

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE



VOLUME 11 • n. 24 • julho a dezembro 2006



Os trabalhos devem atender às seguintes exigências:

1. Da apresentação

- 1.1 Serem inéditos, nos formatos impressos e eletrônicos. Trabalhos que tenham sido apresentados oralmente em congressos, seminários e eventos correlatos, serão aceitos desde que mencionem o evento em nota de rodapé.
- 1.2 Devem ser apresentados em papel branco, formato A4 (21,0 cm x 29,7 cm), digitados em word for windows, fonte times new roman ou arial, tamanho 12, espaçamento 1½ entre linhas e vir acompanhados de disquete ou cd-rom.
- 1.3 Conter no máximo 20 (vinte) laudas, numeração progressiva e sumário.
- 1.4 As referências bibliográficas citadas em notas de rodapé ou no final do trabalho devem obedecer às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT (NBR 6023/2002).
- 1.5 A última folha do artigo deverá conter o nome completo do autor, endereço, telefone, fax e e-mail, bem como um resumo curricular de no máximo 10 (dez) linhas, contendo sua situação acadêmica, títulos e instituições as quais pertence.
- 1.6 Os títulos das sentenças, acórdãos e pareceres devem ser identificados pelo autor, previamente.
- 1.7 Todas as citações apresentadas no corpo do trabalho, desde que indicadas às fontes, serão publicadas, excepcionalmente, na mesma disposição em que o autor citou, desconsiderando desta forma a norma da ABNT (NBR 10520).

2. Das normas editoriais

- 2.1 O autor não será remunerado pela cessão e publicação de trabalhos.



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Rua Imperador Pedro II, n.º 221 - Santo Antônio - Recife - PE. CEP: 50010-240
Site: <http://www.esmape.com.br>

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb. FA 20070119

Local P-01

Ch. 00001779 E



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

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

DIRETORIA

Biênio 2006 - 2007

Diretor

Desembargador JONES FIGUEIRÊDO ALVES

Vice-Diretor

Desembargador EDUARDO AUGUSTO PAURÁ PERES

Supervisor

Juiz JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

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

Juiz SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA

Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação e Extensão

Juiz LUIZ MÁRIO GÓES MOUTINHO

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

Juiz VÍRGÍNIO MARQUES CARNEIRO LEÃO



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

CONSELHO EDITORIAL

Presidente

Juíz JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

Membros

Juíz ANTENOR CARDOSO SOARES JÚNIOR

Juíza BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS

Juíza CÍNTIA DANIELA BEZERRA DE ALBUQUERQUE

Juíz HAROLDO CARNEIRO LEÃO SOBRINHO

Juíz LUIZ CARLOS VIEIRA DE FIGUEIREDO

Juíz TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

Coordenação Técnica, planejamento gráfico e editorial

Bel. JOSEANE RAMOS DUARTE SOARES

Coordenador de Eventos Científicos e Culturais

Desembargador BARTOLOMEU BUENO DE FREITAS MORAES

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

Juíza CÍNTIA DANIELA BEZERRA DE ALBUQUERQUE

Coordenadores de Comunicação Social

Juíz ALEXANDRE GUEDES ALCOFORADO ASSUNÇÃO e

Juíz SAULO FABIANNE DE MELO FERREIRA

Coordenador de Estudos Internacionais

Desembargador FERNANDO CERQUEIRA NOBERTO DOS SANTOS

Coordenador de Estudos Penais e Controle da Violência

Desembargador MARCO ANTONIO CABRAL MAGGI

Coordenador de Direitos Fundamentais

Desembargador LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIREDO

Subcoordenadora de Direitos Difusos do Consumidor e do Meio Ambiente

Juíza ANNA REGINA LEMOS ROBALINHO DE BARROS

Subcoordenadora da Família, da Infância e Juventude e do Idoso

Juíza SONIA STAMFORD MAGALHÃES MELO

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

Juíza BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS

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

Juíz FÁBIO EUGÊNIO DANTAS DE OLIVEIRA LIMA

ISSN 1415-112X



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA
DE PERNAMBUCO

REVISTA DA ESMAPE

Volume 11 – Número 24
julho/dezembro – 2006

Recife

Semestral

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

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

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

Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Revisão: autores e Profa. Msc. Euliane Staudinger

Editoração eletrônica: Joselma Firmino - DRT 3741-PE

Tiragem: 1500 exemplares

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

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

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

CDD 340.05

Corpo Docente

Cursos de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas

1º PERÍODO

Direito Constitucional I

Prof. Dr. André Régis de Carvalho
Prof. Msc. Oscar Vilaça de Melo Filho

Direito Administrativo I

Prof. Msc. Oscar Vilaça de Melo Filho
Profa. Msc. Mariza Crasto Pluriesi

Direito Civil I

Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira
Profa. Flávia Veiga Bauler

Direito Penal I

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

Direito Processual Civil I

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

Direito Processual Penal I

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

Direito Tributário I

Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos
Profa. Msc. Maria Dlara Siqueira de Melo

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

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

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

Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

Revisão: autores e Profa. Msc. Euliane Staudinger

Editoração eletrônica: Joselma Firmino - DRT 3741-PE

Tiragem: 1500 exemplares

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

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

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

CDD 340.05

Corpo Docente

Cursos de Preparação à Magistratura e demais Carreiras Jurídicas

1º PERÍODO

Direito Constitucional I

Prof. Dr. André Régis de Carvalho

Prof. Msc. Oscar Vilaça de Melo Filho

Direito Administrativo I

Prof. Msc. Oscar Vilaça de Melo Filho

Profa. Msc. Mariza Crasto Pluriesi

Direito Civil I

Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira

Profa. Flávia Veiga Bauler

Direito Penal I

Prof. Esp. José Durval de Lemos Lins Filho

Profa. Esp. Fernanda Moura de Carvalho

Direito Processual Civil I

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

Profa. Esp. Iasmina Rocha

Direito Processual Penal I

Prof. Esp. Carlos Vieira de Figueirêdo

Prof. Msc. João Olímpio Valença de Mendonça

Direito Tributário I

Prof. Dr. Hélio Silvío Ourem Campos

Profa. Msc. Maria Dlara Siqueira de Melo

Direito Empresarial I

Prof. Thiago Faria Godoy Magalhães

Administração Judiciária

Prof. Esp. Eurico de Barros Correia Filho
Prof. Msc. Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Responsabilidade Civil

Profa. Dra. Fabíola Santos Albuquerque
Prof. Luiz Mário de Góes Moutinho

2º PERÍODO

Direito Processual Penal II

Prof. Esp. Honório Gomes do Rego Filho

Direito Processual Civil II

Prof. Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima

Direito Civil II

Profa. Msc. Larissa Maria Leal

Direito Penal II

Prof. Esp. Laiete Jatobá Neto

Direito Empresarial II

Prof. Aluizio José de Vasconcelos Xavier

Direito Tributário II

Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho

Direito Administrativo II

Profa. Msc. Emanuella Moreira Pires Xavier

Direito Constitucional II

Profa. Msc. Sabrina Araújo Feitosa Fernandes Rocha

Técnica de Elaboração de Decisões Cíveis

Prof. Esp. José André Machado Barbosa Pinto

Didática do Ensino Superior

Profa. Msc. Ana Maria Maranhão

3º PERÍODO

Direito da Criança e do Adolescente

Prof. Esp. Luiz Carlos de Barros Figueiredo

Direito Eleitoral

Prof. Esp. Mauro Alencar de Barros

Direito Penal III

Prof. Esp. Fernanda Moura de Carvalho

Direito Processual Civil III

Prof. Msc. Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Direito Processual Penal III

Prof. Esp. Sandra de Arruda Beltrão

Teoria Geral do Direito

Prof. Msc. Emílio Paulo Pinheiro D'Almeida

Técnica de Elaboração de Decisões Penais

Prof. Esp. Blanche Maymone Pontes Matos

Direito Civil III

Prof. Esp. Alberto Flávio Barros Patriota

Prof. Leopoldo de Arruda Raposo

Medicina Legal

Prof. Esp. Clóvis César de Mendoza

Direito do Consumidor

Profa. Esp. Rosana Grimberg

Metodologia da Pesquisa

Profa. Msc. Karla Cecília Delgado

Cursos de Pós-Graduação

2006.2

Direito Processual Civil

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

Direito Civil e Processual Civil (Empresarial)

Prof. Esp. Jorge Américo Pereira de Lira
Prof^a. Msc. Larissa Leal
Prof^a. Dra. Fabíola Santos de Albuquerque
Prof. Dr. Geraldo Neves
Prof. Dr. Sady Torres
Prof. Msc. Eduardo Serur
Prof. Msc. Silvio Romero Beltrão
Prof. Dr. Rodrigo Toscano
Prof. Luiz Mário de Góes Moutinho
Prof. Esp. Ivanildo Figueiredo
Prof. Msc. Leonardo Cunha
Prof. José Expedito Lima

Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia

Prof. Dr. Fredie Didier

Prof. Esp. Edgar Moury Fernandes Neto

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa

Prof. Msc. Wellington Saraiva

Prof. Msc. Frederico Ricardo de Almeida Neves

Prof. Msc. Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Prof. Msc. Ronnie Preuss Duarte

Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara

Prof. Dr. João Maurício Adeodato

Direito Público (Constitucional, Administrativo e Tributário)

Prof^a. Msc. Maria Betânia Silva

Prof. Dr. André Vicente Pires Rosa

Prof. Dr. Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

Prof. Dr. Walber de Moura Agra

Min. José Delgado

Prof. Manoel Erhardt

Prof. Dr. Gustavo Just

Prof. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega

Prof. Esp. Honório Gomes do Rego Filho

Prof. Esp. João Hélio de Farias M. Coutinho

Prof. Dr. Francisco Alves

Prof. Dr. Fernando Araújo

Prof. Msc. Roberto Moreira

Prof. Msc. José Lopes

Prof. Dr. Hélio Ourém Campos

Prof. Esp. Oswaldo Moraes

Prof. Msc. José Viana Ulisses Filho

Prof. Esp. Paulo Dias Alcântara

Prof. Msc. Marcílio Souza Júnior

Prof. Dr. João Maurício Adeodato

Prof. Dr. Artur Stamford

Direito Penal e Processual Penal

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

Direito Privado (Civil e Empresarial)

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

MBA – Administração Judiciária

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

Sumário

Nossa Capa 19

Teoria

EXCEPCIONAIS EFEITOS EX NUNC NO
CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL
Amanda Expósito Tenório de Araújo 25

A DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA E A CIDADANIA
André Luis J. Silva 51

SÚMULAS VINCULANTES: REQUISITOS E
PRESSUPOSTOS PARA A APROVAÇÃO, NOS TERMOS
DO ARTIGO 103-A DA CONSTITUIÇÃO
REPUBLICANA DE 1988
*Bernardo Santos Torres, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira Lima,
Edson Rodrigues Marques e Rodrigo de Souza Aguiar* 69

SUBTRAÇÃO DE INCAPAZES E SEQÜESTRO
NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE
CRÍTICA DO DIREITO À LIBERDADE A PARTIR DO
"CASO PEDRINHO"
Cleide Márcia de Farias 99

DIREITO PENAL DO INIMIGO. DIREITO PENAL DO SÉCULO XXI?
Flávio Augusto Fontes de Lima 129

A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E OS PRINCÍPIOS INERENTES AO ESTADO REGULADOR: Uma visão a partir da reforma do aparelho do Estado brasileiro
Flávio Luiz Avelar Domingues Filho 153

ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA. PRINCÍPIOS GERAIS. EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PELO ESTADO. REGIME DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS
João Paulo Allain Teixeira 179

ANOTAÇÕES SOBRE A LEI Nº 11.232, DE 22/12/2005, QUE ALTEROU O CPC, E, ESPECIALMENTE, SOBRE AS RECENTES ALTERAÇÕES NO PROCESSO DE EXECUÇÃO
Joaquim Correia de Carvalho Júnior 191

O TRATAMENTO DOGMÁTICO-PENAL DA EMBRIAGUEZ NO BRASIL: DAS CRÍTICAS ÀS PROPOSIÇÕES
José Durval de Lemos Lins Filho 215

UMA ABORDAGEM SOBRE O INDULTO: ESTUDO REALIZADO NA COMUNIDADE DE SANTO AMARO - RECIFE-PE
Josenildo Coelho Teodoro 235

O NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO
Maria Carla de Góes Moutinho 263

DIREITO CONSTITUCIONAL MILITAR. EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário) NAS JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS
Ney Rodrigo Lima Ribeiro 277

SUCESSÃO DO COMPANHEIRO E SUA PARTICIPAÇÃO NA LEGÍTIMA
Tânia d'Able Rocha de Torres Bandeira 293

PROVA ILÍCITA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Teodomiro Noronha Cardozo 311

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CONTRATUAL
Thiago Faria de Godoy Magalhães 331

Artigos de alunos

A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO JÚRI
Eriberto Cordeiro Amaral 345

A INFLUÊNCIA DO DIREITO ALTERNATIVO SOBRE O ESTADO OFICIAL. UMA ABORDAGEM SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO E O ESTADO PARALELO ILÍCITO NO BRASIL
Gleber Alexandre Lima Nova 361

PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO:
Análise doutrinária e efeitos jurisprudenciais decorrentes das inovações trazidas pelas últimas modificações legislativas
Leonardo Sales de Aguiar 377

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 10.865/2004, INSTITUIDORA DO PIS E DA COFINS-IMPORTAÇÃO
Mariana Vieira Sarmento 405

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: EFICÁCIA RESCISÓRIA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FUNDADOS NO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC¹
Maurício Barboza de Melo 433

REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUÊSTOS:
UMA ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DE SUA
VIABILIDADE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO
Raphael Augusto Silva de Carvalho 453

INTERPRETAÇÃO VINCULADA: AS SÚMULAS DO
STF E SUAS CONSEQÜÊNCIAS
Rodrigo Martiniano Ayres Lins 481

APOSENTADORIA DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS
Rudolf Nebl Jardim 507

Prática

SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO
PRATICADO CONTRA VIDA INTRA-UTERINA
Abner Apolinário da Silva 525

SENTENÇA. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO.
DIREITO CONSTITUCIONAL. CONVENÇÃO
INTERNACIONAL. DENÚNCIA
Francisco Alves dos Santos Júnior 543

Nossa Capa

Para marcar o centenário de nascimento do pintor pernambucano Cícero Dias, nascido em 05 de março de 1907, no Engenho Jundya, município de Escada, a Revista da Esmape ilustra na capa a pintura intitulada "Cidade", produzida na década de 60.

REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUÊSTOS:
UMA ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DE SUA
VIABILIDADE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO
Raphael Augusto Silva de Carvalho 453

INTERPRETAÇÃO VINCULADA: AS SÚMULAS DO
STF E SUAS CONSEQÜÊNCIAS
Rodrigo Martiniano Ayres Lins 481

APOSENTADORIA DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS
Rudolf Nebl Jardim 507

Prática

SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO
PRATICADO CONTRA VIDA INTRA-UTERINA
Abner Apolinário da Silva 525

SENTENÇA. DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO.
DIREITO CONSTITUCIONAL. CONVENÇÃO
INTERNACIONAL. DENÚNCIA
Francisco Alves dos Santos Júnior 543

Nossa Capa

Para marcar o centenário de nascimento do pintor pernambucano Cícero Dias, nascido em 05 de março de 1907, no Engenho Jundya, município de Escada, a Revista da Esmape ilustra na capa a pintura intitulada "Cidade", produzida na década de 60.



Teoria

EXCEPCIONAIS EFEITOS EX NUNC NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL*

Amanda Expósito Tenório de Araújo
Bacharela em Direito pela Universidade
Católica de Pernambuco.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL. 2 – EFEITOS GERAIS. 3 – EFEITOS EXCEPCIONAIS. 4 – CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade surgiu como instrumento da democracia, que impõe limites a todos os cidadãos através de um ordenamento jurídico. Com seu uso é possível coibir abusos até mesmo por parte do poder legislativo, responsável, majoritariamente, pela elaboração das leis. Isto porque se estas contrariarem preceitos constitucionais, serão expurgadas do ordenamento.

De tal modo, coexistem, no sistema brasileiro, duas formas de fiscalização da constitucionalidade das normas.

* Baseada na monografia apresentada em conclusão do curso de Direito na Universidade Católica de Pernambuco.

EXCEPCIONAIS EFEITOS EX NUNC NO CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL*

Amanda Expósito Tenório de Araújo
Bacharela em Direito pela Universidade
Católica de Pernambuco.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL. 2 – EFEITOS GERAIS. 3 – EFEITOS EXCEPCIONAIS. 4 – CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade surgiu como instrumento da democracia, que impõe limites a todos os cidadãos através de um ordenamento jurídico. Com seu uso é possível coibir abusos até mesmo por parte do poder legislativo, responsável, majoritariamente, pela elaboração das leis. Isto porque se estas contrariarem preceitos constitucionais, serão expurgadas do ordenamento.

De tal modo, coexistem, no sistema brasileiro, duas formas de fiscalização da constitucionalidade das normas.

* Baseada na monografia apresentada em conclusão do curso de Direito na Universidade Católica de Pernambuco.

A primeira, denominada de controle concentrado, é efetuada por um tribunal específico, a saber, o Supremo Tribunal Federal, criado para tal finalidade, mesmo que não exerça esta função de forma exclusiva. A assertiva “único legitimado” para julgamento se mostra correta quando em foco apenas a Constituição Federal, pois se o objeto a ser analisado for a Constituição Estadual, será competente para tal controle o Tribunal de Justiça do ente federativo correspondente.

A segunda forma é chamada de controle difuso, visto que pode ser exercido por qualquer órgão capaz ao exercício da jurisdição. Seus efeitos serão limitados ao processo no qual a decisão for conferida. Em regra, os órgãos colegiados não são legitimados a apreciar a constitucionalidade, pois a competência é atribuída ao pleno ou a um órgão especial, a não ser que haja posicionamento anterior do respectivo tribunal ou do Supremo Tribunal Federal.

Ele pode dar ensejo a decisões contraditórias, o que fragiliza o princípio da segurança jurídica. Esta possibilidade é atenuada, quando previsto recurso para o órgão responsável pela interpretação constitucional, como há, no Brasil, o recurso extraordinário¹.

De acordo com o sistema adotado em cada país, a inconstitucionalidade poderá gerar: um ato inexistente – não há produção de efeitos, mesmo que não seja declarada pelo órgão; um ato nulo – a não produção de efeitos está intrinsecamente ligada à declaração de inconstitucionalidade; um ato anulável, que surte efeitos até sua declaração; ou um ato irregular – mesmo declarada inconstitucional, continua a produzir efeitos. A retroatividade ou não dos efeitos também dependerá de cada ordenamento.

Inicialmente, no Brasil, adotava-se a corrente que considerava o ato nulo. Porém, a partir das Leis n^{os} 9868 e 9886/

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional – O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 77

99, tem havido discussões doutrinárias, até mesmo por causa do poder concedido ao Supremo Tribunal Federal de restringir a retroação dos efeitos da decisão. O tema será abordado de forma mais aprofundada posteriormente.

1 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O controle pode ser exercido sobre a inconstitucionalidade por ação, prevista sua competência no art. 102 da Carta Magna e sobre a inconstitucionalidade por omissão. Como consequência da supremacia constitucional, será exercido um controle vertical, ou seja, as normas incompatíveis entre si darão lugar àquelas de maior hierarquia, no caso, a Carta Magna.

Essa divergência pode se dar formalmente, quando presentes vícios de competência ou de formalidade, ou materialmente, quando a incompatibilidade é relacionada ao conteúdo das normas, sua substância. A fiscalização sobre a constitucionalidade não deve ser feita, todavia, tão somente com a análise pura da norma, porque os fundamentos fáticos podem determinar sua legitimidade, não obstante o caráter objetivo da ação. Coadunando com esta posição, a Lei n^o 9868/99, que definiu o procedimento adotado em Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (Adin) genérica e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), permitiu a instrução probatória, mesmo em ações abstratas.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao quebrar o monopólio de legitimidade para propor as ações abstratas, ampliando consideravelmente seu rol. Isto reforçou o sistema concentrado de constitucionalidade. Esta tendência, de qualquer forma, ampliativa foi transplantada também às Constituições Estaduais, pois a Carta Magna proíbe que, na regulamentação do controle na esfera estadual, institua-se apenas

um órgão legitimado. Paralelamente, o controle difuso teve sua incidência diminuída.

