principal atributo a formação de autos próprios que são interposto no juízo *ad quem* e possui as seguintes características:

- a) é recurso contra atos do juiz, no curso do processo, que resolve questão incidente artigo 162 § 2;
- b) não obsta o andamento do processo, nem interfere na eficácia da decisão agravada, ressalvado o disposto no artigo 558;
- c) é sempre deduzindo perante o Tribunal competente para a apreciação da matéria;
- d) não esgota o ofício do juiz quanto à decisão agravada, uma vez que na sentença, poderá manter ou reformar a interlocutória que provocou o recurso.⁵

O agravo de instrumento está previsto nos artigos 524/529 do Código de Processo Civil, e se processa da seguinte maneira:

Na redação atual, a petição inicial é dirigida diretamente ao presidente do tribunal *ad quem* e requer a instrução de documentos obrigatórios, que são a cópia da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado. Faculta-se, ainda, à parte agravante, a juntada de outras peças que entender necessárias.

Recebido o agravo de instrumento no Tribunal, e distribuído *incontinenti* ao relator, artigo 527 da Lei Adjetiva Civil, este poderá, liminarmente, negar-lhe seguimento, ou conhecimento, se o recurso for manifestamente inad-

5. MARGUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. Campinas: Bocksbauer, 1997, v. III p.179.

missível, improcedente ou prejudicado, nos casos do artigo 557 da Lei Processual Civil; converter o agravo de instrumento em agravo retido; suspender o cumprimento da decisão agravada até pronunciamento da Câmara ou Turma, ou, ainda, antecipar os efeitos da pretensão recursal; requisitar informações ao juiz da causa, intimar o agravado para, querendo, responder ao recurso; determinar a ouvida do Ministério Público nos casos necessários.

Das decisões monocráticas do relator cabe agravo interno ou regimental, no prazo de cinco dias, para o órgão competente ao julgamento do agravo. É distribuído ao relator do despacho e, igualmente, ao que acontece no primeiro grau, poderá o relator reconsiderá-lo, tornando prejudicado, conseqüentemente, o regimental, ou submetê-lo ao julgamento do plenário ou turma competente, sendo computado, é evidente seu voto.

Destarte, o recurso cabível contra a decisão do relator que nega provimento ao agravo de instrumento é o agravo previsto no artigo 545, da Lei Processual Civil, não o regimental. Não podendo o julgador nem mesmo adotar o princípio da fungibilidade, pois o agravo do Código de Processo Civil está sujeito às custas, e o interno não, exceto se a parte tenha efetuado seu pagamento por precaução.⁶

Superadas as demais etapas, o relator pedirá que se inclua o agravo em pauta para julgamento. No agravo, não há revisão, conforme preceitua o artigo 551 do Código de Processo Civil,⁷ se, porventura, algum desembargador

6 *proc* nº 59094-3/01 TJPE, pub. no DO em 29/01/2003.

7 *Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco*, art. 78: "Haverá revisão: I - nas apelações, (salvo se a lei dispensar ou autorizar a dispensa); II - nos processos sujeitos ao duplo grau obrigatório de jurisdição; III - nas ações rescisórias; IV - nas revisões criminais; V - nos embargos infringentes; VI - nos desafiamentos."

não se sentir preparado para votar, pode pedir vista dos autos por uma sessão. No julgamento do agravo, não se admite que as partes sustentem oralmente suas razões (artigo 554 do Código de Processo Civil).

De outra parte, vale frisar que, enquanto o Tribunal não apreciar o agravo de determinado processo, não deve a apelação interposta contra a sentença ser julgada antes.⁸ Se ambos estiverem para serem decididos numa mesma sessão, a apelação só será apreciada após o agravo, caso não tenha ficado prejudicada ante o julgamento do primeiro.

O agravo de instrumento também é o recurso adequado contra a decisão que nega o recurso especial⁹ ou extraordinário¹⁰. O prazo é o mesmo que para as demais interlocutórias (10 dias). É interposto perante o presidente do tribunal de origem e, nesse caso, não está sujeito às custas. Após intimação do agravado para, querendo, responder o recurso em igual prazo, subirá o agravo para o tribunal superior.

Caso o relator do órgão superior não admita o agravo de instrumento cabe, ainda, outro agravo, no prazo de cinco dias, interposto no próprio órgão competente para o julgamento do recurso.

8 *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*, art. 251: "A apelação não será incluída em pauta antes do agravo de instrumento interposto no mesmo processo."

9 *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*, art. 253: "O agravo de instrumento obedecerá, no Juízo ou Tribunal de origem, as normas da legislação processual vigente. Parágrafo único: Se interposto de decisão que inadmitiu o recurso especial, além das peças mencionadas no parágrafo único do art. 523 do Código de Processo Civil, serão obrigatoriamente trasladados o acórdão recorrido, a petição de interposição do recurso especial e as contra-razões, se houver."

10 *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*, art. 313: "Caberá agravo de instrumento: I - omissis; II - do despacho do Presidente de Tribunal que não admitir recurso da competência do Supremo Tribunal Federal; III - quando se retardar, injustificadamente, por mais de trinta dias, o despacho a que se refere o inciso anterior, ou a remessa do processo ao Tribunal."

3. AGRAVO DE INSTRUMENTO APÓS SENTENÇA

A apresentação do recurso, feita diretamente no Tribunal, diminuiu sobremaneira os embaraços que tinha o julgador monocrático em julgar inúmeros agravos, acelerando, desta forma, a prestação jurisdicional em primeiro grau, a par de ter sobrecarregada a segunda instância.

Em decorrência disto, muitas vezes, as sentenças são proferidas antes mesmo do julgamento do agravo, gerando uma série de problemas no ordenamento jurídico e ocasionando, de certo modo, insegurança entre as partes. Nesta situação, o que deve o relator do agravo fazer? A lei é omissa nesse sentido, e nem mesmo a atribuição do efeito suspensivo ao recurso resolveria a problemática, existindo vários entendimentos jurisprudenciais e diversas as suas conseqüências sobre o caso em tela.

Em geral, o pedido de reapreciação de uma decisão judicial recomenda que enquanto houver discussão sobre o ato impugnado, este não opere nenhum efeito.¹¹ Isso se processa por meio do efeito suspensivo.

O efeito suspensivo, retarda a produção dos efeitos da decisão impugnada até que o recurso interposto transite em julgado. Sem o efeito suspensivo, assim que a decisão fosse publicada, produziria todos os seus efeitos, ensejando, inclusive, sua execução provisória (artigo 587 do Código de Processo Civil).

Na maioria dos recursos, o efeito suspensivo trata-se de matéria de ordem pública e, por isso, é atribuído de ofício pelo juiz. Todavia, no agravo de instrumento o rela-

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 521.

tor só poderá atribuir o efeito suspensivo se for requerido pela parte, conforme preceitua o artigo 558 do Digesto Instrumental.

Normalmente, o recurso recebido no efeito suspensivo, obsta, também, o andamento do processo, só podendo o juiz, praticar atos de urgência e indispensáveis para assegurar o resultado útil do processo. Vale ressaltar, que os recursos, especial e extraordinário, não possuem efeito suspensivo, devendo a parte interessada, em caso de prejuízo, pleitear medida cautelar.

Durante o procedimento do recurso com efeito suspensivo, não se pode praticar ato de seqüência do procedimento, já que o curso do processo também fica suspenso até o trânsito em julgado da decisão sobre o recurso. No entanto, havendo necessidade, pode o juiz ordenar providências de urgência para a conservação da coisa.¹²

Destarte, pela exegese do artigo 497 c/c o artigo 558, ambos do Código de Processo Civil, percebe-se que a disciplina do efeito suspensivo no agravo de instrumento é um pouco diferente. Vejamos:

Art. 497. (...) a interposição de agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei."

Art. 558. "(...), sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. (Grifos nossos)

¹² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais. teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 378-379.

Dessa feita, quando o código atribuiu a alguns casos o efeito suspensivo ao recurso em tela, ele referiu-se, tão-somente, na suspensão da decisão agravada, não do processo, que continua fluindo normalmente no 1º grau.

Em virtude dessa particularidade do Agravo de Instrumento, mesmo que o recurso seja recebido no efeito suspensivo, o juiz monocrático pode prolatar a sentença antes do julgamento definitivo do agravo, pois o que se suspende é o cumprimento da interlocutória.

Nessa situação, publicada a sentença do processo que originou a interposição do agravo de instrumento, este perde seu objeto ou deve prosseguir normalmente seu curso?

Para uns, a interposição do agravo geraria um direito objetivo à parte, em vê-lo julgado. Para estes, a apresentação tempestiva do recurso cria para os agravantes um direito processual ao respectivo julgamento.¹³ Sendo assim, a sentença não transitaria em julgado até o julgamento definitivo deste pela Câmara ou Turma. Segundo esse entendimento, o fato da parte não apelar não significa desistência do recurso em apreço pois este não é condicional à existência ou não da apelação, é um recurso independente. Afinal, seria uma incongruência do sistema, pre-judicar a parte pela rapidez do Judiciário.

Sobrevindo sentença, sem que tenha sido julgado o agravo, não é necessário que o agravante reitere o agravo

13 No mesmo sentido: RE, n.º 89.980-4, rel. Min. Soares Muñoz, j. 24/10/1978, RT 593, p. 122, Ap. 39.424-2, rel. Des. Jurandyr Nilsson, j. 17.08.83, JTA 105, p. 2729, Ap. 365.019-8, rel. Juíza Jacobina Rabello, j. 11.02.87, RT 866, p. 131/132, AI 283.958-5/00, rel. Juiz Renato Sartorelli, j. 06.02.91, RESP 112111/PR, j. 08.09.1998, p. DJ 14.02.2000, pg. 28; RESP 141165/SP, j. 10.04.2000, p. DJ 01.08.2000, pg. 258; RESP 167218/ES, j. 03.10.2002, p. DJ 18.11.2002, pg. 209; RCL 1234/SP, j. 26.03.2003, p. DJ 12.08.2003, pg. 185.

ou apele da sentença. A sentença é dada sob a condição de ser desprovido o recurso, igualmente ao que ocorre na execução provisória.¹⁴

A sentença seria condicional ao provimento, ou não, do agravo. Se o agravo fosse julgado improcedente a sentença seria válida, caso contrário, seriam nulos todos os atos posteriores à interposição do agravo, que fossem incompatíveis com sua decisão, inclusive a sentença (efeito expansivo).

É importante no momento um parêntese para esclarecer o termo sentença condicional. Primeiramente, sentença, segundo o Código Processual Civil é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, artigo 162. As sentenças podem ser terminativas ou definitivas, estas encerram o processo com o julgamento do mérito e àquelas sem apreciação do mérito. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba seu ofício jurisdicional, artigo 463.

Os juristas divergem sobre a possibilidade de existir sentença condicional em nosso ordenamento jurídico. Muitos alegam que o único caso previsto na lei processual ocorre na execução provisória, artigo 587. Outros baseados neste mesmo dispositivo defendem que, da mesma forma, como acontece na execução provisória, podem existir outras situações de sentenças condicionais.

De um jeito ou de outro, é a sentença condicional própria da execução provisória. Na execução provisória a validade de seus atos está subordinada a não ser a sentença

14 NERY JUNIOR, Nelson; NERY ANDRADE, Rosa Maria. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 889-890.

ça reformada, pois no momento em que eles estão sendo praticados, ainda não se sabe se a sentença será, ou não, modificada.¹⁵ Sendo a sentença modificada, todos os atos praticados na execução não nulos.

Fazendo uma interpretação extensiva, poder-se-ia concluir que, igualmente ao que ocorre na execução provisória, a sentença proferida antes do julgamento do agravo possuiria sua eficácia condicionada ao desprovemento deste, no que concerne às questões nele ventiladas, não se sabendo, no momento da prolação, se ela será, ou não, prejudicada pela decisão do recurso.

Em termos práticos, esse posicionamento constitui o seguinte raciocínio: se não houver apelação, e a sentença proferida pelo juiz *a quo* for favorável ao agravante, é evidente que deve ser considerado prejudicado o agravo; sendo o agravante vencido, a sentença encontra-se sob condição do desprovemento do agravo, devendo o recurso ser julgado normalmente; caso exista apelação interposta por qualquer uma das partes, o agravo deve ser apreciado antes dela.

Por outro lado, apesar do que poderia parecer até então, são inúmeras as decisões de modo diverso, ou seja, defendendo que uma vez proferida a sentença no processo principal, o agravo restaria prejudicado, em outras palavras, perderia seu objeto.¹⁶

15 GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 207

16 Nesse sentido: RESP 165838/MS, j. 17.08.1999, p. DJ 03.11.1999, pg. 105; 2002.700290-6, TRF 1ª Região, pub. No DJ/GO nº 13.806, em 25.06.2002; RESP 292565/RS, j. 27.11.2001, pub. DJ em 05.08.2002, pg. 347; RESP 410398/DF, j. 06.08.2002, p. DJ 16.09.2002, pg. 224; 71.561-3, TJPE, j. 24.10.2002, pub. DO em 06/11/2002; RÔMS 6437/ SP j. 05.11.2002, p. DJ 09.12.2002, pg. 316.

Sendo o agravo de instrumento um recurso interposto contra decisão interlocutória, no curso de um processo, não faz sentido persistir no seu julgamento, já tendo o juiz monocrático encerrado o mesmo. Tratar-se-ia de uma questão de lógica processual.

As partes, em tais circunstâncias, não se encontram mais sob a égide da decisão que concedeu o efeito suspensivo ativo, e deferiu a liminar, mas, sim, sobre os efeitos da sentença que julgou procedente o pedido.¹⁷

Assim, a eficácia do comando da sentença não pode subordinar-se ao julgamento do agravo interposto anteriormente, seja pela inadmissibilidade de sentença condicional, seja pela sua finalidade de resolver definitivamente o conflito de interesses. Sob outro ângulo, ainda que eficaz, a sentença, a formação, ou não, da coisa julgada, conforme provido, ou não, aquele agravo anterior, comprometeria, de fundo, a segurança jurídica, princípio que, afinal, resguarda toda a ciência jurídica.

Segundo esse juízo, se a parte se sentisse prejudicada, o recurso cabível é a apelação, a ser interposta da sentença, que abrange todas as questões anteriores não preclusas.

A não interposição de recurso contra a sentença faz operar a coisa julgada material, ainda que pendente agravo de instrumento, pois o referido recurso não tem o condão de impedir que a sentença transite em julgado.

Entender de outro modo, causaria imenso tumulto na relação processual, e diminuiria sobremaneira a autoridade do juiz *a quo*, posto que, a sentença por ele proferida não teria força de definitiva, até julgamento do agravo

17 No mesmo julgo: JTA 118, p. 400/401, AI 240.613, rel. juiz Cintra Pereira, j. 26.09.89.

e, sendo este contrário à sentença, ele teria de realizar todos os atos decisivos novamente, o que, sem dúvida, retardaria o andamento processual.

Nesse diapasão, existem ainda, opiniões menos radicais que buscam um meio termo entre ambos os entendimentos. Nesse sentido, se a matéria questionada no agravo for prejudicial ao julgamento da ação, esta ficaria condicionada ao seu julgamento. Caso diverso, o agravo perderia seu objeto, devendo a parte insatisfeita fazer uso da apelação.

Sabemos que o agravo é o recurso cabível contra decisões interlocutórias. Estas são aquelas pela qual se decide sob um ponto incidente no processo, e dividem-se em simples e mistas. Simples são as interlocutórias que não se estendem além do ponto sobre o que é proferida, e mista é aquela capaz de prejudicar a sentença definitiva.¹⁸ Sucintamente, poderíamos dizer que toda vez que o agravo se referisse a uma interlocutória simples perderia seu objeto com a prolação da sentença, e quando fosse referente a uma interlocutória mista não seria prejudicado, devendo persistir até final julgamento.

Mas o que vem a ser questão prejudicial?

Segundo Humberto Theodoro Júnior, "é aquela questão relativa a outra relação ou estado que se apresenta como mero antecedente lógico da relação controvertida"; mais ainda, elas não dizem respeito diretamente à lide, situam-se como antecedentes lógicos da conclusão da sentença.¹⁹

18 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Sentença e coisa julgada*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995. p. 276.

19 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 530-531.

O vocábulo prejudicial é de origem latina, derivando do termo *praejudicium*, composto do prefixo *prae* e da palavra *judicium*. O prefixo traz a idéia de algo que vem antes, anterior, e a palavra *judicium* significa o julgamento da questão principal de forma definitiva, ou mesmo, do próprio processo.²⁰ A questão prejudicial deve ser resolvida antes da questão prejudicada porque há uma dependência lógica entre as duas. A prejudicial condiciona a prejudicada.

Sendo assim, havendo sentença, sem que se resolva na instância superior a questão prejudicial, não perderá o agravo seu sentido, pois seu julgamento favorável pode alterar, sensivelmente, o rumo do processo.

Ao relator do presente recurso, cabe a missão de observar se o processo pode ser extinto sem prejuízo às partes, ou não, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Por exemplo, uma decisão do juiz que indefira a produção de provas e promova o julgamento antecipado da lide. A parte agrava, alegando cerceamento do direito de defesa. Sendo a ação principal julgada antes do recurso em apreço, sem sombra de dúvidas, sendo este procedente, a sentença será nula, pois foi prolatada sem a existência de provas cruciais ao direito das partes.²¹

Por outro lado, numa ação possessória em que a parte agrava da decisão do juiz que concede a posse provisória ao agravado. Mesmo que o relator tenha entendido de modo contrário ao juiz monocrático e concedido, liminarmente, ao agravante a posse provisória, este ato, em nada

20 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 200.

21 RSTJ n.º 95. RESP n.º 29.035 PR, rel. Min. Adhemar Maciel, j. 12/12/1995, p. DJ 24/02/97; RSTJ n.º 105. RESP. n.º 88.043-SP, rel. Min. Félix Fischer, j. 21.10.97, p. DJ 24.11.97; RESP 182862/RJ, j. 27.04.1999, p. DJ 01.07.1999, pg. 127.

prejudica a decisão final, pois com quem fica a posse antes do julgamento da lide não implica em nenhum prejuízo da ação, nem interfere no convencimento do juiz.

Segundo esse posicionamento, o mais correto será o relator ao apreciar o agravo verificar, no caso concreto, se a matéria objeto do recurso teria o poder de alterar o norte do processo, prejudicando, desse modo, a parte, ora agravante ou não.

Se a questão ventilada no agravo decorrer de um antecedente lógico na prolação da sentença, deverá o recurso ser julgado independente de requerimento das partes, sendo a sentença do juiz *a quo* condicional ao provimento do agravo. Sendo este improcedente, a sentença valerá em todos os seus termos, caso contrário, será nula, como todos os demais atos existentes no processo, posteriores ao agravo, e que com ele sejam incompatíveis. Caso o destino da interlocutória não interfira no julgamento da lide, o agravo deverá ser tido como prejudicado e, via de consequência, extinto, sem julgamento do mérito.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O agravo de instrumento é um recurso que não obsta o andamento do feito principal, nem mesmo se for recebido no efeito suspensivo, ante a exegese sistêmica do art. 497 c/c 558 da Lei Adjetiva Civil.

Desse modo, na pendência de agravo de instrumento, se ocorrer sentença no juízo *a quo*, diante da omissão da lei, diversas direções pode tomar o julgador, consoante sua interpretação sobre o assunto. Considerando, é óbvio, que deve o insigne magistrado agir de forma a não prejudicar nenhuma das partes.

Assim sendo, faz-se necessário uma apreciação crítica sobre os vários posicionamentos apresentados. Primeiramente, examinaremos o entendimento da persistência do agravo, mesmo havendo sentença.

De fato, se o agravante impetrou o recurso no prazo, com todos os documentos obrigatórios e necessários ao seu julgamento, essa atitude, por si só, demonstra o seu interesse e direito em ver o recurso julgado. Por esse ângulo, essa opinião seria a que melhor se adequaria ao princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, artigo 5º LV, da Constituição Federal.

Todavia, em termos práticos, esse pensamento é praticamente inviável, pois se todas as vezes que fosse provido o agravo de instrumento o juiz *a quo* tivesse que refazer todos os atos processuais, inclusive, proferir nova sentença, o tempo para conclusão e finalização do processo seria ainda maior. O processo civil se transformaria num meio hábil de grandes injustiças, pois como é sabido, “justiça tardia não é justiça”. Seria um impasse, sem dúvida, ao princípio da celeridade processual e, também, ao objetivo maior do Direito, qual seja, a efetivação da justiça.

Considerar que o agravo perderia seu objeto, é óbvio, não causa maiores transtornos processuais e torna o processo mais célere. Todavia, nessa busca incessante pela rapidez, não podemos esquecer de conceder às partes todos os meios necessários para a defesa do seu direito, sendo, por esse motivo, o agravante deveras prejudicado.

Há, em ambos os posicionamentos, uma discrepância entre os princípios da celeridade e efetivação da justiça e o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Nesse diapasão, *data maxima venia* às opiniões contrárias, entendo que o melhor entendimento é aquele que diante do caso concreto, o relator do agravo deve apreciar a persistência ou não do recurso em apreço.

Por isso, defendo entendimento que sendo o agravo interposto sobre uma questão primordial e imprescindível ao julgamento final do feito, ele não pode, simplesmente, perder o objeto. O recurso deve prosseguir normalmente até final julgamento, independente de apelação das partes, pois conforme a tese tomada pelo colegiado todo o processo poderá tomar outro rumo. Por exemplo, agravo versando sobre a legalidade de uma prova crucial à defesa da parte. Caso o agravo seja provido, e isso interfira no teor da sentença, consoante o sistema das nulidades previsto no Código de Processo Civil, especificamente no seu artigo 248, esta deve ser considerada nula em tudo aquilo em que for prejudicada pelo agravo.

Por derradeiro, nos casos em que o agravo traga à baila um assunto ordinário que não possua a eficácia de distorcer o entendimento do magistrado, não faz sentido a máquina judiciária percorrer toda seu curso, para, apenas no julgamento do agravo, validar a sentença proferida anteriormente. O exame do agravo seria um empecilho à efetivação da justiça. Nessas hipóteses, o mais correto, ao nosso juízo, é o relator considerar prejudicado o agravo, de imediato, ao tomar conhecimento da prolação da sentença no 1º grau de jurisdição. Se, porventura, as partes discordarem do *decisum* vergastado, elas podem fazer uso da apelação, que é o recurso adequado contra as sentenças. Exemplo: a posse provisória de um bem que não interfere no julgamento final da lide. Sendo encerrada a *quaestio iuris*, deve prevalecer o teor da sentença.

Em suma, se o agravo versar sobre uma questão prejudicial ao mérito, continuará produzindo todos os seus efeitos até à apreciação final, caso o objeto do recurso seja alguma matéria que não interfira na análise da sentença, o agravo restará prejudicado, cabendo ao relator, ao apreciar o recurso, examinar em qual situação se reveste o caso concreto.

4. REFERÊNCIAS

ALVIM, J.E. Carreira. **Novo Agravo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARAÚJO JUNIOR, Gidiel Claudino de. **Recurso de Agravo: Teoria e Prática**. São Paulo: Atlas, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Sentença e Coisa Julgada**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995.

GRECO, Leonardo. **O processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e a Ação Monitória: de acordo com as alterações do Código de Processo Civil determinadas pelas Leis nº 9.079, 9.139 e 9.245**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1997. v.III

MIRABETE, Julio Fabrine. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. V

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais. Teoria Geral dos Recursos**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE, Rosa Maria Nery. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante em Vigor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. **Agravo: Nova Sistemática e Outros Temas da Exegese Controvertida da Reforma de Processo Civil**. Recife: Bagaço, 1996.

NORONHA, Carlos Silveira. **Do Agravo de Instrumento**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Agravo de Instrumento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

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

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DOCUMENTOS E REVISTAS

BRASIL. Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. **Julgados**, n. 105; set./out. 1987.

BRASIL. Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. **Julgados**, n. 118, nov. dez. 1989.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Recife: Bagaço, 1999.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo, n. 593, mar. 1985.

REVISTA DOS TRIBUNAIS, São Paulo, n. 666, abr. 1991.

REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, n. 95; jul. 1997.

REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, n. 105; mai. 1998.

DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**. Disponível em: < www.stf.gov.br/institucional/regimento-interno >. Acesso em 25 ago. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Disponível em: < www.stj.gov.br/regimento-interno >. Acesso em 25 ago. 2003.

O RACIONALISMO MODERNO E A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

Nelson Saldanha

Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito do Recife. Membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e da Academia Pernambucana de Letras.

O termo "moderno" vai mencionado no título com o sentido que lhe deu a historiografia dos séculos XVIII e XIX, ou seja: aludindo ao mundo ocidental que se segue ao Renascimento, ao aparecimento do capitalismo e ao da Reforma. De dentro do moderno desbobra-se o "contemporâneo", ou surge como etapa posterior. Com esses conceitos, dispenso pessoalmente o rótulo "pós-moderno", que muitos vêm utilizando para designar as coisas correspondentes à crise da modernidade. Para mim são, ainda, modernidade. Prefiro empregar para o tema o termo secularização, que se refere à passagem do padrão sociocultural teológico para o leigo (e logo depois racional): passagem que se deu no mundo clássico mais ou menos nos séculos V e IV a C. e que ocorreu no Ocidente no trecho que abrange os séculos XVII e XVIII.

O chamando iluminismo equivaleu portanto à consolidação dos componentes daquela passagem: isto é, advento do racionalismo e da economia capitalista, formação do Estado moderno e da cultura leiga fundada sobre o humanismo.

Mencionei o Estado Moderno. Para certos autores, teria ele surgido no século XVI ou no XVII, com o que se denomina "queda do feudalismo" e com a monarquia ab-

soluta. Sempre se citam a Inglaterra e a França como países que primeiro lograram a unificação política, além do caso do reino de Nápoles ao tempo de Frederico Barbarossa, que no século XIV prefigurou o Estado Moderno¹. Outros autores reservam o título de Estado Moderno para o Estado Constitucional, oriundo das revoluções ditas liberal-burguesas e instaurador de um novo tipo de relação entre a sociedade e o Estado. E também de um novo tipo de relação entre os poderes do Estado.

Este dualismo óbvio apareceu dentro de quase todos os países ocidentais (a Inglaterra uma das exceções): de um lado o desejo de manter a ordem constitucional clássica e com ela seus conceitos básicos, de outro o de aceitar mudanças que de certo modo, serviam para manter viável o arcabouço constitucional⁶.

A constituição escrita, em seu sentido clássico, era um arcabouço de garantias. Hauriu chegou a afirmar que ela própria era a primeira garantia. O modelo norte-americano fazia repousar sobre o trabalho dos juizes a estabilidade do ordenamento, mas o modelo europeu-continental, calcado em grande medida sobre o exemplo francês,

necessitava de uma instrumentalidade existente dentro do próprio direito positivo para assegurar a um tempo a flexibilidade e a firmeza da ordem constitucional. Daí a relevância do tema do poder de reforma, destinado a dar ao problema das mutações constitucionais um desenho institucional mais definido.

Na verdade foram três as decorrências doutrinárias (e positivas) da chamada "supremacia constitucional": a distinção entre lei constitucional e lei ordinária, a que já me referi, a diferença entre poder constituinte e poder de reforma e a questão do controle de constitucionalidade.

Fixando o foco sobre o tema da reforma, vale insistir sobre o sempre revisitado problema de suas limitações⁷. O conteúdo da constituição, a partir dos modelos clássicos, sempre foi visto como algo internamente diferenciado, correspondendo esta diferenciação à existência de dois componentes na ordem constitucional, dois componentes fundantes previstos no celebrado artigo 16 do texto de 1791: a separação dos poderes e as garantias. Com o tempo e diante das pressões políticas, fixou-se entre os limites ao poder de reforma o respeito a ambos os itens. Mas a referência às garantias se mostrou mais acessível às transformações sociais, por conta de sua relação com o problema dos direitos. A alusão aos limites passou a empregar, depois, a expressão "cláusulas pétreas", mencionando os pontos que a reforma, entendida como obra de um poder não propriamente constituinte, não poderá alterar (Pontes utilizou o termo "cerne inalterável").

7 Para o tema da reforma sob enfoque genérico, Nelson Saldanha, *O Poder Constituinte* (2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo 1986), cap III, 11. - Ver ainda Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, Paris 1996, parte II, princ. cap X; Raul Machado Harbo, *Estudos de Direito Constitucional* (ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1995). Título I, *passim*. Mais recentemente, o lúcido livro de Gustavo Just de Costa e Silva, *Os Limites da reforma constitucional*, ed. Renovar, Rio de Janeiro 2000

1 Manóel García-Pelayo, "Frederico II de Suécia Y el nacimiento del Estado Moderno" em *Del Mito y de la razón en la historia del pensamiento político* (Madrid, Rev. de Occidente, 1968)

2 Aos "objetivos" racionais conduzidos pela teorização revolucionária, cabe agregar a vigência de símbolos, revelações de uma visão literalmente mítica dentro dos ideais de 1789. Cf. Jean Starobinski, 1789, *os emblemas da razão* (São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 38) "O mito solar da Revolução"

3 Paul Basit, *Sieyès et sa pensée*, Hachette, Paris, 1939 (nova edição, ib. 1979)

4 A respeito, Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (ed. Duncker e Humblot, Monique 1928). Schmitt emprega o termo *Verfassunggebende Gewalt*, poder de dar constituição. Cf. Trad. esp. *Teoría de la constitución*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s.d.

5 Palhares Moreira REIS, *O Estado e seu ordenamento jurídico*, 2. ed. Recife, 1979, no DANTAS, *O valor da constituição*, Rio de Janeiro: Renovar 1998.

6 Daí a duração da Constituição norte-americana, que muitos têm dificuldade de entender. Sobre as diferentes "fontes" do direito constitucional dos Estados Unidos: García-Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, ed. da Fundación García-Pelayo, Caracas (facsimilada pela Arianza Editorial), 2000, pág 352 e seqs.

solta. Sempre se citam a Inglaterra e a França como países que primeiro lograram a unificação política, além do caso do reino de Nápoles ao tempo de Frederico Barbarossa, que no século XIV prefigurou o Estado Moderno¹. Outros autores reservam o título de Estado Moderno para o Estado Constitucional, oriundo das revoluções ditas liberal-burguesas e instaurador de um novo tipo de relação entre a sociedade e o Estado. E também de um novo tipo de relação entre os poderes do Estado.

Este dualismo óbvio apareceu dentro de quase todos os países ocidentais (a Inglaterra uma das exceções): de um lado o desejo de manter a ordem constitucional clássica e com ela seus conceitos básicos, de outro o de aceitar mudanças que de certo modo, serviam para manter viável o arcabouço constitucional².

A constituição escrita, em seu sentido clássico, era um arcabouço de garantias. Hauriu chegou a afirmar que ela própria era a primeira garantia. O modelo norte-americano fazia repousar sobre o trabalho dos juizes a estabilidade do ordenamento, mas o modelo europeu-continental, calcado em grande medida sobre o exemplo francês,

necessitava de uma instrumentalidade existente dentro do próprio direito positivo para assegurar a um tempo a flexibilidade e a firmeza da ordem constitucional. Daí a relevância do tema do poder de reforma, destinado a dar ao problema das mutações constitucionais um desenho institucional mais definido.

Na verdade foram três as decorrências doutrinárias (e positivas) da chamada “supremacia constitucional”: a distinção entre lei constitucional e lei ordinária, a que já me referi, a diferença entre poder constituinte e poder de reforma e a questão do controle de constitucionalidade.

Fixando o foco sobre o tema da reforma, vale insistir sobre o sempre revisitado problema de suas limitações³. O conteúdo da constituição, a partir dos modelos clássicos, sempre foi visto como algo internamente diferenciado, correspondendo esta diferenciação à existência de dois componentes na ordem constitucional, dois componentes fundantes previstos no celebrado artigo 16 do texto de 1791: a separação dos poderes e as garantias. Com o tempo e diante das pressões políticas, fixou-se entre os limites ao poder de reforma o respeito a ambos os itens. Mas a referência às garantias se mostrou mais acessível às transformações sociais, por conta de sua relação com o problema dos direitos. A alusão aos limites passou a empregar, depois, a expressão “cláusulas pétreas”, mencionando os pontos que a reforma, entendida como obra de um poder não propriamente constituinte, não poderá alterar (Pontes utilizou o termo “cerne inalterável”).

1 Mancel García -PELAYO, *Frederico II de Suabia Y el nacimiento del Estado Moderno em Del Mito y de la razón en la historia del pensamiento político* (Madrid, Rev. de Occidente, 1968)

2 Aos “objetivos” racionais conduzidos pela teorização revolucionária, cabe agregar a vigência de símbolos, revelações de uma visão latente e múltipla dentro dos ideais de 1789. Cf. Jean Starobinski, 1789, os emblemas da razão (São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 38) “O mito solar da Revolução”

3 Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, Hachette, Paris, 1939 (nova edição, ib. 1979).

4 A respeito, Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (ed. Duncker e Humblot, Munique 1928). Schmitt emprega o termo *Verfassunggebende Gewalt*, poder de dar constituição. Cf. Trad. esp. Teoría de la constitución, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s.d.

5 Palhares Moreira REIS, *O Estado e seu ordenamento jurídico*, 2. ed. Recife, 1979, in DANTAS, *O valor da constituição*, Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

6 Daí a duração de Constituição norte-americana, que muitos têm dificuldade de entender. Sobre as diferentes “fontes” do direito constitucional dos Estados Unidos: García - Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*, ed. da Fundación García - Pelayo, Caracas (facsimilada pela Alianza Editora), 2000, pág. 352 e segs.

7 Para o tema da reforma sob enfoque genérico, Nelson Saldanha, *O Poder Constituinte* (2ª edição, Revista dos Tribunais, São Paulo 1985), cap. III, 11. - Ver ainda Claude Klee, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, Paris 1986, parte II, princ. cap. X; Raul Machado Horta, *Estudos de Direito Constitucional* (ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1995). Título I, *passim*. Mais recentemente, o núcleo livro de Gustavo Just da Costa e Silva, *Os Limites da reforma constitucional*, ed. Renovar, Rio de Janeiro 2000

Na segunda metade do século XX, o aparecimento da filosofia hermenêutica, e em ligação com ela a renovação dos estudos sobre hermenêutica jurídica, trouxeram perspectivas mais abertas e menos “dogmáticas”, para o tema da interpretação constitucional, bem como para a compreensão do próprio texto constitucional como um conjunto. E com isto a possibilidade de repensar a relação entre esse conjunto e sua reforma.

Para concluir devo mencionar a experiência brasileira. Basicamente e como observação provocativa, diria que o Brasil adotou a teoria do poder constituinte sem ter tido um processo autônomo de chegada ao racionalismo: e que adotou a prática da constitucionalidade sem ter entrado em uma secularização plenamente caracterizada.

Certamente que as idéias de Frei Caneca, em 1824, sobre o poder constituinte, se fundavam em um claro racionalismo, mas que era o dele, geômetra e leitor dos franceses, não o de um contexto historicamente dominante. E tivemos aquelas idéias depois de escrita e promulgada a constituição, não antes: a constituição, votada primeiro por uma constituinte, refeita depois por uma comissão designada pelo monarca. No caso da constituição republicana tivemos como força doutrinária maior a pregação positivista, mas tivemos também o modelo norte-americano. Ou seja, o modelo racional iluminista, presente no texto norte-americano e nos exemplos clássicos franceses, reunidos ambos ao modelo comteano: sempre o executivismo presidencialista que tão profundamente duraria em nossa experiência política. Como em outros processos históricos, a estruturação das formas políticas básicas ocorreu

em nosso país sem cumprir certas etapas de caráter político-cultural.

A isto acrescenta-se a constante vitória do centralismo sobre os reclamos federalistas, vindos do século dezanove. Há dificuldades reais, sobre as quais resvalam os cuidados conceituais dos professores e as exigências críticas ligadas ao melhor pensamento político. São continuidades que no fundo se contradizem, a da concepção hierárquica das relações entre constituir e reformar, e a do poder executivo como fiador do centralismo incorrigível.

Manteve-se no texto de 1891 o sentido fundante do poder constituinte, tomando-se como coisa distinta a competência reformadora, entendimento que vem subsistindo, em essência, nas constituições posteriores, inclusive na que completou agora seus 15 anos.

Continuidades tão diversas, a da distinção entre constituir e reformar, e a do executivismo centralizador, seguem contrastando com as instabilidades políticas vividas durante o século vinte. Estas instabilidades, porém, e este é um paradoxo, teriam tido mais força e maiores efeitos se não fossem aquelas continuidades.