Assim, o art. 103 da Carta Maior arrola o rol de legitimados. Há a exigência de pertinência temática para alguns, ou seja, precisará ser demonstrado o interesse no pedido. Isto contradiz a natureza objetiva do processo ora discutido, no qual não se deveria exigir como condição da ação o interesse de agir, mas apenas legitimidade e possibilidade jurídica do pedido².

Pode haver declaração de inconstitucionalidade total, em virtude de dependência unilateral, quando há uma disposição principal que seja inquinada do vício, ou pode haver a declaração total em função da dependência recíproca, devido à forte integração entre os dispositivos.

Se houver partes autônomas, que possam subsistir com a declaração parcial de inconstitucionalidade, será aplicado o princípio da divisibilidade. Em regra, isto só é possível quando se tratar de inconstitucionalidade material, uma vez que a formal costuma viciar o texto em sua integridade.

Não é possível a análise de normas que afrontem indiretamente a CF, sendo por isso difícil a caracterização do objeto da ação. Se o ato afronta texto de lei ou outra norma primária, (advinda diretamente da CF), haveria ilegalidade e não inconstitucionalidade.

Kelsen³ defendia a possibilidade do controle, estabelecendo a inconstitucionalidade direta e a indireta, a fim de justificar sua tese. Há doutrinadores que defendem esta fiscalização, pois quando um regulamento extrapola seus limites, atinge, de qualquer forma, frontalmente o princípio da reserva legal e o da legalidade, os quais são ínsitos à Carta.

² PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 192.

³ KELSEN *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade - Comentários a Lei n. 9.868 de 1-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 139-140.

A Adin genérica só pode ter por objeto leis e atos normativos federais e estaduais. Pode ser, inclusive, texto constitucional, desde que decorrente do poder constituinte derivado, isto porque não se admite normas constitucionais originárias inquinadas de inconstitucionalidade. Conflitos entre normas instituídas pelo poder constituinte originário deverão ser resolvidos por meio da hermenêutica, estando eles apenas em antinomia aparente.

Apenas se analisa a constitucionalidade de normas editadas após a promulgação da Constituição. As normas anteriores podem ser recepcionadas ou não, mas não comportam a pecha de inconstitucionais. Não foi aceito, no ordenamento brasileiro, a teoria da inconstitucionalidade superveniente, adotada em Portugal⁴.

Esta distinção acarreta conseqüências práticas. Por exemplo, o quorum exigido para declaração de inconstitucionalidade seria dispensado se ela fosse considerada revogada. Além disso, se adotada a tese de que lei inconstitucional não produz efeitos, ainda mais importante se torna esta definição.

A questão se mostra mais complexa quando do confronto não de constituição anterior com a vigente, mas de norma infraconstitucional anterior em face da atual Carta. Neste caso, também se afirma não poder falar em inconstitucionalidade, entretanto, posição minoritária tem defendido esta tese, argumentando não poder haver revogação quando o nível entre as leis é diferente. Esta corrente foi fortalecida com instauração da ação de descumprimento de preceito fundamental.

Os trabalhos desenvolvidos pelo Supremo Tribunal Federal confirmaram a natureza objetiva do processo de controle abstrato. Paradoxalmente, em nosso ordenamento, tem sido exigida a pertinência temática em face de alguns legitimados. Saliente-se que tal restrição não foi prevista na Constituição Federal, tendo sido construção jurisprudencial.

⁴ MARTINS; MENDES, *op. cit.*, p. 123.

O Procurador Geral da República, além de legitimado para propositura das ações abstratas, ainda detém o direito de manifestação. Anteriormente, era considerado representante da União, mas atua, hodiernamente, como representante do interesse público, não tendo sua atuação vinculada.

O Advogado Geral da União, por sua vez, também teve sua participação como defensor da constitucionalidade das normas, tendo sua opinião no processo vinculada, independentemente de posição pessoal. Esta questão ainda não está pacificada.

Para ADC ser admitida, deve ficar comprovada a existência de controvérsia judicial relevante, isto porque as normas já são dotadas de presunção de constitucionalidade. Com tal exigência, fica mitigada a idéia desta ação como forma de consulta ao Judiciário.

A medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade apresenta peculiaridades, como o prazo previamente determinado de 180 dias, a partir da publicação no Diário Oficial, sob pena de perda de eficácia. O Supremo Tribunal Federal poderá renovar tal prazo, até mesmo por ser ele o competente pelo julgamento sobre a perda da eficácia⁵. O seu objetivo é suspender o julgamento em instâncias inferiores, dos processos que envolvem a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação, até o julgamento final da ADC. Se, todavia, os argumentos levantados no caso concreto forem diversos dos analisados pelo Supremo Tribunal Federal, tem o magistrado poder de decisão, sob pena de petrificação do direito⁶.

Poderia haver vinculação do poder legislativo às decisões em processos objetivos, sem que houvesse ofensa à Constituição Federal, desde que nela previsto⁷. Como a Carta Bra-

⁵MARTINS; MENDES, *op. cit.*, p. 283.

⁶ *Idem.*, p. 279.

⁷ PALU, *op. cit.*, p. 231.

sileira não foi expressa, estará inquinada de vício lei infraconstitucional que a determine.

Insta ressaltar que, com as modificações perpetradas pela Emenda Constitucional nº 45/04, foi revogado de forma tácita o seu art. 13 da Lei nº 9868/99, que dispunha sobre a legitimidade para propositura da ADC. Pela atual texto constitucional, são os mesmos legitimados da Adin genérica.

Não se pode dizer que o poder judiciário revogue a lei inconstitucional, de acordo com o art. 11 do diploma acima. Ele suspende sua eficácia, isto porque revogação é atividade típica do poder legislativo, não sendo possível a ingerência de um poder em outro, ainda mais por simples previsão em lei ordinária. A repristinação ocorre porque, ao nulificar todos os efeitos, a suspensão atua até mesmo sob revogação anteriormente ocorrida, não sendo necessário que ela seja expressa⁸.

A ação de descumprimento de preceito fundamental, por sua vez, foi prevista no art. 102, §1º da CF. Considerada de eficácia limitada pelo Supremo Tribunal Federal, foi regulamentada pela Lei nº 9882/99. Introduziu inovações porque abarca em seu objeto normas anteriores a Constituição Federal e normas municipais, sobre as quais não incidia o controle concentrado, além das normas federais e estaduais.

Quanto à conceituação de preceito fundamental, vale dizer que preceito engloba tanto regras quanto princípios. Seu parâmetro precisa ser constitucional, mas pode ser direta ou indiretamente, pois se admitem os implícitos. Esta definição ainda será amoldada pela jurisprudência, mas não se pode negar a inclusão de alguns termos, tais como

“a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o

⁸ *Idem.*, p. 181.

pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal, periódico e os direitos e garantias individuais⁹.”

Argumentou-se que não haveria preceito na Constituição Federal que não fosse fundamental, tendo em vista a falta de hierarquia entre normas constitucionais. Entretanto, mostra-se mais coerente que existam diferenças de valores em cada dispositivo, o que pode gerar uma “hierarquia axiológica”¹⁰.

Há duas modalidades da argüição de descumprimento de preceito fundamental de acordo com o rito fixado pela Lei nº 9882/99. Elas são previstas no seu art. 1º e §1º, sendo respectivamente, uma de natureza objetiva, independente de qualquer controvérsia, chamada de autônoma; outra, de natureza subjetivo-objetiva, pois é necessária uma controvérsia constitucional relevante, que esteja sendo discutida em outro tribunal, denominada incidental. Esta última constitui uma espécie de “atalho” que traz ao Supremo Tribunal Federal uma questão de direito constitucional em julgamento na instância inferior.

A argüição, mesmo quando incidental, mantém em parte sua natureza objetiva, porque o Supremo Tribunal Federal decide apenas sobre a questão constitucional relevante, permanecendo a competência com o tribunal inferior para decidir sobre a pretensão levantada no caso concreto. Por isso, ela não constitui afronta ao princípio do juiz natural. Quanto à matéria constitucional, porém, será vinculante a decisão do Pretório Excelso. Ela se diferencia do incidente de inconstitucionalidade, porque não vincula apenas o caso concreto ao qual está ligada, mas todos os que versem sobre a matéria decidida.

⁹ PALU, *op cit*, p. 265.

¹⁰ JÚNIOR CUNHA, Dirley da. Ação de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDDIER JÚNIOR, Fredie. *Ações constitucionais*. Salvador: Podivm, 2006. p. 440.

Como a Constituição Federal não definiu os seus legitimados, determinou a lei regulamentadora serem os mesmos da Adin. A argüição autônoma, por ser processo objetivo, apresenta as mesmas características desta. É provável que seja estendido o requisito da pertinência temática pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Também foi adotado, assim como na Adin e na ADC, a possibilidade de concessão de medida cautelar com a suspensão dos processos já existentes, ou ainda, determinação de outras medidas, desde que não afetem a coisa julgada, conforme art. 5º do diploma.

A lei determinou um caráter subsidiário, pois ela só será utilizada quando não for cabível outro meio de controle suficiente para cessar a lesão. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a subsidiariedade imposta pela Lei nº 9882/99 será interpretada não como total inexistência de instrumento, mas como falta de um meio eficaz de sanar a lesividade.

O Advogado Geral da União terá a mesma função que tem na Adin, apesar da omissão legislativa, ou seja, deverá defender a constitucionalidade do ato impugnado, inclusive quando forem estaduais ou municipais.

A argüição prevista na Constituição Federal só poderá ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Os Estados poderão, contudo, em face do princípio da simetria, prever tal instrumento, a ser julgado pelos tribunais de justiça respectivos.

Quanto ao objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, são necessários vários comentários devido à sua amplitude. Abrange os atos normativos legais e infralegais, de todas as esferas da federação. Isto trouxe uma ampliação, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia consolidado o entendimento de que o controle concentrado não englobava atos que causassem lesão indireta à Constituição (infralegais), já que, no caso, haveria ilegalidade.

pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal, periódico e os direitos e garantias individuais⁹.”

Argumentou-se que não haveria preceito na Constituição Federal que não fosse fundamental, tendo em vista a falta de hierarquia entre normas constitucionais. Entretanto, mostra-se mais coerente que existam diferenças de valores em cada dispositivo, o que pode gerar uma “hierarquia axiológica”¹⁰.

Há duas modalidades da argüição de descumprimento de preceito fundamental de acordo com o rito fixado pela Lei nº 9882/99. Elas são previstas no seu art. 1º e §1º, sendo respectivamente, uma de natureza objetiva, independente de qualquer controvérsia, chamada de autônoma; outra, de natureza subjetivo-objetiva, pois é necessária uma controvérsia constitucional relevante, que esteja sendo discutida em outro tribunal, denominada incidental. Esta última constitui uma espécie de “atalho” que traz ao Supremo Tribunal Federal uma questão de direito constitucional em julgamento na instância inferior.

A argüição, mesmo quando incidental, mantém em parte sua natureza objetiva, porque o Supremo Tribunal Federal decide apenas sobre a questão constitucional relevante, permanecendo a competência com o tribunal inferior para decidir sobre a pretensão levantada no caso concreto. Por isso, ela não constitui afronta ao princípio do juiz natural. Quanto à matéria constitucional, porém, será vinculante a decisão do Pretório Excelso. Ela se diferencia do incidente de inconstitucionalidade, porque não vincula apenas o caso concreto ao qual está ligada, mas todos os que versem sobre a matéria decidida.

⁹ PALU, *op cit*, p. 265.

¹⁰ JÚNIOR CUNHA, Dirley da. Ação de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDDIER JÚNIOR, Fredie. *Ações constitucionais*. Salvador: Podivm, 2006. p. 440.

Como a Constituição Federal não definiu os seus legitimados, determinou a lei regulamentadora serem os mesmos da Adin. A argüição autônoma, por ser processo objetivo, apresenta as mesmas características desta. É provável que seja estendido o requisito da pertinência temática pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Também foi adotado, assim como na Adin e na ADC, a possibilidade de concessão de medida cautelar com a suspensão dos processos já existentes, ou ainda, determinação de outras medidas, desde que não afetem a coisa julgada, conforme art. 5º do diploma.

A lei determinou um caráter subsidiário, pois ela só será utilizada quando não for cabível outro meio de controle suficiente para cessar a lesão. O Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que a subsidiariedade imposta pela Lei nº 9882/99 será interpretada não como total inexistência de instrumento, mas como falta de um meio eficaz de sanar a lesividade.

O Advogado Geral da União terá a mesma função que tem na Adin, apesar da omissão legislativa, ou seja, deverá defender a constitucionalidade do ato impugnado, inclusive quando forem estaduais ou municipais.

A argüição prevista na Constituição Federal só poderá ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal. Os Estados poderão, contudo, em face do princípio da simetria, prever tal instrumento, a ser julgado pelos tribunais de justiça respectivos.

Quanto ao objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental, são necessários vários comentários devido à sua amplitude. Abrange os atos normativos legais e infralegais, de todas as esferas da federação. Isto trouxe uma ampliação, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já havia consolidado o entendimento de que o controle concentrado não englobava atos que causassem lesão indireta à Constituição (infralegais), já que, no caso, haveria ilegalidade.

Com relação aos atos não normativos, vale salientar a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade sobre as próprias decisões judiciais e até mesmo súmulas. Isto porque anteriormente vigia o princípio de que os atos judiciais só se sujeitavam aos recursos previstos na legislação. Este controle só poderá ser efetivado, todavia, se ainda não houver coisa julgada.

A argüição de preceito fundamental introduziu os atos municipais no controle abstrato. Não há porque se argüir inconstitucionalidade, pois a Carta não vedou a apreciação de texto municipal, apenas ainda não o tinha contemplado. Além disso, a ampliação do objeto reafirma a supremacia da Constituição, o que condiz perfeitamente com o sistema implantado pelo constituinte de 1988.

Também inovou ao tratar de atos anteriores à Constituição Federal. Entendimento mais tradicionalista não interpreta o controle concentrado como uma simples ação declaratória anulatória, pois tem um objetivo maior, qual seja, a defesa do ordenamento jurídico. Por isso, só poderia ter por parâmetro a Constituição Federal vigente. Neste ponto, poderá ser reconhecido como direito adquirido pela novel carta, situação antes dita como inconstitucional¹¹. A análise de Constituição anterior só poderia interessar aos direitos subjetivos, não coadunando com o papel do sistema citado. A denominada "inconstitucionalidade pretérita" não daria ensejo ao processo objetivo.

Assim, a doutrina, em parte, afirma que:

"O Supremo Tribunal Federal tem considerado possível declarar-se a *inconstitucionalidade* de lei ante a anterior Constituição, *incidenter* - via difusa, portanto -, obviando, com outra denominação, os efeitos da lei

¹¹ PALU, *op. cit.*, p. 226.

inconstitucional, retroagindo os efeitos para nulificar os atos praticados em violação ao texto constitucional." ¹²

Posição intermediária sustenta que, quando a análise for de norma anterior à Constituição Federal, só poderá haver controle de constitucionalidade material, com efeitos, geralmente, retroativos. Lembrando que isto só ocorria com controle concreto, mas com a criação da ação de descumprimento de preceito fundamental foi aberto um meio através do controle abstrato.

Esta lei veio modificar o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a análise de ato anterior à Constituição se faria por meio de critério cronológico, havendo, portanto, revogação ou recepção. O fundamento para tanto é que a regra de que lei posterior revoga a anterior só pode ser aplicada quando se tratar de normas de mesma hierarquia. Assim, não pode ser feito controle de uma constituição em face de outra mais atual. Quando se tratar, porém, de norma inferior, deverá ser utilizado o critério da validade¹³. A não adoção da teoria da inconstitucionalidade superveniente deverá ser repensada.

Deveriam ser abarcados, como objeto da argüição, os atos políticos, mas a doutrina ainda não se posicionou de maneira definitiva.

A doutrina tradicionalista não adotou a utilização do controle abstrato judicial de forma preventiva, de modo que os projetos de lei ou de emenda constitucional poderão ser analisados em face de mandado de segurança (controle concreto) a ser proposto apenas pelos parlamentares.

Em suma, a única exigência constitucional para proposição da argüição de descumprimento de preceito fundamen-

¹² *Idem*, p. 227.

¹³ JÚNIOR CUNHA, *op. cit.*, p. 465.

tal é que se trate de preceito fundamental, não havendo outra restrição quanto ao seu objeto.

A Adin por omissão, a Adin interventiva, a interpretação conforme a Constituição Federal e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto são outros instrumentos de controle de constitucionalidade, mas que não serão aqui abordados.

2 - EFEITOS GERAIS

Os efeitos poderão ser classificados de acordo com o tipo de controle exercido, se abstrato ou concreto.

Quando no controle concreto for alegada a inconstitucionalidade incidentalmente, a sentença tem natureza declaratória e, por isso, os efeitos da não aplicação da norma serão retroativos (*ex tunc*) e limitados às partes. Se o Senado decidir exercer a faculdade de suspender a norma, os efeitos advindos de tal resolução serão não retroativos (*ex nunc*). A lei, no caso, teve eficácia até a prolatação da decisão que a despiu de validade.

Se o controle for o abstrato, por meio de Adin genérica, a questão da constitucionalidade será o objeto principal da ação, não havendo limitações com relação às partes, pois no processo abstrato não há defesa de interesses subjetivos. Por causa disso, os efeitos de uma decisão serão válidos contra todos, ou seja, erga omnes, e, em regra, serão *ex tunc*. A coisa julgada material vinculará todos os aplicadores do direito, que não poderão aplicar a lei, caso seja considerada inconstitucional, ou não poderão deixar de fazê-la, se a pretensão for de constitucionalidade.

Como o presente se atém ao controle abstrato, sobre tal discorreremos.

Os efeitos conferidos a decisão que reconhece a inconstitucionalidade no controle abstrato dependem de qual

a natureza dada ao ato inconstitucional. Desta maneira, ele pode ser considerado inexistente, nulo ou anulável.

A Constituição Federal não dispôs expressamente sobre os efeitos *ex tunc* das decisões, porém, tradicionalmente, o ordenamento brasileiro adotou a teoria da nulidade, até mesmo porque não foi previsto como um dos poderes do Supremo Tribunal Federal a restrição à retroatividade plena da decisão.

A doutrina pátria entendia a lei inconstitucional como ato nulo e, portanto, a sentença teria natureza declaratória. Esta é uma tendência norte-americana, aplicada em sua maioria no sistema concreto. Ao instituímos o sistema abstrato, continuamos com a mesma diretriz, com adaptações ao modelo europeu.

De acordo com esta tese, a doutrina tradicional afirma que atribuir uma eficácia transitória à lei (até sua declaração de inconstitucionalidade) é negar a soberania da Constituição Federal durante este tempo. Assim, só poderia haver decisão declaratória, com efeitos retroativos.

De tal maneira, congruente o raciocínio de que

“Lei nula seria aquela que, contrária à Constituição, o é desde o início, e a decisão que decreta sua inconstitucionalidade nada mais faz do que comprovar tal vício, porque a lei sempre foi nula e, portanto, não pode gerar efeitos, pois o que é nulo não pode gerar direitos; dessa forma, os efeitos da decisão devem operar retroativamente (*ex tunc*) – sistema tradicional americano”¹⁴.

Saliente-se que em decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal foi reconhecido que o princípio da nulidade de lei inconstitucional está embasado na Constituição Federal.

¹⁴ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. p. 269.

Da mesma forma, leciona Ronaldo Poletti:

“Aplica-se, portanto, o princípio *quod nullum est, nullum effectum producit*. Se a lei é contrária à Lei Maior, ela não é lei ou nunca assim existiu. É nula, não meramente anulável. Se restar provado que um ato legislativo é nulo para todos os fins legais é como se nunca tivesse existido. Não pode servir de fundamento para negócios jurídicos, não cria direitos, não protege pessoas que tenham agido sob sua égide e não se deve considerar violador da lei aquele que se tenha recusado a obedecer ao ato legislativo, agora considerado nulo.”¹⁵

O direito alemão também adotou a tese da nulidade, mas instituiu como forma de abrandá-la a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. Instituiu, paralelamente, para o legislador o dever de cessar a situação de ilegitimidade, sem que haja retroação dos efeitos. Excepcionalmente, admite-se, inclusive, a aplicação de norma tida inconstitucional, até que uma nova lei seja elaborada.

Sábua a lição de Daniel Sarmento:

“Assim, é possível concluir que em diversos países em que existe o controle jurisdicional da constitucionalidade, a Constituição ou a jurisprudência concedem certo poder ao Judiciário para adaptar os efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade às peculiaridades do caso, evitando fórmulas rígidas e absolutas.”¹⁶

¹⁵ POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 119-120.

¹⁶ SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei nº 9.868/99*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. p. 114.

Até mesmo porque é possível que, em sendo obrigatória a retroação plena, em face de consequências gravosas oriundas da declaração de inconstitucionalidade, preferisse o tribunal a perpetuação da norma inconstitucional ao invés do reconhecimento de seu vício.

Contra-argumentando aqueles que afirmam a anulabilidade do ato inconstitucional com base na sua presunção de constitucionalidade, enquanto o ato nulo não requer obediência aos seus postulados, a corrente defensora da nulidade invoca a prerrogativa do Poder Executivo de não aplicar ato ou norma o qual considere inconstitucional. É preciso salientar, porém, que mesmo tendo um dos poderes da República tal atribuição, aos particulares não é permitido tal comportamento, uma vez que a lei se coloca de forma impositiva e seu questionamento só será acobertado pela licitude no controle de constitucionalidade, concreto ou abstrato.

Normalmente, os instrumentos de controle abstrato têm como efeitos a retroatividade plena, como foi dito, e são opostos contra todos (*erga omnes*) - a questão da constitucionalidade será o objeto principal da ação, não havendo limitações com relações às partes, pois no processo abstrato não há defesa de interesses subjetivos -, e vinculam os demais tribunais à sua decisão. Em regra, a vinculação se limita à parte dispositiva da decisão, sendo mais recente o entendimento abrangente dos fundamentos da mesma.

A vinculação está prevista no art. 102, §2º da Constituição. Apenas o Poder Legislativo terá liberdade para confrontar tais decisões. Desta forma, poderá ser editado texto de lei já declarado inconstitucional, o que não se afigura lógico. O novo texto poderá ser objeto de nova Adin, mas não de reclamação¹⁷. Este poder, todavia, não é reconhecido de forma pacífica pela doutrina.

¹⁷ PALU, *op. cit.*, p. 184.

Polêmica é a questão sobre a vinculação do próprio tribunal a sua decisão. A corrente mais ponderada tem admitido que toda decisão normativa contém implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus* (aplicação da teoria da imprevisão), concluindo-se que, modificada a realidade fática, pode ser também alterado o entendimento normativo.

A saber,

“O Supremo Tribunal Federal, contudo, admite que, nada obstante ter sido declarada a constitucionalidade de um ato ou documento normativo, possa o magistrado, diante das peculiaridades do caso concreto, por via de controle difuso e incidental, tomá-lo por inconstitucional, sem que isso represente afronta a sua decisão.”¹⁸

Inicialmente, ele foi atribuído à declaração de constitucionalidade, mas em face do caráter dúplice das ações abstratas, foi estendido também à Adin. Há, porém, defensores de que as citadas ações produzem efeitos distintos após a promulgação da Lei nº 9868/99¹⁹. Esta divergência tem permitido aos tribunais inferiores decidirem conforme sua própria convicção.

O efeito vinculante diferencia-se do *erga omnes* porque sua característica não é apenas ser oponível contra todos, sua peculiaridade se encontra no objeto, uma vez que ele abrangerá todos os atos de mesmo conteúdo, mesmo que não tenham sido citados na ação abstrata. É uma extensão objetiva e não subjetiva.

Os efeitos *erga omnes*, infelizmente, não surtem as consequências práticas desejadas, isto porque os tribunais inferior-

¹⁸ DIDDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN e da ADC. In: DIDDIER JÚNIOR, Fredie (Org): *Ações constitucionais*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 417.

¹⁹ FERRARI, *op. cit.*, p. 241.

res continuam a adotar posições pessoais, fazendo com que seja aplicada a decisão do Supremo Tribunal Federal apenas quando da interposição do recurso extraordinário no controle concreto. Como para tanto, precisa ter o litigante muita insistência e suporte financeiro, na maioria das vezes, isto não acontece. Daí a necessidade, mais uma vez confirmada, de dotar todas as decisões abstratas de efeito vinculante.

3 - EFEITOS EXCEPCIONAIS

Corrente minoritária no Brasil defende a natureza constitutiva negativa das decisões nas ações em abstrato, adotando como base, primordialmente, a teoria de Kelsen sobre a anulabilidade. Assim, a lei terá validade até sua declaração de inconstitucionalidade, não só pela presunção de constitucionalidade, mas principalmente se for formalmente constitucional. Considera-se, então, o texto impugnado como ato anulável e não nulo. Ela pode, também, todavia, operar sua declaração de forma retroativa, apesar de não ser este seu desdobramento típico. Este sistema foi denominado de austríaco.

Oswaldo Palu²⁰ defende que seria mais coerente aplicar a tese da anulabilidade no sistema abstrato, com efeitos direcionados apenas ao futuro. Até porque a norma inconstitucional, inapta a gerar os efeitos previstos, poderá gerar outros, que não deveriam ser automaticamente eliminados, em respeito à boa-fé dos cidadãos.

Esta corrente minoritária no Brasil afirma que,

“A lei inconstitucional existiu, validamente, até o momento do pronunciamento da decisão que assim a considera. Dizer que a mesma é simplesmente nula, já que inválida

²⁰ PALU, *op. cit.*, p. 162.

desde o início, como se não tivesse existido, e que tal característica foi apenas constatada através de uma sentença declaratória, é esquecer que toda lei nasce com a presunção de validade no mundo jurídico, gera direitos, deveres e efeitos no plano do ser físico, e neste não há ato humano nulo ou anulável, visto que, uma vez praticado, jamais deixará de ter sido, pois fora do mundo jurídico não há reversibilidade do tempo.”²¹

Vale registrar que podendo ser a inconstitucionalidade alegada a qualquer momento, sendo ela reconhecida após longo prazo de vigência da norma impugnada, de se atenuarem os efeitos retroativos, a fim de se garantir a segurança das relações.

Assim,

“A inconstitucionalidade decorre de uma sanção imposta pelo órgão competente e, antes deste, a norma não pode ser considerada como nula, o que nos leva a considerá-la como anulável. Conseqüentemente, a sentença que declara a inconstitucionalidade é constitutiva e, embora visando a criação, alteração ou extinção de um direito, traz a certeza do mesmo e, a partir daí, a mudança de um estado. Não é certo, porém, dizer que com ela serão criados direitos, estados ou situações jurídicas que antes não existiam, pois o direito à mudança ou à modificação já existia antes do processo e a sentença apenas fez atuá-lo, como e nos limites da lei, a partir desta data.”²²

Acerca dos limites à flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, podemos invocar os direitos

²¹ FERRARI, *op. cit.*, p. 283.

²² FERRARI, *op. cit.*, p. 513.

insusceptíveis de suspensão até mesmo durante o estado de sítio - quando a norma impugnada ferir tais direitos, não poderá ser mantida situação consolidada sob seu manto - e a coisa julgada - a qual só poderá ser desconstituída através de ação rescisória. Como este instrumento deverá ser proposto em um prazo decadencial de até dois anos a partir do trânsito em julgado da sentença, é correto afirmar que, se ultrapassado este lapso temporal, não será mais possível desconstituir a situação, mesmo que ela tenha se estabelecido com base em norma inconstitucional.

Outros ordenamentos, como o alemão e o português, adaptaram seus sistemas anteriores a uma espécie mista (mesclando aspectos da teoria da nulidade e da anulabilidade), pois os tribunais tanto podem declarar a inconstitucionalidade com eficácia retroativa, quanto determinar que a lei seja cumprida, mesmo que inquinada de vício, até sua declaração. A esta última faculdade impõem-se alguns limites a exemplo de violação de direitos, liberdades e garantias ou de criação indevida de impostos.

A Lei nº 9868/99 não expressou sua intenção pela adoção de um ou outra teoria, mas introduziu uma faculdade ao Supremo Tribunal Federal que o permite restringir a aplicação dos efeitos ao passado e até mesmo ao futuro, permitindo a determinação de um termo para o início da falta de validade, o qual foi denominado “efeito prospectivo”²³.

A Lei nº 9882/99, regulamentadora da argüição de descumprimento de preceito fundamental, também previu igual poder.

A determinação desse termo futuro foi instaurada para se evitar um vácuo legislativo (em raciocínio semelhante à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade do direito alemão). A questão é que como não se pode obri-

²³ FERRARI, *op. cit.*, p. 290.

desde o início, como se não tivesse existido, e que tal característica foi apenas constatada através de uma sentença declaratória, é esquecer que toda lei nasce com a presunção de validade no mundo jurídico, gera direitos, deveres e efeitos no plano do ser físico, e neste não há ato humano nulo ou anulável, visto que, uma vez praticado, jamais deixará de ter sido, pois fora do mundo jurídico não há reversibilidade do tempo.”²¹

Vale registrar que podendo ser a inconstitucionalidade alegada a qualquer momento, sendo ela reconhecida após longo prazo de vigência da norma impugnada, de se atenuarem os efeitos retroativos, a fim de se garantir a segurança das relações.

Assim,

“A inconstitucionalidade decorre de uma sanção imposta pelo órgão competente e, antes deste, a norma não pode ser considerada como nula, o que nos leva a considerá-la como anulável. Conseqüentemente, a sentença que declara a inconstitucionalidade é constitutiva e, embora visando a criação, alteração ou extinção de um direito, traz a certeza do mesmo e, a partir daí, a mudança de um estado. Não é certo, porém, dizer que com ela serão criados direitos, estados ou situações jurídicas que antes não existiam, pois o direito à mudança ou à modificação já existia antes do processo e a sentença apenas fez atuá-lo, como e nos limites da lei, a partir desta data.”²²

Acerca dos limites à flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, podemos invocar os direitos

²¹ FERRARI, *op. cit.*, p. 283.

²² FERRARI, *op. cit.*, p. 513.

insusceptíveis de suspensão até mesmo durante o estado de sítio - quando a norma impugnada ferir tais direitos, não poderá ser mantida situação consolidada sob seu manto - e a coisa julgada - a qual só poderá ser desconstituída através de ação rescisória. Como este instrumento deverá ser proposto em um prazo decadencial de até dois anos a partir do trânsito em julgado da sentença, é correto afirmar que, se ultrapassado este lapso temporal, não será mais possível desconstituir a situação, mesmo que ela tenha se estabelecido com base em norma inconstitucional.

Outros ordenamentos, como o alemão e o português, adaptaram seus sistemas anteriores a uma espécie mista (mesclando aspectos da teoria da nulidade e da anulabilidade), pois os tribunais tanto podem declarar a inconstitucionalidade com eficácia retroativa, quanto determinar que a lei seja cumprida, mesmo que inquinada de vício, até sua declaração. A esta última faculdade impõem-se alguns limites a exemplo de violação de direitos, liberdades e garantias ou de criação indevida de impostos.

A Lei nº 9868/99 não expressou sua intenção pela adoção de um ou outra teoria, mas introduziu uma faculdade ao Supremo Tribunal Federal que o permite restringir a aplicação dos efeitos ao passado e até mesmo ao futuro, permitindo a determinação de um termo para o início da falta de validade, o qual foi denominado “efeito prospectivo”²³.

A Lei nº 9882/99, regulamentadora da argüição de descumprimento de preceito fundamental, também previu igual poder.

A determinação desse termo futuro foi instaurada para se evitar um vácuo legislativo (em raciocínio semelhante à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade do direito alemão). A questão é que como não se pode obri-

²³ FERRARI, *op. cit.*, p. 290.

gar o legislativo a exercer sua função típica, corre-se, então, o risco de ficar em vigor por muito tempo uma norma já reconhecidamente inconstitucional.

O fato é que foi estabelecida a possibilidade de se excepcionarem os efeitos retroativos, atenuando a rigidez da teoria da nulidade. Para tanto, foi exigido como requisito formal o quorum de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal.

Questionou-se se os dispositivos, que prevêm tais mudanças, não seriam eles próprios inquinados do vício de inconstitucionalidade através das Adin de nº 2231 e 2285, uma vez que uma lei teria criado poderes não previstos na Constituição Federal para Supremo Tribunal Federal.

Não é possível argumentar-se a suposta inconstitucionalidade destes dispositivos, até porque a retroação dos efeitos até sua promulgação também não foi prevista, tendo sido a teoria da nulidade uma confirmação jurisprudencial. Além disso, não seria necessário haver norma expressa, pois restaria implícito no sistema constitucional²⁴.

Mesmo antes dos citados diplomas, já era admitida uma atenuação da retroatividade total, aplicando-se certas fórmulas de preclusão, o que demonstrava a inadequação da aplicação absoluta da teoria da nulidade à realidade.

Os argumentos legais a permitirem o manuseio dos efeitos pelo Supremo Tribunal Federal – seu requisito material – são a segurança jurídica e excepcional interesse social. São eles conceitos jurídicos indeterminados, os quais foram usados de forma proposital pelas Leis nºs 9868 e 9882/99, com o intuito de permitir a maior aplicação dos dispositivos, possibilitando a incorporação de valores de acordo com o contexto social.

Esta liberdade, todavia, não é plena, pois é prevista apenas para melhor atendimento ao poder-dever do judiciário de

²⁴ *Idem*, p. 298-299.

proteger os indivíduos e seus direitos fundamentais. Não pode haver a livre flexibilização dos efeitos das decisões proferidas no controle abstrato sob pena de causar desequilíbrio não só entre os poderes, mas também dentro do próprio judiciário.

O excepcional interesse social deverá ser justificado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ele não é o simples somatório dos interesses individuais, constitui interesse público, ou seja, o interesse de um indivíduo que é a coletividade. Importante ressaltar que nem sempre este interesse será favorável ao Estado, mesmo sendo este o seu representante.

Tal inovação legislativa permitiu o arrefecimento entre os adeptos da teoria da nulidade e os da anulabilidade, afirmando estes que o Supremo Tribunal Federal vêm abandonando aquela corrente em favor desta.

A anulabilidade impõe uma sentença constitutiva, tendo efeitos, geralmente, não retroativos, pois só incidiriam a partir da constituição da situação hipotética, ou seja, com a publicação da decisão.

Foi fixada a possibilidade de concessão de medida cautelar. Os efeitos da liminar, de suspender a eficácia da lei ou ato normativo, serão, em regra, *ex nunc*, isto porque se trata de medida provisória, devendo ser assegurada também a reversibilidade ao *status quo ante*, até mesmo por causa da presunção de constitucionalidade.

A observância à decisão da arguição de descumprimento de preceito fundamental será determinada independentemente de sua publicação pelo presidente do tribunal, diante da importância dos preceitos fundamentais, considerando que sua publicação ocorrerá num prazo de até dez dias.

Vale ressaltar que Regina Nery Ferrari²⁵ leciona que, na realidade, a distinção entre ato nulos e anuláveis não seria aplicável ao direito público, no tocante ao controle de constitu-

²⁵ FERRARI, *op. cit.*, p. 157.

cionalidade. Isto porque o ato seria inconstitucional, apenas, padecendo de um único nível de invalidade. Esta posição representa posicionamento minoritário, sendo de pouca aplicação prática, porquanto o Egrégio Tribunal adota as formulações anteriores, principalmente nesta fase de aparente transição.

4 - CONCLUSÃO

Pelo exposto a respeito do controle abstrato de constitucionalidade, criado como instrumento de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, fica clara a grande polêmica acerca da extensão dos seus efeitos, especialmente no âmbito temporal, ou seja, se seriam retroativos ou não, com a consequente adoção pela corrente da nulidade ou da anulabilidade. Assim, após vasta pesquisa, impõe-se uma posição crítica, a fim de finalizar o presente trabalho.

Apesar de bastante plausível os argumentos da teoria da anulabilidade, sendo esta bem mais atenta às necessidades fáticas que surgem quando da declaração de inconstitucionalidade do ato ou norma impugnada, não acredito ser possível a defesa da adoção da mesma pelo ordenamento brasileiro, com base exclusivamente nas alterações legislativas proporcionadas pelas Leis nºs 9868 e 9882/99.

Não tendo a Constituição Federal sido expressa, necessário se faz uma interpretação sistemática do ordenamento.

Ora, os diplomas infraconstitucionais supra mencionados confirmaram como regra geral a retroatividade plena decorrente da decisão de inconstitucionalidade. O fato de serem estabelecidas exceções à teoria da nulidade, ao permitir o manuseio dos efeitos da declaração pelo Supremo Tribunal Federal, não desnatura a regra. Pelo contrário, os dispositivos deixaram claro seu intuito de tornar mais difícil a não retroatividade, através do estabelecimento de um quorum superior e da adequação do caso no conceito de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

Assim, as exceções vêm para confirmar a regra geral, que diversamente do que se tem dito, não fortaleceram a teoria da anulabilidade, mas sim a da nulidade. Anteriormente como não havia lei expressa a respeito, a adoção desta última não passava de posicionamento consolidado do Supremo Tribunal Federal. Com as Leis nºs 9868 e 9882/99, ficou claro o direcionamento do legislador.

Se a flexibilização desta teoria fosse acarretar o abandono pelo ordenamento brasileiro da teoria da nulidade, poder-se-ia até argumentar pela não adoção por nossa atual Constituição do princípio da separação dos poderes, isto porque são inúmeras as intervenções, ressalte-se legítimas, de um poder em outro, bastando que para tanto, estejam previstas em ordenamento de mesma hierarquia, a saber, a Carta Magna.

Tanto quanto a teoria da nulidade, também a tripartição dos poderes, surgiu de forma absoluta, sofrendo atenuações ao longo do tempo, as quais poderiam ser consideradas até mesmo evoluções, já que harmonizam a subsunção da norma à realidade.

Pode-se ainda aventar a possibilidade da criação de uma teoria mista pelo ordenamento brasileiro. Ora, se esta foi a intenção do legislador, sua tentativa foi infrutífera. Nada impede tal modificação, podendo esta ser uma forma de aproveitamento dos aspectos mais vantajosos de ambas as teorias, mas ela deve ser feita pela via correta, ou seja, através de dispositivos constitucionais. Mesmo se admitida a possibilidade por meio de lei ordinária, o fato é que, no momento atual, ainda não há peculiaridades suficientes em nosso ordenamento para assunção de tal posicionamento.

De tal maneira, restou demonstrado que o ordenamento brasileiro continua a adotar a teoria da nulidade, agora com atenuações benéficas, que irão fortalecer os valores de justiça no controle abstrato.

REFERÊNCIAS

1. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das leis nº 9.868/99 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a lei nº 9.868/99**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002. 301p.
2. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Ação de descumprimento de preceito fundamental. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. Salvador: JusPODIVM, 2006. 522 p.
3. DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Aspectos processuais da ADIN (Ação direta de inconstitucionalidade) e da ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações constitucionais**. Salvador: JusPODIVM, 2006. 522 p.
4. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 6.ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. v. I, 553 p.
5. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2004. 539p.
6. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998. 427p.
7. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade – Comentários a Lei n. 9.868 de 1-11-1999**. São Paulo: Saraiva, 2001. 375p.

8. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional – O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 375p.
9. MENDES, Gilmar Ferreira. **Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil**. São Paulo: Celso Bastos, 2000. 872p.
10. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed.. São Paulo: Atlas, 2002, 836p.
11. MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003. 342p.
12. PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 356p.
13. POLLETI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 293p.
14. SARMENTO, Daniel. A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **O controle de constitucionalidade e a lei nº 9.868/99**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, 301p.

A DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA E A CIDADANIA

André Luís J. Silva

Pós-graduação em Direito Constitucional, Tributário e Administrativo da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - Esmape. Mestre em Gestão Pública - pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Faculdade Maurício de Nassau - Recife-PE.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CAPACIDADE TRIBUTÁRIA. 3 - CONCEPÇÃO DA DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA. 4 - A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NA CF/88. 5 - REFERÊNCIAS.