Mas estes são temas em aberto, são indagações permanentes e com várias perspectivas para serem abordadas.

* Texto correspondente à participação no Seminário “Quinze Anos da Constituição de 1988” promovido pela FASNE, pela academia de Ciência Moral e Políticas e pelo Instituto Pernambucano de Direito Comparado, no Recife, a 12 de novembro de 2003.

A SOCIEDADE CONTRATUAL E O SÓCIO INCAPAZ (INCAPACIDADE SUPERVENIENTE) NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA EVIDENTE INCONSTITUCIONALIDADE

Olney Queiroz Assis

Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP e Professor da Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus.

O ingresso do menor incapaz na sociedade limitada por causa mortis (herança de cotas) ou por ato *inter vivos* (doação ou alienação de cotas) já mereceu muitas discussões doutrinárias.

Analisando mandado de segurança contra a decisão de Junta Comercial, que negou arquivamento de contrato social em virtude da presença de sócio incapaz, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que as juntas Comerciais e os Registros Cíveis das Pessoas Jurídicas devem aceitar contratos ou alterações de contratos de sociedade de responsabilidade limitada com sócio incapaz (menor), desde que presentes os seguintes pressupostos: a) o incapaz não pode exercer a gerência; b) o capital social deve estar totalmente integralizado; c) o absolutamente incapaz deve ser representado, e o relativamente incapaz deve ser assistido pelos seus representantes legais.

Com base no entendimento unânime do STF, as Juntas Comerciais e os Registros Cíveis das Pessoas Jurídicas

passaram a aceitar os contratos ou alterações contratuais com sócios incapazes, desde que presentes os pressupostos indicados pelo Tribunal.

Os pressupostos prescritos para o menor devem também incidir sobre as demais categorias de incapazes, inclusive as pessoas portadoras de deficiência mental. Aliás, em relação ao empresário individual, o Código Civil estabelece que o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, poderá continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança (art.974). Para a continuação da empresa, é necessária a autorização do juiz, mediante concessão de alvará judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa e também da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros (art.974, §1º). Mediante autorização judicial, portanto, o incapaz (inclusive o portador de deficiência mental, o ébrio habitual e o dependente de tóxicos), por meio de representante ou devidamente assistido, pode continuar o exercício da empresa nas hipóteses apontadas pela lei: incapacidade superveniente ou herança.

Vale dizer que, se o empresário individual adquire uma deficiência mental (incapacidade superveniente) que o impede de continuar gerindo os negócios, o representante legal (curador), devidamente nomeado pelo juiz, poderá continuar o exercício da empresa. Do mesmo modo, se um empresário individual falece, o herdeiro portador de deficiência mental poderá sucedê-lo no negócio, prati-

cando os atos por intermédio de um representante legal (curador).

Sobre a cessão de cotas de sociedade, é importante especificar as duas possibilidades:

- I Transmissão *inter vivos*: o contrato social pode estabelecer a livre cessão das cotas (sociedade de capital) ou impor restrições pela exigência da concordância prévia dos demais sócios (sociedade de pessoas). Na omissão do contrato, o sócio pode ceder sua cota a terceiros, se não houver oposição de titulares de mais de um quarto do capital social (CC, art.1057).
- II Transmissão *causa mortis*: a morte do sócio não acarreta por si só a dissolução da sociedade. O contrato social pode estabelecer não só a cláusula de continuação da sociedade mas também a cláusula que determine: a) ou a continuação da sociedade com os herdeiros (sociedade de capital); b) ou a dissolução parcial, com levantamento de balanço especial para pagar os haveres do sócio morto (sociedade de pessoas).

Não é lícito aos sócios sobreviventes recusar a entrada na sociedade dos herdeiros do sócio morto, desde que o contrato social contenha cláusula que estabeleça a continuação da sociedade com os herdeiros. Mas, aos herdeiros, é facultado entrar ou não na sociedade. Como os herdeiros não são sócios, mas apenas credores nos limites dos seus respectivos quinhões, aplica-se o princípio constitucional da livre associação.

Isso posto, no caso de uma sociedade de capital, as cotas do sócio falecido podem ser, mediante formal de partilha, transferidas ao herdeiros incapaz, mesmo quando se trata de herdeiro portador de deficiência mental, ébrio habitual ou dependente de tóxicos. No caso de sociedade de pessoas, a solução é outra; os herdeiros não sucedem o sócio morto, é feita, de acordo com a lei, a liquidação parcial da sociedade, com a apuração dos haveres, mediante balanço de determinação, que deverão ser entregues ao espólio.

É INCONTITUCIONAL A EXCLUSÃO DO SÓCIO FUNDADA EM INCAPACIDADE SUPERVENIENTE

A incapacidade superveniente decorre de embriaguez habitual, dependência de tóxicos e deficiência mental completa ou reduzida (CC, art. 4º, II). O Código Civil prevê a hipótese de o sócio ser excluído judicialmente da sociedade por incapacidade superveniente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios (art. 1030). Não obstante o teor literal dessa norma, a interpretação sistemática exposta indica que a incapacidade superveniente não constitui, em absoluto, motivo para exclusão, mas apenas hipótese que justifica o afastamento do sócio do cargo de administrador. A incapacidade, seja por deficiência mental, embriaguez habitual ou dependência de tóxicos, deve ser comprovada com sentença judicial que declare o sócio incapaz. A mesma sentença deve nomear pessoa com poderes para representar o incapaz perante a sociedade.

A tecnologia jurídica, apressada em tecer comentários sobre o Código Civil ou apegada em demasia ao teor literal da norma, conclui, sem maiores considerações, que é possível a exclusão do sócio, em virtude de incapacidade superveniente, mediante decisão judicial, em ação proposta pela maioria dos demais sócios. Na interpretação da norma que autoriza tal exclusão, é preciso fixar duas premissas: a) exclusão é uma sanção que só se justifica no caso de falta grave; b) a incapacidade por deficiência mental, ao contrário da incapacidade por embriaguez ou dependência de tóxicos, não decorre de ato voluntário.

É óbvio que a incapacidade superveniente justifica plenamente o afastamento do sócio do cargo de administrador, mas não justifica a exclusão. O sócio cotista apenas participa dos lucros da empresa, motivo pelo qual a sua incapacidade, superveniente ou congênita, não afeta nem compromete a estrutura empresarial, conforme já decidiu o STF no caso do menor incapaz. Não faz sentido, portanto, a exclusão do sócio cotista com fundamento em incapacidade congênita ou superveniente. Ademais, a exclusão do incapaz, especialmente aquele que adquire uma deficiência mental, não se ajusta aos valores que têm presidido à interpretação dos princípios constitucionais que tratam dos direitos e das garantias das pessoas portadoras de deficiência. É bom lembrar que, na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (LICC, art. 5º). A exclusão é uma sanção que deve ser aplicada ao sócio que age de má-fé, que não observa o dever de lealdade ou não cumpre as obrigações contratadas. A expulsão é um ato que repercute negativamente na auto-estima do sócio excluí-

do e, na maioria das vezes, significa perda de patrimônio, especialmente quando se trata de empreendimento que progressivamente vem obtendo sucessos financeiros e reputação no mercado.

É pouco provável a hipótese de uma pessoa adquirir uma deficiência mental por vontade própria. A dependência de álcool e de tóxicos, embora resultante de um ato de escolha (uma péssima escolha), é um problema social que, não obstante a literalidade da norma constante do Art.482 da CLT, não constitui motivo para a demissão (exclusão) do empregado por justa causa no âmbito do Direito do Trabalho, conforme reiteradas decisões dos Tribunais. Dessa forma, também não pode ser considerada "falta grave" para a exclusão do sócio da sociedade. Os valores sociais predominantes impõem que se enxergue o dependente de álcool ou tóxico como uma pessoa que necessita de ajuda terapêutica. Sob esse ponto de vista, o incapaz se enquadra no conceito de pessoa portadora de deficiência, razão pela qual a norma do Código Civil que autoriza a exclusão de sócio por incapacidade superveniente afronta diversas normas constitucionais, inclusive o princípio da função social da empresa (CF, art.5º, XXIII).

Imagine um sócio administrador que tenha dedicado grande parte de sua vida ao sucesso do empreendimento e que, por algum motivo (idade avançada, acidente no trânsito ou trabalho), adquira uma deficiência mental.

Situações como essas não podem, em hipótese alguma, justificar a expulsão daquele que se dedicou à preservação da empresa e sempre se comportou com lealdade e boa-fé perante os demais sócios. Vale dizer, a interpretação teleológica evidencia que a exclusão fundada em in-

capacidade superveniente não coaduna com os valores que presidem os princípios constitucionais. Assim, a interpretação literal da norma que autoriza a exclusão do sócio incapaz (incapacidade superveniente) implica a inconstitucionalidade da norma.

A interpretação teleológica também evidencia que a exclusão fundada em deficiência superveniente consiste em negar os princípios da lealdade e da boa-fé, que presidem as relações dos sócios entre si. Vale dizer, a incapacidade superveniente por si só, em especial a que resulta de deficiência mental, não justifica a exclusão do sócio da sociedade. Vale fixar que qualquer forma de exclusão que atinge a pessoa em virtude da sua deficiência constitui afronta aos princípios básicos da Constituição Federal (art.5º, art. 34, VII, "a", art. 7º, XXXI; art.23, II; art.24, XIV, além de outros).

A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NOS CONTRATOS ENTRE SISTEMAS ELETRÔNICOS

Renata Cristina Othon Lacerda de Andrade
Advogada, Pós-graduação em Direito Civil pela Universidade
Federal de Pernambuco – UFPE.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. OS CONTRATOS ENTRE SISTEMAS ELETRÔNICOS; 2.1. Conceito - 2.2. Partes; 2.3. A vontade como elemento formador do contrato; 2.3.1. Conclusão do contrato; 2.3.2. O Lugar da contratação; 2.4. Forma; 3. A COMPUTAÇÃO DO FUTURO E OS CONTRATOS VIRTUAIS AUTÔNOMOS; 4. CONCLUSÕES; 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A contratação virtual está se tornando cada vez mais corriqueira em nosso País e dúvidas já não há quanto à segurança jurídica da eficácia de tais pactos. Entretanto, a contratação eletrônica não se restringe apenas a duas pessoas que se utilizam das máquinas para contratar; a nova forma utiliza dois terminais eletrônicos conectados através da rede externa (Internet) ou interna (padrão EDI, os chamados *Electronic Data Interchange*)¹.

Em que consistiriam tais contratos? Em que momento eles estariam concluídos? Seria possível a existência de erros de vontade? Haveria possibilidade de divergência entre a vontade real e a vontade declarada?

¹ COSTA, Luciene Borges da. *Comércio eletrônico – a validade jurídica dos contratos*. Disponível em: <www.cbajj.com.br/artigos/artlucborges01.htm>. Acesso em: 20 ago. 2003.

Para muitos, séculos de ciência podem não oferecer respostas adequadas às crescentes inquietações, provocadas pelo intenso desenvolvimento tecnológico. Contudo, nosso desafio será demonstrar que, apesar dos passos lentos da doutrina juscivilista, os seus princípios e institutos podem sustentar os avanços até agora alcançados pela ciência da computação, notadamente quanto aos contratos eletrônicos entre sistemas pré-programados, numa visão restrita à manifestação da vontade para a formação desses pactos.

2. OS CONTRATOS ENTRE SISTEMAS ELETRÔNICOS

Os chamados contratos virtuais já não são mais nenhuma novidade, dentro da configuração eletrônica atual. Segundo Marisa Delapievi Rossi², a contratação eletrônica se divide em três categorias: a) contratações intersistemáticas, em que a pactuação se estabelece entre sistemas aplicativos pré-programados, sem ação humana; b) contratações inter-pessoais, quando, anteriormente à contratação eletrônica, existe uma comunicação também eletrônica, para a formação da vontade e instrumentalização do contrato; e c) contratações interativas, resultante da comunicação estabelecida entre uma pessoa e um sistema previamente programado.

2.1. Conceito

É possível encontrar diversas conceituações para os contratos eletrônicos, sendo as posições mais destacadas aquelas que reconhecem dois aspectos: primeiro, em sentido amplo ou objetivo, como qualquer contrato cujo objeto seja um bem ou serviço informático ou relativo à informática; segundo, em sen-

² BRUNO, Marcos Gomes da Silva. *Aspectos Jurídicos dos contratos eletrônicos*. Disponível em: <www.juridica.com.br/apreia_artigo.asp?CodArtigo=35>. Acesso em: 15 ago. 2003.

tido estrito ou formal, como aquele confeccionado por meios eletrônicos independentemente de seu objeto.³

Os contratos intersistemáticos pertencem à categoria de contratos eletrônicos e podem ser definidos como aqueles pactos estabelecidos entre dois ou mais terminais eletrônicos, ligados em rede aberta (Internet), ou do chamado EDI, sem interferência humana no momento da contratação.

A Internet é formada por redes elementares que congregam computadores a ela conectados vinte e quatro horas por dia (governamentais e organizações civis)⁴, estando os demais usuários conectados através de provedores. Pode ser definida como:

um sistema global de redes de computadores que possibilita a comunicação e a transferência de arquivos de uma máquina a qualquer outra máquina conectada à rede, possibilitando, assim, um intercâmbio de informações sem precedentes na história, de maneira rápida, eficiente e sem a limitação de fronteiras, culminando na criação de novos mecanismos de relacionamento⁵.

Pode-se dizer até que:

a decolagem da Internet ocorreu no ano de 1973, quando Vinton Cerf, do Departamento de Pes-

³ HESS, Christian apud PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *Contratos eletrônicos*. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 15 ago. 2003.

⁴ SAMPAIO, Patrícia Regina Pereira; SOUZA, Carlos Afonso Pereira de. *Contratos eletrônicos – um novo direito para a sociedade digital?*. Disponível em: <http://sphere.rdc.puc-rio.br/sobrepuc/depts/ivleito/pet_jur/cat/palco.html>. Acesso em: 15 ago. 2003.

⁵ CORRÊA, Gustavo Testa apud PIMENTEL, Alexandre Freire. *Contratos Eletrônicos: um estudo confrontado em face das normas do velho e do novo código civil*. In: LOBO, Paulo Luiz Netto; LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (Coord.). *A teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 292.

quisa avançada da Universidade da Califórnia e responsável pelo projeto, registrou o (protocolo TCP/IP) Protocolo de Controle da Transmissão/Protocolo Internet. Trata-se de um código que consente aos diversos networks, incompatíveis por programas e sistemas, comunicarem-se entre si.⁶

O EDI (Electronic Data Interchange), troca de dados eletrônicos, utiliza-se de uma rede própria, que funciona como um "clube fechado". Como foi dito por André Fleury⁷,

desde o início, a principal finalidade da comunicação entre computadores era transferir informações entre um local de processamento e outro, agilizando o processo de tomada de decisões operacionais em cada local envolvido.

Através do EDI, a troca eletrônica de dados pode ter natureza mercantil ou financeira, quando se trate de transações comerciais ou operações financeiras.

2.2. Partes

As partes no contrato são definidas pelos centros de interesse, como já identificava Venosa⁸, dissociando-as das pessoas envolvidas, já que um centro de interesse poderia congrega diversas pessoas. A parte se compromete no contrato, por si mesmo ou por seu representante e, muitas vezes, quem assina o contrato não é a verdadeira parte.

6 PAESANI, Líana Miranda. *Direito e Internet*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 25.

7 Disponível em: <www.lerra.com.br/direitoraweb/173/especial/173_02b_2.htm>. Acesso em: 27 ago. 2003.

8 FLEURY, André. *Histórico da comunicação de dados*. Disponível em: <http://igti.eps.ufec.br/ce/historia.htm>. Acesso em: 28 ago. 2003.

9 VENOSA, Sílvio de Sá. *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 1992. p. 64.

Resta claro, portanto, que as partes contratantes nos pactos virtuais pré-programados são aquelas que se obrigam pelo seu cumprimento, podendo ser acionados judicialmente nas hipóteses de inadimplemento.

2.3. A Vontade como Elemento Formador do Contrato

A vontade tem o seu nascedouro no termo volição, do latim escolástico volitione ("vol", raiz do latim "volo", que significa querer), indica o ato pelo qual se processa a manifestação da vontade, abrangendo três etapas: deliberação, decisão e execução.¹⁰

O estudo da vontade e suas formas de expressão tomam corpo para o Direito, no momento em que suas repercussões são passíveis de fazer nascer ou de extinguir relações jurídicas. O elemento volitivo é o divisor de águas entre o ato e o fato jurídicos.

Quem melhor estudou o tema, no Brasil, foi Pontes de Miranda, em seu Tratado de Direito Privado, quando definiu o arcabouço do fato jurídico, distinguindo-o em categorias, divididas pela manifestação da vontade, em fato jurídico stricto sensu, ato jurídico lato sensu, ato-fato jurídico e ato jurídico, compreendendo este em ato jurídico lato sensu e ato jurídico stricto sensu, equivalendo este ao negócio jurídico.

A eficácia, que fazia produzir os efeitos dos atos ou fatos jurídicos, eram decorrentes justamente do fato jurí-

10 PERIN JR., Edo. *A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do direito comercial em relação ao direito civil, face ao projeto do novo código civil brasileiro*. Disponível em: <www.suigenis.pro.br/contrautonomia.htm>. Acesso em: 15 ago. 2003.

dico lato sensu, que ingressava no mundo jurídico, através do suporte fático, sendo este por sua vez a conjunção da vontade e outros elementos de existência do fato.

Sobreleva notar que a vontade que interessa ao Direito é aquela manifestada, declarada, aquela que é passível de conhecimento pelo mundo exterior, pois o mero pensamento humano não exteriorizado não é capaz de ser apreendido e, portanto, não gera efeitos, em razão de sua impossibilidade de constituir um suporte fático.

A vontade passível de criar obrigações, no mundo jurídico, é a vontade receptícia, aquela que é dirigida a alguém, seja um sujeito determinado ou o público em geral. Para que essa vontade possa fazer parte do suporte fático que compõe o negócio jurídico, é necessário o seu conhecimento, e isso só é possível através de sua manifestação.

Pontes de Miranda defende o uso da expressão manifestação ao invés de declaração, pois esta estaria contida naquela, que também abrangeria as formas tácitas de manifestação. A declaração é apenas manifestação expressa e, por isso, não alcançaria todas as situações de expressão da vontade.¹¹

Duas observações devem ser feitas com relação a essa manifestação da vontade receptícia: a reserva mental e o silêncio como expressão da vontade.

Como bem define Vicente Ráo¹², reserva mental:

é uma particular espécie de vontade não declarada, por não querer, o agente, declará-la. É uma vontade que o agente intencionalmente oculta, assim procedendo para sua declaração ser en-

tendida pela outra parte, ou pelo destinatário (como seria pelo comum dos homens), tal qual exteriormente se apresenta, embora ele, declarante, vise a alcançar não os efeitos de sua declaração efetivamente produzida, mas os que possam resultar de sua reserva.

Pontes de Miranda entende que o silêncio, para valer como manifestação de vontade, dever ser visto aliado a outras situações que autorizem tal entendimento, pois no seu próprio dizer "quando se fala de silêncio manifestação de vontade, conhecimento ou sentimento, é de silêncio concludente que se cogita"¹³.

2.3.1. Conclusão do contrato

Todo contrato tem um momento para sua formação, e a verificação desse momento é possível de ser visualizada justamente quando o ofertante emite a sua vontade (oferta) e o aceitante a aceita (aceitação). Entretanto, embora sempre haja sucessividade entre a proposta e a aceitação, como bem o diz Orlando Gomes¹⁴, o intervalo entre uma e outra pode ser imediato ou posterior, após lapso temporal mais ou menos longo.

Em razão desse lapso temporal, maior ou menor, procurou a doutrina distinguir os dois momentos, aplicando regras próprias para cada caso, chamando o contrato entre ausentes ou entre presentes, quando a aceitação fosse imediata ou *a posteriori*.

O Código Civil de 2002, seguindo o anterior, tem todo um capítulo dedicado à formação dos contratos e as regras ali

11 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Wilson Rodrigues. Anos. Campinas: BookSeller, 2000. tomo 2. p. 469.

12 RÁO, Vicente. *Atto jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 184.

13 MIRANDA, Pontes de. *op.cit.*, p. 448.

14 GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 16.

existentes são perfeitamente aplicáveis aos contratos eletrônicos. Quanto a essa afirmativa, podemos dizer que o contrato virtual, antes de tudo, é um contrato; e a sua designação de eletrônico refere-se ao meio de formação, daí porque não estão invalidadas as normas comuns aos contratos tradicionais.

Na modalidade entre presentes, o contrato torna-se concluso quando da aceitação da proposta; esta obriga o ofertante, nos termos da lei. Nosso legislador adotou a teoria da expedição para marcar o momento da conclusão do contrato entre ausentes. Assim, o contrato está perfeito e acabado no momento em que o aceitante expede a sua vontade. Para ambas as situações o Código prevê as variantes e as exceções.

Dissemos que os contratos celebrados entre sistemas eletrônicos funcionam como meio de contratação, sendo os computadores formalizadores das vontades pré-lançadas em seus respectivos sistemas. Nesse diapasão, em que momento poderá ser verificada a manifestação da vontade da parte contratante: quando é elaborada a programação do sistema, ou quando o sistema emite a informação a ele previamente lançada?

Essa questão tem uma importância tremenda para se fixar o momento da formação do contrato, como também para verificar possíveis vícios da manifestação da vontade. E aí, estaríamos diante de uma nova indagação: haveria vontade declarada diversa daquela realmente querida?

Nos contratos entre sistemas eletrônicos pré-programados, a vontade manifestada é da parte contratante, como já vimos, e esta é lançada na programação do sistema, que vai gerenciar autonomamente estas informações. Então, temos aí dois momentos da manifestação da vontade:

na programação do sistema e no lançamento das informações, pelo sistema, à outra parte contratante, qual seja, outro sistema.

Considerando que há dois momentos para manifestação da vontade, duas são as possibilidades da formação do contrato: entre ausentes e entre presentes, dependendo dos sistemas pré-programados estarem conectados simultaneamente, no momento da oferta e da aceitação, ou oferta via *e-mail* ou caixa postal.

Temos então que observar o seguinte: o ofertante programa o seu sistema, indicando todas as condições que permeiam o ato; de sua parte, o aceitante, programa o seu sistema, indicando as condições que, se o ofertante oferecer, aquele aceite. Assim, com a análise matemática feita pelo sistema, das informações contidas a partir das possibilidades da oferta, a aceitação é imediata, entre presentes, portanto.

De outra parte, se o sistema do ofertante não consegue conexão com o sistema do aceitante e envia as informações por *e-mail*, para que possa, mais tarde, colher a resposta por rastreamento de dados, esta formação contratual está se dando entre ausentes, uma vez que a resposta só será conhecida em momento diverso da oferta.

Para a primeira hipótese, o contrato está concluído no momento da aceitação do negócio proposto, através dos sinais inequívocos da programação eletrônica adotada. Na segunda hipótese, a conclusão do contrato dar-se-á com a expedição da aceitação, pelo sistema eletrônico do aceitante.

Percebe-se, pois, que, a despeito da vontade das partes ter se manifestado na programação dos respecti-

existentes são perfeitamente aplicáveis aos contratos eletrônicos. Quanto a essa afirmativa, podemos dizer que o contrato virtual, antes de tudo, é um contrato; e a sua designação de eletrônico refere-se ao meio de formação, daí porque não estão invalidadas as normas comuns aos contratos tradicionais.

Na modalidade entre presentes, o contrato torna-se concluso quando da aceitação da proposta; esta obriga o ofertante, nos termos da lei. Nosso legislador adotou a teoria da expedição para marcar o momento da conclusão do contrato entre ausentes. Assim, o contrato está perfeito e acabado no momento em que o aceitante expede a sua vontade. Para ambas as situações o Código prevê as variantes e as exceções.

Dissemos que os contratos celebrados entre sistemas eletrônicos funcionam como meio de contratação, sendo os computadores formalizadores das vontades pré-lançadas em seus respectivos sistemas. Nesse diapasão, em que momento poderá ser verificada a manifestação da vontade da parte contratante: quando é elaborada a programação do sistema, ou quando o sistema emite a informação a ele previamente lançada?

Essa questão tem uma importância tremenda para se fixar o momento da formação do contrato, como também para verificar possíveis vícios da manifestação da vontade. E aí, estaríamos diante de uma nova indagação: haveria vontade declarada diversa daquela realmente querida?

Nos contratos entre sistemas eletrônicos pré-programados, a vontade manifestada é da parte contratante, como já vimos, e esta é lançada na programação do sistema, que vai gerenciar autonomamente estas informações. Então, temos aí dois momentos da manifestação da vontade:

na programação do sistema e no lançamento das informações, pelo sistema, à outra parte contratante, qual seja, outro sistema.

Considerando que há dois momentos para manifestação da vontade, duas são as possibilidades da formação do contrato: entre ausentes e entre presentes, dependendo dos sistemas pré-programados estarem conectados simultaneamente, no momento da oferta e da aceitação, ou oferta via *e-mail* ou caixa postal.

Temos então que observar o seguinte: o ofertante programa o seu sistema, indicando todas as condições que permeiam o ato; de sua parte, o aceitante, programa o seu sistema, indicando as condições que, se o ofertante oferece, aquele aceite. Assim, com a análise matemática feita pelo sistema, das informações contidas a partir das possibilidades da oferta, a aceitação é imediata, entre presentes, portanto.

De outra parte, se o sistema do ofertante não consegue conexão com o sistema do aceitante e envia as informações por *e-mail*, para que possa, mais tarde, colher a resposta por rastreamento de dados, esta formação contratual está se dando entre ausentes, uma vez que a resposta só será conhecida em momento diverso da oferta.

Para a primeira hipótese, o contrato está concluído no momento da aceitação do negócio proposto, através dos sinais inequívocos da programação eletrônica adotada. Na segunda hipótese, a conclusão do contrato dar-se-á com a expedição da aceitação, pelo sistema eletrônico do aceitante.

Percebe-se, pois, que, a despeito da vontade das partes ter se manifestado na programação dos respecti-

vos sistemas, ela só terá validade para o mundo jurídico quando de sua manifestação em relação ao outro a quem se dirige. Pontes de Miranda¹⁵ já dizia que a vontade receptícia, quando não declarada, era ineficaz ao direito, pois aquilo que não foi manifestado não pôde ser conhecido e, como tal, não estaria apto a produzir efeitos. Assim, embora a vontade dos contratantes tenha se manifestado anteriormente ao momento da publicidade dos mesmos, não interessa à conclusão do pacto, pois o seu conhecimento só se dará com o lançamento dos dados pelos sistemas.

Nesse esteio, é possível apreender com clareza que a manifestação de vontade pode sofrer alterações, entre o que o homem quis e o que a máquina declarou, pois todo sistema eletrônico, por mais avançado que seja, ainda está sujeito a falhas de diferentes ordens. Entretanto, certamente esse número de erros é bem menor do que o que ocorre com as contratações clássicas, entre pessoas, pois a programação utilizada pelo computador é matemática e suas probabilidades de acerto são maiores.

Na ocorrência de uma declaração de vontade manifestada pelo sistema de forma diversa do pretendido pelo seu programador, valerá aquilo que se quis dizer, como ocorre nos contratos tradicionais, pois os princípios contratuais aplicam-se igualmente aos contratos eletrônicos, como já foi visto.

Uma observação, contudo, não pode deixar de ser feita quanto ao silêncio como expressão da vontade. Sabe-se que, para configurar essa situação, é necessário que outros elementos sejam também considerados. Nos con-

15 MIRANDA, Pontes de, *Ob.cit.*, p. 469.

tratos entre sistemas pré-programados, essa situação não é possível, pois a programação prévia não permite silêncio como aceitação. Esta pode ser tácita, porém inequívoca: sempre haverá uma vontade expressa. O clicar do botão ou o acionar o mecanismo de aceitação, equivale a essa expressão da vontade.

2.3.2. O lugar da contratação

O Código dispõe que o lugar da celebração do contrato será o da proposta. No caso dos contratos entre sistemas eletrônicos, como fixar o lugar da proposta? Essa é uma questão interessante, quando se tem conhecimento de que muitas vezes o local da sede do contratante não corresponde ao local de seu centro operacional eletrônico, de onde partiria a emissão da proposta.

Podemos dizer que se o contratante é a pessoa que emite a vontade, o local de sua sede é que vai determinar o lugar da celebração do pacto. O meio eletrônico não passa de ambiente virtual pelo qual circulam os dados, assim o que vai determinar a localização de onde foi enviada a proposta será justamente do local em que se encontra o seu emitente, fixando-se aí a competência para fazer incidir as normas pertinentes: será régido pela lei do local do proponente, não importa onde ele esteja.

2.3.4. Forma

No contrato entre dois sistemas eletrônicos via Internet, a forma utilizada necessariamente será a da criptografia, em que as assinaturas digitais das partes validam o acordo celebrado, devidamente lançado nos programas.

Ângela Bittu¹⁶ define a criptografia como:

conjunto de princípios e técnicas de matemática, utilizando algoritmos e funções poderosas capazes de codificar uma mensagem, baseadas em grandes números primos com centenas de dígitos e outras técnicas de escrever em cifras. Combinando símbolos aparentemente ininteligíveis tem-se uma mensagem cifrada e é teoricamente possível, por meio da Cripto-análise, decodificar a mensagem, usando-se chaves particulares e públicas. A primeira chave, a privada, tem que ser mantida em sigilo pelo usuário, como uma senha, e a chave pública é de acesso geral. Assim, depois de criptografada a mensagem com o auxílio da chave pública somente com o uso da chave privada ela poderá ser lida. (...) Atualmente é o único método capaz de solucionar o problema da segurança dos contratos virtuais, sendo certo que a Criptografia poderá ser usada para conferir assinaturas eletrônicas, sempre cifrando o documento com a chave pública e privada. Qualquer modificação no texto, a assinatura torna-se inválida. Não se quer dizer com isso que o documento não poderá ser modificado, mas sim, que a assinatura do mesmo não será reconhecida, já que o documento eletrônico é totalmente desvinculado do meio físico. Assim, sem a assinatura, perde o seu valor probante.

Embora exista alguma desconfiança quanto ao uso da criptografia, o programa ainda é o que existe de mais seguro para a contratação eletrônica.

16 BITTU, Ângela. *Contratos virtuais*. Disponível em: <www.amperj.org.br/port/angelaB.htm>. Acesso em: 15 ago. 2003.

3. A COMPUTAÇÃO DO FUTURO E OS CONTRATOS VIRTUAIS AUTÔNOMOS

Os problemas maiores do direito atual vão surgir com o advento da computação quântica.

Para se ter uma noção exata do que está por vir, é preciso uma breve explanação acerca dos sistemas eletrônicos, quais sejam, o binário e o quântico, sendo o primeiro o sistema atualmente utilizado nos computadores que conhecemos, comuns no mundo inteiro, e o segundo, a nova forma de computação, cuja tecnologia mais avançada apresentar-se-á capaz de feitos extraordinários, ainda não vistos pela população, pois encontram-se ainda em fase embrionária, embora vários experimentos venham sendo realizados, como o caso recente dos engenheiros brasileiros do Centro de Pesquisa Ricci, em Vassouras, no Rio de Janeiro, que:

empregando princípios de computação quântica, rede neural e inteligência artificial, criaram um sistema quântico de codificação de dados que garantem ser inviolável. O verdadeiro escudo anti-hacker também é capaz de detectar tentativas de interceptação de dados, além de aumentar consideravelmente a capacidade de processamento do computador.

O sistema, chamado RPS, encontra-se em testes no Serviço Nacional de Processamento de Dados (Serpro) e será apresentado aos técnicos do Instituto Militar de Engenharia (Ime) e do Laboratório Nacional de Computação Científica (LNCC).¹⁷

17 Disponível em: <http://virtualbooks.temi.com.br/enciclopediaPesquisadores_brasileiros_ortom_escudo_anti_hack...>. Acesso em: 18 de jul. 2003.

Essa diferença básica entre os sistemas binário e quântico, reside no fato de que o binário utiliza-se do *bit* (0 ou 1), enquanto o quântico sustenta-se no *qubit* (0 e 1 superpostos), ou como bem traduzido por Ivan S. Oliveira, pesquisador do Centro Brasileiro de Pesquisas Físicas,

*cada bit em um computador clássico só pode adquirir um dos valores, "0" ou "1", que são, por sua vez, mutuamente excluídos. Acontece que no mundo dos átomos, a Mecânica Quântica nos ensina que os bits (que no caso quântico são chamados de quantum-bits, ou qubits) podem simultaneamente adquirir os valores "0" e "1"! Esta propriedade é chamada de superposição de estados quânticos, e para entender o seu alcance, considere a seguinte analogia: suponha que você tenha uma moeda e esteja brincando de "cara ou coroa". Você joga a moeda para o alto e sabe que ao cair no chão, o resultado será "cara" ou "coroa", com probabilidade igual de 50% para cada lado. Se a moeda fosse um objeto quântico, o resultado poderia ser "cara", "coroa", ou qualquer superposição dos dois, como se a moeda pudesse cair com as duas faces para cima ao mesmo tempo!*¹⁸

Já se disse que estamos na pré-história da computação quântica¹⁹, mas percebe-se que os pesquisadores encontram-se cada vez mais estarecidos com o que vislumbram para um futuro próximo, em que será possível a criação de redes neurais, inteligência artificial, em que as máquinas poderão "pensar", avaliando as situações exis-

18 OLIVEIRA, Ivan S. *Computação Quântica*. Disponível em: <www.comciencia.br/repontagens/nanotecnologia/nano16.htm>. Acesso em: 18 ago. 2003.

19 NÓBREGA, Marcelo. *A Lei de Moore por um fio*. Disponível em: <www.nia.rj.gov.br/cgm/clipping/especial/b0005.htm>. Acesso em: 18 jul. 2003.

tentes e tomando decisões, independentemente dos seres humanos. Veja-se, por exemplo, o caso do robô enfermeiro "Companion", lançado por uma empresa norte-americana, InTouch Health, com o objetivo de permitir que o médico possa estar "presente" mais vezes, junto a seus pacientes, sem sair de seu consultório, isso porque é possível que médico e paciente se vejam, através de uma tela de cristal líquido, como se estivessem no mesmo ambiente.²⁰

Como já foi visto anteriormente, a computação quântica, ainda em pesquisas, é a promessa da informatização autônoma, independente do homem. Através dela, é possível vislumbrar-se a inteligência artificial, rede neural, computação de DNA, aprisionamento holográfico de informações e tantas outras formas futuristas de processamento de informações e decodificações.

Nessas hipóteses de autonomia eletrônica, a que patamar estaria relegada a vontade humana? Como o direito, na forma em que o conhecemos, poderia abranger essas situações? O direito civil teria condições de proteger o titular do direito existente num contrato entre dois sistemas eletrônicos que agem sem a interferência da vontade humana?

A busca pela máquina que imita o homem, que "pensa", que adota decisões sem pré-programação humana, será uma realidade num futuro não muito distante. E para essas situações, o direito atual não está efetivamente preparado. Afinal, como qualificar de parte um sistema eletrônico? Nesse contexto, ele não é mero meio de formação de contrato, ele é o contratante. E que tipo de capacidade pode ser medida num computador, para contratar no meio virtual?

20 Disponível em: www.inovacaotecnologica.com.br/noticias/010180030701.html. Acesso em: 18 ago. 2003.

Embora o estudo da vontade e suas formas de manifestação possa ainda ser aplicado à tecnologia atual, tudo o mais perde sua força diante de um contrato de compra e venda firmado entre duas máquinas que decidiram negociar, por exemplo, o chip mais moderno de inteligência artificial.

4. CONCLUSÕES

Os contratos intersistemáticos pertencem ao tipo contratos eletrônicos, consistindo em pactos celebrados entre dois sistemas eletrônicos, previamente programados, tendo por esteio a vontade das partes contratantes.

Esses contratos podem ser formalizados através da Internet ou do sistema EDI, sempre utilizando-se da linguagem criptográfica, no intuito de obter maior segurança na rede.

Por configurar, em última instância, contrato entre partes, executado por meio eletrônico, o contrato intersistemático continua sob a égide da teoria geral dos contratos, na forma em que a conhecemos atualmente, sujeitando-se aos mesmos princípios e às mesmas normas legais.

Nesse diapasão, podemos concluir que o direito civil, nos moldes em que se encontra, permanece validamente aplicável aos contratos eletrônicos, dentro do sistema clássico da computação, trazendo uma grande satisfação para os operadores do direito hoje, que vivem um momento único de adaptar, ao novo, os velhos e sábios ensinamentos colacionados ao longo dos séculos. É bom lembrar, todavia, que esse momento efetivamente tem seus

dias contados, pois como foi visto, o advento da computação quântica promete grandes revoluções nos conceitos jurídicos de parte, de vontade, de meios, enfim de tudo o que permeia a existência, a validade e a eficácia dos contratos.