1 - INTRODUÇÃO

O Direito, para alguns autores, tem como um dos objetivos permitir a convivência entre os seres humanos. Porém é evidente que, dentre estas funções, encontram-se as de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Isto deve acontecer não apenas em razão de uma necessidade específica da sociedade, mas também por que o art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 faz menção ao fato. Neste sentido é importante ressaltar o papel social do Direito que deve ser pautada toda e qualquer análise social, o que inclui também do subsistema jurídico tributário.

Esse trabalho procura discutir os principais aspectos da Imunidade Tributária disposta na Constituição Federal (ex-

.....

tensão, interpretação, integração, etc.). E procurar com isso verificar se a utilização da imunidade tributária está sendo efetuada de forma a colaborar com o aumento do grau de cidadania no Brasil.

2 - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CAPACIDADE TRIBUTÁRIA

A cobrança de valores da sociedade por parte da classe dirigente existia mesmo antes surgir a estrutura de estado dos dias atuais. A competência de tributar e não tributar é uma das mais antigas formas de distinguir pessoas e atividades, é uma forma de programar políticas fiscal ou econômica.

A história da humanidade traz junto com a história dos povos a presença do tributo em diversas situações. Em Roma, por exemplo, existiam várias espécies de impostos, bem como isenções. MEIRA (1978, p.23) afirma que a *Lex Vicesima Hereditatum et Legatorum* impunha a cobrança de um imposto com alíquota de 5% sobre o valor das heranças ou legados, recaindo, principalmente, sobre os legados a amigos e as heranças dos celibatários. Eram isentos os “parentes próximos” e os bens de pequeno valor. Tal incidência estava de conformidade com a *política econômica* do Imperador Augusto, que se caracterizava pela preocupação em “amparar a família numerosa, proteger os casamentos, punir os adultérios, gravar os celibatários e os casais sem filhos”.

Na Idade Média existia a *imunitas*, através da qual a Igreja e os nobres ficavam afastados (imunes) do poder do Soberano, inclusive no âmbito fiscal, porém encarregados de exercê-lo na área determinada de sua atuação (POGI, 1981, p.34). Posteriormente o caráter de pessoalidade foi alargado para as cidades, que passaram a ter *imunitas* face ao poder central. Este caráter de intributabilidade absoluta da nobreza e da Igreja

.....

(especificamente Católica) permaneceu até o advento do liberalismo quando os *privilégios* foram abolidos.

Segundo TORRES (1995), a Carta Magna (1215, d.C.) foi um marco para o Direito, e, em especial, para a cidadania e a tributação. Esse evento faz surgir, de forma embrionária, várias das garantias constitucionais de liberdade presentes nas Constituições ocidentais, dentre elas o Princípio da Legalidade, contudo, tais direitos eram controlados pela nobreza, em seu próprio proveito, e não para o da sociedade com um todo. O conceito de soberania decorria de ser o Rei um *primus inter pares* e não em razão de que seu poder fosse aurido da sociedade em geral. Historicamente foi um avanço, mas ainda longe da situação atual. As garantias eram dos nobres e da Igreja, e não da sociedade. Configuravam-se, sob o prisma dos excluídos de tais *direitos*, muito mais como *privilégios* de classe do que como garantias individuais.

Com as revoluções burguesas (século XVIII), os *privilégios* acima referidos passaram do colégio de nobres e da Igreja Católica para todos os cidadãos, se constituindo, então, em verdadeiras garantias *individuais*. Os aspectos tributários também seguiram esta mesma linha. A imunidade, que antes significava um *privilégio* de nobres e da Igreja Católica frente ao Rei, passou a significar uma garantia de que certas atividades estariam afastadas da esfera do poder de tributar da classe dirigente, sendo que tal escolha seria estabelecida pelo conjunto dos cidadãos. “O mesmo significante - imunidade - passou a agasalhar um outro significado” (TORRES, 1995, p.27). Dentro desta nova perspectiva liberal - garantia *individual* dos cidadãos, é que as *limitações ao poder de tributar* evoluíram. O estudo de tais *limitações* encontra-se umbilicalmente ligado ao desenvolvimento de outros *direitos*, que posteriormente se configurariam Princípios basilares no ordenamento jurídico dos povos ocidentais. Desta época (liberal) é o surgimento da idéia de *liberdade* e de *igualdade*, pois, uma vez conquistadas

tais garantias *individuais*, a *ordem natural* se encarregaria de fazer com que o bem estar e a prosperidade adviessem. Acreditava-se que a ordem natural do mercado possibilitaria fazer surgir o desenvolvimento. Verificou-se que tal pretensão era uma falácia. A ordem natural apenas privilegiou os que possuíam poder econômico, fazendo maior o fosso existente com aqueles que apenas portavam sua força de trabalho como elemento de troca no mercado. As soluções individuais não foram suficientes para resolver as questões sociais.

Constatada a insuficiência de implementação desta fórmula de direitos e garantias fundamentais, foi necessário ampliar o espaço de compreensão destes Princípios. Passou-se a cogitar da aplicação de direitos coletivos como direitos fundamentais. Não se trata apenas de direitos da pessoa contra o Estado, mas da sociedade *erga omnes*, exercitáveis contra todos que os violarem.

Esta compreensão dos direitos fundamentais como garantia da sociedade, e não somente do indivíduo, é geratriz de uma nova leva de direitos. É a preocupação com o coletivo, com o bem estar da população, dos habitantes de uma determinada sociedade, com o desenvolvimento social e econômico da coletividade. Da ótica individual passa-se a uma perspectiva coletiva.

O direito tributário não passa ao largo destas transformações. As limitações ao poder de tributar devem ser analisadas de conformidade com o desenvolver da técnica jurídica e das necessidades sociais. A Imunidade Tributária deve ser considerada não apenas em sua perspectiva individual, mas como uma garantia de cidadania para todos, considerados coletiva e difusamente, de forma a permitir também o regular desenvolvimento das futuras gerações.

Interpretar a norma jurídica da Imunidade Tributária de forma apartada de seu contexto social será esvaziá-la completamente. Não será implementar o Direito, mas apenas fa-

zer um exercício de direito positivo que poderá ser bem ou mal feito. E aí nada será acrescido à sociedade, mas apenas a uns poucos contrafatores normativos. Logo, a função da imunidade tributária, bem como a dos demais Princípios limitadores ao poder de tributar, é a de permitir que a sociedade exercite a cidadania, segundo as normas que ela própria estabeleceu, sem eventuais empecilhos impostos pelo Estado (ou melhor, por eventuais grupos que se utilizem do aparato do Estado para implementar uma política diversa daquela estabelecida pela sociedade).

3 - CONCEPÇÃO DA DESONERAÇÃO TRIBUTÁRIA

Diversos autores já se ocuparam da distinção entre as diversas formas de desoneração tributária, sendo as mais usuais a imunidade, a isenção e a não incidência. O traço comum às três situações é o de que a decisão de estabelecer ou não uma incidência tributária é uma determinação política. Houve tempo em que o uso dos mictórios públicos gerava receita estatal, o que gerou a resposta do Imperador Vespasiano a seu filho Tito no sentido de que dinheiro não tem cheiro (*non olet*) (TORRES, 1995, p. 86). Logo, tornar uma atividade passível de tributação decorre de uma decisão política, estabelecida de conformidade com as normas que lhe são concernentes. São três formas distintas de estabelecer a desoneração tributária.

Em primeiro lugar existe a não-incidência. No Brasil, em que as competências tributárias são estabelecidas na Constituição, e, juntamente, os parâmetros globais da incidência, é o constituinte quem estabelece *prima facie* o que deverá ser tributado. O detalhamento da incidência se dá em nível de legislação complementar e ordinária. Existem vários momentos para o estabelecimento da não-incidência. Um deles ocorre no âmbito constitucional. Pode-se dizer que, de acordo com

a Constituição brasileira em vigor até o presente instante, não existe imposto sobre a propriedade de bicicletas. Existe sobre a propriedade de veículos automotores, IPVA (art. 155, III), mas, de forma alguma, pode-se dizer que tal disposição abranja a propriedade de bicicletas. Logo, neste âmbito, pode-se afirmar que o constituinte não elegeu como uma atividade econômica passível de ser tributada a propriedade de bicicletas, o que a coloca no campo da não-incidência. Outro momento da não-incidência pode ser verificado no âmbito da legislação infraconstitucional, quando o legislador não esgota as possibilidades que a Constituição lhe atribui. É o caso dos vários Estados da Federação que não estabeleceram leis criando o IPVA sobre veículos automotores aquáticos e aéreos. A despeito de a Constituição permitir este âmbito de incidência, dentro de algumas condições, o legislador ordinário decidiu não implementá-la, deixando tais propriedades fora do âmbito de incidência tributária da norma. Não-incidir implica em não tributar consoante as normas postas. A não-incidência atual não quer dizer que futuramente não possa vir a ser criada uma incidência sobre aquela atividade.

A criação de novas incidências tributárias no Brasil, no que tange aos impostos, somente pode se dar através de Emenda Constitucional, ou de Lei Complementar, neste caso obedecido os ditames do art. 154, I, CF/88, ou na hipótese de guerra externa ou sua iminência, obedecido o disposto no inciso II do mesmo artigo. No que tange à criação através de Emenda Constitucional, o exemplo mais concreto diz respeito à CPMF. Inicialmente a movimentação financeira não era objeto de incidência tributária na Constituição Federal de 1988. Posteriormente, através da Emenda Constitucional nº 3, foi estabelecido que tal atividade poderia ser objeto de tributação. Lei Complementar detalhou vários aspectos da incidência e o Poder Judiciário acatou tal procedimento, tendo efetuado apenas umas poucas ressalvas pontuais acerca da imu-

nidade recíproca e do princípio da anterioridade¹. Deste julgamento, aliás, decorreu o entendimento de que a instituição de novas incidências deve obedecer às imunidades postas, na hipótese dessa decorrer de poder constituinte derivado. Por óbvio, em caso de poder constituinte originário esta limitação inexistente. A não-incidência, portanto, diz respeito a uma política econômica estabelecida, com margem de manobra de conformidade com as normas postas. Atualmente, no Brasil, caso haja interesse em tributar, através de imposto, as pessoas que são proprietárias de bicicletas dever-se-á estabelecer nova incidência através de Lei Complementar na forma do art. 154, I, da CF/88; ou, de outra forma, através de Emenda Constitucional, respeitadas as imunidades estabelecidas anteriormente.

A imunidade caracteriza-se como uma desoneração tributária constitucionalmente qualificada. Diz respeito à estrutura social e econômica de um país. O constituinte, originário ou derivado, estabelece algumas atividades que não poderão ser objeto de imposição tributária. Esta delimitação pode abranger a todos ou apenas a alguns tributos, como os impostos, conforme o art. 150, VI, CF/88. Nada obsta, contudo, que o constituinte eleja várias espécies tributárias ou apenas uma; ou mesmo apenas um único imposto²; ou ainda um único fato econômico a ser desonerado, abrangendo vários impostos³.

As atividades elencadas como não sujeitas à oneração tributária por via de legislação infraconstitucional são estabelecidas pelo constituinte como fundamentais para alcançar o maior grau de desenvolvimento da Nação. No Brasil, uma vez que o Supremo Tribunal Federal⁴ considerou as limitações

¹ ADIn 939-7, Rel. Min. Sydney Sanches

² Art. 153, §3º, III, CF/88, que trata da imunidade de IPI no caso da exportação de produtos industrializados

³ Art. 184, §5º, CF/88, que imuniza a transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

⁴ ADIn 939-7, Rel. Min. Sydney Sanches.

constitucionais ao poder de tributar como *cláusulas pétreas* (art. 60, §4º, IV c/c art. 5º, §2º c/c art. 150, *caput*, todos da CF/88), a desoneração via imunidade não pode ser modificada nem mesmo através de emenda à Constituição, quanto mais por legislação infraconstitucional.⁵

A existência de atividades imunes à tributação implica em reconhecer que sua implementação deve atender às finalidades estabelecidas na Constituição. E que tais finalidades devem ser alcançadas por estas instituições/atividades ao lado, em conjunto, com o próprio Estado. Ou seja, se desonera de impostos porque a atuação de partidos políticos, escolas, sindicatos é importante para atingir aos objetivos da sociedade, constitucionalmente estabelecidos, *pari passu* com a própria máquina estatal. O Estado e tais instituições/atividades são coadjuvantes, e não concorrentes, na consecução dos objetivos sociais estabelecidos na Constituição da República.

Tal fato torna a imunidade ainda mais relevante para o contexto nacional, e seu reconhecimento deve se dar com todo rigor, uma vez que tais atividades não estarão inseridas no esforço coletivo de levar dinheiro para os cofres públicos a fim de que o Estado possa cumprir suas funções. Elas já possuem funções a cumprir ao lado do Estado. Enfim, o escopo da imunidade é a implementação concomitante dos objetivos do Estado, traçados pela sociedade na Constituição.

A isenção, a despeito de também ser uma desoneração tributária, diz respeito à conjuntura econômica e social de um país. Trata-se de uma desoneração estabelecida através de lei ordinária, via de regra através da mesma esfera de poder que a Constituição atribuiu a competência para tributar. Daí decorre o conhecido ditado: "quem pode tributar, pode isentar".

⁵ A única hipótese, razoavelmente cerebrina, seria a modificação, via emenda constitucional, das *cláusulas pétreas* (art. 60, §4º, CF/88) retirando as limitações constitucionais ao poder de tributar de seu núcleo, e efetivando as modificações através de uma posterior alteração constitucional.

As isenções são utilizadas para permitir maior flexibilidade na política econômica das unidades federativas. São conjunturais e não estruturais. Na hipótese de ser necessário incrementar a indústria de uma região, poderá ser concedida isenção de certos tributos para as empresas que lá se instalarem, sempre sob prazo certo e quase sempre sujeitas ao cumprimento de determinações estatais. As isenções, no Brasil, podem ser concedidas para os tributos em geral ou apenas para algumas de suas espécies, condicionais ou não, com prazo determinado, e para todo o território da entidade tributante ou frações do mesmo (art. 176 e ss, CTN), sendo vedado apenas à União instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, Distrito Federal ou Município em detrimento de outro, permitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país (art. 151, I, CF/88).

É usual o estabelecimento de normas gerais acerca de isenções, as chamadas "leis de incentivos fiscais", que são implementadas caso a caso através de contratos firmados entre a unidade tributante e as empresas interessadas. Tal procedimento encontra-se de conformidade com a legislação em vigor (art. 176, *caput* c/c art. 179, *caput*, CTN).

4 - A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA NA CF DE 1988

A imunidade não é uma questão topográfica ou de nomenclatura. Existem imunidades espalhadas por todo o texto da Constituição Federal, embora estejam mais concentradas no art. 150, VI. E ainda, escondidas sob o *nomen juris* de "isenção" ou de "não incidência". Para se descobrir uma imunidade no texto constitucional deve-se procurar uma desoneração tributária imediatamente atribuída a uma atividade,

instituição ou situação, que independa de lei para ser efetivamente fruída. Observe-se que a lei pode ser necessária para estabelecer critérios a serem atendidos para aquela atividade considerada como apta a gozar do benefício (art. 150, VI, c), mas o gozo da imunidade independe de lei concessiva. Frui diretamente do texto e do contexto constitucional. Ela é declarada (pois pre-existente) e não constituída a partir de determinações estatais infraconstitucionais. Portanto, ao mencionar que “são isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária” (art. 184, §5º) a Constituição está atribuindo a todas as pessoas que se encontrem naquela determinada situação o direito público subjetivo de não pagar nenhum imposto em razão daquela específica operação, independente de qualquer ato normativo que o reconheça. Ou seja, trata-se de uma imunidade denominada em linguagem não técnica de “isenção”.

No mesmo sentido, ao estabelecer que o ITR - Imposto Territorial Rural “não incidirá sobre pequenas glebas rurais, definidas em lei, quando as explore, só ou com sua família, o proprietário que não possua outro imóvel” (art. 154, §4º).

As imunidades não defluem apenas de um artigo da Constituição, ou do cumprimento dos parâmetros legalmente estabelecidos. Em sua interpretação devem ser consideradas todas as Diretrizes estabelecidas na Carta. Todos os Princípios. Enfim, não se deve pinçar um único dispositivo constitucional e dele extrair o direito de não pagar impostos (imunidade), sem conectá-lo com as demais normas existentes no texto, e no contexto, constitucional. É imperioso estabelecer qual o escopo da sociedade em distinguir aquela determinada atividade com o direito de não pagar tributos. Deve-se buscar qual a *função* desta desoneração tributária constitucionalmente qualificada.

No Brasil, é objetivo geral de toda e qualquer atividade ou instituição que esteja desonerada do pagamento de tributos por imunidade, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; promover o bem de todos, sem qualquer discriminação, seja de origem, raça, sexo, cor ou idade (art. 3º, CF/88), tendo por fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, CF/88). Estes são objetivos gerais para toda e qualquer instituição ou atividade que deseje gozar da imunidade que a sociedade lhe concede. Também existem objetivos específicos para cada qual destas instituições ou atividades, além daqueles requisitos da lei.

Para as instituições de educação, sem fins lucrativos, que possuem imunidade de impostos sobre seu patrimônio, rendas e serviços (art. 150, VI, c), além dos objetivos gerais acima mencionados, devem ser também atendidos o objetivos específicos de desenvolver plenamente o indivíduo, prepará-lo para o exercício da cidadania e qualificá-lo para o trabalho (CF/88, art. 205); respeitados os princípios de igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas; valorização dos profissionais do ensino; garantia de padrão de qualidade (incisos do art. 206, CF/88), além de deverem ser cumpridas as normas gerais da educação nacional (art. 209, I, CF/88).

Os partidos políticos e suas fundações, para gozar da imunidade de impostos sobre seu patrimônio, rendas e serviços (art. 150, VI, c), devem buscar os seguintes objetivos específicos: resguardo da soberania nacional, do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais da pessoa humana; terem caráter nacional; não receberem recur-

...
 sos financeiros de entidades ou governos estrangeiros ou ficarem subordinados a estes; prestarem contas à Justiça Eleitoral e terem subordinação estrita à legalidade (art. 17, CF/88).

As entidades sindicais dos trabalhadores, para poderem gozar do direito à imunidade de impostos (art. 150, VI, c) devem obedecer também ao seguinte: respeito à unicidade sindical; defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa, inclusive em questões judiciais ou administrativas; reconhecer a liberdade associativa e participar obrigatoriamente nas negociações coletivas de trabalho (incisos do art. 8º, CF/88). As instituições de assistência social, sem finalidade lucrativa, que possuem imunidade de impostos sobre seu patrimônio, rendas e serviços (art. 150, VI, c), devem atender aos objetivos específicos de proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; amparar as crianças e os adolescentes carentes; promover a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e sua integração à vida comunitária (incisos do art. 203, CF/88).

Como acima exposto, é necessária a análise das diretrizes constitucionais para cada qual das instituições ou atividades desoneradas pela imunidade. Pelo mesmo fato, torna-se imperioso que a expressão “atendidos os requisitos da lei”⁶, seja analisada com o que estabelece o art. 146 da Carta de 1988. Ou seja, Cabe à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar (art. 146, II). Portanto, “os requisitos da lei” exigidos no artigo 150, VI, “c” só podem ser conjugados com regulação estabelecida através de lei complementar.

No caso atual, para traçar os parâmetros legais para implementação da imunidade prevista na parte final da alínea “c”, inciso VI, art. 150, deve-se lançar mão do CTN - Código Tributário Nacional, que possui *status* de lei complementar

⁶ Constante da parte final da alínea “c” do inciso VI do art. 150, CF/88.

tributária. Tais requisitos são os constantes do art. 14 do CTN (Não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado; aplicarem integralmente no país os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão).

É bem verdade que outra lei complementar poderá vir a estabelecer diversos requisitos, especializando-os por instituição (alguns para as de educação; outros para os partidos políticos e assim por diante). Porém, hoje apenas o CTN regula a matéria.

No mesmo sentido, deve-se debater a questão estabelecida no §4º do art. 150, CF/88 que reza que a imunidade prevista nas alíneas “b” e “c” abrange apenas “o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionados”.