5. REFERÊNCIAS

BITTU, Ângela. **Contratos virtuais**. Disponível em: <www.amperj.org.br/port/angelaB.htm>. Acesso em: 15 ago. 2003.

BRUNO, Marcos Gomes da Silva. **Aspectos jurídicos dos contratos eletrônicos**. Disponível em: <www.juridica.com.br/Apres_Artigo.asp?CodArtigo=335>. Acesso em 15 ago., 2003.

COSTA, Luciana Borges da. **Comércio eletrônico – a validade jurídica dos contratos**. Disponível em: <www.cbeji.com.br/artigos/artlucborges01.htm>. Acesso em: 20 ago. 2003.

FLEURY, André. **Histórico da comunicação de dados**. Disponível em: <<http://igti.eps.ufsc.br/ce/historia.htm>>. Acesso em: 28 ago., 2003.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo II.

NÓBREGA, Marcelo. **A lei de Moore por um fio**. Disponível em <www.rj.gov.br/cgn/clipping/especial/jb0005.htm>. Acesso em 18 jul. 2003.

OLIVEIRA, Ivan S. **Computação quântica**. Disponível em <www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano16.htm>. Acesso em 18 jul. 2003.

PAESANI, Líliliana Minardi. **Direito e Internet**. São Paulo: Atlas, 2000.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. **Contratos eletrônicos**. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 15 ago.2003.

PERIN JR., Ecio. **A teoria da vontade na formação dos contratos e a autonomia do direito comercial em relação ao direito civil, face ao projeto do novo código civil brasileiro**. Disponível em: <www.suigeneris.pro.br/contrautonomia.htm>. Acesso em: 15 ago.2003

PIMENTEL, Alexandre Freire. **Contratos Eletrônicos: um estudo confrontado em face das normas do velho e do novo código civil**. LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de ; LOBO, Paulo Luiz Netto (Coord.). **A teoria do contrato e o novo código civil**. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 279-311.

RÁO, Vicente. **Ato jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro, e SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. **Contratos eletrônicos – um novo direito para a sociedade digital?**. Disponível em: <http://sphere.rdc.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/cafpatec.html>. Acesso em: 15 ago. 2003

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 1992.

LIMITAÇÃO FUNCIONAL: MATÉRIAS DEVOLVIDAS AO CONHECIMENTO DO TRIBUNAL NA APELAÇÃO

Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Cível da Comarca do Recife
Supervisor e Professor do Direito Processual Civil na
ESMAPE. Professor de Direito Processual Civil da UNICAP
Mestre em Direito Público pela UFPE

SUMÁRIO

1. O EXERCÍCIO DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL: LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO JUDICIAL ORIGINÁRIA, 2. O PROCEDIMENTO: DESENVOLVIMENTO POSITIVO DAS FASES PROCESSUAIS, 3. O DIREITO DE RECORRER: PROVOCAÇÃO DO JUÍZO REVISOR, 4. LIMITAÇÃO FUNCIONAL: MATÉRIAS DEVOLVIDAS AO CONHECIMENTO DO TRIBUNAL NA APELAÇÃO, 5. CONCLUSÕES, 6. REFERÊNCIAS

1. O EXERCÍCIO DA PRETENSÃO DE DIREITO MATERIAL: LIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO JUDICIAL ORIGINÁRIA

Jurisdição, ação e processo são conceitos amplamente interligados: a ação provoca a atuação da jurisdição, se regularmente exercida, jurisdição esta que se desenvolverá através dos procedimentos processuais adequados ao tipo de *pedido* formulado pela parte.¹

¹ Neste particular, é brilhante a observação do mestre Piero CALAMANDREI, no seu *Curso direito processual civil*. Trad. Luiz Abazia e Sandra D. F. Barbary. Campinas: Bookseller, 1999, v. I, p. 33, apontando não ser possível "iniciar com utilidade o estudo descritivo e exegético de um Código de direito processual, a não ser partindo das três noções fundamentais de ordem sistemática, que não estão definidas, mas pressupostas, pelas leis positivas: jurisdição; ação, processo".

O *pedido* é o exercício da pretensão subjetiva em juízo, é o conteúdo da ação e o limite da atuação jurisdicional, ressalvados os pedidos implícitos², tudo sob pena de se proferir decisão viciada *citra*, *ultra* ou *extra petita*³, e constará da parte final da petição inicial como um de seus requisitos essenciais, após necessária fundamentação jurídica com indicação da causa de pedir – causa *petendi* – provocando processos de conhecimento, cautelar ou executivo, a depender da necessidade específica.

É exatamente pelo *princípio da adstrição* que o magistrado, seja ele de primeira, de segunda ou de última instância, e desde que competente, estará obrigado a esgotar a prestação jurisdicional legitimamente reclamada, sem omissões, sem contradições, sem obscuridades, sem decidir mais ou diferente do que foi pedido originalmente.

2. O PROCEDIMENTO: DESENVOLVIMENTO POSITIVO DAS FASES PROCESSUAIS.

Depois de ajuizada a ação (= pedido), a jurisdição (= resultado) irá se desenvolver por impulso oficial através do processo (= instrumento), buscando definir a demanda, como se fora um corpo único, embora cada qual com seus conceitos e funções bem definidos.

O Estado, no seu *munus* jurisdicional, passa a administrar aquele pedido, desde o recebimento da petição

2 Pedidos implícitos são aqueles que devem ser reconhecidos no julgamento, mesmo que não tenham sido expressamente requeridos pela parte, como em relação às obrigações decorrentes de prestações periódicas (art. 290 do CPC), aos juros legais de mora e à correção monetária.

3 Decisões apreciando de menos, mais ou diferente do que pedido, respectivamente, fugindo da adstrição de que prescinde a atuação jurisdicional.

inicial, desenvolvendo positivamente todo o *iter* processual, por despachos de expediente ordinatórios e decisões interlocutórias apreciadoras de questões processuais, nos momentos lógicos que se sucedem durante o procedimento, passando pelas decisões escritas ou mesmo orais, quando proferidas em audiência⁴, até decisão final, no caso sentença, que, ainda assim, estará sujeita ao duplo grau de jurisdição, princípio processual que consagra à parte vencida o direito de recorrer às instâncias superiores, quanto a decisões interlocutórias ou terminativas, processuais ou de mérito.⁵

Como diria Calamandrei⁶, a atividade jurisdicional não age sem finalidade, mas se:

julga porque, frente a quem se deve julgar, está delineado, como objeto concreto do julgamento, uma controvérsia a ser definida, um litígio a ser dirimido, uma demanda a ser aceita ou recusada, um tema a ser indagado, um problema a ser resolvido;

ou seja, a ação formula o tema a ser decidido pela jurisdição, e se unem através do processo, que possibilitará ao magistrado desenvolver uma série de atos preparatórios e que se sucedem ordenadamente, para que se possa conhecer o problema a examinar e tomar as decisões necessárias à solução final e efetiva daquela lide específica.

4 Conforme lição de JALIERMIG, Otmar. *Curso processual civil*. 25 ed. Coimbra: Almedina, 2002, entende-se como decisão "a declaração judicial que determina uma consequência jurídica".

5 É aqui devemos observar a necessidade dos questionamentos oportunos quanto às matérias processuais relativas a nulidades sanáveis, como vícios na petição inicial e falta de regular contraditório, por questões de ordem, ou contradita de testemunhas em audiência, sob pena de preclusão lógica quando da provocação do duplo grau de jurisdição.

6 CALAMANDREI, op. cit., pp. 3394.

3. O DIREITO DE RECORRER: PROVOCAÇÃO DO JUÍZO REVISOR.

Estas decisões proferidas pelos magistrados, de cunho interlocutório ou de mérito, nem sempre bastam para a solução da controvérsia em apreciação, já que a presença do erro nos julgamentos humanos é uma realidade inafastável, reclamando por quem de direito a possibilidade de sua revisão por uma nova instância jurisdicional.

Leciona Flávia Romero Campos que:

A atividade recursal, no domínio dos recursos comuns, se movimenta quando a parte defronta uma decisão judicial que lhe é adversa, não se exigindo que essa decisão se apresente timbrada de nenhuma peculiaridade, bastando ao exercício do direito de recorrer tão só e apenas o fato processual do sucumbido.⁷

O direito de recorrer, desse modo, é reconhecido como inerente ao processo, procurando impedir a formação de coisa julgada, e, ao se interpor um recurso, assim, temos por regra a provocação do duplo grau de jurisdição, cujo efeito devolutivo, inerente a todos os recursos, devolve ao tribunal competente o poder de julgar, em revisão, a questão posta, seja processual, seja meritariamente falando.

⁷ CAMPOS, Flávia Romero. *Tipologia das espécies recursais em face da complexa diversidade processual*. In: MAIA FILHO, Napoleão Nunes (coord.). *O direito de recorrer – introdução ao estudo do sistema recursal*. Recife: Casa de José de Alencar, 2002. p. 177.

Relativamente à matéria processual, no tocante a eventuais irregularidades procedimentais anteriores à sentença, cabe à parte prejudicada pela decisão indevida no curso do procedimento, mesmo por omissão processual⁸, oportunamente e pela ordem, requerer ao juízo *a quo* a necessária correção até sentença final, já que, conforme Jauernig⁹, “todas as exceções posteriores estão excluídas (“precludidas”), na medida em que se dirijam contra o efeito jurídico determinado”, ou seja, deve a parte, ainda no curso da demanda originária, provocar decisão do juízo, com função corretiva e de forma que, caso insista o juiz no erro, possa *agravar de instrumento* ou *retido*, nos termos do art. 522 do CPC, e voltar a discutir a matéria no duplo grau de jurisdição, em preliminar na apelação, vindo a ser vencido naquele processo.¹⁰

Quanto ao mérito do pedido, o juiz o julga por sentença, portanto, e o tribunal revisa, ocorrendo interposição de recurso. Esta, repiso, é a regra geral de nosso sistema recursal, já que “os colegiados são o juiz natural dos recursos”.¹¹

Da mesma forma que o juiz deve decidir, seja de forma interlocutória ou terminativa, deve esgotar tudo que foi objeto do pedido, conforme o princípio da adstrição, positiva ou negativamente, observando a regularidade do procedimento; em havendo recurso adequado por parte do vencido, daquele que tem interesse em reformar a decisão¹², cabe ao tribunal, igualmente, revisar todos os aspectos que foram objeto do pedido de revisão, com clareza e precisão.¹³

⁸ Por exemplo, quando o juiz não oportuniza à parte lesar sobre documento novo junto aos autos.

⁹ *Op. cit.*, p. 321.

¹⁰ Isto sob pena de preclusão, conforme já especificado.

¹¹ DINARMARCO, Cláudio Rangel. *O relator, a jurisprudência e os recursos*. *Tribuna da magistratura*. Caderno de doutrina, p. 71, mai. 1999.

¹² No meu *Curso de direito processual civil conforme a jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 288, afirmo que “só o vencido, o sucumbido no processo, no todo ou em parte, tem interesse, ou seja, necessidade de recorrer”.

¹³ Salvo as matérias de ordem pública, que não precluem para o juiz. Neste sentido REsp 322445/PR e 335333/AL, e STJ 1/313; REFOR 345255 e REVJMG 145458.

Num caso ou noutro, a falta de apreciação de qualquer dos pedidos – da ação ou da revisão, – que implicará omissão no julgado – decisão *citra petita* –, como também hipótese de falta de clareza – decisão obscura –, ou de precisão – decisão contraditória –, desafiam, em qualquer instância, os *embargos de declaração*, que visam exatamente suprimir omissão e esclarecer obscuridade ou contradição, havendo, art. 535 do CPC, admissíveis contra todo e qualquer tipo de decisão.¹⁴

Os embargos declaratórios se prestam, portanto, a requerer, em revisão ao próprio julgador¹⁵, a correção da sua decisão, dita errônea, imperfeita formalmente por eventual omissão, contradição ou obscuridade, servindo como meio de prequestionamento para o caso de insistência no erro por parte daquele mesmo magistrado, de modo que, quando da interposição do recurso adequado em relação àquela decisão, a matéria possa ser objeto de apreciação preliminar quando do seu julgamento, no tocante a questões processuais, ou mesmo no sentido de transferir ao juízo *ad quem* a competência para sua apreciação, relativamente a questões de mérito não apreciadas na instância originária.¹⁶

Podemos identificar, desse modo, duas situações distintas.

14 No julgamento do EREsp n. 159317/DF, pela Corte Especial, restou assentado neste Tribunal Superior o entendimento de que os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão judicial, dando interpretação extensiva ao art. 535 do Código de Processo Civil, que ataca apenas as expressões "sentença" e "acórdão", sendo, pois, de se recebê-los em face de decisão monocrática proferida por relator (NO ADRESP 256395/PB – STJ – T1 – Rel. Min. Francisco FALCÃO, DJ 11/12/2000. Acórdão citado em RSTJ 145/59).

15 E este é uma das exceções ao duplo grau de jurisdição.

16 Sob pena de violação do princípio do duplo grau de jurisdição, é dafoso ao Tribunal manifestar-se sobre matéria que não foi objeto de decisão no Juízo a quo (NO AJ 2001.002.07176 – TJRJ – SCC – Rel. Des. Carlos FERRARI, julgado em 30/10/2001).

A primeira delas, quando o julgador, fazendo uso de seu poder político-constitucional de julgar de acordo com sua consciência¹⁷, procurando a decisão justa e dentro do conjunto probatório constante dos autos, esgota o universo dos pedidos formulados pela parte autora da ação ou da reconvenção, havendo, seja quanto a questões na ordem processual, seja na sentença ou no acórdão, reconhecendo-o no todo ou em parte, ou o rejeitando.

A segunda, ocorrerá quando o julgador comete erros na sua atuação funcional, erros procedimentais, ao proferir decisões não quanto à sua forma – erro que leva à nulidade plena da decisão –, porém, quanto ao seu próprio conteúdo, frente à adstrição ou o necessário esgotamento, com clareza e precisão, de tudo que foi objeto do pedido liminar ou terminativo do procedimento, caso em que se configura omissão, obscuridade ou omissão.

No primeiro aspecto, o juiz pode até ter interpretado indevidamente a lei, em face do caso posto, cometendo o dito erro de julgamento (*error in iudicando*), ocasião na qual o recurso devolverá ao tribunal o poder de revisar aquela decisão, mantendo-a ou dando provimento ao recurso, reformando-a, no todo ou em parte, não havendo, entretanto, irregularidade procedimental.

No segundo, embora formalmente correta a decisão, haverá erro de conteúdo, decorrente de erro procedimental (*error in procedendo*), qual seja, não houve esgotamento na apreciação de tudo que foi objeto do pedido, ou fora, porém de forma contraditória ou obscura.

Decisões dessa natureza desafiam, antes da interposição do recurso adequado¹⁸ – *agravo*, no caso de decisões

17 Neste sentido, AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v. I, p. 103.

18 São cabíveis os embargos declaratórios para corrigir erro evidente relativo a fato relevante com repercussão sobre a conclusão do julgado (Na AC 2000.001.15855 – TJRJ – 19CC – Rel. Des. Jorge Luiz HABIB, julgado em 15/05/2001).

interlocutórias; *apelação*, no caso de sentenças, e *recurso extraordinário* ou *especial*, no caso de acórdãos, quando admissíveis –, a interposição prévia dos *embargos de declaração*, sempre no prazo de 5 (cinco) dias da intimação da decisão atacada¹⁹, visando o prequestionamento da matéria omissa, contraditória ou obscura, devolvendo ao próprio julgador o poder de corrigir seu erro de conteúdo, suprimindo a omissão, esclarecendo a contradição ou a obscuridade.²⁰

Observada a correção, interpõe-se o recurso adequado contra a decisão integrada à decisão originária no seu todo, não apenas em relação à parte corrigida, devolvendo ao tribunal o poder de revisá-la no duplo grau de jurisdição. É exatamente aqui que analisaremos os limites da atuação do juízo revisor quando da provocação do duplo grau, no tocante às questões processuais e ao próprio mérito pleiteado na origem, por intermédio de recurso oportuno e adequado²¹, de modo a que se evite a ocorrência do que se denomina *supressão de instância*²², inserção indevida do

19 Lembrar que a Fazenda Pública, o Ministério Público, insconscientes com diferentes procuradores (arts. 188 e 191 do CPC) e os Defensores Públicos (art. 5º, § 5º, da Lei nº 1.060/50) gozam do benefício do prazo em dobro para recorrer.

20 Embargos de declaração. Mesmo para fins de prequestionamento, somente são cabíveis os embargos de declaração nas hipóteses restritas do art. 535, I e II, do CPC. Inexistindo omissão, contradição ou obscuridade no acórdão, deve o recurso ser rejeitado, pois não é ele mais hábil para o reexame da causa. Aplicação da multa prevista no art. 538, § único, do CPC, face ao caráter protelatório dos embargos. Embargos rejeitados e unanimidade, com aplicação de multa (ED 70004/122255 – TJRS – 1CC – Rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta ROENICK, DJ 24/04/02).

21 Contra os fatos que compõem a motivação do juízo, a parte deve atacá-los através do recurso contra a sentença, que é motivada, exatamente para que o recorrente possa indicar os erros in procedendo e in judicando cometidos pelo julgador no itinerário de seu raciocínio conducente à conclusão do julgado (Na AC 2001.001.11175 – TJRJ – 13CC – Rel. Des. Luiz FLUX, julgado em 11/12/2001).

22 No recurso especial só se apreciam questões jurídicas prequestionadas, sendo necessário, para tanto, que sobre elas, o acórdão recorrido tenha expandido juízo de valor de forma clara e expressa. Se o acórdão impugnado não houver decidido expressamente as questões jurídicas constitutivas do fundamento do especial, esta corte não poderá apreciá-las sob pena de suprimir uma instância. Decisão unânime (No REsp 61615/RN – STJ – T1 – Rel. Min. Damóceno REINALDO, DJ 04/12/1995. Acórdão citado em RTJ 147247).

juízo revisor (*ad quem*) em matéria de competência funcional do juízo originário (*a quo*) por ele não apreciada²³ ou, havendo prequestionamento²⁴, ocorrendo insistência no erro, para que só então seja possível o conhecimento do pedido pelo tribunal competente, o que não deve ser admitido pelos tribunais, sob pena de nulidade do julgado recursal.²⁵

4. LIMITAÇÃO FUNCIONAL: MATÉRIAS DEVOLVIDAS AO CONHECIMENTO DO TRIBUNAL NA APELAÇÃO

Para que o juízo revisor possa regularmente tomar conhecimento do recurso interposto – juízo de admissibilidade – e promover com seu julgamento – juízo de mérito do pedido recursal –, provendo-o ou não, ou ainda, admitindo-o, conhecer de questões processuais preliminares – juízo de mérito das questões processuais –, acolhendo-as ou não, faz-se necessário o esgotamento efetivo da prestação jurisdicional originária e a provocação oportuna do duplo grau de jurisdição.

As questões preliminares constantes da apelação provocadora da revisão pelo juízo *ad quem* e relativas a matérias de ordem pública não precluem, podendo ser conhecidas originariamente pelo tribunal

23 Em recurso especial não se examina tema não agitado no acórdão recorrido (AGRESP 158275/RJ – STJ – T1 – Rel. Min. Humberto GOMES DE BARROS, DJ 17/08/1998).

24 O prequestionamento é pressuposto decorrente do texto constitucional, objetivando evitar a supressão de instância (REsp 58398/SP – STJ – T1 – Rel. Min. Damóceno REINALDO, DJ 09/06/1997. Acórdão citado em LEXSTJ 98/98).

25 Processual civil: I. extinção do processo sem julgamento do mérito, por falta de condição da ação, procedência decretada em grau de apelação com julgamento do mérito e supressão de uma instância. Nulidade de acórdão, que se deve conter nos limites de matéria apelada. II. Recurso conhecido e provido (REsp 57623/MG – STJ – T3 – Rel. Min. Waldemar ZVEITER, DJ 07/08/1995. Acórdão citado em RSTJ 83/171).

revisor ordinário competente independentemente de prequestionamento²⁶, sem ocorrência de preclusão ou de supressão de instância.

Já no tocante às demais questões preliminares, como falta de contraditório regular, não argüida na forma do art. 214, § 2º do CPC, ou em face de juntada de documento novo²⁷, ou ainda contradita de testemunhas²⁸, negados e vindo a fundamentar o julgado recorrido, o tribunal só delas tomará conhecimento, e isto após conhecimento prévio do recurso apelatório, caso interpostos os recursos de agravo retido, ou de instrumento, nos momentos processuais adequados, pena de configuração da supressão de instância e anulação do acórdão, por se tratar de matéria preclusa, de conhecimento prévio do juízo *a quo*, por momento processual já superado.²⁹

Ocorre que, ainda quanto ao procedimento e agora quanto ao mérito apreciado na sentença, em certas circunstâncias, o julgador poderá insistir no erro *in judicando*, no conteúdo de sua decisão, mesmo quando se

prequestiona oportunamente a questão através dos embargos declaratórios, ocasião em que o recurso adequado encetado contra aquela decisão omissa, contraditória ou obscura, transferirá ao juízo revisor o poder originário de jurisdição, no sentido de suprimir a falta apontada, já que a decisão que se ataca fora prestada de maneira irregular.

Muito embora, registre-se, não há que se cogitar de nulidade, mas de mero vício sanável pela instância revisora, salvo se são interpostos embargos declaratórios, buscando suprimir a omissão, quando o tribunal poderá, havendo provocação do duplo grau e mesmo de ofício, declarar a nulidade do julgado³⁰, devolvendo ao magistrado competente os autos para nova decisão, como meio de forçar o juízo recorrido a cumprir seu mister jurisdicional.

Por outro prisma, observamos a situação na qual, configurado o erro de conteúdo na decisão, a parte, seja porque perdeu o prazo, seja por simples desconhecimento da necessidade de prequestionamento, não interpõe os embargos de declaração, mas, oportunamente, interpõe o recurso adequado contra a decisão originária, mesmo que imperfeita, requerendo ao tribunal competente que aprecie e, eventualmente, suprima a omissão ou venha a esclarecer a obscuridade ou a contradição, matérias cujos conteúdos seriam originariamente típicos do conhecimento obrigatório do juízo que se pretende revisar.

26 Processo civil. Carência de ação. Impossibilidade jurídica. Apreciação de ofício. CPC, arts. 267, par. 3º, 463, 512 e 515. Necessidade de prequestionamento na instância extraordinária. I - O Tribunal da apelação, ainda que decidido o mérito na sentença, poderá conhecer, de ofício, a matéria concernente aos pressupostos processuais e às condições de ação. II - Nas instâncias ordinárias, não há preclusão para o órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da decisão definitiva (REsp 24258/RJ - STJ - T4 - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, DJ 30/05/1994. Citado em REPDJ 20/06/1994/16106 e RSTJ 64/166).

27 Processual civil - Juntada de documentos novos - Não abertura de vista à parte contrária - Carceamento de defesa: Juntados documentos novos nos autos, impõe-se a abertura de vista à parte contrária, dando-lhe a oportunidade de contraditório, sob pena de carceamento de defesa. Preliminar acolhida. Unânime (AC 20000110963544 - TJDJ - STC - Rel. Des. Haydevalda SAMPAIO, DJ 13/03/2002).

28 Processo Civil. Contradita de testemunhas sob alegação de terem elas interesse no deslinde da questão. Agravo provido parcialmente, para anular a decisão relativa a uma das testemunhas ouvidas como informante, a fim de ser reinquirida na condição de testemunha (AI 32041-8 - TJPE - 5CC - Rel. Des. Belém de ALENCAR, DJ 19/04/97).

29 É matéria preclusa a que fundamenta preliminar de nulidade do processo por alegação de carceamento de defesa, se não argüida na oportunidade adequada (Na AC 22744-1 - TJPE - 4CC - Rel. Des. Napoleão TAVARES, DJ 22/03/95).

30 A nulidade da sentença citra (ou intra) petita pode ser decretada até mesmo de ofício, pelo que não há que se condicionar a apelação à prévia interposição de embargos de declaração (Np REsp 115458/MG - STJ - T2 - Rel. M. Adhemar MACIEL, DJ 15/09/1997. Acórdão citado em REVPRO 91/370).

A obscuridade³¹ e a contradição³², ao meu ver, podem até ser objeto de apreciação pelo juízo *ad quem*, encarregado de analisar o pedido de revisão daquela decisão, até porque a obscuridade exige tão somente esclarecimentos sobre certos aspectos da decisão, como aquela que defere o pedido “nos termos propostos”, sem especificações, podendo, e devendo, o órgão revisor esclarecer e, ato contínuo, manter ou reformar o direito anteriormente conhecido.

No que diz respeito à contradição, igualmente, houve uma decisão, mas há conflito entre a fundamentação e o dispositivo na sua prolatação, consistindo “na incerteza que os termos do julgado acarretam, resultando até em dificuldades a seu cumprimento”³³, não me aparentando qualquer irregularidade, formal ou material, que impeça ao juízo revisor a apreciação do erro, revertendo, se este o caso, a decisão atacada e o ônus sucumbencial.

Já quando o julgador não aprecia tudo que foi objeto do pedido, configurando a denominada decisão *citra petita*, a imperfeição jurisdicional, neste aspecto, estará caracterizada pela omissão, sendo aqui defeso transferir diretamente ao juízo revisor, ao tribunal competente, o poder originário de julgar³⁴, competência exclusiva e funcional do juízo *a quo*.

31 Conforme doutrina de MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patricia Miranda. *Processo civil – recursos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 99, ocorre obscuridade “quando falhar a clareza na redação do julgado, o que implica dificuldade de se tirar a verdadeira inteligência ou exata interpretação, isto é, quando a decisão é enigmática, ambígua”.

32 Ensinia FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 933, que a contradição “revela-se por proposições inconciliáveis, como a que, julgando procedente o pedido, impõe ao autor a sucumbência”, podendo dar-se também, conforme ainda exemplifica, entre a motivação e a parte dispositiva da sentença.

33 MIRANDA, PIZZOL, op. cit., p. 99.

34 Conforme FUX, op. cit., p. 933, “na omissão, um novo pronunciamento, ainda que parcial, deve ser proferido. Isto significa que, havendo omissão, a decisão pode vir a ser modificada quantitativa ou qualitativamente pelo novo provimento”.

Observe-se que, quando há o prequestionamento, através dos embargos declaratórios, e o juiz insiste no erro quanto a eventual omissão, na verdade, o juízo revisor *ad quem* faz as vezes do juízo originário *a quo*, reconhecendo ou negando conhecimento àquele pedido remanescente não-apreciado, sem que, no caso, ocorra a denominada supressão de instância, ou seja, o julgamento originário por juízo revisor.³⁵

Diversamente, se a parte não efetiva o prequestionamento oportuno, e tenta transferir a questão originária ao juízo revisor, caberá a este não tomar conhecimento do pedido recursal, já que a prestação jurisdicional originária reconheceu de menos o que se requereu, e a falta do prequestionamento fez com que aquela matéria se tornasse definida nos autos, ante a ocorrência de preclusão lógica.³⁶

A competência em referência é absoluta do juízo *a quo*, é questão funcional, restando à parte que não teve seu pedido apreciado, não prequestionado oportunamente, interpor nova ação para que a questão omitida no julgado seja agora apreciada, mediante novo contraditório.

A análise das matérias de fato e a formação do convencimento, em confronto com o que de direito, competem ao juízo singular, ou mesmo ao tribunal, nas ações originárias. Só estes podem valorar a prova e, aplicando a lei ao caso concreto, decidir pelo conhecimento ou não do pedido, sendo vedado ao órgão revisor conhecer determinadas matérias, pena de suprimir instância e anular a

35 Neste sentido, no meu Curso, obra já citada, p. 308, observa-se que a interposição dos embargos de declaração “possibilita pedido de revisão da matéria no recurso principal que venha a ser interposto oportunamente, caso o magistrado insista em não esgotar corretamente a prestação jurisdicional a que está obrigado”.

36 BARRETO, Ricardo de O. Paes, op. cit., p. 308.

decisão revisora, já que “a dimensão da profundidade do efeito devolutivo pertine, em primeiro lugar, ao exame das questões que comportam apreciação *de ofício* e, em segundo lugar, as que, não sendo apreciáveis de ofício, foram agitadas no juízo anterior, mas não foram decididas”.³⁷

Efetivado o prequestionamento, entretanto, entendendo-se *prequestionamento* como sendo a “manifestação ou provocação das partes, anterior à decisão recorrida, no sentido de tornarem controverso determinado ponto atinente”³⁸ naquela relação processual, transfere-se ao tribunal revisor o poder de decidir a questão omissa, conforme analisamos, sem que tal configure supressão, o que também ocorre no caso de pedido genérico, aquele em que se sabe a qualidade do pedido, mas se desconhece, ao menos a princípio, o *quantum* devido, como não ações de indenização por danos morais, cuja fixação depende de análise de critérios subjetivos por parte do julgador, pode o tribunal revisar estes critérios³⁹, reduzindo, mas não majoran-

37 CAMPOS, *op. cit.*, p. 153.

38 MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2 ed. São Paulo: RT, 1999, p. 193.

39 I - A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica. II - Diante dos fatos da causa, razoável a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem, levando-se em consideração não só a desproporcionalidade das agressões pelos segurados como também a circunstância relevante de que os shopping centers são locais frequentados diariamente por milhares de pessoas e famílias. III - Em face dos manifestos e frequentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, ilódo é ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle. IV - Calculados os honorários sobre a condenação, a redução devida pela sucumbência parcial nela foi considerada (REsp 215607/RJ - STJ - T4 - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, DJ 13/08/1999. Acórdão citado em RT 775/211).

do, o valor final da condenação, configurando o denominado *reformatio in pejus*, que é vedado por nosso sistema processual.⁴⁰

Outra polêmica no tocante à eventual supressão de instância pelo órgão revisor diz respeito ao acolhimento, em certas circunstâncias, de preliminares peremptórias por parte do julgador originário, como decadência, falta de condições da ação ou dos pressupostos processuais, situação em que o processo será julgado extinto, com ou sem apreciação do mérito (arts. 267 e 269, respectivamente, do CPC).

Duas serão as hipóteses recursais.

A primeira, quando o magistrado, de ofício, indefere liminarmente a petição inicial, proferindo sentença terminativa, por exemplo, por carência de ação ou por vícios na peça exordial, desafiando o recurso de apelação previsto no art. 296 do CPC, ocasião em que, em não ocorrendo retratação, os autos serão imediatamente remetidos ao tribunal, ainda sem a formação do contraditório.

Provido o recurso, ao tribunal não resta outra alternativa senão devolver os autos ao juízo *a quo*, para que este dê prosseguimento ao feito, com a formação do contraditório e ulteriores trâmites, até à sentença final, sendo de todo inaplicável o disposto no art. 515, § 3º do CPC, diante da não formação até então do contraditório no processo cognitivo, de execução ou cautelar.

40 A regra de que não haverá “reformatio in pejus” aplica-se aos recursos em geral. Ao tribunal, só é dado apreciar as questões impugnadas nas peças recursais. Não se pode piorar a situação da parte, sem que tenha havido recurso sobre o assunto, pena de ofensa ao princípio “tantum devolutum quantum appellatum” (No REsp 114312/MG - STJ - T - Rel. Min. Eduardo RIBEIRO, DJ 25/04/1999. Acórdão citado em RJADCOAS 575).

A segunda, ocorrerá quando, depois de formado o contraditório, o julgador de ofício (art. 267, § 3º do CPC), ou acolhendo requerimento da parte contrária, extingue o processo com ou sem julgamento do seu mérito, seja por decadência, por carência de ação, seja por falta dos pressupostos processuais.⁴¹

Como aqui tivemos a formalização da relação processual, vindo a ser acolhida a tese recursal – e esta a possibilidade que nos interessa ora examinar –, e reformada a sentença, poderia ou não o tribunal prosseguir no julgamento do mérito, ainda não apreciado pelo juízo originário? E havendo esta possibilidade, não configuraria tal inserção, na jurisdição originária, supressão de instância?

Preambularmente, deve-se distinguir que há matérias fáticas que podem ser apreciadas regularmente pelo juízo revisor, quanto a fatos novos, na rota estipulada pelo art. 517 do CPC, se as partes provarem que deixaram de fazê-lo no juízo recorrido por motivo de força maior, cabendo ao juízo *ad quem*, “resolver sobre a admissão das novas questões, e, na hipótese de admiti-las, permitirá, por consequência, a produção da prova dos fatos alegados”.⁴²

São condições de admissibilidade de tais arguições, perante o juízo revisor, a prova da impossibilidade de sua formulação, perante o juízo inferior, por motivo de força maior, e que as mesmas estejam contidas nos limites da

41 As questões preliminares devem ser sempre decididas antes do mérito do recurso, conforme estipulado no art. 560 do CPC, até porque possivelmente impeditivas do exame meritório.

42 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.3, p. 114.

lide proposta, sob pena de não conhecimento⁴³. Prova-dos os fatos, haveria influência no julgamento recursal, inclusive com a possibilidade de sua reversão.⁴⁴

Admite-se, ainda, que o tribunal possa tomar conhecimento da matéria omitida na decisão recorrida (arts. 515, §§ 1º e 2º e 516 do CPC), em atenção ao princípio da economia processual, “desde que não se trate de *pedido não julgado* ou *exceção material* não apreciada”, quanto a fundamentos do pedido ou da defesa⁴⁵ não julgados por inteiro, ou quando contiverem mais de um fundamento, e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais que não foram apreciados oportunamente pelo juízo inferior, como também as questões anteriores à sentença, ainda que não decididas,

43 - Com o recurso de apelação, pretende o recorrente obter um novo julgamento da causa. Assim, é evidente que suas razões recursais devem ser congruentes com a questão posta em juízo. 2 - Ocorre que, no caso em tela, a argumentação de recorrente está totalmente oposta aos fatos que deram margem à propositura da ação, parecendo que foi oferecida por erigano, o que leva ao não conhecimento da apelação (AC 2000.001.00694 - TJRJ - 16CC - Rel. Des. Nilson de Castro DIÁDI, DJ 16/05/2000).

44 Apelação civil. Impugnação de perícia. Deferimento da realização de outra perícia. Homologação do laudo diante da não elaboração de nova prova técnica. Provimento do recurso. A impugnação ao trabalho pericial - revestida de poderosos argumentos, corroborados pela juntada de documentação, da qual não tinha conhecimento o perito por ocasião da perícia, levou o expert do juízo a concluir no sentido de que necessária se faz nova diligência, para que sejam examinados os ângulos trazidos à baila. Tais fatos, evidentemente levados em conta pelo juízo a quo, provocaram o ato judicial que determinou a feitura de novo exame pericial, prova essa, no entanto, que não foi levada a efeito, sobrevivendo a decisão recorrida, que homologou o laudo pericial impugnado. As razões que fundamentaram a impugnação de que se impunha nova perícia, não podem ser ignoradas, surgindo decisão que acolhe, por completo, a diligência primitiva, sem que seja feita qualquer consideração a respeito do tema que ensejou o deferimento de outro trabalho técnico. A produção da nova perícia se impõe, como havia sido determinado pelo juízo monocrático. E de toda forma, inafastável será o exame do conjunto probatório, compreendendo a diligência pericial concretizada e a documentação incrustada nos autos, a fim de que todos os aspectos de direito envolvidos na hipótese dos autos sejam objeto de outra sentença, a ser prolatada, na forma que entender o Ilustre Dr. Juiz a quo. Provimento do recurso para cassar a sentença (AC 1999.001.13761 - TJRJ - 6CC - Rel. Des. Albano Mattos CORREA, DJ 04/12/2000).

45 FUX, op. cit., p. 832.

entrementes a devolutividade se verifica apenas em relação a questões processuais, conforme lecionam Theodoro Júnior e Carreira Alvim:

Pertinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, que, por sua natureza, são apreciáveis de ofício e não se submetem à preclusão (art. 267, § 3º do CPC). Questões de mérito, omitidas pela sentença e não argüidas pelo recorrente, não se incluem no efeito devolutivo da apelação.⁴⁶

Tem-se como abrangidas pelo art. 516 não só as questões que possam ser objeto de conhecimento ex officio do juiz, bem assim, as que, apesar de alegadas pelas partes, não foram decididas pelo juiz, de forma a ensejar preclusão (art. 473), vindo, porém, a ser reiteradas no recurso; não, assim, as questões típicas de mérito, não decididas na instância a quo — a respeito das quais dispõe o art. 515 —, nem as que não tenham sido objeto de recurso no momento próprio, ou, ainda, aquelas para as quais a lei exige alegação das partes (art. 219, § 5º).⁴⁷

Por derradeiro, se provida a apelação com reforma de sentença que julgou improcedente o primeiro dos pedidos em ordem de cumulação sucessiva⁴⁸, conhecendo-

46 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 233.