No que tange à alínea “b” (templos de qualquer culto) a análise será efetuada em outro tópico, adiante. Quanto à alínea “c”, deve-se analisar a expressão “finalidades essenciais”, considerando-a como abrangendo tudo que motivou a desoneração impositiva determinada na Constituição. Porque motivo a imunidade (neste item) alcança os partidos políticos, as entidades de educação e as de assistência social e os sindicatos obreiros? Em razão de uma determinação da sociedade quando formalizou a Constituição. Existem outras instituições relevantes que, bem poderiam fazer parte da lista mencionada. Porém a sociedade, quando formalizou a Constituição, com a correlação das forças políticas então vigentes, cristalizou a lista constante do art. 150, VI, “c”. Desta forma, estas são as entidades “eleitas” para estarem aptas a gozar da desoneração impositiva proposta. Contudo, como acima exposto, a desoneração não é concedida gratuitamente. Estas entidades devem cumprir funções cuja matriz é constitucional. Algumas

destas funções foram indicadas anteriormente. Outras existem, devem ser descobertas no texto. Porém, o conceito de *finalidade essencial* diz respeito a todas as atividades que permitem a estas entidades alcançar às determinações do texto e do contexto constitucional.

Daí porque, seguindo esta linha de raciocínio, é necessário distinguir em cada caso entre finalidades essenciais e secundárias. Dentre as finalidades essenciais de um partido político está a divulgação das idéias políticas de seus filiados. Portanto, tudo que for efetuado dentro deste desiderato, estará incluso no conceito de imunidade, como por exemplo, a realização de seminários, divulgação de revistas e panfletos etc. Contudo, não estará como finalidade essencial de um partido político obter rendas decorrente da locação de um imóvel, ou da exploração de um estacionamento. Neste caso, o que se pretende é obter rendas a fim de manter (ou incrementar) a entidade a fim de que esta realize sua finalidade essencial. Logo, esta é uma finalidade secundária, sujeita, portanto, à tributação normal.

Deve-se perquirir qual a *atividade* que a sociedade privilegiou para elencar aquela entidade na letra "c", inciso VI, art. 150, CF/88, imunizando-a de impostos. Devem ser consideradas finalidades essenciais àquelas que coincidam com tal atividade; e secundárias as que não coincidam. O parâmetro constitucional para definição de finalidade essencial não é econômico, mas político (o que não quer dizer partidário). Portanto, a *mera* obtenção de renda para manutenção da instituição, por exemplo, através de aplicações financeiras, não se constitui em uma finalidade essencial, mas secundária.

As imunidades objetivas, que são as prescritas nas alíneas "b" e "d" do inciso VI do art. 150 da CF/88. A expressão templo de qualquer culto constante da alínea "b" do citado inciso é objeto de acirradas discussões doutrinárias. Segundo alguns renomados autores a expressão contempla apenas os

templos, ficando afastados os cultos. Daí porque ficariam apenas abrangidos pela imunidade os imóveis, ou eventualmente, os veículos, onde fosse proferido o culto.

Outros autores advogam que a aceção deve ser interpretada no sentido de reconhecer imunidade ao culto e não apenas ao templo. Ou seja, todas as atividades desenvolvidas no e para o *culto* encontram-se aptas a serem desoneradas através de imunidade.

Outra situação objetiva diz respeito a imunidade dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, constante da letra "d" do inciso IV do art. 150, CF/88. O bem protegido é a liberdade de expressão, impedindo que o Estado, por vias transversas, a limite através da cobrança de impostos. Até recentemente, o Estado brasileiro usualmente criava embaraços para a importação de papel de imprensa para aqueles que se lhe opunham politicamente. A liberdade de expressão é um bem amplamente tutelado em nossa Carta, sob vários prismas⁷. Esta imunidade não implica em desoneração da empresa jornalística de impostos, dentre eles sobre a renda e o patrimônio. Alcançadas pela imunidade estão as idéias e as informações mesmo que pagas pelos usuários. Uma vez que se trata de imunidade objetiva, é irrelevante a qualidade do conteúdo veiculado, o que abrange tanto os livros ditos "sérios" quanto as revistas pornográficas, os gibis de quadrinhos e os diários oficiais. Enfim, visando permitir a mais ampla divulgação possível das idéias e informações é que a sociedade instituiu esta imunidade.

Em razão disto é que na expressão "livros, jornais e periódicos" entende-se não estar caracterizado o meio físico de sua veiculação. Hoje, quando a sociedade se comunica cada vez mais através de *bits* e menos por meio físico, deve-se entender como "livro, jornal ou periódico" não somente o que

⁷ Ver CF/88, arts. 5º, IV, V, IX, XIV, entre outros.

destas funções foram indicadas anteriormente. Outras existem, devem ser descobertas no texto. Porém, o conceito de *finalidade essencial* diz respeito a todas as atividades que permitem a estas entidades alcançar as determinações do texto e do contexto constitucional.

Daí porque, seguindo esta linha de raciocínio, é necessário distinguir em cada caso entre finalidades essenciais e secundárias. Dentre as finalidades essenciais de um partido político está a divulgação das idéias políticas de seus filiados. Portanto, tudo que for efetuado dentro deste desiderato, estará incluso no conceito de imunidade, como por exemplo, a realização de seminários, divulgação de revistas e panfletos etc. Contudo, não estará como finalidade essencial de um partido político obter rendas decorrente da locação de um imóvel, ou da exploração de um estacionamento. Neste caso, o que se pretende é obter rendas a fim de manter (ou incrementar) a entidade a fim de que esta realize sua finalidade essencial. Logo, esta é uma finalidade secundária, sujeita, portanto, à tributação normal.

Deve-se perquirir qual a *atividade* que a sociedade privilegiou para elencar aquela entidade na letra “c”, inciso VI, art. 150, CF/88, imunizando-a de impostos. Devem ser consideradas finalidades essenciais àquelas que coincidam com tal atividade; e secundárias as que não coincidam. O parâmetro constitucional para definição de finalidade essencial não é econômico, mas político (o que não quer dizer partidário). Portanto, a mera obtenção de renda para manutenção da instituição, por exemplo, através de aplicações financeiras, não se constitui em uma finalidade essencial, mas secundária.

As imunidades objetivas, que são as prescritas nas alíneas “b” e “d” do inciso VI do art. 150 da CF/88. A expressão templo de qualquer culto constante da alínea “b” do citado inciso é objeto de acirradas discussões doutrinárias. Segundo alguns renomados autores a expressão contempla apenas os

templos, ficando afastados os cultos. Daí porque ficariam apenas abrangidos pela imunidade os imóveis, ou eventualmente, os veículos, onde fosse proferido o culto.

Outros autores advogam que a aceção deve ser interpretada no sentido de reconhecer imunidade ao culto e não apenas ao templo. Ou seja, todas as atividades desenvolvidas no e para o *culto* encontram-se aptas a serem desoneradas através de imunidade.

Outra situação objetiva diz respeito a imunidade dos livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão, constante da letra “d” do inciso IV do art. 150, CF/88. O bem protegido é a liberdade de expressão, impedindo que o Estado, por vias transversas, a limite através da cobrança de impostos. Até recentemente, o Estado brasileiro usualmente criava embaraços para a importação de papel de imprensa para aqueles que se lhe opunham politicamente. A liberdade de expressão é um bem amplamente tutelado em nossa Carta, sob vários prismas⁷. Esta imunidade não implica em desoneração da empresa jornalística de impostos, dentre eles sobre a renda e o patrimônio. Alcançadas pela imunidade estão as idéias e as informações mesmo que pagas pelos usuários. Uma vez que se trata de imunidade objetiva, é irrelevante a qualidade do conteúdo veiculado, o que abrange tanto os livros ditos “sérios” quanto as revistas pornográficas, os gibis de quadrinhos e os diários oficiais. Enfim, visando permitir a mais ampla divulgação possível das idéias e informações é que a sociedade instituiu esta imunidade.

Em razão disto é que na expressão “livros, jornais e periódicos” entende-se não estar caracterizado o meio físico de sua veiculação. Hoje, quando a sociedade se comunica cada vez mais através de *bits* e menos por meio físico, deve-se entender como “livro, jornal ou periódico” não somente o que

⁷ Ver CF/88, arts. 5º, IV, V, IX, XIV, entre outros.

tiver sido impresso em papel, mas o que circular através de impulsos eletrônicos. Não deve haver nenhuma diferença tributária entre a circulação de um jornal impresso e o disponibilizado através da *Internet*. Em ambas as situações o que se busca é obter o maior alcance possível das idéias e informações disponíveis, seja através de meio físico ou eletrônico. Desta forma, a imunidade pode se dar *ou* (a) pelo produto (livro, jornal ou periódico), *ou* (b) pelo principal insumo necessário à sua produção para circulação através de meio físico (o papel destinado à sua impressão).

Enfim, a imunidade não é uma benesse, um privilégio que a sociedade concede, mas um ônus que assume aquela instituição que se obriga a cumprir os requisitos constitucionalmente estabelecidos para o exercício daquelas determinadas atividades. O titular da imunidade não é nem a instituição, nem o Estado, mas a sociedade, difusamente representada, que estabelece no ordenamento jurídico as diretrizes a serem seguidas por aqueles que desejam ser desonerados de impostos. O interesse das futuras gerações em uma sociedade melhor é que determina a desoneração tributária atual, sendo que o exercício cotidiano da cidadania é que permitirá alcançar este objetivo.

REFERÊNCIAS

BALEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária: uma introdução metodológica**. São Paulo: Saraiva, 1984.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Princípios Constitucionais Tributários e Competência Tributária**. São Paulo: RT, 1986.

_____. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 7. ed. São Paulo, 1995.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Comentários à Constituição de 1988: Sistema Tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

CORRÊA, Walter Barbosa. **Incidência, não Incidência e Isenção**. São Paulo: IBDT, 1975.

GUIMARÃES, Ylves José de Miranda. **Os Princípios e Normas Constitucionais Tributários**. São Paulo: LTr, 1976.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. São Paulo: RT, 1989.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Teoria da Imposição Tributária**. São Paulo: Saraiva, 1983.

MEIRA, Sílvio. **Direito Tributário Romano**. São Paulo: RT, 1978.

MELO, José Eduardo Soares de. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 1997.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

.....
 _____ . **IMUNIDADES**. São Paulo: Resenha Tributária e IBDT, 1990.

POGGI, Gianfranco. **A Evolução do Estado Moderno**. Rio de Janeiro : Zahar, 1981.

SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade do Estado Intervencionista**. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 6. ed. São Paulo: RT, 1990.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____ . **Os Direitos Humanos e a Tributação**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

_____ . **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

TRINDADE, A. A. Cançado. **Direitos Humanos e Meio Ambiente**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

SÚMULAS VINCULANTES: REQUISITOS E PRESSUPOSTOS PARA A APROVAÇÃO, NOS TERMOS DO ARTIGO 103-A DA CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1988

Bernardo Santos Torres
 Advogado da União

Carlos Eduardo Dantas de Oliveira Lima
 Advogado da União

Edson Rodrigues Marques
 Advogado da União. Especialista em
 Direito do Estado pela Universidade
 Candido Mendes. Professor Universitário

Rodrigo de Souza Aguiar
 Advogado da União

SUMÁRIO

1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS. 2 - CONCEITO. 3 - DIREITO COMPARADO E HISTÓRICO. 4 - DA EFICÁCIA LIMITADA DO ARTIGO 103-A DA CRFB. 5 - REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL. 6 - ATUALIDADE DA CONTROVÉRSIA. 7 - GRAVE INSEGURANÇA JURÍDICA E RELEVANTE MULTIPLICAÇÃO DE PROCESSOS SOBRE MATÉRIA IDÊNTICA. 8 - CONCLUSÕES. 9 - REFERÊNCIAS

1 - CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Trata-se de estudo, levado a efeito pelo Departamento de Acompanhamento Estratégico da Secretaria Geral do

Contencioso – SGCT desta Advocacia-Geral da União, acerca da introdução no ordenamento jurídico pátrio das chamadas súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

Nesse sentido, busca-se analisar os pressupostos e requisitos necessários à aprovação de enunciado de súmula com efeito vinculante, sobretudo em razão dos reflexos que poderão advir para a advocacia pública.

2 – CONCEITO

As súmulas nada mais são que a síntese dos julgamentos tomados em dado sentido pelos membros de um determinado tribunal, condensados em enunciados aprovados pela maioria absoluta de seus membros. Em outras palavras, o termo súmula significa o conjunto de enunciados que sufragam idêntica interpretação de preceito jurídico em tese, sem caráter obrigatório, mas, persuasivo, e que, devidamente numerados, estampam-se em repertórios.

Pelo que se observa da redação do art. 479, parágrafo único, do Código de Processo Civil¹, percebe-se que as súmulas não são elaboradas mediante um processo autônomo. Na verdade, são elas o resultado de um procedimento de uniformização da jurisprudência de um dado tribunal.

Embora não tivessem no regime jurídico anterior força vinculante, as súmulas editadas pelos Tribunais pátrios, máxime pelo Supremo Tribunal Federal, sempre serviram como ponto de referência para os juízos inferiores, os quais, na maioria das vezes, não ousavam divergir da orientação firmada pelas instâncias superiores. Em que pese a inexistência de caráter vinculante, muitas vezes era esse caráter verificado no pla-

no dos fatos, como são exemplos as súmulas nº 618, 648 e 670 da Excelsa Corte.

A inovação trazida por intermédio da introdução do art. 103-A na CRFB pela EC nº 45/04 é a atribuição de força vinculante aos enunciados contidos nas súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, relativamente a todos os órgãos jurisdicionais e administrativos, de quaisquer dos entes da Federação.

Dessa forma, na atual configuração, não poderão tais entes afastar-se da proposição contida na súmula, a qual, embora limitada em seu objeto e no grau de generalidade e abstração, possui evidente caráter normativo. Nos termos do parágrafo 3º do próprio art. 103-A, o desvio da orientação preconizada na súmula desafiará a interposição de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, o qual poderá, se for o caso, cassar a decisão proferida ou anular o ato administrativo.

3 – DIREITO COMPARADO E HISTÓRICO

Inicialmente, demonstra-se elucidativo analisar a legislação comparada a fim de se buscar institutos semelhantes à súmula vinculante. É certo que alguns modelos, como o *stare decisis* norte-americano e os *assentos* do direito português serviram como fonte de inspiração do legislador pátrio.

Nos países anglo-saxões, filiados à família da *common law*, avulta em importância a regra do precedente judicial – *stare decisis et non quia movere* (ficar com o que está decidido e não mover o que está em repouso) –, em que a jurisprudência, que revela os costumes, é fonte direta do Direito, tendo os fundamentos jurídicos e os princípios dali extraídos a fun-

ção de servir como critério ou parâmetro de julgamento para os casos análogos futuros.

No sistema americano, a Corte interpreta se o precedente oferecido a ela pelas partes terá força vinculante ou meramente persuasiva. Quando os fatos relevantes usados pela Corte no caso precedente para dar sua decisão forem suficientemente semelhantes àqueles do caso objeto de julgamento, então a Corte deve tratar o caso precedente como sendo vinculante, e, nessa hipótese, o princípio estabelecido no caso anterior deve ser aplicado, determinando a natureza do caso posterior, “se a regra de direito aplicada naquele caso não foi alterada pelo legislador”. Se a decisão anterior, entretanto, for tida por meramente persuasiva, a Corte usa seu poder discricionário para determinar qual a relevância a ser atribuída ao *decisum* anterior.

A utilização do sistema de precedentes nos Estados Unidos não impede que haja uma evolução interpretativa do Direito pelos Tribunais. A lei básica referente ao precedente pode ser mudada pelo legislador, a antiguidade pode tornar o precedente obsoleto, ou a maioria da Corte pode mudar sua filosofia judicial de tal modo que revogue um precedente anterior e estabeleça um novo precedente. A doutrina do *stare decisis* não impede as Cortes americanas superiores de substituírem ou revogarem o precedente. *Stare decisis* é uma prudente regra de julgamento, porém não é um comando universal e inexorável.

Tendo em vista a tendência de aproximação entre os sistemas em confronto, chega-se à fundada constatação de que o precedente não é, modernamente, um patrimônio exclusivo dos sistemas de *common law*, sendo, ao revés, um fenômeno difuso e tendencialmente unitário, presente e importante também na maioria dos ordenamentos, inclusive nos ordena-

mentos de *civil law* (guardadas, por óbvio, as peculiaridades de cada sistema e os diferentes graus de influência dos precedentes para os casos sucessivos em cada Estado soberano). Pode-se, por isso, afirmar que o problema da eficácia do precedente (ou da intensidade da influência que exerce sobre a decisão de um caso futuro) é bem mais complexo e variado do que resulta da simples distinção entre eficácia vinculante e eficácia persuasiva, ou entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, inclusive nos países filiados à família da *common law*.

Não obstante a inegável semelhança com o instituto *stare decisis non quia movere*, adotado nos países do chamado sistema jurídico da *common law*, a súmula vinculante, em verdade, origina-se dos chamados Assentos da Casa de Suplicação que foram adotados em Portugal à época das Ordenações Filipinas e posteriormente vigoraram também no Brasil, com base na Lei nº 2.684 de 1875. Vale observar que os *assentos* constituíam interpretação autêntica das leis e tinham força legislativa (obrigatória).

A atribuição de “força geral e obrigatória” aos assentos pelo Código Civil português não teve aceitação pacífica na doutrina e jurisprudência lusitana, em razão de sua duvidosa constitucionalidade. Argumentava-se que a atividade interpretativa do Supremo Tribunal de Justiça, nesse ponto, estaria invadindo a esfera de competências do Poder Legislativo.

Foi então que, em 1994, o Tribunal Constitucional português declarou em parte a inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil, especificamente a expressão “força obrigatória e geral”. O Tribunal se valeu da conhecida técnica de interpretação conforme a Constituição, e que foi vazada, em sua ementa, nos seguintes termos:

"I. A norma do art. 2º do Código Civil, na parte em que atribui aos tribunais competência para fixar doutrina com força obrigatória geral, é inconstitucional, porque viola o disposto no art. 115º da Constituição (que estabelece o princípio da tipicidade das espécies legislativas, mais ou menos semelhante ao art. 59 da Constituição brasileira de 1988). II. A referida norma deixará de conflitar com o nº 5 do art. 115 da Constituição se for entendida no sentido de que os tribunais podem fixar, por meio de assentos, doutrina obrigatória para os tribunais integrados na ordem do tribunal emitente, susceptível de vir alterada por este, e desde que não vincule a comunidade em geral (porque aí seriam leis), estando assim sujeita, em princípio, à contradita das partes".

A reforma processual ocorrida em 1995 extirpou definitivamente o instituto dos assentos do ordenamento jurídico português. O Dec.-lei nº 329-A, de 12.12.1995, revogou totalmente não só o art. 2.º do Código Civil, como todos os artigos do Código de Processo Civil que disciplinavam a matéria (arts. 763 a 770). As razões trazidas pelo legislador, expostas no preâmbulo do referido diploma, estabelecem que *"a normal autoridade e força persuasiva de decisão do Supremo Tribunal de Justiça, obtida no julgamento ampliado de revista, será perfeitamente suficiente para assegurar, em termos satisfatórios, a desejável unidade da jurisprudência, sem produzir o enquistamento ou cristalização das posições tomadas pelo Supremo"*.

Afora os assentos, um antigo instituto que dava eficácia vinculativa às decisões dos tribunais no Brasil foi o prejudgado, limitado ao processo trabalhista. O artigo 902 da Consolidação das Leis do Trabalho, revogado pela Lei 7.033, de 5 de outubro de 1982, estabelecia que *"é facultado ao Tribunal Superior do Trabalho estabelecer prejudgados, na forma que*

prescrever o seu regimento interno". A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho cristalizada nos prejudgados tinha força de lei para os juízos inferiores.

Com relação às súmulas, elas surgiram no direito brasileiro na década de 60, quando o Supremo Tribunal Federal, por influência do Ministro Victor Nunes Leal, criou seu sistema de súmulas (Súmula de Jurisprudência Predominante) por emenda ao Regimento Interno, datado de agosto de 1963. Sua extensão aos demais tribunais ocorreu com a expressa previsão em lei, em 1973, no art. 479 do Código de Processo Civil, ainda hoje vigente, que assim dispõe:

Art. 479. O julgamento tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização de jurisprudência.