47 ALVIM, J. E. Carreira. *Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 260-261.

48 Ensiná FLUX, op. cit., p. 200, que a "cumulação é sucessiva quando a parte pretende o acolhimento de ambas as pretensões, mas uma delas depende do acolhimento da outra que lhe serve de pressuposto".

o, poderá o tribunal revisor analisar o cabimento dos pedidos subseqüentes, deferindo-os ou não⁴⁹, até porque se faz necessário o esgotamento da prestação jurisdicional em relação a todos os pedidos cumulados, e o julgamento não pode ser fracionado, parte pela instância originária, parte pela recursal.

No mais, há duas novéis questões a serem suplantadas, mesmo na hipótese de posicionamento favorável ao conhecimento do mérito recursal, depois de superada a questão processual peremptória.

A primeira delas decorre do fato de que poderá o juízo revisor acolher a tese recursal e, modificando o julgamento extintivo, necessitar examinar nova questão processual peremptória seguinte, não apreciada na origem. Por exemplo, superou-se a questão da decadência, que motivara a extinção do processo com julgamento do mérito, mas há uma nova questão processual a ser examinada, digamos, a falta de condições da ação, que, se supondo acolhida pelo tribunal, levaria à nova extinção do processo, agora sem julgamento do mérito.

Neste diapasão, como há diversas questões processuais peremptórias, sucessivas decisões poderiam se seguir, de modo que apenas em se superando todas as questões processuais, ditas preliminares, eventualmente naquele recurso específico argüidas e que tenham força extintiva, ou mesmo dilatória, como a incompetência absoluta do juízo (art. 301, I do CPC), que enseja a nulidade dos atos decisórios e o encaminhamento dos autos ao juízo competente para nova apreciação, é que o tribunal poderia passar a examinar a questão do mérito recursal.

49 Neste sentido, SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. 5 ed. São Paulo: RT, 2000. v.1, p. 432.

A segunda possibilidade diz respeito exatamente ao mérito. É que o processo originário pode cuidar matéria de fato ainda não suficientemente esclarecida, em face dos documentos acostados à exordial e à contestação, dependendo de dilação probatória que restou cerceada quando da extinção erroneamente declarada pelo julgador e reformada pelo tribunal revisor.

Nesta circunstância, o tribunal não poderia passar à apreciação do mérito – por hipótese –, até porque ali não há como se processar a fase instrutória, típica da instância singular, para onde devem ser remetidos em devolução os autos, de maneira a se promover os ulteriores atos instrutórios, com a prolatação de uma nova sentença, agora eventualmente apreciando o mérito, que, por seu turno, desafiará novo recurso de apelação.

Já na eventualidade de reversão do julgado e se encontrando o processo apto à apreciação de seu mérito, quando versar o feito questão apenas de direito ou de direito e de fatos já esclarecidos nos autos, diante do conjunto probatório ali constante, deverá o tribunal devolver o processo ao juízo originário para apreciação do seu mérito, ou poderia, desde logo, pronunciar-se sobre o mesmo, julgando-o definitivamente?

É óbvio que a jurisdição originária competente para apreciar e julgar aquela lide, ponde-lhe termo, é a da instância primeira, e como aqui temos uma questão de competência funcional, a matéria é absoluta, de ordem pública, gerando, ao menos por regra, nulidade plena em relação aos atos eventualmente praticados pela instância revisora.⁵⁰

50 Conforme CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookstar, 1998. v. II, p. 224, a competência funcional "é sempre absoluta e imperrogável, e isto constitui sua característica e a importância prática dessa categoria".

Inobstante, tanto a doutrina⁵¹, quanto a jurisprudência, embora com reservas e em casos restritos, vinham se posicionando positivamente no sentido de admitir que o juízo revisor, superada a questão processual, passasse a apreciar a questão de mérito⁵², conhecendo ou não o direito em discussão no acórdão a ser lavrado, sem que, assim o fazendo, configure-se a denominada supressão de instância, inobstante se tivesse por regra exatamente a limitação da atuação recursal ao que fora objeto do pedido de revisão; senão vejamos:

51 Neste sentido, SILVA, Ovídio A. Baptista da, op. cit., p. 436; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 142; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de processo civil anotado*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 349 e CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, v. II, p. 79.

52 Apenas quando a questão processual extintiva aderir ao mérito indevidamente ou por acolhimento de prescrição ou decadência, admitia-se o exame do mérito originário em sede recursal, conforme arestos jurisprudenciais seguintes:

I - Consoante já proclamou esta Corte, "para verificar se houve exame do mérito, há que pesquisar se a pretensão formulada foi decidida", desimportando que a sentença, por equívoco, haja dado pela carência de ação. Nessa hipótese, fica autorizada o tribunal, quando do julgamento de apelação, a apreciar todas as questões concernentes à lide, a saber, ao mérito. II - Por outro lado, no sistema vigente, anotando-se que tramita no Congresso projeto de lei modificando-o, se o juiz de primeiro grau acolhe a preliminar de ilegitimidade passiva, não pode o tribunal de apelação adentrar o mérito da demanda e julgar procedente o pedido, sob pena de supressão de instância e ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição. III - A extensão do pedido devolutivo se mede pela impugnação feita pela parte nas razões do recurso, consoante enuncia o brocardo latino tantum devolutum quantum appellatum. IV - A apelação transfere ao conhecimento do tribunal a matéria impugnada, nos limites dessa impugnação, salvo as examináveis de ofício pelo juiz. Se a sentença acolhe preliminar de extinção do processo (na espécie, ilegitimidade ativa ad causam), não pode o tribunal, desconsiderando as razões da apelação, deixar de examiná-la e adentrar o mérito da causa, que, inclusiva, no caso, nem fora objeto de suscitação no recurso. *Unânime (REsp 298026/SP - STJ - T4 - Rel. Min. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, DJ 02/04/2001, RSTJ 145479, e no mesmo sentido REsp's 31766/RS, 43359/SP e 131295/MG)*. Não há violação ao art. 515, do Código de Processo Civil (tantum devolutum quantum appellatum), se o decisor da Primeira Instância pronunciou-se de mérito, podendo a Corte Colegiada, afastada a prescrição ou decadência (art. 269, IV, do CPC), adentrar na análise total do pedido. Somente tratando-se de sentença terminativa, sem apreciação do mérito, deve o Tribunal, se afastada tal preliminar (condições da ação e pressupostos processuais), devolver ao juízo monocrático o exame da matéria de mérito, sob pena de ferir-se o princípio do duplo grau de jurisdição (art. 515, "caput" e/ó 463, ambos do Estatuto Processual Civil), uma vez que a prestação jurisdicional do mesmo ainda não se esgotou. *Unânime (No REsp 243989/SC - STJ - T5 - Rel. Min. Jorge SCARTEZZINI, DJ 02/05/2000, e no mesmo sentido REsp's 188980/SP, 167423/SP e 214250/MG)*.

Os limites do efeito devolutivo reduzem-se severamente, a ponto de impedir o exame pelo tribunal da apelação de qualquer questão de mérito, de modo que se evite, em caso de julgamento imediato pela instância recursal da procedência ou improcedência da demanda, a supressão do julgamento de primeira instância, que é o pressuposto fundamental do próprio recurso. Não pode haver recurso sem decisão anterior de que se recorra.⁵³

No mesmo sentido, temos as lições dos doutrinadores Luis Fux, Garcia Medina e Barbosa Moreira, seguintes, embora com expressas ressalvas à possibilidade de apreciação de questões de ordem pública de ofício:

Devolve-se a causa tal como tratada na primeira instância. Entretanto a devolutividade do recurso, conquanto instituto processual, sofre a influência dos princípios norteadores do sistema. Assim é que a economia processual, que tantas repercussões exerce em diversas passagens de nossa ordenação, volta a ocupar lugar na sistemática recursal. É que, debatida a causa no primeiro grau, pode ter havido lacunas. Em nome do princípio acima, não se recomenda que a causa retorne ao primeiro grau. Permite-se que o tribunal conheça da matéria omitida, desde que não se trate de pedido não julgado, ou exceção

material não apreciada. O princípio da economia processual recomenda que o tribunal vá adiante, até porque o duplo grau, de uma forma, ou de outra, privilegia o julgamento de segundo grau. Entretanto, não se pode, em nome desses princípios, autorizar que um pedido, ou exceção material sejam julgados, de início, na instância ad quem, com violação do duplo grau de jurisdição.⁵⁴

O objeto do recurso deve ter sido matéria decidida pelo juízo a quo, em relação ao qual se interpõe o recurso, salvo as matérias previstas pelos arts. 267, § 3º e 301, § 4º, do CPC. É que, por ter seu âmbito de cabimento limitado a certas questões, tais recursos, em regra, não são aptos a devolverem ao juízo ad quem toda e qualquer matéria que venha a ser delimitada pelo recorrente, no recurso, dentre aquelas debatidas na decisão recorrida.⁵⁵

Como o apelante não pode impugnar senão aquilo que se decidiu, conclui-se desde logo que a apelação não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento do órgão a quo. Assim, se se trata de sentença terminativa - isto é, de decisão que pôs fim ao procedimento de primeiro grau sem julgar o mérito -, não é lícito ao órgão ad quem passar incontinenti ao exame deste, na hipótese de ser provida a apelação.⁵⁶

53 SILVA, Ovídio Baptista da, *op. cit.*, p. 435.

54 FUX, *op. cit.*, p. 639.

55 MEDINA, *op. cit.*, p. 56.

56 MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Comentários ao código de processo civil*, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 5, p. 425.

A reforma processual instituída pela Lei nº 10.352/2001, neste aspecto, pôs termo à dúvida, prevendo expressamente a possibilidade de o tribunal julgar o mérito recursal, depois de superada questão preliminar peremptória que fundamentou a extinção do processo perante o juízo *a quo*, desde que suficientemente instruído, conforme previsão do § 3º do art. 515 do CPC.

Pois bem, ocorrendo o julgamento perante a superior instância, esta decisão, que encetará termo ao processo, aqui na via recursal, não será uma sentença, mas uma decisão terminativa singular, havendo adequação do disposto no art. 557 do CPC, ou um acórdão, quando colegiada a decisão.

Três, portanto, serão os novos desígnios do processo, excluindo-se a hipótese de indeferimento da exordial (art. 295 do CPC), como vimos, já que ali não há formação do regular contraditório: superada a questão processual pelo tribunal no julgamento da apelação, ou serão os autos devolvidos ao juízo funcionalmente competente para produção dos meios de prova que se fazem necessários à instrução; ou, se as questões de fato e de direito já se encontram satisfatoriamente esclarecidas, ao teor do art. 330, I do CPC, dos dois um, ou o relator, monocraticamente, ou o colegiado competente, por decisão de maioria, repito, caso superada questão processual superveniente, darão ou negarão provimento meritório ao recurso apelatório.

Cada uma dessas possibilidades procedimentais desafiará um recurso diferente e adequado.⁵⁷

57 No meu Curso, op. cit., p. 293, faço ver que a adequação implica num dos pressupostos recursais, pelo qual "há apenas um recurso próprio para cada espécie de decisão, de forma que o recurso deve se adequar àquela".

Inicialmente, contra a decisão monocrática que vier a prover ou improver a pretensão recursal apelatória⁵⁸, ajusta-se o recurso de agravo previsto no art. 557, § 1º do CPC, que terá como fundamento meritório a arguição da necessidade de se levar o recurso ao julgamento colegiado, perante o órgão e tribunal competentes, "sempre com vista a evitar distorções e erros".⁵⁹

Improvido que seja o recurso de agravo na forma regimental, a sentença passará em julgado e, sendo aquela de natureza condenatória, poderá, desde já, ser objeto de execução por título judicial.

Vindo a ser provido o recurso de agravo, ocorrerá então remessa dos autos ao órgão competente para julgamento colegiado, conseqüência que, identicamente, decorrerá do julgamento colegiado direto do recurso de apelação, pela regra geral do juízo plural, decorrendo, do que finalmente ficar decidido, um acórdão, cujo desafio recursal poderá ser o recurso especial ou mesmo o recurso extraordinário, havendo admissibilidade.

Deve-se atentar para o fato de que, nas últimas das possibilidades, antes mesmo da interposição dos recursos constitucionais, serão admissíveis eventuais embargos declaratórios, ocorrendo omissão, contradição ou obscuridade no acórdão, ou infringentes, se o acórdão houver reformado a sentença por maioria de votos (art. 530 do CPC), recursos estes que emprestarão efeito interruptivo, caso tempestivos, à interposição daqueles.⁶⁰

58 Art. 557 do CPC: "O relator negará 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".

59 DINAMARCO, op. cit., p. 73.

60 O efeito interruptivo "vai além do duplo efeito, interrompendo o prazo para propositura do recurso subsequente, que recomeça da decisão que o acolhe ou rejeita", BARRETO, Ricardo de O. Pires, op. cit., p. 282-283, porque "enquanto não esclarecida a decisão judicial, as partes não podem desprender a extensão do gravame", FLUX, op. cit., p. 936.

Neste particular, só a matéria prequestionada desde a origem procedimental⁶¹, através dos recursos retidos, dos embargos de declaração ou dos embargos infringentes, reiterados, é que pode ser conhecida pelos juízos extremos, sob pena também de nulidade dos acórdãos subsequentes.

Voltando ao tema em debate, e de conformidade com a nova previsão insita do art. 515, § 3º do CPC, aparentemente, ao menos textualmente, incurrerá supressão de instância quando julgado o mérito na via recursal, não o *mérito do pedido de revisão recursal*, mas o *mérito do próprio pedido constante da ação proposta originariamente*, cujo juízo natural para recebê-la, processá-la e julgá-la, deveria ser o *a quo*.

Ora, se compete funcionalmente ao juízo monocrático receber, processar e julgar os pedidos constantes da ação⁶², se a competência funcional é absoluta, portanto inderrogável, e leva à nulidade plena dos atos decisórios praticados pelo juízo incompetente, não haveria este dispositivo contrariado a regra constante do art. 113, § 2º do CPC?

Ainda, se é princípio assente da jurisdição o duplo grau voluntário, não teria ocorrido ferimento ao mesmo, suprimindo-se seu primeiro grau, no caso, o monocrático?

Diante das questões postas, entram em conflito dois princípios, conforme observa Chiovenda:

61 Neste sentido, a doutrina específica de MEDINA, *op. cit.*, p. 229, ao afirmar que o prequestionamento "decorre de manifestação das partes, manifestação esta que deve ocorrer perante o órgão julgante para que este se manifeste sobre a questão constitucional ou federal, determinando o cabimento do recurso extraordinário ou especial em relação a tal pronunciamento".

62 Excluindo-se aqui as ações de competência originária dos tribunais.

*O do duplo grau de jurisdição, que em sua mais conseqüente aplicação conduziria a remeter a causa, em todas as hipóteses, ao primeiro juiz; e o princípio da economia dos processos, pelo qual o legislador se inclina, hoje, a temperar o rigor do primeiro princípio, com impor ou permitir ao segundo juiz o julgamento da causa, contentando-se, dessarte, mais com a possibilidade do que com a realidade do primeiro grau de jurisdição.*⁶³

Assim é que me posiciono como sendo de eficácia plena, portanto incontestada, a admissão da nova regra insculpida no art. 515, § 3º do CPC, frente à necessária instrumentalidade e efetividade que norteiam o processo moderno, trazendo à colação doutrina do eminente Eduardo Couture, ao analisar o *princípio da transcendência* relativamente às nulidades dos atos processuais em geral, indicando não haver nulidade formal, se o desvio não tem transcendência quanto às garantias essenciais da defesa, e complementa:

*A antiga máxima pás de nullité sans grief relembrava que as nulidades não têm como objetivo satisfazer pruridos formalistas, mas sim corrigir os prejuízos reais que poderiam decorrer de um desvio dos meios processuais, sempre que esse desvio importe em restrição das garantias a que têm direito os litigantes.*⁶⁴

63 CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 294/295.

64 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Trad. Benedito Giacobini. Campinas: Red, 1999. p. 315.

Não admitir o julgamento do mérito da lide posta na via recursal, quando já formalizado o necessário e regular contraditório, superada questão processual peremptória e não se fazendo necessária produção de prova em audiência ou pericial, é privilegiar o excesso de solenidade e de formalismo, indo de encontro ao hodierno posicionamento jurisprudencial e ao doutrinário, como já exposto, que apontam no sentido de promover o processo como instrumento da efetivação célere, correta e justa da jurisdição, especialmente diante do "notório e angustiante congestionamento do Poder Judiciário que vem conduzindo o processo civil brasileiro por tentativas e caminhos novos"⁶⁵, fim precípua das reformas processuais, já que "o ideal da justiça rápida é perseguido em todo o mundo"⁶⁶.

Inobstante, é de se registrar a regra insita dos arts. 5º, XXXVI da Constituição Federal e 6º da LICC (Lei de Introdução do Código Civil), vedante da retroatividade das leis, que tem ampla aplicação no nosso sistema processual e que implica em respeito à eficácia dos atos já realizados no processo, liberando-se a imposição da lei nova em relação aos atos ainda não praticados.

Neste sentido,

*"a recorribilidade se regula pela lei da data da decisão, ou seja, a lei que prevalecerá como base recursal, em havendo lei nova após sua prolatação, será a vigente na época daquela, não a lei nova"*⁶⁷.

cabendo tal advertência ao julgador *ad quem* singular ou ao colegiado, quando do julgamento do recurso, de

65 DINAMARCO, *op. cit.*, p. 69.

66 BEGALI, Paulo Antônio. Justiça e modernidade. *Revista da AMB - Cidadania e Justiça* a 5. N. 11, P. 157, 2 Sem. 2001.

67 BARRETO, Ricardo de O. Paes, *op. cit.*, p. 285-286.

maneira que se evitem nulidades por aplicação indevida da norma jurídica nova ineficaz a situações processuais consolidadas.

5. CONCLUSÕES

Conforme analisamos, a questão da limitação funcional recursal envolve discussões bastante complexas e polêmicas, por abarcar tema vinculado aos limites de atuação quanto à competência de juízos diversos, originário de primeiro grau, e revisor ordinário, de segundo, que poderá gerar nulidade insanável do julgado, com efetivos prejuízos na prestação jurisdicional que ali se busca, e, nesta hipótese, indo exatamente contra a orientação do processo civil moderno que é a busca de sua efetividade, conjugação do binômio rapidez e justeza.

Inobstante o julgado na instância revisora suprimindo instância possa ser declarado nulo através da interposição de recurso extraordinário ou especial, quando admissíveis, o conhecimento, a apreciação e eventual reconhecimento de questões preliminares e pedidos, positiva ou negativamente, irá gerar expectativa de direito à parte vencedora, que poderá, inclusive, vir a ser derrotada quando do novo julgamento pelo juízo originariamente competente, sem levarmos em consideração a demora na pacificação do conflito, quando se tentou, com o julgamento precipitado, exatamente a celeridade processual.

A reforma processual, assim, esboçou um contorno novo no constante intento da efetividade processual, na diminuição do tempo do processo para a solução da lide, possibilitando que o juízo revisor recursal, em sede apelató-

ria, possa apreciar o mérito do pedido originário de competência da instância primeira, desde logo, quando superada questão processual peremptória, que houvera por extinguir o processo, de modo agora, em sede recursal, reconhecidamente indevido.

Com isso, a anterior devolução do feito ao juízo funcionalmente competente restou desnecessária, cabendo ao juízo revisor, conforme devidamente explicitado ao longo desses estudos, na hipótese de se encontrar o feito maduro, promover com o julgamento meritório não do pedido recursal, dando ou não provimento ao recurso, mas do próprio pedido, julgando-o procedente ou não.

6. REFERÊNCIAS (Por ordem de citação)

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra D. F. Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 1.

JAUERNIG, Othmar. **Curso processual civil**. 25 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAMPOS, Flávia Romero. Tipologia das espécies recursais em face da complexa diversidade processual. In : MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Coord.). **O direito de recorrer – introdução ao estudo do sistema recursal**, Recife: Casa de José de Alencar, 2002.

DINARMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. **Tribuna da magistratura**, Caderno de doutrina, mai. 1999.

BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. **Curso de direito processual civil conforme a jurisprudência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. I e III.

MIRANDA, Gilson Delgado ; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Processo civil – recursos**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. 2 ed. São Paulo: RT, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de processo civil anotado**. 6 ed. Rio: Forense, 1999.

ALVIM, J. E. Carreira. **Ação monitória e temas polêmicos da reforma processual**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.-

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de processo civil**. 5 ed. São Paulo: RT, 2000. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. II.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Código de processo civil anotado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 5 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. v. II.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 5.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do direito processual civil**. Trad. Benedicto Giacobini. Campinas: Red, 1999.

BEGALI, Paulo Antônio. Justiça e modernidade. **Revista da AMB – Cidadania e justiça**. a.5, n.11, 2 Sem.2001.

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rosa Cícero Correia

Bacharel em Direito. Pós-graduação em Direito Processual Civil e Direito Público (em curso).

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO; 2. CONCEITO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA E DE INTERPRETAÇÃO; 2.1. Hermenêutica Jurídica; 2.2. Interpretação; 2.3. Interpretação Kelseniana; 3. ANÁLISE INTERPRETATIVA CONSTITUCIONAL; 4. TOPOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 5. UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO; 6. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO SOLUÇÃO; 7. CONCLUSÃO; 8. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é fazer uma reflexão, à luz da Hermenêutica Constitucional, sobre os Direitos Fundamentais.

O tema "Interpretação das Normas Constitucionais" sempre esteve presente como objeto de investigação pelos juristas, em virtude da constatação de que as normas, e principalmente as normas constitucionais, não preenchem todas as possibilidades de sua aplicação a um caso concreto.

Então, faz-se, necessário o auxílio do método hermenêutico de interpretação.

Pretende-se, aqui, refletir como, através de uma correta interpretação das normas Constitucionais, é possível revolucionar o sistema constitucional, no sentido da efetiva concretização dos seus valores.

Enfocar-se-ão os métodos hermenêuticos tradicionais, até o método-hermenêutico concretizante, apresentado-se os passos com os quais, dentro do mundo jurídico pós-positivista, pode-se alcançar a efetividade dos Direitos Fundamentais, sem, contudo, deixar de alertar para o fato de que essas garantias constitucionais, por dependerem de políticas públicas, são sempre fragilizadas em sua concretude.

Verificar-se-á que isso só é possível graças aos princípios. São eles que permitem imprimir uma constante evolução interpretativa para acompanhar uma sociedade em constante mutação. E, em se tratando de Direitos Fundamentais, o princípio da Proporcionalidade surge, contemporaneamente, como guia ao intérprete-aplicador do direito e como instrumento de proteção para o indivíduo no exercício desses direitos.

Ainda como enriquecimento da presente reflexão, procurou-se destacar o tratamento do Supremo Tribunal Federal dado ao tema em estudo.

2. CONCEITO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA E DE INTERPRETAÇÃO

2.1. Hermenêutica Jurídica

Hermenêutica, palavra oriunda do latim *hermeneutica*, designando o que interpreta ou que explica, é empregada nas técnicas jurídicas para assinalar o modo de interpretar as leis a fim de se obter delas o exato sentido. A Hermenêutica Jurídica encerra todos os princípios e regras que devem ser utilizados na interpretação do texto legal¹.

1 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. ver. atual. por Nagib Filho e Geraldo Magela. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 396.

Hermenêutica, do grego *hermeneuein*, hordiernamente, é tida como uma teoria ou filosofia da interpretação, capaz de tornar compreensível o objeto de estudo mais do que sua simples aparência ou superficialidade. Ela tem a peculiaridade de permitir interpretar o ordenamento jurídico, dando-lhe um novo significado, muitas vezes não almejado pelo legislador, o que não implica tradução arbitrária da lei.² É Curioso anotar que, na mitologia grega, o deus Hermes, filho de Zeus e de Maia, identificado pelos latinos como Mercúrio, era o deus grego da eloquência³, descobridor do objeto utilizado pela compreensão humana para alcançar o significado das coisas e o transmitir às outras pessoas. Assim, Hermes transformava o que a compreensão humana não alcançava em algo que essa compreensão conseguisse compreender⁴.

2.2. Interpretação

Interpretar, do latim *interpretatio*, do verbo *interpretare*, significa explicar, traduzir, comentar, esclarecer. Na acepção jurídica, o termo é compreendido como a tradução do sentido ou do pensamento que está contido na lei, na decisão, no ato ou contrato. É examinar, investigar, perquirir e fixar o sentido ou a inteligência do texto legal. Havendo interpretação autêntica, doutrinária ou judicial, quanto aos elementos que a movem, pode haver interpretação gramatical, lógica ou sistemática⁵.

2 MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *A Hermenêutica jurídica de Gadamer e o pensamento de Santo Tomás de Aquino*. *Jus Navigandi*, Teresina, n. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutorina/texto.asp?id=31>>. Acesso em: 13 ago. 2003.

3 KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antônio (ed.). *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996. p. 1245.

4 MUSETTI, Rodrigo Andreotti. *Op. Cit.*

5 SILVA, De Plácido. *Op. Cit.*, p. 444-446.

2.3. Interpretação Kelseniana

Hans Kelsen, um dos maiores juristas do séc. XX, responsável pela versão mais sofisticada do positivismo jurídico, chega a reconhecer, ainda que por honestidade intelectual, a impossibilidade de se encontrar uma única interpretação correta para uma norma jurídica, em razão da textura aberta da linguagem.

Esse tema da interpretação, tão pontuado, foi contemplado em capítulo de sua obra intitulada "Teoria Pura do Direito"⁶. Da sua leitura, evidencia-se o destaque dado pelo autor à questão da indeterminação da norma, vez que se prende à própria pluralidade de significação de uma palavra, acarretando a não-univocidade do sentido verbal da norma.

Hebert Hart⁷ também discutiu o assunto, mencionando que a nossa relativa ignorância dos fatos ou a incapacidade de prever todas as circunstâncias futuras vão acarretar uma relativa indeterminação da finalidade da norma.

Assim, conclui-se que nunca haverá um único sentido para a interpretação da norma jurídica; apesar de se poder analisar a linguagem sob a ótica da sintaxe, da semântica e da pragmática, ela é sempre imprecisa e ambígua. Tampouco se pode fazer norma jurídica especificando antecipadamente todas as possibilidades de sua aplicação a um caso concreto.

6 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 113-123.

7 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. p. 137-149.

A comunicação através da linguagem envolve sempre a questão da possibilidade de indeterminação e, na prática, essa indeterminação vai gerar a determinação vinculante pelo órgão aplicador do direito⁸.

Assim como Kelsen, Herbert Hart⁹ coloca que, ao surgir caso não contemplado pela norma, faz-se, uma escolha. Quando o intérprete determina o sentido do conteúdo da norma, através de um ato de vontade, ao efetuar uma escolha entre as possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva, traz consigo uma força vinculante capaz de tornar esse sentido definido aceite por todos¹⁰.

Nesse sentido, Kelsen¹¹ afirma ser a atividade dos tribunais persuasiva na medida em que tem a pretensão de definir ou dar a essência dos termos, sendo, para este autor, a autêntica interpretação da norma, a oriunda do órgão aplicador do direito, porque cria direito.

Na verdade, é nesse contexto que reside a "textura aberta" da linguagem jurídica invocada por Herbert Hart¹². As normas que determinam com autoridade legislativa, padrões de comportamento, apresentarão incertezas, indeterminações em certo ponto em que sua aplicação esteja sendo questionada. E aí entra o papel dos tribunais para determinar o equilíbrio entre os interesses conflitantes e "consolidar a segurança jurídica". Sendo que esta é, afirma Kelsen¹³, somente realizável aproximadamente, ficando a depender de processos

8 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996. p. 260-263.

9 HART, Herbert L. A. *Op. Cit.*, p. 137-149.

10 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Op. Cit.*, p. 260-263.

11 HANS, Kelsen. *Teoria pura do direito*. 3. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 356-371.

12 HART, Herbert. *Op. cit.*, p. 137-149.

13 HANS, Kelsen. *Op. cit.*, p. 356-371.

contextuais de redifinição, dado a presença da variável axiológica que obscurece a significação da norma.

A questão da indeterminação da norma e da textura aberta, aqui introduzidas, serão retomadas, doravante, ao enfrentarmos a análise interpretativa da Constituição.

3. ANÁLISE INTERPRETATIVA CONSTITUCIONAL

Retomando o termo "textura aberta" e aplicando-o à Constituição, pretendemos dizer que essa ordem aberta admite a possibilidade de ter seu conteúdo definido a partir de um processo de concretização e interpretação e, ao mesmo tempo, ser modificado ou construído de forma dinâmica, dia após dia, para acompanhar a evolução social, no momento de sua aplicação pelo intérprete da norma.

E essa textura aberta se justifica dada a natureza política do Texto Constitucional. O aspecto político, assim, vai influenciar no método de interpretação, porque o Texto Constitucional está condicionado por uma realidade política, mas que deve buscar uma atitude de se concretizar¹⁴.

Paulo Bonavides¹⁵ destaca os dois aspectos que todo intérprete deve ter presente em relação à Constituição: primeiro, trata-se de uma carta jurídica; segundo, é uma carta política. E, quanto a este aspecto, o autor acrescenta preponderar o conteúdo político e social das reações por ela regidas, revelando-se, também, o caráter político da Constituição, quando se trata de fixar o caráter normativo dos princípios.

14 BELLO FILHO, Ney de Barros. A constituição aberta: o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. *Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil*, Brasília, v. 21, n. 69, p. 221-223, jan./mar. 2002.

15 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 421-423.

Por isso, no ofício de interpretar, o jurista deve entender o Texto Constitucional como um sistema aberto de regras e princípios, tomados estes como espécie de norma jurídica, por condensarem força normativa¹⁶ e trazerem consigo conceitos que evoluíram no tempo, sendo reconstruídos para se concretizarem a partir da interpretação com enfoque na mutação da própria sociedade¹⁷.

No mister de auxiliar os aplicadores-concretizadores das normas e dos princípios constitucionais, surge o método hermenêutico-concretizante, defendido por Konrad Hesse e Canotilho e tratado com detalhes em artigo de Patrícia Pizarro¹⁸, do qual merecem destaque os seguintes argumentos que auxiliarão na presente reflexão:

– A hermenêutica tradicional vem sendo duramente criticada, quando utiliza os métodos histórico, gramatical, sistemático e teleológico isoladamente, por manipular a interpretação e distanciar a Constituição da realidade social. Na verdade, para enfrentar o problema atual da interpretação constitucional, esses métodos devem ser usados para auxiliar a revolucionária teoria da interpretação constitucional, segundo a qual interpretação constitucional é concretização.

– O fundamento dessa teoria é a realização constitucional; é tornar eficaz, juridicamente, as normas constitucionais, sendo essa "realização" tarefa de todos os órgãos constitucionais, incluindo a participação de todos os cidadãos.

16 A questão da norma-regra e norma-princípio constitui a essência da teoria normativa dos direitos fundamentais no sentido de sua afirmação como norma, e possibilita o estudo do texto constitucional a partir da afirmação de que ele é composto por duas espécies de normas: norma-regra e norma-princípio, esclarece Ney de Barros Bello Filho, citando Robert Alexy, autor de *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

17 BELLO FILHO, Ney de Barros. Op. Cit., p. 232-233.

18 PIZARRO, Patricia Usón. Interpretação constitucional: o método hermenêutico concretizante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 5, n. 17, p. 78-95, out./dez. 1995.

— O aplicador do direito, ao valer-se do método hermenêutico-concretizante, necessita primeiro de um caso concreto para, diante dele, adotar uma postura que presuponha uma pré-compreensão a lhe permitir determinar o sentido e a unidade, e então, concretizar.

Nessa pré-compreensão, o hermenêuta leva consigo o que Luiz Albert Warat¹⁹, argentino radicado no Brasil e professor aposentado da Universidade Federal de Santa Catarina, denomina de “senso comum teórico dos juristas”, um arsenal de ideologias práticas que cada jurista intimamente carrega consigo, no seu cotidiano, aliado a um conhecimento científico. Sem ele, não pode existir prática jurídica, ou seja, não se consegue produzir decisões ou significados socialmente legitimados.

4. TOPOLOGIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vinculada a Constituição ao conceito de sistema uno, coerente, seu espírito formador deriva de valores que lhe conferem supremacia, como coloca o autor cearense Bonavides. É aí onde se inserem os Direitos Fundamentais.

Sim, porque após o absolutismo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos serviu de base para todas as Constituições contemporâneas, não havendo Estado Constitucional de Direito que nela não assegurasse os Direitos Fundamentais. É como se houvesse um “consenso contemporâneo”²⁰.

19 WARAT, Luis Alberto et al. *Senso comum*. In: ARNAUD, André-Jean (Org). *Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.714-716.

20 Termo utilizado no conceito de Direitos Fundamentais por Louis Harkin e reformado no texto “Uma visão hermenêutica comprometida: o início de um debate com a cidadania e os direitos humanos”, de Alessandra Moraes Teixeira, disponível em: <<http://www1.fus.com.br/doutina/texto.asp?id=32>>, para demonstrar que em sua evolução histórica, os direitos fundamentais passaram pelo fenômeno de mutação e hoje presencia-se a sua universalização e multiplicação.

Os valores liberdade, propriedade, igualdade e fraternidade, reconhecidos pelas revoluções liberais do séc. XVIII, constituíram o marco inicial da Teoria dos Direitos Fundamentais. Hoje, esses direitos apresentam feições mais amplas, mas sempre o “plexo” de prerrogativas jurídicas do indivíduo perante o Estado²¹.

Entretanto, em artigo intitulado “Teoria Jurídico-constitucional dos Direitos Fundamentais, de Canotilho²², o emite autor, citando José Eduardo Faria, chama a atenção para o fato de, em termos operacionais, essas garantias de proteção constitucional estarem a correr um sério risco, no sentido de que estão a depender de uma prévia estarem regulamentação de políticas públicas para se tornarem efetivas.

O Sistema Constitucional Brasileiro consagra os Direitos Fundamentais no Título II, art. 5º ao 17, classificando-os em direitos e garantias individuais, direitos sociais, econômicos e culturais e direitos políticos, havendo o consenso de que os Direitos Fundamentais estão presentes em outros blocos de proposições constitucionais²³.

A questão que se põe acerca dos Direitos Fundamentais é que, por conterem carga axiológica forte, incorporando interesses diversos de uma sociedade pluralista, típica de um “Estado Democrático de Direito”, mantêm um relacionamento de tensão permanente, parecendo conflitantes, antagônicos, ora prevalecendo um, em detrimento do outro²⁴. Daí, afirmar-se não haver Direitos Fundamentais absolutos²⁵.

21 MOREIRA, Gerfan Carneiro. *Interpretação constitucional e os direitos fundamentais*. Revista TRT-119R, Manaus, v. 8, n. 8, p.39, 2000.

22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais*. CD-ROM Revista Jurídica Consulex, n. 4, v.1, n.45, p.36-43, Set. 2000.

23 MOREIRA, Gerfan Carneiro. *Op. cit.*, p. 41.

24 LIMA, George Marmolstein. *Limitações ao direito fundamental à ação*. Jus Navigandi, Teresina, n. 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.fus.com.br/doutina/texto.asp?id=2527>>. Acesso em: 28 jul 2003.

25 LIMA Op. cit.: ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Café da manhã de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Jus Navigandi, Teresina, n. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.fus.com.br/doutina/texto.asp?id=2655>>. Acesso em: 28 jul 2003.

Kelsen²⁶ abordou esse tema, ao exemplificar a situação de duas normas que pretendem valer simultaneamente, porque contidas numa mesma lei e na verdade, se contradizerem total ou parcialmente.

Esse é o ponto central a que se dirige a presente reflexão: o âmbito da antinomia, onde encontramos o intérprete do direito envolto na difícil tarefa de decidir acerca dos Direitos Fundamentais.

Na arte de interpretar os Direitos Fundamentais, por constituírem o núcleo normativo do Estado de direito democrático e constitucional²⁷, o intérprete deve resguardar sempre a essencialidade do sistema e, por outro lado, ao interpretar qualquer enunciado normativo do sistema, deve resguardar os Direitos Fundamentais, porque, no dizer de Gerfram²⁸, "suas muralhas devem ser as mais fortes da cidadela constitucional".

Assim, cotejando o Direito Fundamental à liberdade e o Direito Fundamental à intimidade/ou privacidade, conclui-se por uma aparente inconciliação; mas, essa tensão que se forma é proveniente da própria textura aberta da Constituição, com sua carga valorativa.

5. UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO

Na aplicação dos Direitos Fundamentais havendo, contradição entre as normas, ou seja, configurada a antinomia, a qual tem como requisito, segundo afirma Bobbio²⁹, pertencerem ao mesmo ordenamento jurídico e terem o

26 HANS, Kelsen. *Op. cit.*, p. 115.

27 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*

28 MOREIRA, Garfran Carneiro. *Op. cit.*, p. 42.

29 BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos São Paulo/Brasília: Pólis/UnB, 1989 p.71-114.

mesmo âmbito de validade temporal, espacial pessoal e material, explica o jurista italiano Norberto Bobbio³⁰ estar-se diante da questão da completude do ordenamento jurídico. Mas a questão a enfrentar é saber qual a norma a aplicar, sendo que ambas devem ser conservadas no ordenamento jurídico.

Bobbio³¹ ensina que conservar duas normas incompatíveis é tarefa freqüente para o hermeneuta, juiz ou jurista; a solução é demonstrar que não são incompatíveis, derivam de uma interpretação, incompleta, e, assim, eliminar a incompatibilidade.

Mas, para esse mister, o intérprete deve valer-se dos princípios, por se tratarem de conhecimento universal que pode servir de premissa maior num raciocínio, como afirma Kant³².

Ora, o Direito vive a era dos princípios, os quais concentram proposições valorativas do sistema jurídico, condicionando a aplicação do direito,³³ cabendo ao intérprete-aplicador considerar a textura aberta dos princípios, pois eles permitem reduzir necessidades de reformas da Constituição, principalmente nas Constituições rígidas, porque influenciarão na concretização das normas constitucionais, fixando pautas de condutas do Poder Público.

Ensina Bonavides, que a partir da contribuição da revolucionária tese de Ronald Dworkin na fase do pós-positivismo, os princípios passaram a ser tratados como

30 *Idem*, p. 115-180.

31 *Idem*, p. 71-114.

32 Apud SARAIVA, Wellington Cabral. *O caráter principiológico das normas constitucionais*. Disponível em: <http://www.infejus.com.br/area3/wellingtocabral2.htm>. Acesso em: 03 set. 2003.

33 ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Op. cit.*

direito, coverteram-se no coração das Constituições, atestando que participaram, dessa profunda e aperfeiçoada reflexão, o jurista Esse e o alemão Alexy³⁴. JJ. Gomes Canotilho também afirma categoricamente que princípio é uma espécie de norma³⁵. E, dentro dessa nova fase do Direito Constitucional, tem destaque, inclusive, acolhido pelo Supremo Tribunal Federal, o princípio da Proporcionalidade³⁶, apesar de, no Brasil, não haver norma constitucional que o consagre expressamente³⁷.

6. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO SOLUÇÃO

Ná verdade, o Princípio da Proporcionalidade apresenta dupla função. Uma, de salvaguardar os Direitos Fundamentais contra a ação limitativa do Estado; outra, afigura-se como critério para solução de conflitos de Direitos Fundamentais, através de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto³⁸.

Tudo passa, agora, pela capacidade de compreender adequadamente esse princípio, para poder aplicá-lo na sua dimensão jurídica, manejando-o como instrumento de harmonização, e nas circunstâncias do caso concreto dizer que um direito tem mais peso do que outro, quando se trata de proteger o indivíduo contra abuso do Poder Público, principalmente o legisferante³⁹.

34 BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 238, 248, 253.

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 1239.

36 ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Op. cit.

37 LIMA, George Marmelstein. Op. cit.

38 ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Op. cit.

39 LIMA, George Marmelstein. Op. cit.

Como bem aponta Luciano Sampaio Rolim⁴⁰, o princípio, em estudo, assemelha-se ao princípio da “concordância prática”, formulado por Konrad Hesse; acrescenta inexistir, na doutrina, uniformidade de terminologia, sendo, freqüentemente, encontradas as seguintes expressões: “princípio da proporcionalidade”, “princípio da proibição de excesso” e “princípio da razoabilidade”. Sobressai-se, ainda, o entendimento, baseado na lição de Canotilho, de não haver distinção essencial entre o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade.

Essa ausência de distinção também pode ser inferida do seguinte acórdão do Ministro relator Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ELEIÇÕES MUNICIPAIS DE 1996 – COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS PARA ELEIÇÕES PROPORCIONAIS – VEDAÇÃO ESTABELECIDA PELO LEI N. 9.100/95 (ART. 6º) – ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PARTIDÁRIA (CF, ART. 17, § 1º) E DE VIOLAÇÃO AOS POSTULADOS DO PLURIPARTIDARISMO E DO REGIME DEMOCRÁTICO – AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE JURÍDICA – MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO – AÇÃO DIRETA – LEGITIMIDADE ATIVA – INEXIGIBILIDADE DO VÍNCULO DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA.

40 ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. *Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>>. Acesso em: 28 jul. 2003.

(...)VEDAÇÃO DE COLIGAÇÕES PARTIDÁRIAS APENAS NAS ELEIÇÕES PROPORCIONAIS – PROIBIÇÃO LEGAL QUE NÃO SE REVELA ARBITRÁRIA OU IRRAZOÁVEL – RESPEITO À CLÁUSULA DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW. – (...) O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do “substantive due process of law” – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público, no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que **não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade**, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do “substantive due process of law” (CF, art. 5º, LIV). (...)”(grifamos).⁴¹

No mesmo sentido sustenta a Juíza Federal Germana,⁴² apontando para o fato de, mesmo possuindo matriz histórica diversa e conteúdos distintos, o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade guardam vários pontos de identidade. Este surgiu no direito anglo-saxão, tornou-se substância do *due process* e foi reduzido à aceção de racionalidade acrescida de uma concep-

41 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Eleições municipais de 1996. ADIN Nº 1407 MC /DF. DJ DATA-24-11-00 PP-00086 EMENT VOL-02013-10 PP-01974. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília-DF, 07 de março de 1996.
42 Apud LIMA, George Marmalstein. Op. cit.

ção de “consenso popular”. Aquele, desenvolvido a partir da doutrina germânica, alcançou conotação mais objetiva, resumindo-se em três subprincípios: adequação (pertinência entre meio e fim), necessidade (entre as soluções possíveis, optar pela menos gravosa) e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação sobre custo-benefício da medida, vale dizer, danos causados e resultados a serem obtidos).

É essa tripla dimensão do Princípio da Proporcionalidade que deve ser fiscalizada e avaliada pelo intérprete-aplicador, ao defrontar-se com o conflito aparente de normas que substanciam Direitos Fundamentais, para adotar a medida mais adequada a eliminar a antinomia aparente, satisfazer o interesse público visado pela norma interpretada, concretizar os princípios e valores constitucionais, sob pena de invalidade; mas, de outra parte, a restrição dos Direitos Fundamentais oriunda de sua escolha deve restringir-se ao estritamente necessário ao atendimento daquele interesse⁴³.

Exemplificando o problema da coerência das normas do sistema jurídico-constitucional, há contradição aparente de normas, em se tratando de prisão civil do depositário infiel e do direito à liberdade. Na verdade, deve-se ponderar que o direito à liberdade é regra geral da gênese constitucional e o Brasil, ao ratificar o “Pacto de San José” (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em 23.09.92, apenas adota essa solução em última instância e, ainda assim, para resguardar a vida do alimentando⁴⁴.

43 ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Op. cit.

44 MOREIRA, Gerfran Carneiro. Op. cit., p. 42-46.

Por fim, vale citar o acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a seguir transcrito, o qual atesta o conflito entre o Direito Fundamental à intimidade e o Princípio da Publicidade dos atos processuais, encaminhando a solução por meio do Princípio da Proporcionalidade:

EMENTA. PENAL. CONSTITUCIONAL. NOTÍCIA-CRIME. PROCURADOR DA REPÚBLICA. DIVULGAÇÃO À IMPRENSA DE INFORMAÇÕES OBTIDAS MEDIANTE QUEBRA DOS SIGILOS BANCÁRIO E FISCAL. COMPETÊNCIA DO TRF. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INAPLICABILIDADE À NOTÍCIA-CRIME. PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. SIGNIFICADO DOS TERMOS "PÚBLICA" E "INCONDICIONADA". RELACIONAM-SE AOS ELEMENTOS PROCEDIMENTAIS. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DIFERENTES. DIREITO À INTIMIDADE, À IMAGEM E AO SIGILO DE DADOS "VERSUS" DIREITO À PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. INEXISTÊNCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ABSOLUTOS. PRECEDENTE DO STF. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INCIDÊNCIA. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS DEVE RESPEITAR OS DIREITOS INERENTES AO DIREITO DE PERSONALIDADE. PUBLICIDADE NÃO É SENSACIONALISMO. LEI COMPLEMENTAR Nº 105 RESTRINGIU A PUBLICIDADE ÀS

PARTES. A FACULDADE DE DIVULGAÇÃO CONFERIDA À FAZENDA NACIONAL PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 104 DESTINA-SE EXCLUSIVAMENTE À POLÍTICA DE INTERCÂMBIO DE INFORMAÇÕES ENTRE O PODER JUDICIÁRIO, OS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO E OS ESTADOS ESTRANGEIROS MEDIANTE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. AFASTADA A INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 2, DA 2ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. NEGADO PROVIMENTO AO PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DA NOTÍCIA-CRIME. REMESSA AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA NOS TERMOS DO ART. 28 DO CPP.

1. Pedido de arquivamento de notícia-crime contra Procurador da República que divulgou dados obtidos mediante a quebra do sigilo bancário e fiscal de denunciados em ação criminal, formulado pelo Procurador Regional da República.(...)
6. A jurisprudência e a doutrina encaminham a solução dos conflitos de direitos fundamentais através do princípio da proporcionalidade, pois, segundo o entendimento consolidado do STF, nenhum direito fundamental é absoluto.
7. O princípio da publicidade dos atos processuais deve ser relativizado de modo a evitar uma desnecessária intervenção na esfera privada dos indivíduos atingidos pela quebra dos sigilos bancário e fiscal, uma vez que

o interesse público já foi atendido e a indevida publicidade pode desencadear uma precipitação da estigmatização penal quando sequer existe juízo condenatório.

8. A própria Constituição Federal conferiu ao legislador infraconstitucional a incumbência de salvaguardar a intimidade do indivíduo perante o princípio da publicidade dos atos processuais, de modo a coibir eventual sensacionalismo. (...)

12. Negado provimento (...).⁴⁵

7. CONCLUSÃO

Dado ser a Constituição um sistema que deve expressar a realidade, é no momento da concretização de suas normas e princípios que o intérprete-aplicador precisará valer-se da Teoria da Interpretação Constitucional, a Heremênutica, como meio para atingir a exata dimensão do sentido das normas do seu texto.

Com este ato, o intérprete-aplicador abre o texto da Constituição para a realidade, como aponta o juiz federal Ney de Barros Bello Filho⁴⁶.

E nessa tentativa de fusão entre texto constitucional, onde se inserem os Direitos Fundamentais e a realidade, por vezes, se delineiam os conflitos aparentes de normas e Direitos Fundamentais.

Diante desse quadro e à luz da teoria da normatividade dos princípios, vem sendo prestigiado o Princípio da Proporcionalidade, por ter a missão, num Estado Demo-

crático de Direito, de servir de instrumento para a concretização das normas e dos princípios constitucionais, na medida em que as garantias constitucionais dos Direitos Fundamentais estão a depender da lenta ação do poder público.

O Princípio da Proporcionalidade, dada a sua função instrumentalizadora de proteção aos Direitos Fundamentais, deve ser aplicado com arguta análise, em virtude da textura aberta que compõe o sistema jurídico-constitucional, para não vir a gerar injustiça, como adverte Rolim⁴⁷, deixando a impressão de privilegiar medidas políticas em detrimento das jurídicas.

A Corte Constitucional Brasileira tem se apercebido da importância do papel do Princípio da Proporcionalidade e o tem consagrado em seus julgados, principalmente, quando se trata de dar a máxima efetividade aos Direitos Fundamentais.

45BRASIL, Tribunal Regional Federal, 4ª Penal, Constitucional...PET, n. 44-RS (200104010701532). Relator: Juiz Fábio Rosa. Porto Alegre, 21 de novembro de 2001.

Disponível em: < <http://www.cgl.gov.br> > Acesso em: 24 mar. 2003.

46BELLO FILHO, Ney de Barros. Op. cit., p. 237.

47ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Op. cit.

8. REFERÊNCIAS

BELLO FILHO, Ney de Barros. A constituição aberta: o objeto e o resultado da hermenêutica constitucional. **Direito Federal: Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil**, Brasília, v. 21, n.69, jan./mar. 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução Cláudio de Cicco e Maria Celeste C.J. Santos. São Paulo/Brasília: Polis/UnB, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, s.d.

_____. Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. **CD-ROM Revista Jurídica Consulex**, a. 4, v. 1, n. 45, set. 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

KOOGAN, Abrahão; HOUAISS, Antônio (ed.). **Enciclopédia e dicionário ilustrado**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1996.

LIMA, George Marmelstein. Limitações ao direito fundamental à ação. **Jus Navigandi**. Teresina, a.6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2627>>. Acesso em: 28 jul.2003.

MOREIRA, Gerfram Carneiro. Interpretação constitucional e os direitos fundamentais. **Revista TRT-11ªR**, Manaus, v. 8, n.8, 2000.

MUSETTI, Rodrigo Andreotti. A hermenêutica jurídica de Gadamer e o pensamento de Santo Tomás de Aquino. **Jus Navigandi**. Teresina, a. 3, n. 27, dez. 1998. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=31>>. Acesso em: 13 ago. 2003.

PIZARRO, Patricia Ulson. Interpretação constitucional: o método hermenêutico concretizante. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 5, n.17, out./dez. 1996.

ROLIM, Luciano Sampaio Gomes. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002 Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2855>>. Acesso em: 28 jul.2003.

Uma visão crítica do princípio da proporcionalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 56, abr. 2002. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2858>. Acesso em: 28 jul.2003.

SARAIVA, Wellington Cabral. **O caráter principiológico das normas constitucionais**. Disponível em: <http://infojus.com.br/area3/wellingtoncabral2.htm>. Acesso em: 03 set.2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. ver. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Geraldo Mangela. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WARAT, Luis Alberto et all. **Senso comum**. In ARNAUD, André-Jean (Org). **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CONTRIBUIÇÃO À DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DO MANEJO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

Terence Dornelles Trennepohl
Advogado, ex-professor de pós-graduação de Fundação Escola Superior do Ministério Público de Alagoas – FESMPAL, atualmente Diretor de Divisão no Tribunal Regional Federal da 5.ª Região, no Recife-PE. Autor do livro “Perfil Jurídico-Ambiental em Alagoas”, Maceió: EDUFAL, 1999.

SUMÁRIO

1. A BUSCA PELA SOLUÇÃO MAIS JUSTA; 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MANDADO DE SEGURANÇA; 3. AGRAVO DE INSTRUMENTO; EVOLUÇÃO E CABIMENTO; 4. EFEITOS CONFERIDOS AO AGRAVO DE INSTRUMENTO NOS TRIBUNAIS; 5. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA; 6. CONCLUSÕES; 7. REFERÊNCIAS

1. A BUSCA PELA SOLUÇÃO MAIS JUSTA

Desde os tempos mais distantes, a legislação, fruto do direito já positivado, tem se preocupado com a correção dos possíveis erros contidos nas decisões judiciais.

NERY JR.¹ demonstra a falibilidade do ser humano, argumentando que:

não seria razoável pretender-se fosse o juiz homem imune de falhas, capaz de decidir, de modo

¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 37.

definitivo, sem ninguém questioná-lo em sua fundamentação ao julgar.

Partindo dessa premissa, lógico seria admitir um sistema processual com revisão de julgados.

Porém, o alargamento demasiado das formas de se impugnar as decisões advindas do Estado, quando no exercício de sua função jurisdicional, sacrificaria muito a celeridade e o desate da querela posta em discussão.

Assim, vê-se a íntima relação da necessidade do duplo grau de jurisdição com a satisfatoriedade do sistema jurídico-processual que, necessariamente, deve ser lógico e ordenado, atrelado a uma decisão final justa. Essa dicotomia *celeridade X solução correta*, tem que se equilibrar na balança do ordenamento jurídico, a fim de se satisfazerem mutuamente, sem maiores prejuízos de um ou de outro lado. Naturalmente, têm de estar em simetria.²

O Estado, particularmente o nosso, ao distribuir as formas de impugnações a estas decisões que emanam dos juízes que primeiro tocam a matéria, no processo instrumental de aplicação do direito material, enumera os remédios utilizáveis. Basicamente, são de duas ordens: ações autônomas de impugnação e recursos, distinguindo-se pelo fato de as primeiras representarem ataque a algo já transitado em julgado, enquanto os demais se relacionarem às decisões ainda sem a *res judicata*, dentro do mesmo processo, portanto.³

2 Barbosa Moreira expõe a necessidade do equilíbrio: "Entre essas duas solicitações, até certo ponto antagônicas, procuram os ordenamentos uma via média que não sacrifique, além do limite razoável, a segurança à justiça, ou esta àquela.", in *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. t. V, p. 227.

3 MOREIRA, José Carlos Barbosa, Ob. Cit. p. 230.

O Código de Processo Civil de 1973 enumerou, nos arts. 162 e 163, os atos do juiz em sentenças, decisões interlocutórias, despachos e acórdãos. Interessam, neste breve estudo, as decisões incidentais, que, por um critério topológico, não põem termo ao processo, mas, diferentemente, podem determinar uma ação, ou até mesmo um adiantamento do julgamento, antes mesmo de seu desenlace final, que virá a ocorrer com a prolação da sentença.

A discussão acerca da possibilidade do manejo do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias em sede de mandado de segurança tomou contornos mais acentuados quando, a despeito de inúmeras publicações de autores de escol⁴ que pugnavam por sua admissibilidade, caíram por terra esses argumentos após recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, dando pela sua inadmissibilidade.⁵

Dessa feita, é imperioso analisar algumas características do recurso de agravo, sua evolução e seu cabimento, bem como a discussão acerca de seus efeitos e cabimento em sede de mandado de segurança.

4 CAMBI, Accácio; CAMBI, Eduardo. Cabimento do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias em mandado de segurança. In: NERY JÚNIOR, Nelson, e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

5 O STJ assim se posiciona acerca do cabimento do agravo de instrumento em sede de mandado de segurança: 1ªT, 2ªT, 3ªT, 4ªT, admitem o manejo – "O agravo de instrumento é o recurso cabível para atacar decisão de juiz singular que concede ou não medida liminar, em mandado de segurança, quando o fundamento for a existência ou não de fumus boni juris ou do periculum in mora". Não admitem a sua interposição a 5ªT, 6ªT – "Descabe o ajuizamento de agravo de instrumento contra decisão concessiva de medida liminar em mandado de segurança, em razão da celeridade do rito mandamental e da ausência de previsão legal".

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MANDADO DE SEGURANÇA

Toda abordagem metodológica necessita de um discurso, ainda que pequeno, sobre a evolução do objeto que se está estudando, a começar pela sua origem, seja nacional ou alienígena. De maneira não diferente, será a visão do mandado de segurança, esta forma de garantir a observância de direitos, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais.

Sabe-se que o mandado de segurança foi introduzido no sistema legislativo nacional com a Constituição Federal de 1934. Lecionam BONAVIDES e ANDRADE⁶:

Quanto aos direitos e garantias fundamentais, mantiveram-se basicamente os de nossa tradição liberal, havendo até aperfeiçoamento com respeito à proteção dos direitos líquidos e certos contra atos manifestamente inconstitucionais e ilegais de qualquer autoridade, instituindo-se para tanto uma nova figura processual: o mandado de segurança.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1937, não se tratou mais do mandado de segurança em seu corpo, retirando-lhe a qualidade de garantia constitucional. Em razão das dúvidas acerca da manutenção ou não do remédio, o Decreto-Lei n° 06, de 16-11-1937, retirou as que ainda permaneciam. Assim prescrevia o Art. 16 do referido texto:

6 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 1991, p. 326.

Continua em vigor o remédio do mandado de segurança, nos termos da Lei n. 191, de 16 de janeiro de 1936, exceto, a partir de 10 de novembro de 1937, quanto aos atos do Presidente da República e dos ministros de Estado, Governadores e Interventores.

Houve nova restrição ao instituto, imposta pelo Decreto-Lei n° 96, de 22 de dezembro de 1937, onde se determinava, no Art. 21, não caber mandado de segurança contra atos da Administração do Distrito Federal, hipótese em que seriam admissíveis somente os demais recursos judiciais previstos contra atos da Administração Federal, excluindo o remédio, inclusive para impugnar atos de Prefeito, a partir da data da Constituição de 1937.

Face à ausência de previsão constitucional, o Código de Processo Civil de 1939 tratou de atribuir ao mandado de segurança nova disciplina, em seus arts. 319 a 331, incluindo-o entre os processos especiais.

Retornando ao regime democrático, a Constituição de 1946 restabeleceu o mandado de segurança como garantia constitucional, ampliando o seu alcance e colocando por terra as restrições que lhe impunham o tratamento infraconstitucional do regime anterior.

A vigente Lei n.º 1.533, de 31 de dezembro de 1951, inspirada no modelo liberal da Constituição de 1946, veio a regular o mandado de segurança, que sofreu algumas alterações, principalmente por força da Lei n.º 4.166/62, da Lei n.º 4.348/64 e da Lei n.º 5.021/66.

A Constituição de 1967 previu, em seu Art. 150, Parágrafo 21, o mandado de segurança:

para proteger direito individual líquido e certo não amparado por habeas corpus, seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder.

Também a Emenda Constitucional nº 01, de 1969, no Parágrafo 21 de seu Art. 153, repetiu exatamente o texto da Constituição de 1967.

Atualmente, o Código de Processo Civil, de 1973, não disciplina o *mandamus*, ao contrário do que fizera o Código de 1939. Esse regramento é feito pela Lei n.º 1.533/51.

A garantia constitucional é mencionada na Constituição Federal de 1988, donde

para proteger líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (Art. 5º, LXIX).

Portanto, o mandado de segurança é um instrumento dos mais eficazes contra atos do Estado que possam violar direitos de particulares, representando, assim, uma salvaguarda capaz de impedir abusos e arbitrariedades.

3. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EVOLUÇÃO E CABIMENTO

O agravo de instrumento comparece no ordenamento jurídico como meio de impugnar decisões interlocutórias que resolvem questões incidentes no processo⁷.

7. Compreende-se desta leitura que o tratamento dado ao agravo somente diz respeito ao processo civil, haja vista este recurso inexistir em processo penal, e não ser possível recorrer das decisões (despachos) interlocutórias no processo do trabalho.

O sistema de processo civil atual reservou à figura do agravo a impugnação das decisões interlocutórias, que possam ou não interferir no julgamento final da lide, cabendo, ao órgão superior, na ordem recursal, sua apreciação.

Registra CARREIRA ALVIM⁸ a inexistência de recurso similar na Alemanha, na França, na Itália e na Espanha. Nesses países, as matérias que poderiam ser objeto de impugnação, mediante o agravo de instrumento tal qual conhecemos, são revisadas por meio de recursos de maior amplitude, como a *beschwerde*, na Alemanha, a *apelacion libre*, na Argentina, e a *reposición*, na Espanha, no Uruguai, na Venezuela e no México.

No entanto, o mesmo autor traz a informação da similitude com o agravo de *subida imediata*, existente em Portugal. Ali, esse recurso, com características próprias do agravo de instrumento nacional, possui a mesma variação do Brasil, com o agravo de *subida diferida*⁹.

Defendemos, com o escol de CARREIRA ALVIM e GRINOVER¹⁰, a criação de um sistema recursal mais enxuto, com a redução dos recursos existentes no país. Assim, seria mais eficiente e célere se houvesse somente a apelação, o agravo, o recurso especial, o extraordinário e os embargos de declaração.

8. ALVIM, José Eduardo Carneira. *Novo Agravo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 17
9. *Idem*, *ibidem*, p. 25

10. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 182.

O agravo de instrumento no Brasil, com a edição do Código de Processo Civil de 1973, era originalmente interposto no 1º grau de jurisdição, com a exposição dos fatos e do direito e as razões de reforma da decisão. Após a formação do instrumento do agravo, o agravado era intimado para apresentar contra-razões e, em apresentando peças novas (entenda-se documentos), o agravante novamente era instado a se manifestar. Após a contadoria verificar as custas e o porte de retorno, os autos eram conclusos ao juiz para reformar ou manter a decisão. Somente após essa maratona procedimental, eram os autos do agravo remetidos ao Tribunal para sua apreciação.

Com a edição da Lei n.º 9.139/95, a interposição do agravo foi direcionada diretamente ao Tribunal, com a exposição do fato e do direito e a possibilidade de suspensão da decisão agravada pelo relator, o que já o era antes da reforma de 1995, porém com o acréscimo de outros casos, dos quais pudesse resultar lesão grave e de difícil reparação, desde que relevante a fundamentação.

Através do manejo desse recurso, com precedentes no Art. 740, n. 3, do Código de Processo Civil Português, era conferido ao juiz, já antevendo a necessidade de celeridade no trâmite do recurso, valer-se de seu poder geral de cautela, a aquilatar as situações que necessitavam de um provimento jurisdicional imediato.

Ainda que a reforma de 1995 tenha sido de grande monta, importa mais a análise do agravo de instrumento em seu momento mais recente, com a edição das leis n.º 10.352 e 10.358, ambas do final do ano de 2001, e a Lei n.º 10.444, de 2002.

4. EFEITOS CONFERIDOS AO AGRAVO DE INSTRUMENTO NOS TRIBUNAIS

A doutrina nacional majoritária cita 2 (dois) efeitos principais, ao adentrar na seara dos recursos: o devolutivo e o suspensivo. O primeiro, devolve ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada, para que seja reexaminada, tanto pelo relator do recurso, quanto pelo colegiado. O segundo, garante que a decisão somente venha a produzir efeitos após a análise pelo órgão *ad quem* e o respectivo trânsito em julgado.

NELSON LUIZ PINTO¹¹ traz o magistério de que os efeitos são suspensivos e não-suspensivos, entendendo que somente deve ser considerado quando das classificações, uma vez que o devolutivo é comum a todos os recursos¹².

NERY JUNIOR¹³ menciona ainda a existência de três possíveis efeitos dos recursos no processo civil: o expansivo, o translativo e o substitutivo.

O efeito expansivo ocorre quando o julgamento do recurso pode ensejar decisão mais abrangente que o reexame da matéria impugnada. Isso se dá, por exemplo, com o acolhimento de alguma preliminar em apelação, não necessitando o magistrado de segundo grau sequer adentrar no mérito, pois a apreciação da preliminar o torna despicando.

11 PINTO, Nelson Luiz. *Manual dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 33.
12 inclusive no caso de embargos de declaração, haja vista a matéria ser devolvida para novo julgamento, ainda que para o mesmo órgão que proferiu a decisão que originou o recurso.

13 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 361.

Já o efeito translativo ocorre quando o órgão *ad quem* julga fora do que foi pedido, apreciando matérias de ordem pública, conhecidas de ofício pelo juiz. Diga-se de passagem, não se trata de extrapolar o pedido (casos de julgados *extra, ultra e citra petita*), mas sim de averiguar as questões que comportam essa decisão. Assim, essa apreciação transcende o aspecto formal e proporciona ao magistrado a análise do que, neste caso, apresenta maior importância.

Quanto ao efeito substitutivo, este se dá depois de conhecido o recurso pelo Tribunal: a) em qualquer hipótese (*error in iudicando* ou *error in procedendo*), for negado provimento; b) em caso de *error in iudicando*, for dado provimento ao recurso. Isso acontece porque o Tribunal, ao apreciar o pedido do recorrente, substitui a decisão de primeiro grau, tanto pela sua manutenção quanto pela sua reforma.

5. ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA

Inicialmente, cabe falar do meio constitucional posto à disposição das pessoas físicas e jurídicas, com o intuito de coibir abusos e proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, lesão ou ameaça de lesão, quando praticada por ato de autoridade, de qualquer categoria e *status*, ou que nestes poderes esteja investido por norma legal.

A discussão acerca do manejo de agravo de instrumento em sede de mandado de segurança encontra guarida nas reiteradas decisões do STJ, no sentido de seu cabimento, principalmente após a edição da Lei n.º 9.139/95.

O antigo TFR dava pela sua impossibilidade, prestigiando a celeridade do rito da ação. Porém, a evolução da jurisprudência¹⁴ hoje torna discussão inócua perseguir seu descabimento.

Ainda antes da inovação legislativa, BARBOSA MOREIRA¹⁵ já expunha suas razões pelo cabimento do agravo de instrumento contra decisões interlocutórias em sede de mandado de segurança, julgando errôneas doutrina e jurisprudência que opinavam em sentido contrário.

Na doutrina, duas são as correntes que se confrontam. A primeira, que admite a recorribilidade das decisões interlocutórias em mandado de segurança, aplicando-se o recurso de agravo, tal qual previsto no CPC. A segunda, que defende a irrecorribilidade da decisão interlocutória, com fundamento na celeridade e especialidade do rito.

Escoram a primeira corrente, para não citá-los todos, CÁSSIO SCARPINELLA BUENO (*Liminar em mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: RT, 131-137), e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER (*Os agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 478-484).

Quanto à segunda, defendendo a irrecorribilidade, consulte-se ARAKEN DE ASSIS (*Doutrina e Prática do Processo Civil Contemporâneo*. São Paulo: RT, 2001. p. 277-290).

14 Aceitando o cabimento do agravo de instrumento em sede de mandado de segurança: REsp n.º 120.530-SP, Rel. Min. Azevêdo, RSTJ 103/132; REsp. N.º 108.026-PR, Min. Rel. Milton Luiz Pereira, DJU, 22.06.98; REsp n.º 218.382-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 28/11.98, p. 131; REsp n.º 213.716-RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, RDR 15/214.
15 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. t. 5, p. 485.

6. CONCLUSÕES

Já é possível tecer conclusões definitivas acerca do cabimento do recurso de agravo de instrumento em sede de mandado de segurança.

Segundo PONTES DE MIRANDA¹⁶, a incidência da norma sobre os fatos é infalível.

Ocorrendo um acontecimento no mundo dos fatos - fato gerador, tal qual previsto na legislação, automaticamente a norma jurídica o subsume e colore essa realidade, como se fora uma impressão gráfica.

Contudo, a norma jurídica, quando descumprida, somente terá efeitos após sua aplicação, pelo homem. A aplicação dessas normas se efetiva pelo correr de uma linha, que conduz o direito material, que é o processo.

O que se exige para a impetração do mandado de segurança é a prova pré-constituída dos fatos que justificam o direito invocado pelo impetrante. Ainda que sejam questões e matérias de complexo desate, estando bem documentadas e não necessitando de dilação probatória, cabe ao juiz conhecer e julgar o *mandamus*¹⁷.

16 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Pontes de. Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. T.1, Parte Geral, p. 7.

17 Os mesmos autores mencionados citam decisão da livra do Min. Humberto Gomes de Barros, que na ementa assim se resume:

- PROCESSUAL - MANDADO DE SEGURANÇA - EXAME DE PROVA - VIABILIDADE.
- Não é correta a assertiva de que, em sede de Mandado de Segurança, o Poder Judiciário não examina provas. Tal exame é necessário, para que se avise a certeza do direito pleiteado.
 - Vedada, no processo de Mandado de Segurança é a coleta de outras provas, que não aquelas oferecidas com a inicial, as informações e eventuais pronunciamentos de illosconsortes.
 - A prova há de ser pré-constituída. No entanto, por mais volumosa que seja, ela deve ser examinada.
 - Não é ilícito indeferir-se pedido de Segurança, sob o argumento de ser necessário o exame da prova.

Assim, frente à falibilidade de análise do juiz que primeiro tocou conhecer da matéria, e da possibilidade de reversão do provimento final, entendemos legítima a interposição do agravo de instrumento.

Pensamos que, se a aplicação da norma aos fatos, pelo magistrado, é falível ainda quando existente uma farta dilação probatória, não há de ser cerceado o direito do impetrante de ter reapreciado seu pleito, em segundo grau de jurisdição, por um órgão colegiado.

Aos que defendem tese oposta, ao argumento de se ferir a celeridade do rito, confrontamos a garantia constitucional do devido processo legal, que se revela ao proporcionar reexame das decisões não- definitivas pelos Tribunais competentes.

Destarte, como a finalidade dos recursos é exatamente oferecer, a quem busca o Poder Judiciário, a faculdade de reapreciação, por outro órgão, da decisão que não lhe favoreceu, mediante a tentativa de evitar erros de julgamento, haja vista ser realizada por um único juiz, não há de se falar em impedimento quanto ao manejo do agravo de instrumento das decisões interlocutórias no seio do mandado de segurança.

Ademais, cercear a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil na lei que regula o mandado de segurança seria declarar também o incabimento de embargos de declaração naqueles processos, pois estes também não encontram menção na lei especial que regula o *mandamus* e são, por sua vez, largamente aceitos pela doutrina e utilizados pela prática forense.

E isso seria um retrocesso.

7. REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Novo Agravo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BONAVIDES, Paulo ; ANDRADE, Paes. **História Constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

CAMBI, Accácio; CAMBI, Eduardo. Cabimento do agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias em mandado de segurança. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. 7. ed. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, t.V.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4.ed. 1997.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos Recursos Cíveis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. t. 1, parte geral.

SENTENÇA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO
POR DANOS MORAIS E MATERIAIS
EM RAZÃO DE DIAGNÓSTICO.

PRÁTICA



SENTENÇA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO DE DIAGNÓSTICO.

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

PROC. Nº 00197057260- 4 (3758)

Ementa: Ação de Indenização por danos morais e materiais - Relação de causalidade entre o ato dito culposo e o prejuízo sofrido não demonstrada - Pedido improcedente.

Ainda que juridicamente possível o ressarcimento do dano moral (art. 5º, x CF/88), o suposto ofendido há de comprovar o nexu causal entre o ato ilícito e o prejuízo efetivamente suportado, para fazer jus à reparação pedida. Logo, não basta que o agente (no caso, o hospital da ré) haja procedido *contra jus*, pois a responsabilidade não é definida pelo fato de se cometer um erro de conduta. Não basta que a vítima sofra um dano (elemento objetivo do dever de indenizar). Se não houver relação entre a conduta e o dano, a conduta antijurídica não gera a obrigação de indenizar.

Vistos etc.

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais, proposta sob o rito comum ordinário por Z.de

F. N. R., em face de Hospitais Associados de Pernambuco Ltda., ambos qualificados à fl.02, alegando a autora, em síntese, o seguinte: que, em data de 07.03.97, ao sofrer um acidente automobilístico, foi socorrida e conduzida à urgência do Hospital Santa Joana, de propriedade da ré, onde foi submetida a vários exames, obtendo, por parte do hospital, o diagnóstico de contusão muscular, permanecendo internada naquele nosocômio até o dia 09.03.97 (dois dias incompletos), recebendo medicação analgésica e antiinflamatória.

Acontece, porém, que, segundo afirma a autora, ainda sentindo fortes dores, realizou outro exame radiográfico, desta feita em outra instituição médica, a qual constatou fratura em 05 (cinco) arcos costais, diagnóstico diferente do emitido pelo Hospital Santa Joana, tendo sido constatado, também, que a radiografia anterior (tirada no hospital de propriedade da ré) não era sua.

Aduz ,ainda, a autora, que, em virtude da negligência da ré, ante a emissão de diagnóstico equivocada, sofreu danos de diversas naturezas: materiais, porque ficou obrigada a afastar-se por quarenta e cinco dias do seu consultório, onde atua como psiquiatra; físicos, devido à sobregarga de medicamentos analgésicos, antiinflamatórios e relaxantes musculares que tomou, em virtude do tratamento viciado, fato que, segundo a autora, levou-a a contrair hepatite medicamentosa e esteatose hepática; e morais, tendo em vista que, por conta da falta de cuidados primários por parte da ré, o seu estado emocional (dela,autora) ficou bastante comprometido.

À atrial, instruindo-a, foram juntos os documentos de fls.10/81.