Parágrafo único - Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

É interessante ressaltar que o anteprojeto do atual Código de Processo Civil pátrio, da lavra do Professor Alfredo Buzaid, pretendia consagrar solução inspirada no antigo direito português, a dos *assentos* vinculativos. Pelo anteprojeto referido (arts. 518 e 519), a decisão tomada por maioria absoluta dos membros do tribunal permitiria ao seu Presidente, em obediência ao decidido, baixar um *assento*, que seria obrigatório (após 45 dias de sua publicação) enquanto não modificado por outro acórdão do mesmo tribunal proferido nas mesmas condições.

Contudo, a comissão revisora houve por bem sugerir a supressão de todo o capítulo, entendendo que, a se manter a

eficácia vinculante dos assentos, o futuro Código colocar-se-ia em contraste com a Constituição da República. O projeto abandonou a solução dos assentos com força de lei; não suprimiu o capítulo, mas deu-lhe nova feição, essa inspirada na Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, após anos de discussão no Congresso Nacional, veio à tona a chamada “Reforma do Poder Judiciário”, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual, dentre outras medidas, introduziu o instituto das súmulas vinculantes no ordenamento pátrio, ao acrescentar o art. 103-A na CRFB.

4 - DA EFICÁCIA LIMITADA DO ART. 103-A DA CRFB

A recente instituição das chamadas súmulas vinculantes, nos termos em que disciplinada pela EC nº 45, desvia o foco dos estudos sobre o tema. Antes da promulgação da emenda, muito se discutia em doutrina, com firmes porém antagônicas posições defendidas por estudiosos de escol, sobre a viabilidade e a oportunidade da adoção das referidas súmulas no sistema jurídico pátrio. Entretanto, considerando que já vigora previsão constitucional para sua adoção, as atenções, no momento, devem dirigir-se à reflexão acerca da efetiva aplicabilidade da norma constitucional que possibilitou a adoção de enunciados vinculantes.

O grupo de trabalho instituído pela Portaria Conjunta AGU/PGF nº 04, de 18 de março de 2005, que esteve responsável pela análise do dispositivo constitucional que prevê a edição das súmulas vinculantes, concluiu que, a despeito de o artigo 103-A da CRFB conter razoável disciplina quanto

aos requisitos indispensáveis à validade da súmula, tal norma carece de maior especificação. Os pontos que estão sem qualquer previsão normativa são, especialmente, os que se referem ao processamento do requerimento para edição, revisão e cancelamento de súmula e, também, o que desafia as atividades do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral da República e dos *amicii curiae* em tais procedimentos.

Cumprе evidenciar que a referida emenda constitucional indica, em seu artigo 7º, que:

“O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso a justiça e mais célere a prestação jurisdicional.”

A respeito da necessidade de uma lei que regulamente os mais diversos aspectos relativos à súmula vinculante, o eminente professor Humberto Theodoro Júnior, em artigo publicado recentemente, mostra-se tendente a compreender o dispositivo constitucional como norma de eficácia limitada, ou seja, norma que dependa de regulamentação legal para sua plena produção de efeitos.²

Nesse mesmo sentido, aliás, é o ensinamento de Luiz Flávio Gomes:

(n) as súmulas podem ser revisadas ou canceladas na forma estabelecida em lei. A lei dirá (ainda não existe essa lei) como será feita a revisão e o cancelamento de uma súmula. A norma que cuida da súmula vinculante (CF, art. 103-A) seria hoje

auto-aplicável? Há controvérsia. O regimento interno do Supremo Tribunal Federal cuida da aprovação de súmulas, mas ficou defasado depois da EC 45/2004. Logo, melhor entendimento será: sem lei versando sobre o tema não pode o Supremo Tribunal Federal aprovar súmula vinculante. É preciso aguardar lei futura porque muitos pontos (decisões reiteradas, insegurança jurídica etc.) previstos na constituição configuram conceitos abertos (porosos, pendentes de interpretação e de definição). Se as súmulas vinculantes destinam-se a evitar a insegurança jurídica, não se pode concebê-las precisamente quando há insegurança em relação à sua aprovação, revisão ou cancelamento³

Colhe-se, ainda, no sentido acima citado, o entendimento do professor Sérgio Seiji Shimura:

Creemos que, além de outros aspectos sublinhados abaixo, está a depender de lei regulamentadora o procedimento, tanto para aprovação, revisão ou cancelamento da súmula, considerando que o atual regimento interno do Supremo Tribunal Federal não faz alusão à vinculação de seus efeitos (artigo 102 e seguintes do RI Supremo Tribunal Federal).⁴

Entretanto, impõe ressaltar, como bem evidenciou o grupo de trabalho supra referido, que o entendimento a ser adotado pelo Supremo Tribunal Federal pode se guiar em sentido diverso, atribuindo eficácia plena ao dispositivo em questão, mormente em face da especificidade dos pressupostos contidos na redação do artigo 103-A da Carta Magna, da expiração do prazo estipulado pelo constituinte derivado para a regulamentação da matéria e do momento de extremo asoerboamento das instâncias superiores com matérias reiteradas.

Salienta-se, também, que, desde a discussão das propostas que objetivavam a inclusão das súmulas vinculantes no ordenamento constitucional pátrio, vários Ministros de Tribunais Superiores, entre os quais o Min. Gilmar Mendes⁵ e o Min. Carlos Velloso⁶, mostraram-se favoráveis à proposta, como uma solução definitiva para o problema da multiplicação de processos que discutam a mesma questão jurídica.

Em sede doutrinária, há vozes autorizadas defendendo a eficácia plena do dispositivo contido no artigo 103-A da Constituição da República:

Há situações em que a norma constitucional basta por si mesma, e a referência à lei que deverá ser produzida significa não uma limitação, mas uma autorização à eventual previsão legal sobre o tema. Isso se dá, especialmente, nos casos em que a norma constitucional contém todos os elementos necessários para a sua eficácia, e a lei federal a ser elaborada nada teria a regular, senão aspectos secundários. (...). Aplicando-se essas diretrizes ao artigo 103-A da CF, ora inserido pela EC n. 45/2004, conclui-se que a referida norma constitucional contém todos os elementos necessários à sua efetivação, (...).⁷

Cumpra-se asseverar, apenas a título de informação útil para se avaliar a tendência que poderá ser encampada pelo Supremo Tribunal Federal, que já há proposta de súmula vinculante em curso junto a essa Corte, que não foi até agora apreciada pelos Magistrados que a integram.

De outro lado, impõe-se frisar que a Carta Magna defere aos Ministros da Corte Constitucional a possibilidade de, *ex officio*, formular proposição de súmula vinculante, a ser levada a plenário para aprovação. Contudo, tal providência, a despeito de o dispositivo constitucional estar em vigência há

quase 11 (onze) meses, não foi encampada por nenhum dos integrantes daquela instituição.

Há de se trazer a lume, ainda, que o dispositivo constitucional em estudo, qual seja, o artigo 103-A da Constituição da República, já conta com proposta de alteração em curso no Congresso Nacional, da autoria do Deputado José Eduardo Cardozo, apresentada em data de 17 (dezessete) de março, tendo a referida proposta de emenda à Constituição recebido o número de ordem 377/2005, e que tem como objetivo a supressão do mecanismo de vinculação das súmulas, transformando-a em expediente que impeça a interposição de recursos (súmula impeditiva de recurso).

Diante das sólidas manifestações doutrinárias que sustentam a eficácia limitada do dispositivo constitucional em exame, além do quadro fático acima delineado, mister concluir-se que, de fato, a norma do artigo 103-A da Constituição da República carece de lei para atingir os seus almejados efeitos.

5 - REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

Da mesma forma que atribuiu caráter vinculativo às súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, traçou a EC nº 45 os limites que devem ser observados na adoção de tal medida. Extrai-se do dispositivo constitucional os requisitos e os pressupostos que devem ser observados pela Corte Suprema ao editar o referido ato normativo.

Para tanto, necessário trazer-se à colação o contido no art. 103-A da CRFB:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus mem-

bro, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Como visto, estabelece o *caput* do dispositivo acima transcrito os requisitos para a atribuição de efeito vinculante às proposições sumulares, a saber:

- a) aprovação por, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal;
- b) reiteradas decisões;
- c) constitucionalidade da matéria; e
- d) publicação na imprensa oficial.

Depende, ainda, a atribuição de efeito vinculativo aos enunciados contidos nas súmulas do Supremo Tribunal Federal da presença dos pressupostos previstos no parágrafo primeiro do art. 103-A, a seguir descritos:

- a) limitação do objeto à validade, interpretação e eficácia de normas determinadas;
- b) atualidade da controvérsia entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração;
- c) grave insegurança jurídica; e
- d) relevante multiplicação de processos sobre a questão.

Assim, não poderá o Supremo Tribunal Federal afastar-se, quando da apreciação das propostas de súmulas vinculantes, das balizas constitucionalmente estabelecidas, sob pena de se reputar inconstitucional a edição do ato. Deve, portanto, observar a existência ou não dos requisitos e pressupostos contidos no art. 103-A da CRFB.

Nessa linha, começa a se desenvolver importante corrente doutrinária, capitaneada pelo professor José Carlos Barbosa Moreira, cujas lições merecem transcrição:

Seja como for, a eficácia vinculante, no texto da Carta da República, tal como resultou da Emenda Constitucional nº 45, está rigorosamente limitada às hipóteses previstas no art. 103-A e subordinada ao concurso (que o Supremo Tribunal Federal não pode dispensar) dos pressupostos ali enumerados. A inclusão de qualquer proposição sem a observância de tais limites e pressupostos violará a CF. As proposições que já constavam na Súmula da Corte só adquirirão eficácia vinculante se e quando forem confirmadas por dois terços, no mínimo, dos Ministros (art. 8º da Emenda Constitucional nº 45).

Confirmação que terá de levar em conta os requisitos do art. 103-A, exigíveis com relação àquelas não menos que às proposições supervenientes.⁸

Dentre os requisitos e pressupostos enumerados no art. 103-A, apenas três deverão ensejar uma maior discussão sobre o seu conceito e extensão. São os relativos à “atualidade da controvérsia entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração”, “grave insegurança jurídica” e “relevante multiplicação de processos sobre a questão”, que serão analisados separadamente. Os demais requisitos e pressupostos, dada a precisão de seus conceitos, não deverão ocasionar maiores discussões, razão pela qual seu estudo não carece de maior aprofundamento.

6 - ATUALIDADE DA CONTROVÉRSIA

De longe é esse o pressuposto que mais polêmica poderá gerar sobre seu conceito e extensão. Avulta a importância de sua precisão, em face de os pressupostos “grave insegurança jurídica” e “relevante multiplicação de processos” serem secundários, conforme se infere da expressão “que acarrete”, contida no § 1º do art. 103-A da CRFB.

A expressão “atualidade da controvérsia entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração” restringe a edição de súmulas vinculantes àquelas matérias ainda objeto de divergência jurisprudencial ou, no mínimo, de controvérsia entre o Poder Judiciário e a Administração Pública. Afastadas estarão, em face da adoção desse conceito, as matérias que, embora sejam objeto de um número ainda expressivo de demandas, já se encontrem pacificadas no âmbito do Poder Judiciário, bem como aquelas em relação às quais não haja divergência entre o Poder Judiciário e a Administração.

Dessa feita, estariam de fora da nova sistemática aquelas demandas que, embora já possuam jurisprudência consolidada, há anos se arrastam nos Tribunais em face da ineficiência de nossos sistemas processual e judicial. O instituto da súmula vinculante serviria, tão-somente, para a eliminação de decisões judiciais conflitantes, de forma a garantir segurança às relações jurídicas submetidas ao Poder Judiciário, como também a redução do número de ações nas demandas que envolvem o Poder Público, em face do caráter vinculante em relação à Administração Pública.

Esse, aliás, é o entendimento que a doutrina vem dando à expressão, conforme se pode inferir das seguintes transcrições:

Ocioso frisar que o Supremo Tribunal Federal está obrigado a respeitar escrupulosamente os limites postos ao poder de atribuir efeito vinculante a proposições que sua jurisprudência consagre. Não lhe é lícito – e sem dúvida alguma se absterá de fazê-lo – atribuir aquele efeito vinculante a proposições relativas à matéria de índole não constitucional, ou afirmadas em dois ou três julgamentos isolados, ou a respeito da qual inexistam “controvérsia atual” (isto é, contemporânea à vinculação, excludas portanto as controvérsias já mortas e sepultas).⁹ (grifou-se)

É preciso que exista, no momento da edição da súmula, controvérsia a respeito da validade, interpretação ou eficácia de norma constitucional, não podendo ser editada súmula para dispor acerca de matéria já pacificada...¹⁰

... Não é autorizada a vinculação se inexistir dissenso; o que deverá ser verificado no presente, ou seja, o passado (divergência ultrapassada – solução desnecessária) e o futuro (que ainda poderá ocorrer – solução preventiva) são excluídos pela exigência da atualidade da controvérsia.¹¹

No mesmo sentido, Rodolfo Camargo Mancuso, com propriedade, assenta:

A controvérsia acerca da norma virtualmente vocacionada a ser sumulada não pode estar superada por entendimento subsequente, mas deve estar ainda consistente no momento em que o Supremo Tribunal Federal examina a possibilidade de sumulação, o que bem se compreende, porque uma súmula justifica-se por sua capacidade de dirimir, definitivamente, conflito interpretativo de atualidade.¹²

Tal sentido, aliás, parece ser o mais fiel às origens históricas do instituto, uma vez que tanto o *stare decisis* quanto os assentos da Casa de Suplicação de Portugal, bem como os prejulgados do direito trabalhista prestavam-se a garantir a uniformidade dos julgados, de forma a concretizar a segurança jurídica. De fato, se a matéria, nos termos usados pelo Professor Barbosa Moreira, encontra-se “morta e sepulta”, não há uniformidade a garantir, nem segurança jurídica a proteger, não sendo o caso de súmula vinculante.

Contudo, poderá o Pretório Excelso entender, dando uma interpretação extensiva ao dispositivo, que a expressão “atualidade da controvérsia” é medida pela existência de um contingente relevante de demandas tramitando sobre dada matéria, estabelecendo, portanto, um critério quantitativo e não, qualitativo. Dessa forma, estariam incluídas nas matérias passíveis de vinculação aquelas já pacificadas pelos tribunais pátrios, mas ainda objeto de demandas judiciais.

Tal entendimento, embora se afaste um pouco do prisma constitucional, poderia encontrar amparo nos objetivos anunciados (tanto nos meios acadêmicos quanto nos meios de comunicação) da Emenda Constitucional nº 45/2004, que

são o de desafogar o Poder Judiciário e de acelerar a tramitação dos processos judiciais. De fato, caso seja outro o sentido dado à expressão, estariam excluídas da nova sistemática a maior parte das demandas que tramitam na justiça brasileira, que são de matérias já pacificadas pelos tribunais pátrios, o que frustraria os mencionados objetivos.

Entretanto, não parece ser essa a interpretação que irá prevalecer no Egrégio Supremo Tribunal Federal, já que fundada em bases não muito sólidas. É que, se a expressão “atualidade da controvérsia” significasse a existência de um contingente relevante de demandas tramitando sobre dada matéria, não haveria como se explicar a previsão, contida no próprio § 1º do art. 103-A da CRFB, da exigência de “relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”.

De mais a mais, se o dispositivo constitucional estabelece o requisito cumulativo de “grave insegurança jurídica”, não há como afastar a idéia de que, para a adoção de súmula vinculante, torna-se imprescindível a existência de decisões judiciais contrárias ou de divergência entre o entendimento adotado pela Administração e o adotado pelo Judiciário. De fato, se a matéria encontra-se “morta e sepulta”, não há uniformidade a garantir, nem segurança jurídica a se proteger.

Se ainda não bastasse, o estudo das origens do instituto ora em análise, bem como a observância de institutos similares no direito comparado demonstra que o mesmo não se presta aos objetivos anunciados quando dos debates da Reforma do Judiciário. A finalidade dos institutos estudados se inclina mais para a busca da uniformidade dos julgados e da segurança jurídica do que para a anunciada celeridade processual e “desafogamento” do Poder Judiciário.

7 - GRAVE INSEGURANÇA JURÍDICA E RELEVANTE MULTIPLICAÇÃO DE PROCESSOS SOBRE MATÉRIA IDÊNTICA

Importa destacar, ainda quanto aos pressupostos constitucionais para a edição de súmulas vinculantes, o que representa a “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. O primeiro ponto de relevo é o que identifica que tais requisitos devem ser considerados como cumulativos, em virtude da presença da conjunção aditiva “e”. Ou seja, não basta a presença de um ou outro requisito para que restem atendidas as diretrizes constitucionais e sim, o imprescindível reconhecimento de ambos.

Vale frisar que as balizas constitucionais indispensáveis à validade de uma súmula vinculante, mormente no que concerne ao pressuposto ora analisado, parecem ser bem mais rígidas do que as impostas pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, para o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (artigo 14, III). No referido diploma legal, há referência apenas à “existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”, mas não há qualquer referência expressa à grave insegurança jurídica.

Entretanto, uma leitura atenta dos referidos dispositivos leva a crer que os requisitos não são, de todo, divergentes. Ao contrário, não é absurdo sustentar que os mesmos, a despeito da diferente redação, apresentam estreita semelhança.

Ora, se a Lei nº 9.868/99 exige que haja relevante controvérsia judicial acerca da aplicação de um dispositivo frente à CRFB e o artigo 103-A, que implementa as súmulas vinculantes, impõe que se verifique, para efeito de proposição

das mencionadas súmulas, grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas, razoável se afigura o entendimento de que a “grave insegurança jurídica” é requisito implícito para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

Isso porque, há de se esclarecer, para que uma questão constitucional seja discutida em um grande número de demandas, em que haja divergência relevante sobre questão constitucional, a uniformização do entendimento que guarde compatibilidade com a Constituição Federal é tarefa necessária de modo a se preservar a segurança jurídica, escopo maior da existência das súmulas vinculantes como também da ação declaratória de constitucionalidade.

Aliás, o estado de incerteza e, portanto, de insegurança jurídica que leva à leitura e aplicação de uma norma inconstitucional, já se mostra suficiente, quando, por óbvio, isso for verificado em número significativo de processos, para que seja adotada uma interpretação uniforme da norma constitucional, com efeitos vinculantes nas esferas do Poder Judiciário e na Administração Pública.

Nesse sentido, bem sintetiza a questão o professor Gustavo Santana Nogueira afirmando que “*toda insegurança jurídica, provocada pelo fato de casos análogos receberem decisões diferentes, é grave por si só*”.¹³

Não se justifica, pois, a manutenção de um estado de incerteza jurídica capaz de fazer com que diversos cidadãos façam uso de seu direito de ação para pleitear algo que o direito material não lhes garante. Por outro lado, dentro de uma perspectiva que contemple os escopos sociais do processo, não há lógica que um cidadão tenha que fazer uso obrigatório

da via jurisdicional para fazer jus a um direito que tal Poder certamente lhe reconheceria.

No que concerne à relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, pode-se afirmar que tal requisito encontra-se irremediavelmente atrelado à “grave insegurança jurídica” que se encontra positivada no § 1º do artigo 103-A da Constituição. São estes, pois, requisitos cumulativos e complementares.

Embora se perceba que decisões divergentes sobre questão idêntica, mesmo que em pequena quantidade, são causa de insegurança jurídica, a Carta da República assevera que, para efeito da edição de enunciados vinculantes, há de se verificar uma relevante multiplicação de processos sobre determinado tema, hábil a justificar a vinculação a um único comando decisório.

Nesse ponto, como frisado, afigura-se bastante razoável estender-se ao artigo 103-A da Constituição da República, o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal para a admissibilidade das ações declaratórias de constitucionalidade. Elucidativas as palavras do Ministro Celso de Mello quando do julgamento da ADC nº 8, em que se enfatizou que deve o requerente:

(...) desde logo demonstrar que se estabeleceu, em termos numericamente relevantes, ampla controvérsia em torno da validade jurídica da norma federal (...). Seria preciso – mais do que a mera ocorrência de dissídio pretoriano – que a situação de divergência jurisdicional, caracterizada pela existência de um número expressivo de decisões conflitantes, faça instaurar, ante o elevado coeficiente de pronunciamentos judiciais colidentes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz

das mencionadas súmulas, grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questões idênticas, razoável se afigura o entendimento de que a “grave insegurança jurídica” é requisito implícito para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade.

Isso porque, há de se esclarecer, para que uma questão constitucional seja discutida em um grande número de demandas, em que haja divergência relevante sobre questão constitucional, a uniformização do entendimento que guarde compatibilidade com a Constituição Federal é tarefa necessária de modo a se preservar a segurança jurídica, escopo maior da existência das súmulas vinculantes como também da ação declaratória de constitucionalidade.

Aliás, o estado de incerteza e, portanto, de insegurança jurídica que leva à leitura e aplicação de uma norma inconstitucional, já se mostra suficiente, quando, por óbvio, isso for verificado em número significativo de processos, para que seja adotada uma interpretação uniforme da norma constitucional, com efeitos vinculantes nas esferas do Poder Judiciário e na Administração Pública.

Nesse sentido, bem sintetiza a questão o professor Gustavo Santana Nogueira afirmando que “*toda insegurança jurídica, provocada pelo fato de casos análogos receberem decisões diferentes, é grave por si só*”.¹³

Não se justifica, pois, a manutenção de um estado de incerteza jurídica capaz de fazer com que diversos cidadãos façam uso de seu direito de ação para pleitear algo que o direito material não lhes garante. Por outro lado, dentro de uma perspectiva que contemple os escopos sociais do processo, não há lógica que um cidadão tenha que fazer uso obrigatório

da via jurisdicional para fazer jus a um direito que tal Poder certamente lhe reconheceria.

No que concerne à relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica, pode-se afirmar que tal requisito encontra-se irremediavelmente atrelado à “grave insegurança jurídica” que se encontra positivada no § 1º do artigo 103-A da Constituição. São estes, pois, requisitos cumulativos e complementares.

Embora se perceba que decisões divergentes sobre questão idêntica, mesmo que em pequena quantidade, são causa de insegurança jurídica, a Carta da República assevera que, para efeito da edição de enunciados vinculantes, há de se verificar uma relevante multiplicação de processos sobre determinado tema, hábil a justificar a vinculação a um único comando decisório.

Nesse ponto, como frisado, afigura-se bastante razoável estender-se ao artigo 103-A da Constituição da República, o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal para a admissibilidade das ações declaratórias de constitucionalidade. Elucidativas as palavras do Ministro Celso de Mello quando do julgamento da ADC nº 8, em que se enfatizou que deve o requerente:

(...) desde logo demonstrar que se estabeleceu, em termos numericamente relevantes, ampla controvérsia em torno da validade jurídica da norma federal (...). Seria preciso – mais do que a mera ocorrência de dissídio pretoriano – que a situação de divergência jurisdicional, caracterizada pela existência de um número expressivo de decisões conflitantes, faça instaurar, ante o elevado coeficiente de pronunciamentos judiciais colidentes, verdadeiro estado de insegurança jurídica, capaz

de gerar um cenário de perplexidade social e de grave comprometimento da estabilidade do sistema de Direito Positivo vigente no país.

Na mesma linha de raciocínio, lecionando, porém, em matéria de súmulas vinculantes, manifesta-se o insigne Candido Rangel Dinamarco:

Ainda que haja discrepância entre julgados, deixa de existir uma razão social para o empenho de uniformizar mediante súmulas de eficácia erga omnes, enquanto da divergência não resultarem incômodos a um número significativo de pessoas.¹⁴

Com efeito, entende-se que é nesta realidade próxima à exigida para a admissibilidade da ação declaratória de constitucionalidade que a Corte Maior deve se pautar com relação aos requisitos ora em exame, para avaliar a possibilidade de aprovação de enunciados vinculantes.

Importa dizer, por fim, que a “grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” deve compatibilizar-se com o pressuposto da “controvérsia atual”, de modo que se atendam aos contornos constitucionais exigíveis para a adoção das súmulas com eficácia vinculante.

8 – CONCLUSÕES

As súmulas nada mais são do que a síntese dos julgamentos tomados em dado sentido pelos membros de um determinado tribunal, condensados em enunciados aprovados pela maioria absoluta de seus membros. A inovação trazida por intermédio da introdução do art. 103-A na CRFB pela EC nº 45/04 é a atribuição de força vinculante aos enunciados contidos nas súmulas editadas pelo Supremo Tribunal

Federal, relativamente a todos os órgãos jurisdicionais e administrativos, de quaisquer dos entes da federação.

Dois institutos encontrados no direito comparado podem ser apontados como fonte de inspiração de nossa súmula vinculante: a *stare decisis* do direito norte-americano e os *assentos* do direito português, tendo sido este último, aliás, integrado ao direito brasileiro, pela Lei nº 2.684, de 1875. Apontase, ainda, como precursores do instituto os antigos prejulgados do processo do trabalho.

No mais, a primeira discussão que se trava em relação às súmulas vinculantes é sobre a aplicabilidade do art. 103-A da CRFB. A tendência majoritária na doutrina que já se inicia sobre o assunto é no sentido da eficácia limitada da norma, cuja aplicação dependeria de norma regulamentadora. Tal tendência é reforçada por algumas práticas adotadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal, a saber: a) não proposição, *ex officio*, por nenhum de seus membros, de temática pertinente à aprovação de súmula vinculante, após quase 11 (onze) meses da entrada em vigor da EC nº 45/04 e, b) não deliberação sobre proposta já formulada.

No entanto, há vezes em sentido contrário. Deve, portanto, ser tomado em consideração o risco de sobrestamento do pedido ou até mesmo de seu indeferimento, no momento da decisão da apresentação ou não das propostas antes de eventual regulamentação.

Da mesma forma que atribuiu caráter vinculativo às súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, traçou a EC nº 45 os limites que devem ser observados na adoção de tal medida. O *caput* do art. 103-A estabelece os requisitos para a atribuição de efeito vinculante às proposições sumulares,

a saber: a) aprovação por, no mínimo, 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal; b) reiteradas decisões no mesmo sentido; c) constitucionalidade da matéria; e d) publicação na imprensa oficial.

O § 1º do art. 103-A, por sua vez, prescreve os pressupostos: a) limitação do objeto à validade, interpretação e eficácia de normas determinadas; b) atualidade da controvérsia entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração; c) grave insegurança jurídica e d) relevante multiplicação de processos sobre a questão.

Dentre os requisitos e pressupostos enumerados no art. 103-A, apenas três devem ensejar maior discussão sobre o seu conceito e extensão. São os relativos à “atualidade da controvérsia entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração”, “grave insegurança jurídica” e “relevante multiplicação de processos sobre a questão”.

A expressão “atualidade da controvérsia entre órgãos jurisdicionais ou entre esses e a administração” restringe a edição de súmulas vinculantes àquelas matérias ainda objeto de divergência jurisprudencial ou, no mínimo, de controvérsia entre o Poder Judiciário e a Administração Pública. Afastadas estarão, portanto, as matérias que, embora sejam objeto de um número ainda expressivo de demandas, já se encontrem pacificadas no âmbito do Poder Judiciário, bem como aquelas em relação às quais não haja divergência entre o Poder Judiciário e a Administração. Parece ser essa a tendência que irá prevalecer, haja vista a acolhida doutrinária que já vem recebendo.

Contudo, poderá o Pretório Excelso entender, dando uma interpretação extensiva ao dispositivo, que a expressão

“atualidade da controvérsia” é medida pela existência de um contingente relevante de demandas sobre idêntico assunto, estabelecendo, portanto, um critério quantitativo e não, qualitativo. Dessa forma, estariam incluídas nas matérias passíveis de vinculação aquelas que, embora pacificadas pelos tribunais pátrios, ainda continuam sendo objeto de demandas judiciais.

No que tange à grave insegurança jurídica e a relevante multiplicação de processos, observa-se uma certa semelhança entre esses requisitos e os estabelecidos na Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, para o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (artigo 14, III). Tal fato reforça ainda mais a idéia da necessidade de efetiva controvérsia judicial, demonstrada pela divergência de manifestações para a aprovação de súmulas vinculantes.

Dentro de uma perspectiva finalística, tendo-se em mente os objetivos legitimadores da edição da Emenda Constitucional de nº 45, pode prevalecer junto ao Supremo Tribunal Federal a interpretação que considere os requisitos contidos no § 1º do artigo 103-A da CRFB como verdadeiros vetores da política judiciária que se pretende estabelecer, dando apoio à resolução uniforme e célere das questões reiteradamente decididas. Seria bastante razoável que não houvesse uma interpretação em que se privilegie a mera literalidade dos requisitos contidos no dispositivo, em função da realidade vivenciada pelo Tribunais.

Trata-se de interpretação possível, mas de duvidosa prevalência. É que, como dito, já há forte tendência, com expressiva acolhida doutrinária, no sentido de que estariam de fora do objeto das súmulas vinculantes as matérias já pacificadas, em face dos requisitos “controvérsia atual” e “grave insegurança jurídica”. Tal entendimento, aliás, guarda estreita

consonância com as suas origens históricas, bem como com os institutos semelhantes existentes no direito comparado.

Como visto, a se pensar que o pressuposto da “controvérsia atual” ganhe interpretação extensiva, bastaria a demonstração de existência de diversas ações judiciais em curso que possuam como objeto casos semelhantes, de modo que restasse suprido esse requisito.

Ressalte-se, no entanto, que essa exegese configura um caminho por demais perigoso. Primeiramente, da análise da redação do §1º do art. 103-A, conclui-se que a existência dos requisitos “controvérsia atual”, “insegurança jurídica” e “relevante multiplicação de processos” sinaliza no sentido de que, na edição das súmulas vinculantes, deve-se adotar uma rígida verificação dos seus pressupostos, o que levará a Egrégia Corte Suprema a não adotar uma interpretação extensiva dos mesmos.

Posto isso, observa-se que, a se respeitar os contornos constitucionais instituídos pelo legislador constituinte derivado para a aprovação das súmulas vinculantes, não se verificarão, no plano dos fatos, os objetivos de redução de demandas e recursos com idêntica solução indicados como legitimadores da Reforma do Judiciário, privilegiando, contudo, e sem a menor sombra de dúvida, a segurança jurídica.

9 – REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Reflexões envolvendo a Implantação da Súmula Vinculante decorrente da Emenda Constitucional n. 45. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 26, Maio de 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil & Processual Civil*, a. VI, n. 35, mai./jun. 2005.

_____. A atribuição de eficácia vinculativa às proposições já incluídas na “Súmula de Jurisprudência Predominante” do Supremo Tribunal Federal. *Revista Seleções Jurídicas*, mai./2005.

DELGADO, José Augusto. A Súmula Vinculante e a Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, a. XIV, n. 6, jun. 1998.

FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante – solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um controditório de natureza coletiva (amicus curiae). In : REFORMA DO JUDICIÁRIO – PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins. A aplicação restrita da súmula vinculante em prol da efetividade do Direito. *Revista de Processo*, a. 29, n. 116, jul./ago. 2004.

LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula Vinculante: um desafio. *Revista de Processo*, a. 30, n. 120, fev. 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula Vinculante e a EC N. 45/2004. In : REFORMA DO JUDICIÁRIO – PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

consonância com as suas origens históricas, bem como com os institutos semelhantes existentes no direito comparado.

Como visto, a se pensar que o pressuposto da “controvérsia atual” ganhe interpretação extensiva, bastaria a demonstração de existência de diversas ações judiciais em curso que possuam como objeto casos semelhantes, de modo que restasse suprido esse requisito.

Ressalte-se, no entanto, que essa exegese configura um caminho por demais perigoso. Primeiramente, da análise da redação do §1º do art. 103-A, conclui-se que a existência dos requisitos “controvérsia atual”, “insegurança jurídica” e “relevante multiplicação de processos” sinaliza no sentido de que, na edição das súmulas vinculantes, deve-se adotar uma rígida verificação dos seus pressupostos, o que levará a Egrégia Corte Suprema a não adotar uma interpretação extensiva dos mesmos.

Posto isso, observa-se que, a se respeitar os contornos constitucionais instituídos pelo legislador constituinte derivado para a aprovação das súmulas vinculantes, não se verificarão, no plano dos fatos, os objetivos de redução de demandas e recursos com idêntica solução indicados como legitimadores da Reforma do Judiciário, privilegiando, contudo, e sem a menor sombra de dúvida, a segurança jurídica.

9 - REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Reflexões envolvendo a Implantação da Súmula Vinculante decorrente da Emenda Constitucional n. 45. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 26, Maio de 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos. *Revista Síntese de Direito Civil & Processual Civil*, a. VI, n. 35, mai./jun. 2005.

_____. A atribuição de eficácia vinculativa às proposições já incluídas na “Súmula de Jurisprudência Predominante” do Supremo Tribunal Federal. *Revista Seleções Jurídicas*, mai./2005.

DELGADO, José Augusto. A Súmula Vinculante e a Administração Pública. *Boletim de Direito Administrativo*, a. XIV, n. 6, jun. 1998.

FERREIRA, William Santos. Súmula vinculante - solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um controditório de natureza coletiva (amicus curiae). In : REFORMA DO JUDICIÁRIO - PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins. A aplicação restrita da súmula vinculante em prol da efetividade do Direito. *Revista de Processo*, a. 29, n. 116, jul./ago. 2004.

LAMY, Eduardo de Avelar. Súmula Vinculante: um desafio. *Revista de Processo*, a. 30, n. 120, fev. 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula Vinculante e a EC N. 45/2004. In : REFORMA DO JUDICIÁRIO - PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante. In: REFORMA DO JUDICIÁRIO - PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. Súmula Vinculante/Efeito Vinculante; entrevista. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, ago. 2002.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. Das súmulas vinculantes. In: REFORMA DO JUDICIÁRIO - PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Súmula vinculante. In: REFORMA DO JUDICIÁRIO - PRIMEIRAS REFLEXÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. São Paulo: RT, 2005.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante. *Revista do Advogado*, a. XXIV, n. 75, abr. 2004.

NOTAS

¹ CPC. Art. 479. parágrafo único. "Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante."

² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Alguns Reflexos da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, sobre o Processo Civil*. In *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Ano VI, nº 35, Maio-Junho de 2005.

³ GOMES, Luiz Flávio. *Eficácia e extensão das súmulas vinculantes*. In *sítio www.ielf.com.br*.

⁴ SHIMURA, Sérgio Seiji. *Súmula vinculante*. In *Reforma do Judiciário - primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, pp. 764.

⁵ In *Súmula Vinculante/Efeito Vinculante*, entrevista concedida à *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Agosto 2002, pp.9-14.

⁶ *Poder Judiciário: controle externo e súmula vinculante*. In *Revista do Advogado*, Ano XXIV, nº 75, Abril de 2004, pp.23-27.

⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Luiz Rodrigues. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Repercussão geral e súmula vinculante*. In *Reforma do Judiciário - primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, pp. 388-389.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos*. In *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil - RDCPC nº 35 - Maio-Jun/2005*, pp. 9.

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A atribuição de eficácia vinculativa às proposições já incluídas na "Súmula de Jurisprudência Predominante" do Supremo Tribunal Federal*. In *Revista Seleções Jurídicas*, Maio/2005, pp. 4-5.

¹⁰ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Das súmulas vinculantes*. In *Reforma do Judiciário - primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, pp. 274.

¹¹ FERREIRA, William Santos. *Súmula vinculante - solução concentrada: vantagens, riscos e a necessidade de um contraditório de natureza coletiva (amicus curiae)*. In *Reforma do Judiciário - primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, pp. 809.

- ¹² MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, pp. 711.
- ¹³ NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Das súmulas vinculantes*. In *Reforma do Judiciário – primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: RT, 2005, pp. 274.
- ¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Súmulas vinculantes*. In *RF 347/55*, jul-set. 1999, pp. 711.

SUBTRAÇÃO DE INCAPAZES E SEQÜESTRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO À LIBERDADE A PARTIR DO “CASO PEDRINHO”*

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb.FA 20070119

Local P-01

Ch. 00001779 E

Cleide Márcia de Farias
Advogada

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – AS DIVERGÊNCIAS JURÍDICO-DOCTRINÁRIAS NO “CASO PEDRINHO”. 1.1 – O “caso Pedrinho”. 1.2 – O debate jurídico-doutrinário no “caso Pedrinho”: seqüestro ou subtração?. 2 – DO DIREITO DE LIBERDADE: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA. 2.1 – A liberdade como direito fundamental 2.2 – As formas de liberdade 2.3 – O caráter da ofensa à liberdade na subtração de incapazes. 3 – A DIMENSÃO SIMBÓLICA DA LEGISLAÇÃO: A LEGISLAÇÃO COMO RESPOSTA POLÍTICA DO LEGISLADOR ANTE O DANO. 3.1 – A questão da pena em abstrato 3.2 – Legislação, mídia e opinião pública. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Uma das questões mais preocupantes no âmbito jurídico atual é a percepção de que a legislação por si só tem o poder de transformar as relações sociais.

* Síntese da Monografia final de curso apresentada em outubro de 2005 nas Faculdades Integradas Barros Melo e aprovada com nota máxima em banca composta pelos Profs: Ricardo Coelho, Maria Helena da Fonte e Maria de Fátima Carvalho Falcão.

O presente trabalho tem por escopo discutir a validade desta crença, a partir de um caso concreto. Escolhemos o “Caso Pedrinho”, pela sua emblematicidade no que se refere ao potencial de mudanças no perfil legislativo brasileiro diante de pressões populares.

Em relação à caracterização legislativa dos fatos ocorridos no “Caso Pedrinho”, o bem jurídico ofendido foi indiscutivelmente o direito ao pátrio poder e à liberdade da criança. Nesse sentido, cumpre precisar em que tipo penal está enquadrado a prática delituosa da autora do crime. Conforme a denúncia, a acusada foi imputada pelo crime de seqüestro. Defendemos que houve na verdade subtração de incapaz e não seqüestro. É interessante perceber, porém, que apesar de a ofensa ser maior à liberdade no crime de subtração de incapaz, a pena, em abstrato, neste crime, é menor do que a pena no crime de seqüestro.

Trabalhamos com a hipótese de que pelo fato de as estatísticas apontarem para um maior número de ocorrências no crime de seqüestro do que no de subtração de incapazes, a resposta legislativa vai no sentido de atender à necessidade de reprimir mais intensamente a prática do crime de seqüestro.

O “Caso Pedrinho”, contudo, trouxe novos elementos. Foi tamanha a comoção social proporcionada pela farta de notícias veiculadas na mídia impressa e falada, que logo foram apresentadas propostas no sentido do endurecimento da legislação para os casos de subtração de incapazes.

Pretendemos assim, discutir os limites de tal iniciativa, antes defendendo uma profunda transformação social, sob pena de tais normas não gozarem da eficácia pretendida, possuindo tão somente uma função “simbólica”.

A presente pesquisa é estruturada em três capítulos. No primeiro capítulo descrevemos o “caso Pedrinho” e as diver-

gências ocorridas entre aplicadores do direito em relação ao enquadramento do caso concreto à norma jurídica. Percebeu-se que parte dos doutrinadores acreditava ser o caso um seqüestro e outra, ser subtração de incapazes.

O segundo capítulo tem a intenção de demonstrar que o bem jurídico liberdade não pode ser entendido apenas numa forma restrita, como o direito de ir e vir, mas como liberdades em suas diversas manifestações sociais e que estas devem ser respeitadas em seu sentido amplo.

Por fim, o terceiro capítulo nos dá uma visão geral da função da pena para o ordenamento jurídico, e nos remete à dimensão simbólica da legislação, nos mostrando de que forma ela se apresenta no presente caso.

1 - AS DIVERGÊNCIAS JURÍDICO-DOCTRINÁRIAS NO “CASO PEDRINHO”.

1.1 - O “Caso Pedrinho”

Em meados de 2002 a mídia trouxe ao conhecimento público, o que seria um dos assuntos mais comentados dos últimos tempos, o caso Pedrinho. A história de Pedro Rosalino Braule Pinto começaria a ser escrita no dia 21 de janeiro de 1986, quando, após cerca de onze horas de nascimento, fora subtraído do hospital Santa Lúcia, em Brasília, onde havia nascido. Sua mãe biológica, Maria Auxiliadora Braule, entregou seu filho para a suposta assistente social, para que a mesma o levasse para uma bateria de exames. Na verdade, a assistente social era Vilma Martins Costa, que há alguns dias já andara rondando o citado hospital, a procura de um bebê recém-nascido que pudesse servir aos seus propósitos: ser registrado em seu nome e de seu companheiro.