Regularmente citada (cf.fl.86), a Ré apresentou a contestação de fls.88/188, insurgindo-se contra a pretensão autorial. Alega, em preliminar, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, requerendo o chamamento ao processo da empresa causadora do acidente automobilístico (Empresa São Paulo) e dos médicos que atenderam a autora (GOT, L.E.C e O.B.).

No mérito, argüi a ré, em relação aos danos materiais, que a parte autora afastou-se de suas funções em virtude das lesões causadas pela colisão automobilística, que o tratamento indicado, tanto para contusão muscular quanto para fratura, é repouso, e que não houve comprovação dos valores que deixaram de ser recebidos, posto que a autora só anexou aos autos documentos que comprovam vínculo estatutário.

Em relação aos supostos danos morais, diz a ré que o tratamento indicado para a autora, qual seja, de repouso, analgésicos e antiinflamatórios, no curto espaço de tempo em que estes últimos foram ministrados por ela, ré, jamais podeira provocar hepatite medicamentosa ou esteatose hepática, e que o referido tratamento não trouxe nenhum dano moral à autora. Persegue juízo de improvemento do pedido prefacial.

Com a peça de bloqueio, foram produzidos os documentos de fls.119/151.

Disse a Autora, sobre a peça contestatória, às fls.153/15.

Aassim, vieram-se os autos conclusos para o desenlace.

É o relatório. **Passo a decidir.**

Cuido, inicialmente, que a lide comporta o julgamento antecipado, nada justificando, na espécie, a abertura de dilação probatória, a teor da regra compendiada no art.330, I do Pergaminho Processual Civil.

A ação tem por objeto o ressarcimento de danos morais e materiais supostamente sofridos pela parte autora, em vista de erro de diagnóstico cometido pela parte ré.

Vislumbro, *prima face*, que a alegação preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* não deve prosperar.

A própria ré afirma em sua peça contestatória: "Cabendo toda a responsabilidade pelo atendimento à "Orto-centro.", sociedade civil de prestação de serviços médicos, que mantém contrato com a Requerente para atendimento no setor de ortopedia e traumatologia do Hospital Santa Joana;... (grifos constantes do original. Sublinhei). Logo, se o médico que atendeu a autora pertence à empresa de prestação de serviços contratada pela ré, atuando de alguma forma subordinada à direção desta, não há que se falar em responsabilidade pessoal, como mencionada na norma do art.14, §4º, do CDC. Nestes casos, a responsabilidade é do hospital que, como prestador de serviços, responde objetivamente, nos termos do mesmo art.14, *caput*.

Ante o acima exposto, tenho por rejeitado, também, o requerimento de chamamento ao processo da empresa Ortocentro e dos outros médicos que, posteriormente, atenderam a parte autora.

Quanto ao chamamento ao processo da Empresa São Paulo, também não vejo razão para acolhimento. O que se pede, aqui nesta ação, é uma indenização pela alegada negligência da ré, quando do atendimento da autora, e não pelos danos causados em decorrência do acidente automobilístico, o que exclui o chamamento da Empresa São Paulo à lide.

Adentrando de uma vez no mérito da pendenga, necessário se faz tecer algumas considerações a respeito da relação de causalidade entre o ato dito culposo e o prejuízo sofrido, seja ele moral ou patrimonial.

Ainda que juridicamente possível o ressarcimento do dano moral (art. 5º, X, CF/88), o suposto ofendido há de comprovar o nexo causal entre o ato ilícito e o prejuízo efetivamente suportado, para fazer jus à reparação pedida. É necessário, então, que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou seja, é preciso ficar claro que, sem este fato, o dano não teria acontecido.

Logo, não basta que uma pessoa (física ou jurídica) tenha desrespeitado certas regras; é preciso seja certo que, sem esta contravenção, o dano não ocorreria. Este nexo causal, indispensável para que se demonstre a culpa do sujeito, é o mais delicado e difícil elemento da responsabilidade civil a ser apurado, mormente em se tratando de responsabilidade médica, onde a obrigação não é de resultados, e sim, de meios. Explico:

Segundo leciona AGUIAR DIAS, o que é preciso observar é que o objeto do contrato de serviços médicos não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos e atentos.

Agindo dessa forma, e mesmo assim, havendo, como no caso, um erro de diagnóstico, importa observar, na responsabilidade dos serviços médicos, a relação entre a culpa e o dano, para que possa haver direito à reparação.

Para que haja indenização, é preciso que haja dano, mas que esse dano tenha vindo de uma ação ou omissão voluntária (dolo), ou de negligência, imprudência

ou imperícia (culpa em sentido estrito), e que seja também provado o nexo de causalidade entre a culpa e o dano.

Dentre os riscos da profissão médica, encontra-se o erro de diagnóstico. Este não gera responsabilidade, salvo se tomado sem atenção e precauções, apresentando-se erro manifesto e grosseiro, e mesmo assim, nenhuma responsabilidade se poderá imputar ao serviço médico, se em razão de diagnóstico errôneo e equivocado dano nenhum exsurgir.

No caso *sub judice*, a autora alega erro de diagnóstico e tratamento desvirtuado, para o qual deseja ser ressarcida material e moralmente. Vamos por partes.

- a) Em relação à ocorrência do erro de diagnóstico – tal fato resta comprovado ante a comparação do diagnóstico produzido à fl. 19 (fratura de cinco arcos costais) e o produzido no final da fl. 126v (...sem fraturas), e porque tal afirmação não foi devidamente rebatida pela ré na contestação.
- b) Em relação aos supostos danos materiais – afirma a autora ter tido prejuízo econômico, porque deixou de atender cerca de 10 pacientes por dia em seu consultório, durante quarenta e cinco dias.

Impossível, *in casu*, vislumbrar-se que o alegado prejuízo material decorreu do suposto erro de diagnóstico e do tratamento procedido pela ré.

Ora, certo é que a autora sofreu um acidente automobilístico, o que lhe causou lesões. Tais lesões, quer tenham tido diagnóstico de contusão muscular, quer de fra-

tura, levariam, obviamente, ao conselho médico de repouso e, por conseguinte, ao afastamento da autora de suas atividades profissionais.

Note-se, ainda, que, posteriormente ao atestado firmado pela ré (v.fl. 17 dos autos), o qual só aconselhou quinze dias de repouso, outro atestado foi firmado, desta feita por outro serviço médico, já aconselhando o afastamento de 30 dias, restando comprovado ser absolutamente necessário tal afastamento, o que não decorreu do erro de diagnóstico.

c) Em relação aos supostos danos físicos e aos danos morais – alega a autora que, por conta do tratamento viciado e da sobrecarga de medicamentos analgésicos, anti-inflamatórios e relaxantes musculares, veio a apresentar quadros de hepatite medicamentosa e esteatose hepática, o que a levou a um estudo emocional comprometido.

Tal alegação, porém, não logrou a autora comprovar, posto que não juntou aos autos nenhuma prova de sobrecarga de medicamentos imposto pela ré.

Analisando, então, os documentos acostados pelo hospital réu, notadamente os referentes aos relatórios de enfermagem durante o período em que a autora nele esteve internada, não se observa ter havido sobrecarga de medicamentos.

Em relação aos documentos de fls. 134/137, quais sejam considerações de um especialista (hepatologista) sobre hepatite medicamentosa e esteatose hepática, insurge-se a autora, arguindo que não servem de prova, "...mormente quando os seus subscritores sequer examinaram a autora, sendo de duvidosa ética o médico se pronunciar sobre fatos dos quais não tem conhecimento".

Acontece, porém, que, cabendo o ônus da prova a quem alega, documento algum trouxe aos autos a parte autora, que comprovassem que adquiriu os "quadros clínicos" acima descritos em virtude do erro de diagnóstico imputado à ré. Deveria a autora, então, por oportunidade desta alegação, trazer aos autos laudos dos médicos que a examinaram ou exames que comprovassem ter ela adquirido tais doenças por conta da suposta sobrecarga de medicamentos.

Os documentos supramencionados (fls. 134/137), trazem, de fato, esclarecimentos importantes ao convencimento do julgador.

Veja-se o parecer quanto à hepatite medicamentosa:

"Diagnóstico da "Hepatite Medicamentosa" é freqüentemente complexo, devido à usual multiplicidade de fatores associados, quando ocorrem; ..." E mais adiante: "os antiinflamatórios são as drogas mais prescritas, em todo o mundo;...apesar deste, a freqüência de hepatotoxicidade atribuída às mesmas é muito pequena;..."(grifei).

E quanto à esteatose hepática:

"A ESTATOSE HEPÁTICA macrovacular simples é uma entidade benigna, assintomática que tem como principal causa a OBESIDADE... A segunda causa em freqüência é o uso de bebidas alcóolicas..."

Ora, não há como vislumbrar que do erro de diagnóstico advieram tais doenças no organismo da parte autora. A responsabilidade de indenizar, no caso de responsabilidade médica, não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento clínico, cabendo à autora demonstrar que o resultado funesto do tratamento, a que se referiu, teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do hospital.

Tal comprovação, no caso, poderia ter sido feita documentalmentemente (juntada de laudo de outro médico ou laboratório que demonstrasse o dano causado pelo hospital), o que não providenciou a parte autora. Ao contrário, apenas juntou aos autos documentos que em nada corroboram o alegado.

Observe-se, inclusive, que o documento de fl. 19 não corresponde ao alegado pela autora na inicial, haja vista ali estar atestado, além do conselho médico de repouso por trinta dias, o diagnóstico de fratura de cinco arcos costais, e não, como afirma a autora, que a radiografia anterior (tirada no hospital da ré) não era sua.

Quanto ao alegado dano moral, tenho por certo que o desgaste emocional que, evidentemente, sofreu a autora, não adveio, efetivamente, do erro de diagnóstico cometido pelo hospital da ré e, sim, pela própria evolução do seu estado físico. Não restando provado que tal evolução (para pior) se deu por culpa exclusiva do hospital da ré, não há como admitir-se qualquer indenização.

Concluindo, não antevendo presente o nexo de causalidade entre a injuridicidade da ação e o dano, o resultado é o insucesso da ação. Não basta que o agente (no caso, o hospital da ré) haja procedido *contra jus*, pois a responsabilidade não é definida pelo fato de se cometer um erro de conduta. Não basta que a vítima sofra um dano (elemento objetivo do dever de indenizar). Se não houver relação entre a conduta e o dano, a conduta antijurídica não gera a obrigação de indenizar.

Por esses fundamentos, ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inaugural formulado pela autora, condenando-lhe, em consequência, pelo princípio

da sucumbência, a arcar com o pagamento das custas processuais e verba honorária advocatícia, esta arbitrada à razão de 10% sobre o valor atribuído à causa, devidamente corrigido.

Custas ex-lege.

P.R.I.

Recife, 28 de fevereiro de 2000

SENTENÇA: AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MORAIS E MATERIAIS COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

Nilson Guerra Nery
Juiz de Direito

Proc. nº 001.2002.006223-1

AÇÃO DE OPOSIÇÃO

AUTOR: A.F.S.M. e OUTROS

RÉUS: BANCO BRADESCO S.A.

CONSTRUTORA KITOVER LTDA.

Vistos, etc.

A. F. S. M., M. A. B. A. M., A. J. Z. DE A. M., R. M. A. M., J. G.T, M. B. V. DE A, M. M. V.DE A, S. W. DE B. C, R. J.B. D, M. DE F.S. B. D. e MINÉRIOS DO BOM JARDIM S/A, qualificados nos autos, propuseram em face de CONSTRUTORA KITOVER LTDA e do BANCO BRADESCO SA, também qualificados nos autos, esta AÇÃO DE OPOSIÇÃO incidentalmente à AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MORAIS E MATERIAIS COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA (processo nº. 001.2001.036473-1).

Aduzem os oponentes em suma ter celebrado com a primeira demandada em 05/12/95, 30/11/94, 30/11/95, 06/01/96, 03/02/95, 30/11/94 e 28/10/94, respectivamente, contrato de promessa de compra e venda relativo à aquisição das unidades imobiliárias e respectivas frações ideais do terreno do Condomínio do Edifício Vila Rica, situado na Avenida Beira Rio nº 771, bairro da Madalena, nesta cidade de Recife, assim especificadas e caracterizadas:

- a) A. F. S. M. e sua esposa M. A. B. A. M., adquiriram o apartamento 402 – contrato firmado em 05/12/1995 (fls. 34/46).
- b) A. J. Z. DE A. M. e sua esposa R. M. A. M., apartamento 902 – contrato firmado em 30/11/1994 (fls. 49/62).
- c) J. G. T., apartamento 802 – contrato firmado em 30/11/1994 (fls. 64/77).
- d) M. B. V. DE A. e sua esposa M. M. V. DE A., apartamento 202 – contrato firmado em 07/01/1996 (fls. 79/90).
- e) S. W. DE B. C., apartamento 101 – contrato firmado em 03/02/1995 (fls. 92/104).
- f) R. J. B. D. e sua esposa M. DE F. S. B., apartamento 501 – contrato firmado em 30/11/1994 (fls. 106/116 e doc. de fls. 259).
- g) M. DO B. J. S. A., apartamentos 1401 – proposta firmada em 30/11/1994 (fls. 118/120) e 1402 – proposta firmada em 28/10/1994 (fls. 121/124).

Em sucessivo, noticiam o cumprimento integral das suas obrigações contratuais com o pagamento do valor total – principal e acessório – do preço das referidas uni-

dades imobiliárias e respectivas frações ideais de terreno (documentos de fls. 22/366), não logrando, porém, receber os títulos de domínio livres e desembaraçados, haja vista não terem sido lavradas as escrituras de compra e venda definitivas para a transmissão da propriedade dos referidos imóveis aos oponentes.

Esgrimem, em continuação aos seus relatos, que a primeira demandada firmou com o segundo demandado contrato de financiamento, dando em hipoteca, sem consentimento dos legítimos adquirentes, as referidas unidades imobiliárias, ato este operado mesmo com o recebimento integral, por parte da Construtora Kitover, do preço pago pelos oponentes, o que estaria a configurar injustificável lesão às prerrogativas dos adquirentes e intolerável óbice ao direito de receberem os títulos de propriedade despojados de quaisquer gravames.

Requereram ao final o acolhimento da pretensão para que se lhes declare a propriedade plena, livre e desembaraçada, em relação aos apartamentos e respectivas frações ideais de terreno, desconstituindo-se para todos os efeitos jurídico-legais as hipotecas sobrepostas aos ditos imóveis, em decorrência do contrato de financiamento entre Construtora Kitover e Banco Bradesco.

Instruíram o pleito com os documentos de fls. 22 *usque* 516.

A oposta Construtora Kitover foi regularmente citada tendo feito repousar no bojo dos autos sua contestação (fls. 532/534), onde assevera que o pedido dos autores seria, na verdade, o próprio pedido da ação principal por ela própria intentada contra o Banco Bradesco, na qual visa exatamente liberar a hipoteca que, sob sua ótica,

soa injusta e que fora inconseqüentemente mantida pelo banco réu sobre os imóveis dos oponentes e também de outros prejudicados, pelo que pretende, a ora contestante, nos autos da ação revisional nº 2001.036473-1, obter a tutela jurisdicional adequada que possibilite a desconstituição do gravame hipotecário e permita à mesma cumprir com a obrigação de fazer contida nos compromissos de compra e venda firmados com os oponentes e reclamada em Juízo, em outras ações mencionadas na petição de oposição.

Adianta ainda que o objetivo por ela perseguido naquele feito em nada afeta o direito dos oponentes; pelo contrário, é o mecanismo jurídico que a mesma possui para conseguir a prestação jurisdicional necessária para firmar os instrumentos definitivos em favor dos adquirentes, sendo descabida a presente oposição, podendo seus autores, quando muito, funcionarem como assistentes da construtora na ação proposta contra o Bradesco, arrematando, por fim, que, embora com razões de pedir distintas, os oponentes e a Construtora Kitover buscam o mesmo provimento jurisdicional, com o fito exclusivo de nulificar a penhora realizada nos imóveis dos oponentes, ou a concessão da antecipação de tutela nos autos da ação principal, liberando da hipoteca os imóveis tangenciados, fazendo com que seja possível a lavratura da escritura pública definitiva de compra e venda de tais bens, livres e desembaraçados de ônus.

Contestação do segundo demandado/oposto Banco Bradesco S.A. às fls. 538/555, onde se acha alegada, preliminarmente, a impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que os autores/opoentes estavam cientes (sic) de

que os imóveis por eles adquiridos se encontravam devidamente hipotecados ao banco por força da garantia real creditória ofertada pela Construtora Kitover quando da obtenção do financiamento concedido pelo ora contestante, conquanto tal ônus hipotecário decorreria do contrato celebrado entre o banco e a construtora, firmado em 10/02/1998 e seus aditamentos posteriores de 10/08/98, 10/03/99, 10/09/99 e 08/09/00.

No mérito, narra que a hipoteca fora constituída de forma totalmente regular, tendo o Banco oposto verificado a inexistência de quaisquer ônus reais sobre o Empreendimento do Edifício Vila Rica, destacando que as certidões expedidas pelo Cartório de Registros de Imóveis, demonstram que as unidades habitacionais de n.ºs 402, 902, 802, 202, 101, 501, 1401 e 1402, integrantes da aludida edificação sob matrícula n.º 27.013, 28.882 e 28.881, do Quarto Cartório de Registro Geral de Imóveis, estavam livres e desconstituídas de qualquer ônus real quando da liberação da operação de crédito, a patentear, portanto, ao seu vislumbre, a boa-fé do Bradesco.

Prosseguindo, alega que detinham os oponentes o conhecimento de que poderia recair sobre os imóveis o ônus hipotecário, haja vista que, na assinatura dos contratos celebrados com a Construtora, anuíram e concordaram com a possibilidade da superveniência de ônus real sobre o imóvel (cláusula 01.03 da Promessa de Compra e Venda), trazendo à baila a propositura do processo de execução n.º 001.2001.040280-3, que tem curso perante a 19ª Vara Cível da Capital, embargada pelos ora oponentes, para reaver da Construtora Kitover Ltda a importância de R\$ 1.212.267,40 (hum milhão, duzentos e doze mil, duzentos e sessenta e sete reais e quarenta centavos).

Requereram, ao final, a improcedência da presente oposição e do processo principal, condenando os oponentes ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios.

Réplica às fls. 611/631.

Vindo-me hoje conclusos estes autos, tenho que se me afeiçoa conveniente e imperativo o desate, sem permissos, desta demanda autuada em apartado aos autos da ação ordinária revisional preteritamente submetida ao crivo judicial.

De dizer-se, *primo oculi*, que inobstante o comando insculpido no artigo 59 do *codex* de ritos, que recomenda a adoção do *simultaneus processus* nas hipóteses em que as incidentais de oposição sejam ofertadas antes da audiência, subsistem singularidades que indicam e sinalizam no sentido da presteza desses julgamentos, notadamente quando se vislumbram nítidos contornos de risco iminente de lesionamento do patrimônio dos aqui rotulados opositores, como emerge de forma palpável na situação posta a lume, ao se constatar a existência de ação de execução em curso perante a 19ª Vara Cível da Capital, a qual ostenta, como alvo preferencial independentemente de nomeação, justamente as unidades imobiliárias adquiridas e quitadas pelos suplicantes/opoentes.

Em supedâneo a essa *ratio*, confirmam-se os seguintes julgados:

JCPC.61 – OPOSIÇÃO – JULGAMENTO EM RELAÇÃO À AÇÃO PRINCIPAL – ANTERIORIDADE (ARTIGO 61 DO CÓDIGO E

PROCESSO CIVIL) INVERSÃO DESSA ORDEM – ALCANCE DA SUA FINALIDADE E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ÀS PARTES – NULIDADE DA SENTENÇA – INOCORRÊNCIA – EXEGESE DOS ARTIGOS 244 E 250, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – Em regra, na dicção do artigo 61 da Lei adjetiva, cabe ao juiz decidir simultaneamente a ação e a oposição, conhecendo deste em primeiro lugar. Contudo, adotado o princípio da instrumentalidade, a inversão desta ordem não implica em nulidade da sentença, à medida que o ato atingiu sua finalidade e não houve prejuízo às partes. (2ª TACSP – Ap. s/ Ver. 601.952-00/2 11ª CC – Rel. Juiz Clóvis Castelo – DOESP 04.05.2001).

Ainda:

JCPC.59 JCPC.61 – PROCESSO CIVIL – OPOSIÇÃO – APRESENTAÇÃO ANTERIOR À AUDIÊNCIA – ART. 59, CPC – PROCESSAMENTO SIMULTÂNEO COM A AÇÃO PRINCIPAL – INTERPRETAÇÃO – CASO CONCRETO – INÉRCIA DAS PARTES NA AÇÃO PRINCIPAL – INTERESSE DO OPOENTE – PROCESSAMENTO AUTÔNOMO – PREJUÍZO INOCORRENTE – DOUTRINA – RECURSO PROVIDO – I – Na espécie, diante da manifesta inércia das partes em dar prosseguimento ao processo principal, aplicada

literalmente a regra do art. 59, CPC, a oposição jamais teria seu julgamento concluído. II – A solução, no caso, encontra abrigo na natureza jurídica e na finalidade do instituto da oposição. Ademais, nenhum prejuízo trará o processamento dessa, dado que, “cabendo ao juiz decidir simultaneamente a ação e a oposição, desta conhecerá em primeiro lugar” (art. 61, CPC) (STJ – REsp 208311 – RJ – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 07.08.2000 – p. 00112).

Há a inovalidar-se, de igual forma, em prol desse entendimento, que o processamento e deslinde precoce da demanda oposicionista nenhum prejuízo trará ao caminhar da ação principal proposta pela Kitover contra o Bradesco e que abriga em seu bojo espectro muito mais abrangente, eis que propõe a revisão de cláusulas mutuamente pactuadas, de par com múltipla pretensão indenizatória (*pas de nullité sans grief*).

Cabível ainda se afigura traçar breve digressão acerca do instituto da oposição e algumas de suas nuances, de manejo típico por terceiros que ostentem interesse pleno ou parcial sobre bens ou direitos que estejam a constituir o objeto da demanda já instaurada.

Em efetivo, a oposição corporifica a gênese de duas novas ações em que passam a figurar no pólo passivo, em litisconsórcio necessário simples, autor e réu que primitivamente querelavam entre si e, frise-se, não tem essa nova ação por escopo a exclusão dos litigantes do processo em curso, mas sim o de demandá-los simultaneamente.

Inobstante – como é cediço – a propositura da oposição situar-se na esfera de conveniência do oponente, não se pode descurar que, em determinadas situações e ante a realidade vivenciada, pode afeiçoar-se prudente e até indeclinável ao oponente pugnar pela prestação jurisdicional imediata e adequada aos seus interesses.

No caso *sub examine*, os oponentes agasalham pretensão perfeitamente delineada, qual seja, a liberação dos imóveis por eles adquiridos à construtora ora oposta, por ela dados em garantia hipotecária ao Bradesco, segundo oposto, como lastro garantidor de financiamento, abrangendo todas as unidades do empreendimento, ante a alegação de que, por ainda não se achar disponível o “habite-se”, as unidades não existiriam legalmente, financiamento esse concedido ao tempo em que a edificação já se encontrava praticamente concluída.

A construtora Kitover, em sua resposta de fls. 532/534, afirma que, ao revés do quanto explanado pelos oponentes, ela própria persegue a liberação dos imóveis em sítio de antecipação tutelar formalizada no âmago da Ação Ordinária intentada contra o Bradesco, objetivando a revisão de cláusulas do contrato de financiamento cumulada com indenização por perdas e danos materiais e morais – processo nº 001.2001.036473-1 – ante o que as afirmações dos oponentes em nada contradizem as razões dela, Kitover; ao inverso, corroboram os fatos narrados na indigitada revisional, de sorte que opositores e construtora estariam a buscar o mesmo provimento jurisdicional.

O Bradesco, a seu turno (538/555), após enunciar controvertida conclusão sobre a tempestividade da sua *pièce de resistance*, arrimada na estipulação do artigo 191 do

CPC (segundo Moniz de Aragão “*Não se aplica aqui tal dispositivo porque há regra específica que derroga aquela geral*”), passa a esgrimir prefacial de impossibilidade jurídica do pedido que serve de sustentáculo à oposição, sob a alegação de suposta ciência da previsibilidade de constituição da garantia hipotecária sob os imóveis em comento, chegando mesmo a afirmar que “os imóveis por eles adquiridos se encontravam hipotecados ao Banco Bradesco por força da garantia real creditória ofertada pela Construtora Kitover Ltda. quando da obtenção do financiamento concedido pelo contestante (o banco)” (transcrito das fls. 541).

Adentrando aos aspectos nucleares da lide, esposa o estabelecimento bancário demandado/oposto o entendimento de que o financiamento liberado pelo banco ostentava a exclusiva finalidade de concretizar em seus ulteriores termos o empreendimento imobiliário do Edifício Vila Rica, exsurgindo, *ipso facto*, a concretude da boa-fé do estabelecimento bancário que desconhecera demandas outras anteriores porventura intentadas pelos oponentes contra a construtora, inexistindo assim qualquer impedimento legal à constituição da hipoteca guerreada.

Detendo-me, então, em primeiro momento, sobre os argumentos acenados pela primeira oponente, Kitover, cuido de reprovar a assertiva no sentido de que os oponentes e a construtora buscam desiderato comum, qual seja, o da fulminação da afetação restritiva representada pelas hipotecas incidentes sobre os imóveis adquiridos pelos oponentes, realçando que essa singela e inusitada afirmação não logra desmerecer a ação incidental intentada e tampouco autoriza agasalhar-se subliminares insinuações de que estariam ambos a litigar sob o mesmo pálio de razoabilidade.

Em verdade e em efetivo, o fim último colimado pela construtora é a declaração de nulidade de disposições contratuais tidas, achadas, e tachadas de extorsivas e, por isso, ilegais, desaguando o seu pleito na

realização de perícia contábil nos contratos realizados a fim de se obter o valor real do débito com anulação das cláusulas abusivas (...) os prejuízos patrimoniais causados com a não liberação das hipotecas, a devolução em dobro dos lançamentos indevidos na contra corrente da autora e o dano moral (...). (transcrito das fls. 13 da ação revisional).

De outra banda, no que concerne à defesa exibida pelo Bradesco (538/555), impõe-se de logo exorcizar a prefacial acenada dizente à suposta e inexistente possibilidade jurídica do pedido, conquanto, bem ao revés, a pretensão dos autores é por demais clara, bem fundamentada e recepcionada pelo ordenamento jurídico e pela hodierna jurisprudência, razão pela qual impende rechaçá-la.

Voltando-me, pois, para a essência do pleito que lastreia esta demanda – inobstante não hajam os demandados/opostos suscitado o mais mínimo desagrado ou irrequiescência quanto a esse aspecto – tenho por conveniente de logo deixar consolidada a incontrastável realidade processual de que o que realmente prevalece no deslinde da *quaestio*, nos moldes em que se acha posta, é a existência de identidade entre o pedido e a causa de pedir.

A teor do comando erigido no artigo 250 do pergaminho processual, o erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários a fim de se observarem quando possível as prescrições legais.

Nesse passo, colhe-se o seguinte comentário de Nelson Nery Júnior:

O Código adotou o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual, o que importa é a finalidade do ato e não ele em si mesmo considerado. Se puder atingir sua finalidade ainda que irregular na forma não se deve anulá-lo.

Soa portanto, incontendível, da análise destes autos, que o intento esboçado pelos ditos opoentes é a declaração da nulidade do ato jurídico do qual germinaram e promanaram os gravames hipotecários hostilizados.

Deflui da documentação carreada ao bojo dos autos, e se constata mesmo através da leitura da contestação do Bradesco que os demandantes adquiriram as seguintes unidades imobiliárias nas datas a seguir especificadas:

- a) Apartamento 402 em 05/12/1995
- b) Apartamento 902 em 30/11/1994
- c) Apartamento 802 em 30/11/1994
- d) Apartamento 202 em 07/01/1996
- e) Apartamento 101 em 03/02/1995
- f) Apartamento 501 em 30/11/1994
- g) Apartamento 1401 em 30/11/1994
- h) Apartamento 1402 em 28/10/1994

Não há, nos autos, gize-se, nem de parte da construtora nem de parte do banco, qualquer insurgência quanto à quitação dos compromissos dos promissários/compradores, os quais foram pactuados pretérita e antecipadamente à constituição das hipotecas (artigo 302 do CPC).

Assim, do quanto emerge da análise dos fatos e argumentos expostos pelos litigantes, tem-se que o Bradesco (fls. 541) firmou com a Kitover Ltda., Instrumento Particular de Abertura de Crédito com Garantia Hipotecária e Outras Avenças, sob o nº 510.600-6 em 10/02/1998, verificando-se aditamentos contratuais em 10/08/1998 e 10/03/1999, prorrogando-se o prazo de vencimento da dívida para 10/03/1999 e 10/07/1999 e pontuando-se novas alterações em 10/09/1999 e 08/09/2000.

Todas essas pactuações – imperativo dizer-se – fundaram-se em alegada necessidade de recursos para a edificação do prédio, assertiva que, no entanto, não guarda estreita correlação com a realidade, considerando-se que o “habite-se” da construção restou concedido pela Secretaria de Planejamento, Urbanismo e Meio Ambiente da Prefeitura do Recife em data de 25/08/1998, ou seja, cerca de 06 meses após a contratação do financiamento e a constituição do ônus hipotecária sobre as unidades habitacionais já quitadas.

Agravados em seus direitos, expectativas e esperanças, ingressaram os opoentes em época pretérita – quando ainda inexistente o beneplácito jurisprudencial adotado pelo Superior Tribunal de Justiça referenciado linhas adiante – perante diversas Varas Cíveis da Capital, com múltiplas ações de cumprimento obrigacional de fazer cumuladas com preceito cominatório contra a indigitada

construtora, como nos dão conta os documentos de fls. 401/463, logrando a prolação de decisões antecipatórias e até definitivas com imposição de *astreintes* para a hipótese de descumprimento do preceito nos prazos assinados, impondo-se-lhe a *obligatio* de outorgar as escrituras definitivas aos adquirentes dos apartamentos, havendo menção às fls. 06 da peça vestibular desta demanda que algumas daquelas ações ainda não teriam implementado o seu *iter* tramitativo, enquanto que outras pendem de recurso.

Conduzida à superfície esta realidade, afigura-se oportuno, de logo, atalhar eventuais inquietações quanto à possível prejudicialidade litispendencial relacionada com aquelas demandas.

Com efeito, na presente lide, não buscam os seus autores/opoentes o mesmo provimento obrigacional cominatório perseguido antecedentemente.

Tem-se por indubioso que não se está a sopesar aqui, as mesmas rogações de fazer que supedanearam aquelas lições, porquanto, desta feita, exibem os postulantes o bem delineado *animus* de obterem provimento declaratório/ satisfativo que visa, agora, a fulminação do enclave cerceador de seus direitos dominiais, repudiando, por abusivo e intolerável, o conteúdo da cláusula 01.03 insita nos contratos firmados com a construtora que, de forma genérica e inespecífica, atribui à promitente/vendedora a onipotência de livremente dispor de bens prometidos em venda, ainda que quitados, em prol de seus próprios interesses e atividades.

Em amparo desses anseios, ocorreu em boa hora o Superior Tribunal de Justiça ao espancar, em definitivo,

qualquer laivo de incerteza acerca da imprestabilidade do gravame hipotecário forjado em tais condições, como se pode conferir adiante, *verbis*:

JCCB.755 JCCB.677 – DIREITO CIVIL – HIPOTECA CONSTITUÍDA SOBRE IMÓVEL JÁ PROMETIDO À VENDA E QUITADO – INVALIDADE – ENCOL – NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – INOBSERVÂNCIA DA SITUAÇÃO DO EMPREENDIMENTO – PRECEDENTE – RECURSO DESACOLHIDO – I – Os arts. 677 e 755 do Código Civil aplicam-se à hipoteca constituída validamente e não à que padece de um vício de existência que a macula de nulidade desde o nascedouro, precisamente a celebração anterior de um compromisso de compra e venda e o pagamento integral do preço do imóvel. II – É negligente a instituição financeira que não observa a situação do empreendimento ao conceder financiamento hipotecário para edificar um prédio de apartamentos, principalmente se a hipoteca se deu dois meses antes da concessão do habite-se, quando já era razoável supor que o prédio estivesse concluído, não sendo igualmente razoável que a obra se tenha edificado nesse reduzido período de tempo. III – É da jurisprudência desta Corte que, ao celebrar o contrato de financiamento, facilmente poderia o banco inteirar-se das condições dos imóveis, necessariamente destinados à venda, já oferecidos ao pú-

blico e, no caso, com preço total ou parcialmente pago pelos terceiros adquirentes de boa fé. (STJ – RESP 329968 – DF – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 04.02.2002 – p. 00394).

Em conclusão, por tudo quanto dos autos consta, repilo os argumentos contrários dos opostos e recebo a pretensão dos oponentes instrumentalizada com a roupagem de intento declaratório de nulidade das hipotecas constituídas pela Construtora Kitover Ltda. em favor do Banco Bradesco S.A., incidentes sobre os imóveis objetos dessa lide, tismadas, *ab ovo*, de nulidade, inaplicável à hipótese o comando insculpido no artigo 1419 do novo Código Civil.

Presentes os pressupostos processuais, eis que visível e concreto o bom direito, inegáveis os riscos do *pericolo nel ritardo* – máxime pela existência de execução hipotecária em curso – e ponderando-se ainda não haver que se cultivar a cautela da reversibilidade da providência, dado que os imóveis se acham todos quitados e tampouco a eventual redução do respaldo exigido pelo banco para concessão do empréstimo decorreu de sua própria incúria, empréstimo esse concedido cerca de seis meses antes do “habite-se” da construção, sem que se indagasse a possível existência de terceiros que poderiam ser atingidos pela constituição da hipoteca, pelo que jaz cristalizado o aspecto de tratar-se – como bem definiu a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – de garantia que padece do vício da nulidade desde o nascedouro, contemplando a indisponibilidade dominial que persegue os imóveis em

tela desde a sua afetação pelo ônus hipotecário, resolvo antecipar a tutela reclamada para determinar que seja oficiado ao 4º Cartório de Registro Geral de Imóveis da Comarca de Recife no sentido de que proceda, incontinenti, ao cancelamento das hipotecas que gravam os apartamentos nº 402, 902, 802, 202, 101, 501, 1401 e 1402 e respectivas frações ideais no terreno do Edifício Vila Rica, localizado na Avenida Beira Rio nº 771, bairro da Madalena, nesta capital, dando ensejo a que a Construtora Kitover Ltda., uma vez erradicado o impedimento, possa outorgar as respectivas escrituras definitivas aos promissários/compradores, dando assim cumprimento às decisões já proferidas nesse sentido.

Imponho, por fim, aos réus/opostos, face ao princípio da causalidade, em partes iguais, o ônus da sucumbência representado pelas custas processuais e verba honorária de 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa.

*Publique-se. Intime-se.
Recife, 13 de junho de 2003.*

SENTENÇA PENAL E PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. CRIME HEDIONDO. CONCURSO DE PESSOAS.

Teodomiro Noronha Cardozo
Juiz de Direito

Processo n. 231.2001.135-0 (Artigo 4093/01)

Ação Pública Incondicionada

A. Ministério Público

Réu(s): A.A.C. e E. C.B.

Vítima: W.D. de M.

Conduta penal: art. 157, § 3º, c/c o art. 29, do CP e art. 1º, inc. II da Lei 8072/90.

Vistos etc.

Ementa: Penal e Processual Penal. Latrocínio. Crime hediondo. Concurso de pessoas. Crime pluri-fensivo: crime meio (homicídio) para obtenção do resultado (subtração do patrimônio) crime fim. Tese da defesa de exceção de negativa da autoria que não elide a prova dos autos. Irrelevância de quem tenha efetuado o disparo com arma de fogo. Comunicabilidade das circunstâncias elementares do tipo (art. 30, do CP. Condutas livres e conscientes. Nexo de causalidade. Materialidade e autoria comprovadas. Domínio finalístico da ação. Exigência de conduta diversa. Manutenção dos réus na prisão para apelar. Regime de execução

de pena integralmente fechado. Precedentes do Pretório Excelso. Suspensão dos direitos políticos dos réus – art. 15, da CF.

1) *Versões contraditórias apresentadas pelos réus com o objetivo de eximirem-se da responsabilidade penal;*

2) *Os depoimentos de testemunhas dos réus da defesa não merecem crédito por terem sido engendrados para dar suporte às versões inverossímeis dos réus.*

3) *Transladem-se peças dos autos com vista ao Ministério Público, na forma do art. 40, do Código de Processo Penal.*

Decisão: *Procedência, in totum, da proposição acusatória, para o efeito de sancionar os réus nas penas do art. 157, § 3º, c/c o art. 29, conduta hedionda, a teor da Lei n. 8.072/90.*

1. RELATÓRIO

O Ministério Público, (*dominus litis*), por seu representante, vem de oferecer denúncia de C.A.A.C. e E.C.B., nos autos qualificados, pela prática da conduta típica e antijurídica, descrita no artigo 157, § 3º, c/c o art. 29, do CP, do *Codex Poenalis*, c/c o art. 1º, inc. II, da Lei 8.072/90, em face da vítima W.D. de M.D. de M., conforme atrial de fls. 02 *usque* 04.

Consta da proposta inicial acusatória, ilustrada em procedimento policial, que no dia 30 de abril de 2001, por volta das 21:30 horas, na localidade conhecida por

Areial, próximo ao Clube da Caixa Econômica Federal, Janga, neste Município, os réus, utilizando-se de arma de fogo, roubaram dinheiro e documentos da pessoa de W.D. de M., sendo que, ao final da ação delituosa, o segundo réu efetuou um disparo de arma de fogo na cabeça da infeliz vítima, causando-lhe a morte.

Infere-se da **persecutio criminis** que os réus, habituados à prática de assaltos, no dia do fato, por volta das 20:00 horas, encontrando-se nas proximidades do terminal da Integração a PE-15, resolveram assaltar um taxista. Já com a cogitação em mente, contrataram a vítima que, costumeiramente, fazia ponto naquele Terminal, para realizar uma corrida até o Janga.

Ocorre, todavia, que, chegando nas imediações da Estrada de Mané Pá, neste Município, foi anunciado o assalto, tendo os réus apontado suas armas para a vítima, conduzindo-a até a localidade conhecida por Areial, onde tomaram-lhe pertences e, na seqüência criminosa, desferiram um tiro contra a cabeça da mesma, que tombou sem vida.

É narrativa da peça de acusação que, em nenhum momento, a vítima esboçou reação à investida dos réus.

Sustenta a denúncia que os réus foram presos, juntamente com uma terceira pessoa, quando, alguns dias após, praticaram um outro assalto contra um outro taxista, neste Município, sendo presos em flagrante delito, ocasião em que confessaram o roubo e o assassinato praticado contra a vítima destes autos.

Conclui a acusação que, pelos fatos constantes dos autos, percebe-se que os réus são de personalidade fria e maldosa, acostumados à prática de assaltos, cujas vítimas mais visadas são taxistas.

O **libellum** inicial fora recebido aos 08.08.2001, acompanhado dos autos do procedimento informativo de fls. 05 *usque* 59.

Avultam-se do **informatio delicti** o boletim de ocorrência e providências iniciais, fls. 07; o boletim de registro de entrada de vítima em hospital, fls. 08 e verso; o auto de apresentação e apreensão, fls. 10; recortes de jornais, fls. 21/23; autos de qualificação e interrogatórios dos réus, fls. 38 *usque* 42; fichas carcerárias dos réus, fls. 43 e 44; auto de qualificação e interrogatório de H.L.V. dos S., fls. 45/47; ficha carcerária de H.L., fls. 48; laudo da perícia tanatoscópica, fls. 53 e verso. Relatório da Autoridade Policial Judiciária, fls. 56 *usque* 58.

Decreto de tutela penal antecipada dos réus C.A.A.C. e E.C.B., fls. 60/63. Certidão de antecedentes judiciais dos réus nesta Vara, fls. 69.

Requisitados na prisão os réus C.A.A.C. e E.C.B. viram-se interrogar, conforme termos de fls. 79/81 e 82/84. Prévia de defesa e rol de testemunhas, fls. 90 e 109, respectivamente.

Laudo de perícia tanatoscópica e ilustrações fotográficas, fls. 103 a 105.

Na fase da instrução da prova foram inquiridas (08) oito testemunhas do rol da denúncia, conforme assentada de assentada de fls. 112/117 e 157/161.

Cópia inautêntica da ficha de atendimento do posto de saúde de Olinda, fls. 133. Antecedentes criminais dos réus, fls. 144 e 145.

Foram inquiridas (5) cinco testemunhas do rol da defesa, *ut assentada* de fls. 166 *usque* 170.

Na esteira do artigo 499, do Código de Processo Penal, a defesa de C.A.A.C. requereu a reinquirição das testemunhas M.L. do N. fls. 173/179.

No prazo do art. 499, do CPP, o Ministério Público e o Defensor Público do réu E.C.B. nada requereram.

Concluída a colheita da prova, as partes aduziram alegações finais. O Ministério Público, fls. 181 *usque* 186.

Petição da defensora do réu C.A.A.C., requerendo a ouvida das testemunhas do rol do Ministério Público J.G.S.A. e A.M. da S. fls., 190/191.

Despacho deste Juízo indeferiu a petição da defesa de C.A.A.C., fls. 192 e 193.

Requerimento de juntada e Instrumento Particular de Outorga de Poderes, fls. 196 e 197.

Petição da Defensora do réu C.A.A.C. requerendo que o feito seja chamado à ordem, para cumprimento de diligência do órgão do Ministério Público, fls. 198.

Reaberta a instrução processual, elaborado questionário (fls. 199) e concluídas as diligências, foi anexado aos autos o laudo de exame de balística de fls. 291/302.

Instado a apresentar novas alegações finais ou ratificar as existentes, o Dr. Promotor de Justiça pugnou pelo prosseguimento do feito, fls. 303.

A Defensora dos réus apresentou alegações finais, fls. 310 *usque* 316.

Novos Defensores do co-réu C.A.A.C. apresentaram alegações finais, fls. 317/325 e 326.

Em suas alegações finais, a Representante do Ministério Público, argumenta que a prova da materialida-

de e da autoria é evidente, não só pelos depoimentos prestados em Juízo, como também pelo reconhecimento dos réus. Aduz, ainda, contradições nos depoimentos das testemunhas do rol da defesa, uma vez que no dia e na hora do crime estaria ocorrendo, supostamente, o noivado do co-réu C.A. com a filha da testemunha; todavia, a versão do noivado somente veio à tona no final da instrução probatória.

Textualmente, conclui a representante Ministerial, *verbis*:

As testemunhas de defesa que surgiram na audiência, sem terem sido arroladas pelo Defensor do acusado E.C., mostraram-se que já são acostumadas a testemunharem a favor do citado acusado, não tendo sido esta a primeira vez, alegando que no dia e na hora do crime em análise, o acusado E. estava conversando com a primeira testemunha (K.M.C. de M.) com quem já "fiçou", porém não namorou. Todavia, em seus depoimentos, percebe-se que há algumas contradições; uma delas é a discordância da camisa que o réu vestia no dia do fato (fls. 185).

Alfim, pugnou pela condenação dos réus, nos termos da proposição inicial acusatória, com o reconhecimento da atenuante da confissão do fato perante a autoridade, fls. 181/186.

Em suas razões finais, a Defensora dos réus, após detida análise da prova deponencial e do laudo de perícia de balística, impugnou o procedimento inquisitorial; argüindo que o Direito Penal não opera com conjecturas, suposições ou aleivosias, impugnou o testemunho de M.

e, por fim, estribando seus argumentos em aresto jurisprudencial, propugnou pela absolvição dos réus na forma do art. 386, inciso VI, do CPP. (fls. 310/316).

Já os defensores do co-réu C.A.A.C., aduzindo que a acusação só aflora do procedimento inquisitorial; que os depoimentos incriminadores são contraditórios e que o disparo que atingiu a vítima não foi disparo pelas armas apreendidas em poder dos réus, propugnou pela absolvição, a teor do art. 386, VI, do CPP (fls. 317/325). No mesmo sentido argumentou a Defesa Pública (fls. 326).

Vieram-me os autos conclusos.
Este é o relatório,
Decido:

2. FUNDAMENTAÇÃO

O Autor da ação penal imputou aos réus **C.A.A.C. e E.C.B.** a conduta normativa do art. 157, § 3º, c/c o art. 29, do Código Penal e Lei n. 8.072/90.

A materialidade "*corpus delicti*" da ação típica e antijurídica positiva-se plenamente no auto de apresentação e apreensão, fls. 10; no laudo de perícia tanatoscópica, que atesta a morte de W.D.M. por ferimento penetrante na região da cabeça, produzido por instrumento pérfuro-contundente, fls. 104 e verso; Ilustrações cada-véricas, fls. 105 e laudo de perícia de balística de fls. 291 *usque* 302.

A autoria, consistente e irrefutável, encontra-se so-bejamente comprovada pelos elementos da prova judicializada, sob o crivo do devido processo legal, sem que

paire a menor dúvida no espírito do julgador, malgrado as versões contraditórias levadas a efeito pelos réus, objetivando eximir-se da responsabilidade penal.

2.1. Interrogatório na fase pré-processual

Interrogado na fase extrajudicial, o coréu E.C.B. protestou inocência. **Alegou que no dia e na hora do crime (30.04.01) bebeu até aproximadamente 22:30 horas da noite e recolheu-se a sua residência, dormindo até o dia seguinte** (fls. 39); negou que tenha participado da morte do taxista W.D.M.; que em nenhum momento comentou com a também vítima D.T.S. que iria matá-la como fez com o taxista W. alguns dias;...

(...)” que o interrogando não sabe responder a coincidência de levar o taxista D.T., para o mesmo local onde dias antes foi vítima fatal o também taxista W.D. (fls. 39) (sic).

Na fase policial, o co-réu C.A.A.C. confessou a autoria delitiva e delatou o co-réu E. como o executor material da vítima; **afirmou que no dia do crime (30.04.2001) “estava bebendo com o seu comparsa E.C., perto da residência deste que fica nas proximidades do terminal da integração da –PE 15 e, em determinado momento, resolveram fazer um assalto a um taxista para fazer DINHEIRO**, então ele, interrogado, estava com o seu revólver calibre 32 e o E., com um calibre 38, e foram para o terminal da integração onde pegaram um táxi fiat de cor branca, o qual era dirigido por um senhor de idade e de cor clara e pediram para irem ao JANGA, tendo o E., sentado ao lado do motorista, e ele, interrogado, ficou

no banco de trás e, ao chegarem na estrada de Mané-Pá, entraram por uma rua, e o E. anunciou o assalto, apontando o revólver contra o motorista, identificado por W., e foram até um local conhecido por AREIAL, e ali o E. deu a volta em torno do fiat e, inesperadamente e sem necessidade, fez um disparo contra a vítima que não fez qualquer tipo de reação contra eles assaltantes” (fls. 41).

(...)” QUE o E. matou sem razão nenhuma, pois a vítima chegou a pedir para não ser morta; **que o disparo foi feito pelo revólver calibre 38 do E.**” (fls. 42).

O Comparsa H.L.V. dos S., condenado em outro processo por assalto à mão-armada, declarou na polícia que os réus E.C. e C.A. solicitaram-lhe que, se fosse chamado em Juízo, nada falasse sobre a morte do taxista W. (fls. 47).

2.2. Interrogatórios em Juízo

O co-réu C.A.A.C., em Juízo, apresentando a tese de exceção de negativa da autoria, apresentou o alibi, dizendo que ao tempo do crime estava na casa de sua namorada S.; que não esteve na integração da PE-15 no dia do fato; que o co-réu E.C. e o comparsa H.L. são seus amigos; que tiveram azar e levaram a vítima para roubar próximo ao local em que a vítima destes autos foi morta (fls. 80).

O co-réu E.C.B. na fase judicial, apresentando, igualmente, a tese de exceção de negativa da autoria, apresentou alibi, ao dizer que, ao tempo da infração, encontrava-se em sua casa; negou que no dia do fato esteve no terminal da integração da PE-15, **porém, revelou que mora**

próximo à integração e que a integração é de ônibus:
(fls. 83).

(...) "que não sabe por que motivo afirmou a vítima D., de outro processo a que responde o interrogando neste Juízo, juntamente com C.A e H.L., na delegacia, que o interrogando e os demais teriam dito que iriam fazer com aquela vítima o mesmo que fizeram com o taxista da semana passada (fls. 83).

2.3. Da prova deponencial

T. de M.D., genitora da vítima W.D., testificou que um taxista de nome A. telefonou para a depoente para comunicar que os assassinos de seu filho foram presos e que eles foram assaltar a vítima D. e um deles dissera que iria destampar a cabeça dele como fizera com a de W., sendo dito isto pela vítima D. na delegacia (fls. 113).

L.R.S., esposa da vítima, pontificou que no dia do fato W. sacou R\$ 290,00 (duzentos e noventa) reais no caixa eletrônico para fazer um pagamento e a depoente falara para ele só pegar o táxi após efetuar o pagamento; que o dinheiro não foi recuperado;

... que soube através de J., auxiliar de enfermagem e M. das G. que estavam no plantão, que a vítima D. dissera aos policiais que os réus teriam dito a ela, vítima, que iriam fazer com ela o que fizeram com W. (fls. 115).

D. T. da S., vítima de assalto pelos réus, em outro processo, após proceder ao reconhecimento dos réus em Juízo, acentuou que os réus embarcaram no seu veículo no terminal da integração da PE-15, quando ouviu um grito de parada por volta das 22:00 horas; que suspeitou tratar-se de assalto, quando fez o retorno da Funeso e o co-réu C., que ia no banco da frente do veículo, indagou por que o declarante não pegou a estrada nova da Cidade Tabajara; que o declarante dissera que por Jardim Atlântico era mais próximo e o réu C. retrucou: "o outro fora por Paulista"; que, ao entrar na estrada de Mané-pá, o declarante já estava apanhando de coronhada de revólver;.. que acredita que os réus estavam drogados, porque o co-réu C. estava dormindo quando o co-réu E. falou que "a parada estava botada", ocasião em que o co-réu C. acordou e começou a lhe bater;...

"...que o declarante pediu para (que) não lhe matassem e o co-réu C. dissera que iria fazer com o declarante o que fez com o outro, mas não disse o nome do outro" (fls. 158).

...que reconheceu os réus na hora da prisão (fls. 158);
... "que o taxista que está aqui fora presenciou quando outros taxistas não levaram os réus porque desconfiaram do assalto (fls. 159).

M.L. do N., testemunha que presenciou os réus ingressarem no táxi da vítima, testemunhou que o carro da vítima W. era o primeiro da fila e o do depoente era o ter-

ceiro; que o réu, que é o maiorzinho e que usa costeletas, fora reconhecido por outro taxista de nome Isaias e que o réu estava na parada de ônibus e que no dia do fato mostrou o co-réu E., que é o mais alto, ao depoente, e nesse dia do assalto de I. fora só um que o assaltara;...

...que uma semana após o assalto ao carro de I., o depoente presenciou, no dia do assalto de W., os réus C.A. e E.C., e o depoente reconheceu quando os mesmos passaram lá fora como as pessoas que pegaram o táxi de W. para fazer corrida; que os réus pegaram o táxi da vítima W. por volta das vinte e trinta horas;

...que o depoente reconheceu o mais alto como a pessoa que tinha assaltado I. e que uma semana antes apontou E. ao depoente como a pessoa que havia assaltado I.;

"... que fizeram gestos para que W. não fizesse a corrida, o depoente e os outros parceiros; que não se recorda se Isaias estava presente no dia em que os réus fizeram a corrida no carro da vítima; que o depoente teve coragem e foi até onde se encontrava a vítima e, como a calçada é alta, o depoente pediu a W. para não fazer a viagem e que W. chegou a desligar o veículo com os réus juntos e perguntou ao depoente se ele queria fazer a corrida para o Janga, insinuando que o depoente queria lhe tomar os passageiros, que o depoente dissera a W. que não fizesse a corrida, e a vítima dissera que seja o que Deus quiser;... que na delegacia reconheceu os réus

como as pessoas que no dia do fato fizeram a corrida no veículo da vítima; que D. estava na delegacia e reconheceu os réus como autores do assalto (fls. 160).

Testemunho de M.L.M., que no dia do fato estava em cima de uma laje assistindo a um jogo de futebol.

Afirmou que presenciou o táxi, Uno Mille, parado e pensou que estivesse quebrado; que viu o passageiro no banco da frente e, como estava na altura, não viu se havia passageiro no banco de trás; que o carro estava distante do depoente cerca de trinta metros; **que o passageiro da frente desceu do carro e arroteou e o depoente, pensou que fosse empurrar o carro e quando viu o passageiro deu um tiro na cabeça da vítima;...**

que quando o depoente desceu da laje viu duas pessoas correndo em direção ao depoente, sendo uma de estatura baixa e outra de estatura alta, semelhantes aos que passaram pelo depoente lá fora e são do mesmo jeito dos réus, altura e porte físico; que quem saiu primeiro do carro foi o alto que atirou e que apertaram a mão um do outro (fls. 160).

A testemunha, do rol da defesa, M.C.G.deO., afirmou que no dia e na hora do fato, o co-réu C.A. esteve em sua casa, pois namorava sua filha; que o dia 30 de abril foi uma segunda-feira; que o réu C.A. saiu da casa da

depoente mais de meia-noite; que o réu C. A. trabalhava numa fábrica de biscoitos e o co-réu E. não estava na festa? (fls. 166). A testemunha M.G.C. da S. cuidou de dar crédito ao testemunho de M.C., afirmando que houve uma comemoraçãozinha, mas que não houve fotos (fls. 167).

A testemunha M.L.C., do rol da defesa, afirmou que foi buscar sua filha na casa de E., que não é seu namorado, por volta de onze horas da noite, e na volta comprou um bolo na casa de uma moça que vende bolo; que não lembra o nome do bolo e foi E. quem comprou o bolo (fls. 169).

3. DA PROVA TÉCNICO-PERICIAL

Respondendo a perguntas formuladas por este Juízo, os senhores, peritos responderam, verbis:

6) QUESITO: "O projétil que atingiu a vítima foi expelido pelo cano de um dos revólveres apreendidos em poder dos réus?"

RESPOSTA: Não foi disparado pelo revólver de nº de série 377818, do calibre 32, em razão da diferença dos diâmetros do calibre desta arma com o projétil questionado. Já no confronto balístico, entre os padrões produzidos pelo revólver calibre 38 com o projétil questionado, os signatários não encontraram microelementos individualizadores suficientes que permitissem afirmar se o projétil questionado foi expelido ou não pela boca do cano do revólver taurus do calibre .38 com número de série 1222699; (fls. 296)

Analisando os argumentos da acusação e da defesa técnica, à luz da lógica jurídica e da prova consistente e irrefutável, plasmo o convencimento da culpabilidade dos réus, e tal inferência deduz-se dos elementos de prova granjeados no ventre dos autos. Vejamos:

O co-réu C. A. A. C. revelou na fase policial que o co-réu E. estava armado com um revólver calibre 38, tendo E. sentado ao lado do motorista;... que em seguida E. deu a volta em torno do fiat e, inesperadamente, sem qualquer tipo de reação, efetuou um disparo contra a vítima (fls. 41).

As declarações do réu C.A., em confronto com o testemunho de M. L. M., presente no local do fato, se encaixam qual a mão na luva:

"que o passageiro da frente desceu do carro e arroteou e o depoente pensou que fosse empurrar o carro e, quando viu, o passageiro deu um tiro na cabeça da vítima;..." (fls. 160).

Realmente, o H.L. não estava no local do crime, porquanto a testemunha M. só avistou dois deles e, temerosa, a testemunha forneceu detalhes minuciosos das características físicas dos réus, reconhecendo-os nas entrelinhas do seu depoimento, não o fazendo, expressamente, por puro medo.

E mais, no primeiro momento, na delegacia, o co-réu E.C.B. afirmou que no dia do fato bebeu até aproximadamente 22:30 horas da noite e recolheu-se à sua residência dormindo até o dia seguinte (fls. 39). Em Juízo, afirmou que se encontrava próximo à sua casa (fls. 82).

Logo, sem qualquer consistência, o dictum da testemunha M.L.C., que afirmou que foi buscar sua filha na casa de E., que não é seu namorado, por volta das onze horas da noite, e na volta comprara um bolo na casa de uma moça que vende bolo; que não lembra o nome do bolo e foi E. quem comprou o bolo (fls. 169).

Primeiro, E. estava dormindo; segundo, a filha da depoente não é namorada de E.; terceiro, não se compra bolo na casa de ninguém por volta das 11:00 horas da noite, mesmo porque, àquela altura, o bolo já teria sido vendido a qualquer preço porque no dia seguinte seria bolo velho, sem comprador.

O bolo, isso sim, a testemunha quis dar no juiz ao falsear a verdade.

O réu C.A.A.C. afirmou, perante a Autoridade Policial Judiciária, que no dia do crime estava bebendo com o co-réu E., no terminal da integração da PE-15 e resolveram assaltar (fls. 41).

Em Juízo, dissera que estava na casa de Suzy celebrando o noivado (fls. 79).

Ora, o depoimento da testemunha M.C.G. de O. não merece o menor crédito, porquanto, se o réu trabalhava, como afirmou a testemunha, não poderia marcar o noivado de forma intempestiva e atabalhoada numa segunda-feira, sem convidar, inclusive, seus amigos de crimes E.e H.L., que seria grave desfeita, pois colocaria em xeque a amizade; ademais, não se tirou sequer uma fotografia para registrar o fato para a posteridade, afigurando-se a versão inverossímil, sendo urdida adredemente com o firme propósito de dar azo a um álibi forjado pelo réu.

O fato de a prova pericial não poder concluir, à míngua de microelementos, se o revólver calibre 38 de propriedade do co-réu E.C., expeliu o projétil que atingiu mortalmente a vítima, não tem qualquer relevância probatória, porquanto, no sistema processual brasileiro, não existe hierarquia ou escala valorativa de prova, sendo todas elas relativas; nenhuma é absoluta, pelo caráter técnico de que se reveste, e, assim, todas devem ser valoradas de acordo com o livre convencimento do julgador (art. 157, do Código de Processo Penal).

Assim, tenho que os réus agiram com vontades livres e conscientes, determinação e finalismo de conduta, configurando suas culpas - dolo específico - (**animus auctoris**) - pressuposto da reação penal, porquanto, percorreram eles todo o **iter criminis**, da **cogitatio à meta-optata**, ao causar a morte da vítima para subtrair-lhe seus bens, comprovado o nexo de causalidade, entre a ação e o resultado criminoso, adequando suas condutas às elementares do artigo 157, § 3º, c/c o art. 29, do Digesto Penal, sendo certo que, para a convivência pacífica em sociedade, exigir-se-iam dos réus condutas diversas, celebradas pelo pacto social, de conformidade com a lei, respeitando-se a vida, maior patrimônio dos viventes, e o patrimônio alheio, bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Despiciendo perquirir qual dos réus efetuou o disparo (art. 30, do CP), porquanto, todos respondem pelo fato, uma vez que, armados de revólveres, era previsível o cometimento de crime mais grave.¹

1 "O co-autor que participa de roubo armado, responde pelo latrocínio, ainda que o disparo tenha sido efetuado só pelo compassa" (STF, RTJ 98/636, TJS, RT 636, TJS, RT 634/265; TACrSP, Juizados 96/73; todos respondem pelo fato" (TJSP, RT 531/328). STF, RT 633/380).

Calcada a convicção em premissas verdadeiras, rejeito os argumentos das Defesas Técnicas, porquanto, a prova dos autos foi demonstrada **quantum satis**, de modo a ensejar, com segurança, a condenação dos réus, por crime de latrocínio.

Não vislumbro dos autos causas de exculpação da antijuridicidade e ou de isenção de pena.

Reconheço, a favor do co-réu C.A.A.C. a circunstância legal atenuante da menoridade (art. 65, I, do C. Penal).

3.1. Dispositivo

Ante o exposto, consubstanciado nas razões de fato e de direito, JULGO PROCEDENTE a denúncia, para o efeito de condenar os réus C. A. A. C. e E. C. B., qualificados, nas penas do artigo 157, § 3º, c/c o art. 29, do Código Penal, com as considerações da Lei dos Crimes Hediondos.

4. FUNDAMENTO E DOSIMETRIA DA PENA

Atendendo às circunstâncias judiciais do art. 59, do CP e ao método trifásico do artigo 68, do mesmo Diploma Legal, para estabelecer a individualização e dosimetria da pena, objetivando a prevenção, ressocialização, intimidação e repressão à criminalidade:

1) em relação a C.A.A.C., pertinente à culpabilidade, traduzida no intenso propósito doloso e juízo de reprovação social; conduta social abonada (fls. 167/9); personalidade reveladora de reduzido senso moral, per-

versidade, e capacidade potencial de delinquir; considerando que o motivo do crime foi a concupiscência, ou seja, o desejo de bem material, de dinheiro para a ingestão de bebida alcoólica; atendendo ao comportamento da vítima que não contribuiu para o seu infortúnio e considerando a inexistência de conseqüências extrapenais, estabeleço ao réu, C.A.A.C., a pena-base de (22) vinte e dois anos de reclusão. Presente a circunstância legal agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), porquanto, condenado, com trânsito em julgado, juntamente com o co-réu, pelo crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, fato ocorrido aos 11.05.2001, tendo como vítima D.T. da S. (fls. 145) agravo a pena-base de (1) um ano. Presente a circunstância legal atenuante da menoridade (art. 65, I, do CP) e a preponderância desta circunstância sobre aquela, atenuo a pena-base de (2) dois anos. Ausentes as causas especiais de majoração e ou minoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de **(21) vinte e um anos de reclusão**, cumulada com a pena de (180) cento e oitenta dias-multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo do salário mínimo legal.

2) Em relação a E. C. B., pertinente à culpabilidade, traduzida no intenso propósito doloso e juízo de reprovação social; conduta social abonada fls. 168/9); personalidade reveladora de reduzido senso moral, perversidade e capacidade potencial de delinquir; considerando que o motivo do crime foi a concupiscência, ou seja, o desejo de bem material, de dinheiro para a ingestão de bebida alcoólica; atendendo ao comportamento da vítima que não contribuiu para o seu infortúnio e considerando a inexistência de conseqüências extrapenais, estabeleço ao réu,

E. C. B., a pena-base de (22) vinte e dois anos de reclusão. Presente a circunstância legal agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), porquanto, condenado, com trânsito em julgado, juntamente com o co-réu, pelo crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, fato ocorrido aos 11.05.2001, tendo como vítima D. T. S. (fls. 144) agravo a pena-base de (1) ano. Ausentes as circunstâncias legais atenuantes. Ausentes as causas especiais de majoração e ou minoração, fixo a pena individualizada, concreta e definitiva de **(23) vinte e três anos de reclusão**, cumulada com a pena de (180) cento e oitenta dias – multa, sendo cada dia fixado em (1/30) um trigésimo do salário mínimo legal.

As penas privativas de liberdades impostas aos réus deverão ser cumpridas, integralmente, no regime fechado (art. 2º, §º, da Lei n. 8.072/90, interpretado por recente do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu sua constitucionalidade – HC. 76.371-SP-informativo do STF n. 104), na Penitenciária Prof. Barreto Campelo, neste Estado.

As penas de multas deverão ser pagas (10) dez dias após o trânsito em julgado desta decisão (art. 50, do CP), podendo ser fracionadas, sob pena de inscrição na dívida ativa da União Federal, para cobrança executiva ao encargo da Procuradoria da Fazenda Nacional.

Com base no art. 15, inciso III, da Constituição Federal, suspendo os direitos políticos dos réus, enquanto durarem os efeitos da condenação.

Recomendo os réus na prisão (artigo 393, inciso I, do Código de Processo Penal) na PPBC.

Desta decisão os réus não poderão apelar em liberdade, porquanto, encontram-se presos por força de prisão preventiva, consoante decisão do E.g. Supremo Tribunal Federal.

É orientação consolidada no STF que, se o réu está preso – por força de flagrante ou preventiva – ao momento da sentença condenatória, não se lhe aplica o benefício do art. 594 do CPP". (RT 639/379 e RT 552/444).

Expeçam-se cartas de guia e recolhimento provisório, havendo recurso exclusivo da defesa, de acordo com o disposto nos arts. 105 e 106 da LEP, ao Juízo da Primeira Vara das Execuções Penais, Conselho e Direção Penitenciária, anexando cópia desta decisão, certidão do trânsito em julgado para a acusação, aplicando-se a detração penal do art. 42, do Código de Penas e dando-se ciência ao MP.

Após o trânsito em julgado do *decisum*, preencham-se os B.I's. dos réus, encaminhando-os ao Instituto de Identificação Criminal do Estado.

Lancem-se os nomes dos réus no livro de rol dos culpados.

Oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral para cancelamento das inscrições.

Condene os réus nas custas, pro rata.

P.R. Intimem-se.

Paulista, aos 17 de setembro de 2003.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Revistas de 1 a 18



ÍNDICE ONOMÁSTICO

	<i>Núm.</i>	<i>p.</i>
ADA PELLEGRINI		
• <i>A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL</i>	12	25
ADEILDO NUNES		
• <i>O CRIME NAS LICITAÇÕES</i>	09	25
• <i>O REGIME DISCIPLINAR NA PRISÃO</i>	18	25
ADONIS COSTA E SILVA		
• <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
ADRIANA MANDIM THEODORO DE MELLO		
• <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
AGENOR FERREIRA DE LIMA FILHO		
• <i>A JUSTIÇA DE CONSENSO NO CAMPO PENAL</i>	01	178
• <i>SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS</i>	04	499

	Núm.	p.
ALBA MARIA PIRES BARBOSA		
• A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO TRABALHISTA.	03	13
• TRABALHO EDUCATIVO: UMA NOVA PROPOSTA.	04	15
ALBERTO FLÁVIO BARROS PATRIOTA		
• DO INDEFERIMENTO DE PLANO DO AGRAVO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.	07	17
• 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.	09	407
ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL		
• PODER, ESTADO E DIREITO. A SUPRALEGALIDADE DO DIREITO VIVO.	03	23
• UM ESTUDO COMPARADO DOS NÚCLEOS CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DOS PODERES REFORMADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS.	06	17
• LINGUAGEM, SIMBOLOGIA E LÓGICA APLICÁVEIS AO DIREITO CIBERNÉTICO.	09	69
• DO DIREITO NATURAL AO DIREITO ARTIFICIAL.	10	43
ALEXANDRE DA MAIA		
• INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO JURÍDICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO: NOTAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE UMA PERSPECTIVA INDUTIVO-HERMENÊUTICA.	03	43
• AUTOPOIESE VERSUS PRÁTICA PROCEDIMENTAL: O FALSO DILEMA DO PODER JUDICIÁRIO.	09	39
• O GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI - NOTAS INTRODUTÓRIAS.	10	25

	Núm.	p.
ALEXANDRE DE MORAES		
• REFORMA POLÍTICA DO ESTADO E DEMOCRATIZAÇÃO.	12	45
• LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS ÀS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.	14	21
ALEXANDRE MILTON PRAZERES DA COSTA		
• MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.	07	29
ALYSSON CAMILO		
• INQUÉRITO POLICIAL: DO OBSOLETISMO EM FACE DA ESTRUTURA PRINCIPOLÓGICA CONSTITUCIONAL E LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA VIGORANTE.	14	39
ALFREDO SÉRGIO MAGALHÃES JAMBO		
• ANOTAÇÕES SOBRE O INDIVÍDUO TRANSGRESSOR.	03	63
ALVINO AUGUSTO DE SÁ		
• ALGUMAS PONDERAÇÕES ACERCA DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS CONDENADO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.	11	25
AMADOR PAES DE ALMEIDA		
• AÇÃO REVOCATÓRIA FALENCIAL E A LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS.	13	21
ANA CLÁUDIA MANSO S. O. RODRIGUES		
• EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - LIMITES CONSTITUCIONAIS.	05	17
ANA LUÍSA CELINO COUTINHO		
• A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO NA REFORMA ADMINISTRATIVA.	09	99
ANA LUIZA WANDERLEY DE MESQUITA		
• O ESTADO GERENCIAL E SUAS "SOLUÇÕES"	14	59
ANA PAULA DUARTE DAMASCENO		
• ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.	12	99

	Núm.	P.
ANA PAULA LIRAMELO • O ESTADO DE NECESSIDADE E O SAQUE.	12	121
ANA REGINA DE ANDRADE VASQUES • A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DOS TRIBUTOS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. "O PRIVILÉGIO DO SONEGADOR FISCAL"	18	127
ANDRÉ DE ALBUQUERQUE GARCIA • EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL.	15	41
ANDRÉ LUIZ ANDRADE VICTOR DE ARAÚJO • QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES NA INTERNET: CONFLITOS EXISTENTES ENTRE NOMES DE DOMÍNIO E MARCA.	10	61
ANDRÉA SILVA MARROCOS DE OLIVEIRA • MEDIDAS PROVISÓRIAS: O EXECUTIVO EM AÇÃO, A SOCIEDADE EM CHOQUE E A DEMOCRACIA EM XEQUE.	13	41
ANGÉLIKA DE SOUZA VERÍSSIMO DA COSTA • COMENTÁRIOS AOS PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA EFETIVIDADE, COM O ACRÉSCIMO DO § 7º AO ARTIGO 273, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.	18	155
ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO • A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.	06	49
ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN • REFLEXÕES SOBRE A HIPERTROFIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA TUTELA DA RESERVA LEGAL E DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.	05	33
ANTÔNIO MACHADO GUEDES ALCOFORADO • ESTUDO DA TERMINOLOGIA PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO E DA APLICABILIDADE DE ALGUNS PRINCÍPIOS INERENTES.	14	77

	Núm.	P.
ANTÔNIO NATANAEL MARTINS SARMENTO • SUPRÁGIO, CIDADANIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL.	06	61
ANTÔNIO VITAL DE MORAES • SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS. • SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. • EXECUÇÃO. BANCO. FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. FINANCIAMENTO. NEVAÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. AUSÊNCIA. NULIDADE DO TÍTULO. EMBARGOS. PROCEDÊNCIA.	06 15 16/17	491 605 609
ARAKEN DE ASSIS • ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.	04	28
ARTUR ORLANDO DE A. DA COSTA LINS • O APERFEIÇOAMENTO DO EFEITO DEVOLUTIVO COMO SINÔNIMO DE EFETIVIDADE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.	15	95
ARTHUR PIO DOS SANTOS NETO • O MAGISTRADO E A REFORMA AGRÁRIA.	01	123
ARTUR STAMFORD • 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).	07	43
AURÉLIO AGOSTINHO DA BÔAVIAGEM • A AUTONOMIA DA VONTADE, INDICADORA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO.	15	123

	<i>Núm.</i>	<i>p.</i>
BELIZE CÂMARA CORREIA		
• O DIREITO DE FAMÍLIA SUMULADO FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL.	18	175
BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS		
• AS DIFICULDADES DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CONTRATO DE FACTORING ANTE A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.	15	149
BRÁSILIO ANTÔNIO GUERRA		
• O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE COMO UM SISTEMA DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO.	11	71
BRUNO GALINDO		
• PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. UMA ABORDAGEM CIENTÍFICA.	08	19
• O ESTADO DO SÉCULO XXI: COEXISTÊNCIA OU SUBSTITUIÇÃO PELAS INSURGENTES ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS?	14	103
BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI		
• A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL (CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, ESTRUTURA).	13	73
CAETANO LAGRASTANETO		
• MERCOSUL E INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA: O PAPEL DA MAGISTRATURA PERANTE A JUSTIÇA SOCIAL.	04	55
• EDUCAÇÃO E JUSTIÇA SUPRANACIONAL.	06	123
• REFLEXÕES EM TORNO D' "O SALÃO DOS PASSOS PERDIDOS".	07	67
• CRIME E PROCESSO: DOENÇA MENTAL E AIDS.	12	169
CAIO DRUSO DE CASTRO PENALVA VITA		
• A CONSOLIDAÇÃO IMAGINÁRIA: DEBATE ESTRATÉGICO E IMAGINÁRIO SOCIAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.	15	173
CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO		
• A EXECUÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.	03	95

	<i>Núm.</i>	<i>p.</i>
CARINE DELGADO CAÚLA REIS		
• ENSINO JURÍDICO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O TEMA.	09	125
• NATUREZA JURÍDICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS.	12	181
CARLOS ALBERTO BERRIEL PÉSSANHA		
• MERCOSUL: ASPECTOS DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUPRANACIONAL.	08	41
CARLOS ANTÔNIO R. RIBEIRO		
• VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL.	12	211
CATARINA VILA-NOVA ALVES DE LIMA		
• CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO: ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS E SUAS IMPLICAÇÕES.	15	191
CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO		
• DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA.	14	69
CARLOS MORAES		
• SENTENÇA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	08	443
CECÍLIA LOU		
• A MEDIDA DE INTERNAÇÃO À LUZ DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONFERIDAS AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI.	16/17	49
CECÍLIA MACDOWELL SANTOS		
• DELEGACIAS DA MULHER EM SÃO PAULO: PERCURSOS E PERCALÇOS	18	203
CÉLIA MORAIS		
• "LEASING" FINANCEIRO – DESCONFIGURAÇÃO DO CONTRATO PELO PAGAMENTO ANTECIPADO DO VRG E SUAS CONSEQÜÊNCIAS.	14	153

	Núm.	p.
CELSONO ANTONIO P. FIORILLO		
• O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.	04	101
CLARICE MARINHO MARTINS DE CASTRO		
• CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL	16/17	87
CLÁUDIA OLIVEIRA PACHÚ		
• OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA DOS JUZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS EM FACE DO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.	08	59
• A INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO LÓGICO-SISTEMÁTICO PARA AFERIÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS	16/17	115
CLÁUDIO BRANDÃO		
• A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NA TEORIA DO DELITO.	05	69
• PODER DISCIPLINAR: UM DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO?	07	83
• PODER DO EMPREGADOR E EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE CRIMINAL.	11	95
CLÁUDIA CRISTINE SILVAARAÚJO		
• PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À SUA PLENA AUTONOMIA DIDÁTICA	18	219
CLÁUDIO SOUTO		
• DIREITO ALTERNATIVO: EM BUSCA DE SUA TEORIA SOCIOLOGICA.	01	16
• PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA DO DIREITO.	02	107
• FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.	04	435
• A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DO INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.	05	79
• DE UM POSSÍVEL CARÁTER UBIQUITÁRIO DO DIREITO.	08	81

	Núm.	p.
CLÁUDIO VIANNA DE LIMA		
• ESCOLAS DA MAGISTRATURA.	02	13
CLÓVIS CEZAR DE MENDONZA		
• O PERITO E AS PERÍCIAS - SUA IMPORTÂNCIA PARA A JUSTIÇA.	16/17	137
CRISTIANE GOUVEIA DE BARROS		
• LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: SUBSÍDIOS PARA UMA DIFERENCIAÇÃO FILOSÓFICA.	04	126
• PODER CONSTITUINTE: ANÁLISE E COMPARAÇÕES DA POSIÇÃO DO POSITIVISMO KELSENIANO E SUA RELEVÂNCIA ATUAL.	06	97
CRISTIANO JACQUES DE LIMA ARAÚJO		
• A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.	16/17	165
CRISTINA OSSIBE MARTINS BOTELHO		
• CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS INELEGIBILIDADES.	14	171
DAMÁSIO DE JESUS		
• CRIME DE BAGATELA: RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO DE DESCAMINHO E SEU EFEITO NOS TIPOS PRIVILEGIADOS DO FURTO E DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA.	12	229
• SUSTAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL CONTRA PARLAMENTAR.	15	213
• MESA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS - A NOVA MAIORIDADE CIVIL: REFLEXOS PENAIIS E PROCESSUAIS PENAIIS.	16/17	191
DANIELA RAMOS GALVÃO		
• DANO MORAL.	14	209
DANIELE SILVA MEIRA		
• A JURIDICIZAÇÃO DOS TRANSGÊNICOS - O FATO JURÍDICO DA ATUALIDADE.	16/17	209

	Núm.	p.
DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA		
• <i>CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL.</i>	02	249
DÁRIO ROCHA		
• <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
DARLEY KLEBER TIMÓTEO FLORENTINO		
• <i>DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - DEC. LEI 911/89.</i>	07	121
DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO		
• <i>SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO N. 5.336/92.</i>	01	292
• <i>AÇÃO EVICTÓRIA - DENÚNCIAÇÃO DA LIDE POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA DO DENÚNCIADO.</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 JUÍZADOS 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.
DENISE FROSSARD		
• <i>O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO.</i>	06	155
DJACI FALCÃO		
• <i>PARECER. MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE.</i>	05	501
• <i>PARECER. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ISENÇÃO.</i>	06	501
DJASON B. DELLA CUNHA		
• <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	93
DOMINGOS TOCHETTO		
• <i>CRIMINALÍSTICA.</i>	06	163
EDIL BATISTA JÚNIOR		
• <i>O ILÓGICO NECESSÁRIO (CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CRISE DA CODIFICAÇÃO JURACIONALISTA)</i>	13	111
EDSON DE ARRUDA CÂMARA		
• <i>O DIREITO ACHADO NA RUA. SINAL DOS TEMPOS.</i>	02	150
• <i>GOVERNO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. CASO BRASILEIRO.</i>	03	111
EDUARDO AUGUSTO PAURÁ PERES		
• <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

	Núm.	p.
EDUARDO R. RABENHORST		
• <i>SUJEITO DE DIREITO - ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO "DIREITO DOS ANIMAIS".</i>	03	119
ELSON ZOPELLARO MACHADO		
• <i>DESFORÇO IN CONTINENTI - DESFORÇO IMEDIATO.</i>	07	189
ELIANE DOS SANTOS M. MASCARENHAS		
• <i>SENTENÇA CÍVEL: RESSARCIMENTO DE DANOS.</i>	03	559
ELZANY CINTRA DE MORAIS		
• <i>CURSO DE CRIMES.</i>	10	119
EMMANUEL PEDRO S. G. RIBEIRO		
• <i>ADOÇÃO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA.</i>	06	181
EMÍLIO GARCIA MENDEZ		
• <i>ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI (SEGURANÇA CIDADÃ E DIREITOS FUNDAMENTAIS).</i>	07	199
EMÍLIO D'ALMEIDA LINS		
• <i>INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS - DIRIGISMO E RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO</i>	15	219
ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO		
• <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
ESMAPE		
• <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

	Núm.	p.
ETÉRIO GALVÃO		
• <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
EUGÊNIA GIOVANNA SIMÕES INÁCIO CAVALCANTI		
• <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
FÁBIA AMARAL DE OLIVEIRA MELLO		
• <i>A PROVA ILÍCITA E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL.</i>	15	247
FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA		
• <i>O ANTI-SEMITISMO POR JEAN PAUL SARTRE.</i>	08	107
FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA		
• <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
FÁBIO EUGÊNIO D. OLIVEIRA LIMA		
• <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
• <i>SENTENÇA CÍVEL. ECAD. ARRECADAÇÃO DE IMPORTÂNCIAS RELATIVAS A DIREITOS AUTORAIS. INTERESSE PROCESSUAL.</i>	06	523
FÁBIO ULHOA COELHO		
• <i>REPRESENTAÇÃO COMERCIAL: GLOBALIZAÇÃO E INTERNET</i>	13	141
FABIOLA SANTOS ALBUQUERQUE		
• <i>A RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DO POLUIDOR - PAGADOR.</i>	09	159

	Núm.	p.
• MERCOSUL - MERCADO COMUM - REALIDADE OU UTOPIA.	12	235
FÁBIO MUNIZ GUERRA NERY		
• DA NÃO INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OS ATOS COOPERATIVOS	18	251
FÁTIMA NANCY ANDZIGHI		
• DA AÇÃO MONITÓRIA: OPÇÃO DO AUTOR.	01	9
• REFLEXÕES SOBRE O FUTURO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO	05	117
FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO		
• O LÍCITO NA TEORIA GERAL DO DIREITO: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DE Kelsen E PONTES DE MIRANDA.	12	259
FERNANDO JOSÉ PEREIRA DE ARAÚJO		
• PARECER CPRH.	08	473
FERNANDO CERQUEIRA NORBERTO DOS SANTOS		
• MANDADO DE SEGURANÇA. ATO LEGISLATIVO. CÂMARA MUNICIPAL.	02	477
• SENTENÇA TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL	08	455
FERNANDO MONTEIRO		
• DEFINIÇÃO DE DIREITO - UMA PONTE ENTRE FLAVIO LOPEZ DE OÑATE E LUIZ RECAGENS SICHES	16/07	229
FLÁVIO AUGUSTO FONTES DE LIMA		
• A INCIDÊNCIA DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.	01	202
• " NOS NOSSOS DIAS NÃO HÁ CRIANÇAS, MAS MOÇAS DE 12 ANOS", ESTUDO DE UM JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	03	131
• O REVOLUCIONÁRIO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO (PRIMEIRAS LINHAS).	05	215

	Núm.	p.
• O NOVEL INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO, FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	06	213
• A ELETRICIDADE E O FURTO DE ENERGIA.	07	291
• COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS NAS INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CIVILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL?	08	121
• INDECLINABILIDADE DO JULGAR.	10	153
FRANCISCO ALVES DOS SANTOS JÚNIOR		
• O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA NA DIMINUIÇÃO DAS DIFERENÇAS, NA TERCEIRA VIA E NO CONSENSO DE WASHINGTON	13	153
FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA		
Ver DÁRIO ROCHA		
FRANCISCO DEMETRIUS P. DE OLIVEIRA		
• O PROBLEMA DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA	12	285
FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES		
• LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO: RESTRIÇÕES INDESEJÁVEIS, PORÉM INEVITÁVEIS.	05	237
• EFETIVIDADE DO PROCESSO, CONCEITOS INDETERMINADOS E DIREITO JURISPRUDENCIAL	18	271
GERALDO PRADO		
• REALIDADE E DISFUNÇÕES DO JUDICIÁRIO	04	222
GÜNTHER KAISER		
• LA FUNCION DE LA CRIMINALOGIA CON RESPECTO A LA POLÍTICA LEGISLATIVA PENAL.	05	251
GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA		
• JUSNATURALISMO E CONHECIMENTO JURÍDICO.	03	149
• OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE EM 1999.	07	317

	Núm.	p.
HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS		
• <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
• <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
HIDELBRANDO CAMPESTRINI		
• <i>LINGUAGEM JURÍDICA E PÓS-MODERNIDADE.</i>	02	90
HUGO CAVALCANTI MELO FILHO		
• <i>LIMITAÇÕES LEGAIS À AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA.</i>	03	191
HUMBERTO BARRETO URQUIZA		
• <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
HUMBERTO BRUNO DE ALMEIDA FERREIRA		
• <i>BIOÉTICA E DIREITO. INTRODUÇÃO ÀS PROBLEMÁTICAS DOS AVANÇOS MÉDICO-CIENTÍFICOS.</i>	12	351

	Núm.	p.
HUMBERTO THEODORO JÚNIOR		
• <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
IDÍLIO OLIVEIRA DE ARAÚJO		
• <i>SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO.</i>	09	431
INÊS CRISTINA SELBMANN		
• <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
IRACEMA REBECA DE MEDEIROS FAZIO		
• <i>CONCURSO DE PESSOAS.</i>	08	169
ISAÍAS ANDRADE LINS NETO		
• <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

	Núm.	p.
ISABELLE AMORIM DE MORAES		
• CONCURSO DE CRIMES.	08	195
IVAN LUIZ DA SILVA		
• CRIME ORGANIZADO: ENFOQUES CONCEITUAIS E CRIMINOLÓGICOS.	05	315
• O JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM MATÉRIA CRIMINAL.	16/17	311
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS		
• OS DEPÓSITOS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À LUZ DO (PARÁGRAFO) 30 DO ARTIGO 164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.	13	205
• INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 199, § 3º, DA C.F. - HIPÓTESES EM QUE O CAPITAL ESTRANGEIRO PODE SER ADMITIDO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE - PARECER.	15	625
IVO DANTAS		
• SERVIDOR PÚBLICO, APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO.	03	201
• AS DENOMINADAS FAMÍLIAS DE DIREITO. CIVIL LAW E COMMON LAW: SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS.	11	151
JACKSON BORGES DE ARAÚJO		
• MANDADO DE SEGURANÇA: DA NORMA DE TRATADO INTERNACIONAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL.	03	571
• MANDADO DE SEGURANÇA: DA PROVA POR PRESUNÇÃO E O DIREITO DE AMPLA DEFESA.	06	533
• DO DIREITO DO ESTADO AO ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS.	07	383
JANEIDE OLIVEIRA DE LIMA		
• TRÁFICO DE HOMENS PARA A PROSTITUIÇÃO.	03	215
• A CRIANÇA E A AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL.	06	249
• PRODUTOS QUE CAUSAM E QUE PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA: PERSPECTIVA CRÍTICA.	08	223

	Núm.	p.
J.E. CARREIRA ALVIM		
• AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O DIREITO DIFUSO À SEGURANÇA PÚBLICA.	16/17	325
JOÃO ALFREDO DOS ANJOS		
• ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO	05	337
JOÃO MAURÍCIO L. ADEODATO		
• FILOSOFIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA.	01	266
• A "CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" DE FRIEDRICH MÜLLER.	03	233
• MODERNIDADE E DIREITO.	06	255
JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA		
• ALTERNATIVIDADE E RETÓRICA NO DIREITO: PARA ALÉM DO EMBATE IDEOLÓGICO.	05	383
• A CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO E O SEU PROBLEMA HERMENÊUTICO-DECISÓRIO.	07	405
• JURISDIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROPOSTA DO GARANTISMO JURÍDICO COMO SUPERAÇÃO DO FORMALISMO KELSENIANO	15	297
JOÃO PAULO CORDEIRO CAVALCANTI		
• O DIREITO COMO FERRAMENTA DE MELHORIA DA QUALIDADE DE VIDA DOS PORTADORES DE SIDA.	18	357
JOAQUIM CORREIA DE CARVALHO JÚNIOR		
• NÓS E OS JUÍZES.	05	357
JOAQUIM LUSTOSA FILHO		
• 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.	11	48

	Núm.	p.
JOILSON ANDRADE DE SOUZA		
• EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO – CONSEQÜÊNCIAS DECORRENTES DE SUA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA	18	383
JOEL J. CÂNDIDO		
• DA ELABORAÇÃO, PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, DE LISTA SÉXTUPLA DE ADVOGADOS PARA INTEGRAR OS TRIBUNAIS ELEITORAIS.	15	327
JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA		
• SENTENÇA CÍVEL: PROCESSO Nº 1.178/93.	01	230
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS.	02	467
• SENTENÇA CÍVEL: AÇÃO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO.	03	589
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE CRÉDITO.	05	623
• SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR.	09	457
• SENTENÇA CÍVEL. SEGURO DE VIDA.	10	409
• SENTENÇA CÍVEL. NOME COMERCIAL. MARCA. REGISTROS NA JUNTA COMERCIAL E NO INPI. COLIDÊNCIA. EMPRESAS DA MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO.	11	505
• SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATUAL. DANO MORAL PERFEITAMENTE CARACTERIZADO.	14	625
• DIREITO COMERCIAL. FACTORING – EXIGÊNCIA DE GARANTIA DO FATURIZADO. IMPOSSIBILIDADE.	16/17	619
• SENTENÇA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO DE DIAGNÓSTICO.	18	585
JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO		
• SENTENÇA CÍVEL: EMBARGOS À EXECUÇÃO	16/17	635

	Núm.	p.
JOSÉ ARTEIRO VIEIRA DE MELLO		
• A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA MOROSIDADE NA ATIVIDADE JURISDICIONAL.	15	349
JOSÉ AUGUSTO DELGADO		
• REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA.	03	233
JOSÉ DE MOURA ROCHA		
• AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. DESTAQUE NO DIREITO CAMBIÁRIO (ENRIQUECIMENTO ILÍCITO).	03	261
• PROVA ILÍCITA E CONSTITUIÇÃO.	04	229
• CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (REFLEXÕES-ALTERAÇÕES-INOVAÇÕES).	06	275
• CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO, COSTUME.	07	449
JOSÉ CARLOS DE ARRUDA DANTAS		
• CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS. ASPECTOS DOUTRINÁRIOS.	07	429
• A (DES) NECESSIDADE DA FIRMA RECONHECIDA NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO "AD JUDICIA".	08	233
• TUTELA CAUTELAR & TUTELA ANTECIPATÓRIA: ELEMENTOS DE DISTINÇÃO.	09	211
• A COBRANÇA JUDICIAL DA PENA PECUNIÁRIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO.	12	383
• A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO DEPÓSITO RECURSAL PRÉVIO COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.	15	399
JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM		
• TUTELA ANTECIPADA ANTES DA SENTENÇA E TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA DE MÉRITO.	15	417
JOSÉ FERNANDES DE LEMOS		
• DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PRÁTICA DO CLIENTELISMO.	03	603

	Núm.	p.
JOSÉ JANGUIÊ BEZERRA DINIZ		
• OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94.	02	339
• FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL.	03	287
• PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.	05	405
• O VALOR DA JUSTIÇA.	06	301
• PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE GLOBALIZADA.	07	481
JOSÉ LEBRE DE FREITAS		
• A ACÇÃO POPULAR NO DIREITO PORTUGUÊS.	16/17	345
JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA		
• A FUNÇÃO DO JUIZ.	01	184
JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO		
• AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS DIREITOS DE EXPLORAÇÃO DAS OBRAS INTELECTUAIS.	12	403
• O FUTURO DO "DIREITO MORAL".	16/17	377
JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES NETO		
• REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: UMA BREVE ANÁLISE.	14	255
JOSÉ REGINALDO PEREIRA GOMES FILHO		
• ICMS DE PERNAMBUCO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO.	15	427
JOSÉ RENATO NALINI		
• O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER.	01	211
• PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA.	02	28
• ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL.	03	325
• A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO.	06	337

	Núm.	p.
JOSÉ SOARES FILHO		
• ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.	01	107
• O BRASIL FRENTE À OIT: A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158.	04	259
JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES		
• LEGALIDADE E ISONOMIA TRIBUTÁRIA: A QUESTÃO DA SUA DEMARCAÇÃO.	02	262
• SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	03	311
JOSÉ VIANA ULISSES FILHO		
• ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: REFLEXÕES CRÍTICAS.	01	145
• LEX MERCATÓRIA, ARBITRAGEM E CONTRATOS ECONÓMICOS: NOVAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS.	02	310
• O ART. 6º DA LEI Nº 9.099/95: A CAMINHO DE UMA INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO.	03	355
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NULIDADE.	05	561
• EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR.	16/17	409
JUSTIÇA PÚBLICA		
• SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO Nº 5.336/92.	01	292
KATARINE KEIT GUIMARÃES FONSECA DE FARIA		
• A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – USOS E ABUSOS.	13	235
KÉZIA MILKALYRA DE OLIVEIRA		
• O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA FISCAL COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.	12	441

	Núm.	p.
KYLCE ANNE DE ARAÚJO PEREIRA		
• O DIREITO E O PROCESSO DE TRABALHO NA SOCIEDADE PERIFÉRICA: FLEXIBILIZAÇÃO.	10	209
• DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: ARGUMENTAÇÃO ENTIMEMÁTICA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.	11	229
LÊNIO LUIZ STRECK		
• OS MEIOS DE ACESSO DO CIDADÃO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E A CRISE DE EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO	13	257
LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA		
• A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.	04	282
• POSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.	07	501
LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO		
• DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS	02	490
• PROCESSUAL CIVIL: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO.	03	625
LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA		
• A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 DA LEI N. 9868/99 QUANTO AO REGULAMENTO PROCESSUAL DOS EFEITOS DO PROVIMENTO FINAL EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO	13	291
LUCIANA FERNANDES PORTAL DE LIMA		
• ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL: SUPERAÇÃO DA SOBERANIA OU APENAS MODIFICAÇÃO DE SUA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA?	16/17	463
LUCIANA HELENA SANTOS		
• UNIÃO ESTÁVEL-EFEITOS SUCESSÓRIOS E PATRIMONIAIS	12	465

	Núm.	p.
LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES		
• O ESTADO ADMINISTRADOR E A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA.	08	247
LUCIANO MARINHO DE BARROS E SOUZA FILHO		
• MULTAS ASTREINTES: UM INTUITO CONTROVERTIDO.	16/17	489
LUCIENE LACERDA SILVA MENDES		
• A CONVALIDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO EM FACE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.	14	287
LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA		
• O DEVER DE COOPERAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS COM AS PARTES – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO (ALEMANHA, PORTUGAL E BRASIL).	11	247
• 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.	12	495
• BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR E TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (ENFOQUE COMPARATÍSTICO).	13	311
• A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA EXECUÇÃO.	14	311
LUDMILA CAMINHA BARROS		
• DIREITO DE PROPRIEDADE E PRESERVAÇÃO AMBIENTAL.	18	403
LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO		
• DIREITO ALTERNATIVO X USO ALTERNATIVO DO DIREITO: UM FALSO DILEMA NA REALIDADE ATUAL BRASILEIRA.	15	451
LUIZ CARLOS DE FREITAS MEDEIROS		
• AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA.	11	275

	Núm.	p.
LUIZ CARLOS VIEIRA DE FIGUEIREDO		
• <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
LUIZ DE FREITAS LIMA		
• <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
LUIZ VICENTE CERNICCHIARO		
• <i>INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.</i>	04	296
MARCELO A. RODRIGUES		
• <i>O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.</i>	04	101
MARCÍLIO FLORÊNCIO MOTA		
• <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
MARCO MACIEL		
• <i>ARBITRAGEM E MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL.</i>	04	312
MARCOS ANTÔNIO NERY DE AZEVEDO		
• <i>O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO.</i>	03	375
MARIAADELAIDE MONTEIRO DE ABREU		
• <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

	Núm.	p.
MARIAANGELES AHUMADARUIZ		
• <i>¿ INFLUIEN LOS VOTOS PARTICULARES EN LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS ?</i>	15	483
MARIA ANTONIETA LYNCH DE MORAES		
• <i>O TRESPASSE: 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
MARIA BETÂNIA SILVA		
• <i>AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.</i>	02	446
• <i>UM NOVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM PROJETO.</i>	04	318
• <i>SOBRE A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESDOBRAMENTO DE UMA POLÊMICA.</i>	07	511
MARIA DAS GRAÇAS SERAFIM COSTA		
• <i>CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO AO MEIO AMBIENTE</i>	18	439
MARIA DE FÁTIMA DE CARVALHO FALCÃO		
• <i>CONSIDERAÇÕES SOBRE A PALAVRA JUSTIÇA.</i>	08	299
• <i>A CULPA STRITU SENSU, COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE.</i>	10	233
MARIA D'LARA SIQUEIRA DE MELO BORGES		
• <i>A NORMA JURÍDICA E SUA INTERPRETAÇÃO.</i>	08	283
• <i>AS CONTRIBUIÇÕES PARA FISCAIS NO DIREITO DO TRABALHO.</i>	09	267
MARIA HELENA DE CASTRO OLIVEIRA		
• <i>O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.</i>	10	263
MARIA TEREZA PEREZ DE ALMEIDA		
• <i>CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO AO MEIO AMBIENTE</i>	18	439

	Núm.	p.
MARIANA VIEIRA SARMENTO		
• <i>A SUBSISTÊNCIA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO APÓS SENTENÇA</i>	18	459
MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO		
• <i>O PAPEL DOS CÔNJUGES SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.</i>	13	345
MÁRIO ANTONIO LOBATO DE PAIVA		
• <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
MARUPIRAJA RAMOS RIBAS		
• <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
MAURÍCIO RANDS		
• <i>DO GARANTISMO INDIVIDUAL AO GARANTISMO DE ADMINISTRAÇÃO COLETIVA.</i>	04	344
MAURÍCIO GOMM SANTOS		
• <i>FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS.</i>	02	190
MICHELE TARUFFO		
• <i>DIMENSÕES TRANSCULTURAIS DA JUSTIÇA CIVIL.</i>	11	291
• <i>LEGALIDADE E JUSTIFICATIVA DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA DO DIREITO.</i>	14	431
NALVA CRISTINA CAMPELLO		
• <i>SENTENÇA CÍVEL: REPARAÇÃO DE DANOS.</i>	03	639

	Núm.	p.
NAPOLEÃO TAVARES		
• <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
NATÁLIA ASSIS MELO		
• <i>A PROBLEMÁTICA DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA RESCISÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DO TRATAMENTO DADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL.</i>	15	545
NELSON SALDANHA		
• <i>SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL.</i>	03	409
• <i>EM TORNO DOS VALORES JURÍDICOS.</i>	04	356
• <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
NILDO NERY DOS SANTOS		
• <i>AS JURISDIÇÕES COMUNITÁRIAS.</i>	01	99
• <i>A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA.</i>	02	124
• <i>DESEMPREGO E VIOLÊNCIA.</i>	04	371
NILSON GUERRA NERY		
• <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

	Núm.	p.
NIVALDO MULATINHO FILHO		
• SENTENÇA PENAL. DENÚNCIA DE CRIMES HEDIONDOS. TENTATIVA DE ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. LATROCÍNIO CONSUMADO.	11	517
• SENTENÇA CRIMINAL DENÚNCIA CONTRA SEIS POLICIAIS MILITARES. TORTURA E OUTRAS CONDUTAS DELITUOSAS. LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS DA VÍTIMA.	12	633
OG FERNANDES		
• JUIZADOS CRIMINAIS: O PROCESSO DE RESULTADOS.	01	287
OLNEY QUEIROZ ASSIS		
• A SOCIEDADE CONTRATUAL E O SÓCIO INCAPAZ (INCAPACIDADE SUPERVENIENTE) NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA EVIDENTE INCONSTITUCIONALIDADE	18	487
PALHARES MOREIRA REIS		
• O SISTEMA PARTIDÁRIO PLURALISTA E DEMOCRÁTICO.	09	283
• NOÇÃO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	11	357
• A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL DO MODELO INGLÊS E SUA REPERCUSSÃO NA COLÔNIA AMERICANA.	13	367
PATRÍCIA CARNEIRO TAVARES		
• DA EXECUÇÃO DAS PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA.	12	537
PAULA OLIVEIRA MENDONÇA		
• PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL.	09	301
PAULO LUIZ NETTO LÔBO		
• QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 05 - STJ.	05	465
• IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES.	06	361

	Núm.	p.
PAULO CÉSAR MAIA PORTO		
• O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS.	03	419
• PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES.	05	439
PAULO CÉSAR SANTOS BEZERRA		
• IN (TOLERÂNCIA) E PROCESSO SOBRE AS IN (FLEXIBILIDADES) PROCEDIMENTAIS E SEUS REFLEXOS NA EFETIVIDADE DO PROCESSO.	14	457
PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA		
• DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS.	02	374
RAFAEL JOSÉ DE MENEZES		
• AS VIRTUDES DO JUÍZ 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
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

	Núm.	p.
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
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
ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES		
• LIBERALISMO E DEMOCRACIA O PARADOXO ENTRE LIBERDADE E JUSTIÇA; IGUALDADE E DIREITO.	08	335
• RESPONSABILIDADE CIVIL: A RESSARCIBILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO.	11	367
ROBERTO MAGALHÃES		
• O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS.	06	381

	Núm.	p.
ROMUALDO MARQUES COSTA		
• PUNIBILIDADE E NORMA PENAL.	01	131
• PUNIBILIDADE E CONCEITO DE CRIME.	02	134
• PUNIBILIDADE E CONCEITO DE PENA.	03	455
ROQUE DE BRITO ALVES		
• ALGUNS ASPECTOS DA PROVA EM MATÉRIA CRIMINAL.	12	565
• INIMPUTABILIDADE PENAL POR ANORMALIDADE MENTAL.	14	495
ROSA CÍCERO CORREIA		
• HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.	18	547
ROSA MARIA A. NERY		
• O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.	04	101
ROSÂNGELA ARAÚJO VIANA		
• A RESSOCIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA O PROGRESSO DO DIREITO NO BRASIL.	02	419
RUY TREZENA PATU JÚNIOR		
• CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM.	01	421
• MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. ALTERNATIVAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONVENCIONAL.	02	272
• A ESSÊNCIA, A ÉTICA DO CONTRATO DE TRABALHO. UM BREVE ENSAIO CRÍTICO SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO PELA ORDEM JURÍDICA	03	469
• SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR.	04	544
• SISTEMA DE DEFESA SOCIAL INTEGRADO: POR UM CONTROLE DA CRIMINALIDADE MAIS ARTICULADO E PRÓXIMO DA COMUNIDADE.	14	503

	Núm.	p.
SAMUEL HORÁCIO DE OLIVEIRA		
• JUROS ELEVADOS: INCONSTITUCIONALIDADE E LESÃO NOS CONTRATOS.	09	343
SANTIAGO REIS		
• VOTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM PARTILHA DE BENS	14	635
SÁVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA		
• A IMPRENSA E O JUDICIÁRIO.	02	393
SAULO RAMOS		
• REFORMA DO JUDICIÁRIO - EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.	09	367
SOLANGE SOUTO		
• FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.	04	435
• A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DE INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.	05	079
SÉRGIO BERMUDEZ		
• A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.	06	391
SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA		
• A MENOR DE CATORZE ANOS E O DELITO DE ESTUPRO.	04	429
SÉRGIO TORRES TEIXEIRA		
• A CRIAÇÃO DO DIREITO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE.	08	367
• ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O JULGAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA.	13	385
SIDNEY SANCHES		
• ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.	03	511

	Núm.	p.
SÍLVIO NEVES BAPTISTA		
• ENSAIO SOBRE A TEORIA DO FATO DANOSO.	02	177
• CONCEITO DO DIREITO CIVIL.	07	545
• A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS E A IMPREVISIBILIDADE EXTRAORDINÁRIA.	16/17	573
STELLA MARIA MENDES GOMES DE SÁ LEITÃO		
• UMA PROMESSA DE VIDA OU A ÚLTIMA CHANCE PARA O MEIO AMBIENTE?	08	389
TEODOMIRO NORONHA CARDOZO		
• SENTENÇA PENAL.	10	427
• DA REPRESENTAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.	11	399
• SENTENÇA CRIMINAL.	13	517
• SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO.	14	661
• SENTENÇA PENAL E PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. CRIME HEDIONDO. CONCURSO DE PESSOAS.	18	613
TERENCE DORNELLES TRENNEPOHL		
• CONTRIBUIÇÃO À DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DO MANEJO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA	18	569
THALLES FIGUEIREDO SOARES DA SILVA		
• AUTO-APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS TRANSAÇÕES PELO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA "INTERNET".	15	573
THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES		
• PENHOR MERCANTIL: POSSIBILIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO PELA TRADIÇÃO SIMBÓLICA DA COISA EMPENHADA.	11	409

	Núm.	p.
THIAGO DE OLIVEIRA ANDRADE		
• DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS : A REALIDADE JURÍDICA DIANTE DA VIRTUALIDADE DOS NOVOS TEMPOS	14	559
VALÉRIA MARIA CAVALCANTI LINS LEMOS		
• A CRIMINALIDADE FEMININA E SUAS ESPECIFICIDADES.	03	527
• A QUESTÃO DA "NOVA CRIMINALIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO.	04	449
• AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLÓGICO: INTERPRETAÇÃO E EXPOSIÇÃO CRÍTICA - ELEMENTOS INTERESSANTES PARA O DIREITO.	06	405
• OS JOGOS VIRTUAIS VIOLENTOS E SUA RELAÇÃO COM A CRIMINALIDADE NA ADOLESCÊNCIA.	12	599
VALÉRIA RÚBIA SILVA DUARTE		
• ALIMENTOS E SUA EXECUÇÃO: ASPECTOS GERAIS.	06	425
• SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL.	09	485
• SENTENÇA CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL.	11	543
• AS NORMAS E OS USOS OU CONVENCIONALISMOS SOCIAIS.	13	425
• A PROTEÇÃO DO ESTADO À UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR E A GARANTIA DO DIREITO DE HERANÇA.	14	583
VERÔNICA MARIA BEZERRA GUIMARÃES		
• A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.	13	443
VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA		
• QUESTÕES SOBRE A HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.	04	467
• A INSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL.	06	457

	Núm.	p.
• FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.	07	563
• CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE MORALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.	08	403
• PERFIL CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.	11	423
WALBER DE MOURA AGRA		
• INFLUÊNCIA SOFISTA NA FILOSOFIA DO DIREITO..	10	331
• A CRISE DA NACIONALIDADE NO TEXTO CONSTITUIÇÃO DE 1988.	13	465
• LIMITES AO PODER DECORRENTE.	14	607
WELITON SOUSA CARVALHO		
• INTERROGATÓRIO DO RÉU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO	13	495
ZÉLIA MARIA LUCENA DE MENDONÇA		
• OUVIDORIA JUDICIÁRIA – MECANISMO DE APROXIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO COM A SOCIEDADE.	12	613
ZÉLIO FURTADO DA SILVA		
• O CONTEÚDO SOCIOLÓGICO NA CRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.	02	79
• A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO BRASILEIRO.	03	539
• ASPECTOS SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS.	05	469
• DESAPROPRIAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DA M. P. Nº 1.632 E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.	07	593
• A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.	10	359

Nostalgia e novidade na obra de Nelson Saldanha

A obra de Nelson Saldanha evoca a nostalgia de um tempo que, para nós, já se perdeu, que não tem mais como voltar. Ali, o poder constituinte é um poder domesticado, que se transmuda em direito e só se faz notar depois que agiu; ali, se a ordem das coisas se cria a partir de algo, mesmo que este algo seja um nada, um não, terá sido algo que de toda forma se perdeu. A hermenêutica parte de um momento primeiro que deixa de ser quando a coisa é compreendida. A teologia deixa de ser teologia quando a metodologia toma a sua forma. Quando se lê Nelson Saldanha, a impressão que se tem, quase mística, é de que tudo passa.

*Mas há também o novo – e a obra de Nelson Saldanha evoca, sempre, o que vem depois que tudo passa. Do poder domesticado ao direito, da ordem à hermenêutica, da hermenêutica à legitimação, da teologia à secularização. Seu novo livro – **Secularização e democracia** – vem para dar continuidade ao belo itinerário que ele tinha iniciado quando, em 1958, escreveu sobre as formas de governo e o ponto de vista histórico. Se tudo passa, ainda aqui nos diz Nelson Saldanha, depois de tudo vem o novo.*

*Em **Secularização e democracia**, ele apresenta uma leitura trinitária dos momentos em que o poder se manifesta entre os homens. Três padrões: o primeiro, de feição monárquico-teológica, em que o espaço visível*

e natural das coisas humanas reflete o invisível, o perene e o sagrado das coisas divinas; um momento em que soberano é mortal porque é humano, mas não morre porque ao mesmo tempo manifesta a legitimação perene do poder que exerce.

O momento seguinte é de rebelião. Ao se voltar contra o sagrado, eles fundamentam a criação de uma ordem artificial que existe em função e em contraste com a legitimação transcendental da forma anterior. Este é o momento da negação – a negação que os anjos apresentam a Deus, quando a rebeldia reconstrói a autoridade; a negação que vem dos homens através do pecado original, de onde decorre uma segunda negação, porque, despindo-se do que há de natural em suas vidas, agora eles devem construir sua própria ordem.

E o último momento, então: o tempo da democracia, em que o fator teológico do político se esvazia até o limite de não mais ser coisa alguma. “Na democracia”, como escreve Nelson Saldanha, “os homens contam consigo mesmos; perdem os fundamentos transcendentais e têm de elaborar (ex-laborare) um mundo sócio-político que depende de contingências”.

Mas é somente essa a novidade? Nelson Saldanha não nos diz. Somente diz que a secularização e a democracia surgem de um vazio, de uma saudade tão profunda que mesmo a racionalidade política, e as técnicas para legitimar entre os homens o que se decida a seu respeito – artifícios criados para resgatar a ordem natural que se perdeu –, têm algum sabor de simulacro. “Aos inícios do século XXI”, ele recorda, “continuamos a conviver com a razão do mais forte”. O poder dos homens se desenvolve segundo um plano de verticalidade que, da leitura da obra de Nelson

Saldanha, quase nos faz compreender que as horizontalidades da democracia são promessas não cumpridas. E quase nos faz ter nostalgia de uma outra forma de poder. Quase. Mais que nostalgia, esta **Secularização e democracia** tem o mérito de apontar que, quando dimensões estranhas à expressão do poder democrático distorcem as suas horizontalidades, é outro o momento político que na verdade se apresenta. O trabalho de Nelson Saldanha nos faz pensar muitas coisas. Nesse tempo em que vivemos – um tempo que ainda não conhecemos, mas no qual se fundem a esperança e a frustração pelo que adiante virá –, ele nos lembra que ao poder hierárquico e subordinante falta legitimação na justa medida em que, sendo embora humano, também seja um poder vertical.

Caio Druso de Castro Penalva Vita
Advogado, Procurador do Estado da Bahia.
Mestre em Direito Público pela UFPE

ESMAPE - BIBLIOTECA
340.05
P-01
EMPRÉSTIMO

* Nelson Saldanha. **Secularização e democracia**: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 209 p.



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Fone: (81) 3224-0086 / 3224-1285 / 3224-0837

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



BANCO DO BRASIL