Sua verdadeira intenção era, através do suposto nascimento da criança, que seria seu filho com Osvaldo, destruir o

casamento do seu amante e tornar-se sua esposa. Com isso, ela teria um vínculo seguro com este e a certeza na partilha de seus bens. E assim aconteceu. A criança subtraída fora registrada como Osvaldo Martins Borges Júnior, em Goiânia.

Por vários anos os pais biológicos procuraram por seu filho desaparecido. A polícia interrogou várias suspeitas e localizou cerca de 12 crianças que poderiam ser a criança subtraída, mas nenhuma delas era Pedrinho. Em 1997, por prescrição, o inquérito policial foi arquivado.

Em 2002, a neta de Osvaldo Martins Borges (já falecido), Gabriela Azeredo Borges, escuta rumores de que seu "tio", Osvaldo Júnior (Pedrinho), não seria filho legítimo do casal, e pesquisando um site de crianças desaparecidas, localizou uma foto do pai biológico de Pedrinho, e comparando com este, notou semelhanças entre os dois. Fez então uma denúncia ao SOS criança, sendo atendida pelo funcionário Leovane Gregori, que levou o caso a diretora da Instituição, Ivanda Martins, que deu seus números de telefones pessoais para a denunciante. Essas mantiveram contato por vários dias, ocasião em que Gabriela se propôs a coletar material biológico de Pedrinho, a fim de que fosse feito um exame de DNA. Porém o plano não deu certo. A polícia então foi acionada.

Policiais do Distrito Federal deslocaram-se até Goiânia para investigar Osvaldo Júnior (Pedrinho), fotografando e filmando o rapaz. A polícia entrou em contato com ele e com sua subtratora, explicou todo caso e começou uma série de investigações, reabrindo o inquérito policial. Foi solicitado um exame de DNA a Pedrinho, o rapaz relutou influenciado pela falsa mãe, mas acabou cedendo material para o exame, que depois de realizado comprovou que Osvaldo Júnior, na verdade era Pedro Rosalino Braule Pinto, filho do casal Maria Auxiliadora Braule e Jayro Tapajós Braule Pinto.

A polícia começa a fechar o cerco ao redor de Vilma Martins Costa, que continua negando ter subtraído Pedrinho.

Ela disse que o seu companheiro, falecido poucos meses antes da reabertura do inquérito, teria recebido a criança de um gari, e que o casal registrou a criança em seu nome, para evitar toda burocracia do processo de adoção.

A polícia colheu vários depoimentos, dentre eles do irmão de Vilma, Sinfrônio Martins Costa, que afirmou ter acompanhado Vilma até o hospital em Brasília e que ela teria saído do prédio carregando uma bolsa, onde provavelmente estaria a criança. A polícia fez novo interrogatório com Vilma Costa, que dessa vez confessou o crime, mas se negou a dar detalhes, protegendo-se através do direito constitucional de permanecer calada.

Durante as investigações foi descoberto também que Roberta Jamile, outra suposta filha de Vilma, na verdade é Aparecida Fernanda Ribeiro da Silva, filha desaparecida de Francisca Maria Ribeiro da Silva, que há anos estava a sua procura. Tal maternidade foi descoberta por um teste de DNA, feito de substância retirada de uma ponta de cigarro deixado pela moça nas dependências da delegacia onde ocorriam as investigações.

1.2 – O debate Jurídico-Doutrinário no “Caso Pedrinho”: seqüestro ou subtração?

Terminado o inquérito policial, o Ministério Público, através da promotora Ana Cláudia Guimarães, denunciou Vilma Costa por seqüestro (art. 148 do CP), dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem (art. 242 do CP).

A exploração desse caso pela mídia foi grande, gerando em toda sociedade uma necessidade de respostas imediatas por parte das autoridades. Essa exposição levou a Promotoria a denunciar de modo discutível o crime cometido por Vilma Costa. Diante das circunstâncias esta deveria ter sido denunci-

ada de acordo com o art. 249 do CP, pelo crime de subtração de incapazes e não pelo art. 148 do CP, seqüestro.

Tal equívoco deve ter ocorrido, provavelmente, com o intuito de evitar a extinção da ação penal pela prescrição, já que o máximo de pena imputada ao crime de subtração é de dois anos, se esse não constituir elemento de outro delito, sendo assim, o crime estaria prescrito em quatro anos. Enquadrado-se, o delito de subtração, em outro tipo penal, seqüestro, valendo-se de suas semelhanças. A pena desse crime pode ser de até 08 anos, se a vítima sofrer maus-tratos.

Nota-se também, que não há divergência entre os doutrinadores, de que o crime de seqüestro é permanente. Logo, de acordo com o art. 111, III do CP, o prazo prescricional começa a correr no dia em que a vítima é posta em liberdade. Já no caso da subtração de incapazes, há divergências, alguns doutrinadores, como Luiz Flávio Gomes, defendem que o crime é instantâneo, ainda que tenha efeitos permanentes. Outros como Heleno Cláudio Fragoso, defendem que o crime é permanente e admite tentativa.

O debate levantado em relação ao crime de subtração de incapazes, era se o mesmo poderia ser considerado crime instantâneo ou permanente. Pois sendo instantâneo, já estaria prescrito. Crime instantâneo é aquele em que seus efeitos se esvaem com a ação ou omissão do autor, como por exemplo, o homicídio. No crime permanente os efeitos se protraem no tempo.

Controvérsia surge ao se considerar o ato inicial do delito de subtração isoladamente, como sendo a única conduta que ofende o bem jurídico protegido, como se os outros atos do subtrator não fossem levados em conta. Ou seja, como se a omissão de entregar o incapaz aos seus verdadeiros pais não fosse punível. Isso não é coerente, pois o ato de subtrair o incapaz de seu tutor, não exaure o delito, porque o pátrio poder não se resume apenas na guarda do incapaz, mas em um

conjunto de direitos e deveres que envolvem; criação, educação, companhia, entre outros. Dessa forma, mesmo que a guarda seja o primeiro direito atingido, ela não esgota em seu todo o pátrio poder.

Deve-se então, considerar todos os direitos efetivamente lesados no período consumativo, pois subtrair a guarda por poucos dias e manter essa subtração por um longo período, o qual englobe não só a guarda ou o direito de ir e vir, mas a possibilidade dos pais de dar educação, carinho, companhia e privar o incapaz da liberdade de conhecer sua verdadeira família, não pode ser considerada como a mesma forma de conduta.

Não há que se confundir o crime de subtração de incapazes com o de seqüestro, o legislador criou dois tipos penais distintos. No seqüestro quis tutelar o direito de locomoção, a liberdade de ir e vir, no caso de subtração de incapazes, o pátrio poder.

Deve também ser observada a verdadeira intenção do autor do crime, pois nos dois delitos há intenções diversas. No crime de seqüestro, a intenção é de privar a vítima de sua liberdade de locomoção. Na subtração de incapazes a vontade livre e consciente do agente é de retirar o incapaz da esfera de proteção do seu responsável, a fim de criá-lo ou de entregá-lo a outrem para assim fazer: "A diferença entre subtração de incapazes (Subtrair menor de 18 (dezoito) anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial) e o seqüestro reside na intenção do agente: provada que a intenção não era a de privar a vítima de sua liberdade de locomoção, sim, ao contrário, de tê-lo para si, de criá-la como se sua fora (ou, na linguagem do ECA, de colocá-la em lar substituto) o crime é o de subtração de incapazes, não o de seqüestro." (RT 698, p.327).

Desta diferenciação, vemos que o crime cometido por Vilma Costa, na verdade é de subtração de incapazes, que o

mesmo não estava prescrito, pois sendo crime permanente, seu prazo prescricional começa a correr no momento em que a vítima toma consciência de sua condição de subtraído. Não se pode adequar o direito ao sabor das emoções para com isso buscar a justiça no caso concreto e muito menos usá-lo para apaziguar o clamor público, distorcendo ou manipulando suas normas. O Direito não pode ser minimizado, sua função primordial é reger as relações sociais, enquadrando a conduta humana de modo perfeito ao tipo penal. O princípio da legalidade do Direito Penal nos conduz sempre a uma interpretação restritiva da lei penal, não sendo possível, ainda, analogia contra o réu.

No recebimento da denúncia pelo Juiz de Direito Ademar José Ferreira, houve a desclassificação do crime de seqüestro para subtração de incapazes, como na realidade deveria ter sido denunciado. Vilma Martins Costa, foi sentenciada no dia 24 de agosto de 2003, a pena definitiva, que somadas, totalizam 07(sete) anos de reclusão. Para o delito do art. 249, a pena foi de 01(um) ano e 8 (oito) meses de detenção a serem cumpridos em regime semi-aberto junto ao sistema prisional de Goiás, conforme a sentença transcrita a seguir:

Finalmente considerando as circunstancias elencadas...fixo as penas definitiva que somadas totalizam 07 (sete) anos de reclusão. Para o delito do art. 249 01(um) ano e 8 (oito) meses de detenção a serem cumpridos em regime semi-aberto junto ao sistema prisional de Goiás, antigo cepaigo. apos o transito em julgado da presente, espeça-se carta de execução, lançando o nome da acusada no rol dos culpados. Oficie-se ao TRE., comunicando a condenação em desfavor da acusada para fins de comando do "fase", operando o transito em julgado, oficie-se ao instituto nacional de identificação, comunicando-lhe da sentença, para que possa constar do cadastro de

dados. Custas ex lege." ass: dr.Adegmar Jose Ferreira juiz de direito.sentença registrada no lv.40 as fls.79/127.. Ante o exposto, acolhendo em parte o parecer ministerial, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para declarar extinta a punibilidade quanto ao crime de parto alheio como próprio (artigo 242, primeira figura, do Código Penal), mantendo quanto ao mais a sentença condenatória por seus próprios e jurídicos fundamentos. e como voto. Goiânia, 27 de maio de 2004. Des. Paulo Teles. (relator). "...vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça do estado de Goiás, por sua terceira turma julgadora da Primeira Câmara Criminal, a unanimidade de votos, conheceu do apelo e deu-lhe parcial provimento nos termos do voto do relator proferido na assentada do julgamento... Goiânia, 27 de maio de 2004. (www.tj.go.gov.br, nº Proc. 200300578312)

2 - DO DIREITO DE LIBERDADE: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA

Graças às conquistas das revoluções burguesas, a liberdade representa valor fundamental inerente à condição humana, tendo o seu reconhecimento em nível Constitucional nos modernos ordenamentos jurídicos. É assim um dos direitos que despontaram muito cedo na cronologia da afirmação histórica dos direitos fundamentais¹.

Historicamente, a liberdade estaria associada a um processo de conquistas humanas no sentido de superar obstácu-

¹ Constitucionalmente, é possível identificar diversas formas de expressão de liberdade, tais como: Liberdade da pessoa física, liberdade de pensamento, liberdade de expressão coletiva, liberdade de ação profissional e liberdade de conteúdo econômico e social.

los naturais, econômicos, sociais, políticos, para realização de seus anseios. O Estado tem papel fundamental na defesa e garantia da liberdade do homem, e é através de instrumentos como a Constituição que encontramos respaldo para tal. Para José Afonso da Silva, "a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização pessoal". (2004, p. 233)

Discute-se, na filosofia, o conceito de liberdade, entendendo-a como uma forma peculiar de qualificação da ação humana. Em oposição à liberdade, encontra-se o referencial da necessidade, típico daqueles processos submetidos a uma relação de causa e efeito.

Assim, eventos naturais são caracterizados por um determinismo que relaciona causas e efeitos a partir da lógica da necessidade. A ação humana de outro modo, não está subordinada à leis de causa e efeito. De modo diverso, a ação humana é caracterizada por um processo de escolha dentre várias alternativas decorrentes do exercício do livre arbítrio.

Este processo de escolha desenvolve-se tanto no plano interno quanto no plano externo do indivíduo. No plano interno a liberdade é considerada como uma manifestação da vontade interior do homem, um querer através da qual se manifesta a liberdade subjetiva, psicológica ou moral. De outra sorte, no plano externo, a liberdade corresponde à exteriorização desse querer íntimo, que para ser concretizado, necessita superar obstáculos e impedimentos, a fim de possibilitar ao homem liberdade de ação, de fazer aquilo que é do seu desejo.

Nesse sentido, a privação de liberdade tal como ocorre na subtração de incapazes é, significativamente, mais ofensiva ao valor liberdade do que no seqüestro, e não obstante, a previsão da pena em abstrato para o crime de seqüestro, permanece maior do que aquela estabelecida para a subtração de incapazes.

Assim, quando um incapaz é subtraído, há uma intervenção no processo natural de desenvolvimento da criança, atingindo os processos de escolha que seriam a ele naturalmente submetidos.

2.1 - A liberdade como Direito Fundamental

A doutrina classifica os direitos em gerações, conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "A primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira seria fraternidade, assim, completaria o lema da revolução francesa: Liberdade, igualdade e fraternidade". (1997, p. 42)

Para Ingo Sarlet, "As diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável". (1998, p. 54).

Segundo a classificação de Celso de Mello, os direitos civis e políticos seriam aqueles da primeira geração e compreenderiam as liberdades clássicas ou formais, seriam as ditas liberdades consideradas negativas, envolvendo o princípio da liberdade propriamente dita. Faz parte deste rol, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São também, direitos de primeira geração a liberdade de expressão, imprensa, reunião, associação, outros.

Os direitos de segunda geração, onde estariam inseridos os direitos econômicos, sociais e culturais, seriam identificados como liberdades positivas, reais ou concretas, que têm como fundamento o princípio da igualdade.

Por fim, há também os direitos de terceira geração, que englobariam os poderes de titularidade coletiva, entregues a todas as formações sociais, que consagram o princípio da solidariedade e visam proteger um meio ambiente equilibrado, a paz, a auto determinação dos povos, entre outros.

A liberdade como direito fundamental, íntegra, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, a substância propriamente dita de um Estado Constitucional Democrático, e sua garantia por parte do Ente Estatal se torna essencial para a manutenção da ordem social. Tal direito representa por si só um bem, que deverá ser protegido através de garantias constitucionais, para que possa haver a sua efetiva fruição. Porém, liberdade não pode ser entendida apenas em uma única forma, mas como liberdades, pois inúmeras são suas manifestações, tais como, liberdade de fazer, de atuar, de pensar, enfim, o homem deve usufruir da liberdade de se auto determinar, de acordo com suas aspirações, seus desejos.

Contudo, o conceito de liberdade passou a ser algo extremamente difícil, porque o homem livre deveria respeitar a liberdade do seu semelhante. A liberdade, desse modo entendida, somente pode ser exercida em toda a sua plenitude se não atingir à de outrem. Quando ocorre o choque entre a liberdade de um com a liberdade do outro, ter-se-á a possibilidade da colisão de direitos ditos fundamentais.

É o direito à liberdade, em sentido amplo, que o Estado tem que garantir, impedindo que, por vontade alheia, seja retirado de alguém a possibilidade de conhecer seu verdadeiro passado, sua verdadeira história, seu verdadeiro ser. Pois é conhecendo sua origem que o homem tem condições de, livremente, determinar seu destino².

² Observe-se que a palavra direito não contradiz a palavra força. Direito é a força submetida à lei para vantagem da maioria. Entendendo por justiça os laços que reúnem de maneira estável os interesses particulares. Se esses laços se quebrassem, não haveria sociedade. É mister que se evite ligar a palavra justiça à idéia de força física ou de um ser existente. Justiça é pura e simplesmente o ponto de vista a partir do qual os homens encaram as coisas morais para o bem-estar de cada um. (BECCARIA, 1999. p. 29)

2.2 - As Formas de liberdade

Como suposto, muitas são as formas de liberdade existentes, o direito positivo cuida da liberdade objetiva (aquela expressa em ações, tais como: fazer, atuar). Dentre essas formas de manifestação temos: liberdade de circulação e de locomoção, liberdade de pensamento e expressão, liberdade de associação, liberdade de reunião, liberdade econômica, liberdade de consciência religiosa.

Devemos considerar o que diz José Afonso da Silva, "há uma liberdade de ação em geral, a liberdade de atuar, que decorre do art. 5º, II, da Constituição, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer alguma coisa se não em virtude de lei" (2004. p. 235).

Em relação a tal consideração, devemos ter em mente que não nos é dado apenas o limite legal, mas um limite moral, pois cada indivíduo faz parte de um grupo que tem seus próprios costumes e sanções. Mas não podemos dizer que a liberdade é incompatível com um sistema coativo. Seria necessário entender que ela pressupõe tal sistema, pois sem um sistema jurídico que dê sustentação, garantia e limites ao uso das liberdades, essas iriam atropelar, umas as outras. Mas para que exista um controle democrático se faz necessário que o mesmo seja não só legal, mas também legítimo, pois caso contrário, estaríamos correndo o risco de entrar no campo da tirania.

Liberdade de pensamento consagra a pluralidade de idéias e opiniões. Tal liberdade tutela não só o refletir do homem, mas também o direito de expressar seus pensamentos, de se manter informado, através dos diversos meios de comunicação disponíveis. O direito de livre pensamento se completa com o direito de expressar os mesmos, pois de nada adiantaria se não pudesse haver a troca de informações, a discussão do que se aprendeu. Tal compreensão exige também o

conhecimento, que deve ser livre para que possa haver a construção de um raciocínio lógico e coerente. A liberdade de informação compreende a liberdade de informar e de ser informado, onde a primeira seria a manifestação do pensamento, seja pela linguagem escrita ou por outro meio de comunicação e a segunda, corresponde ao acesso de toda coletividade a qualquer forma de informação: "O homem porém, não vive concentrado sem seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar e trocar suas idéias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade". (BUENO, 1958, p. 385)

A liberdade de opinião estaria incluída na liberdade de pensamento, mas aqui o indivíduo escolhe uma postura intelectual, em um pensamento íntimo ou em uma atitude pública, seria a liberdade de pensar e expressar seus pensamentos. Essa forma de liberdade engloba duas outras, a liberdade de consciência e a liberdade de crença, que pode ser religiosa, onde é dado a todos o direito de ter uma religião, comungar de seus dogmas, ou ainda, de recusar todas elas e adotar o ateísmo, assim como também a liberdade de seguir a corrente filosófica que mais lhe for conveniente ou até mesmo não seguir nenhuma.

A liberdade da pessoa física foi a primeira forma de liberdade conquistada pelo homem. Essa forma de liberdade se divide em liberdade de locomoção e liberdade de circulação. Onde liberdade de locomoção pode ser entendida como a capacidade do indivíduo ir e vir, permanecer em território nacional ou dele sair, sem maiores constrangimentos; tal liberdade encontra garantia no art. 5^a, XV da Constituição Federal de 1988. O artigo citado, afirma que a liberdade de locomoção pode ser exercida sem qualquer forma de impedimento em tempos de paz, o que nos mostra que, haverá em épocas de guerra, um critério discricionário do Estado no

sentido da permissão ou não da livre circulação de estrangeiros e da saída de brasileiros do país, mas essa postura será exigida apenas quando a circulação dos mesmos trouxer algum tipo de risco para os indivíduos.

José Afonso da Silva diz ser a liberdade de circulação outra forma de liberdade da pessoa física. Segundo o autor a possibilidade do indivíduo circular pelas vias públicas, tais como; ruas, avenidas, rodovias, enfim, locais públicos seria direito de todos e o Poder público não poderia impedir esse acesso. Há, porém, a possibilidade de limitação a essa utilização, quando o Estado disciplina o trânsito, inviabilizando o tráfego em determinadas vias, quer por melhoramento do mesmo, quer por segurança da população; nestes casos há restrição da utilização desses bens públicos, mas a mesma acontece para melhor utilização de tais bens.

A liberdade de profissão é defendida na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5^a, XIII, que diz "ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". Tal norma deixa claro que esse direito é plenamente exercitável, desde que sejam preenchidas as qualificações exigidas pela lei para o efetivo exercício da profissão escolhida. Neste caso, vemos que há um controle por parte do Estado para o direito em questão. Essa tutela é feita a fim de garantir à coletividade, profissionais qualificados e serviços seguros. Sendo assim, o controle existente é realizado para o bem comum e visa o interesse público.

2.3 - O Caráter da Ofensa À Liberdade na Subtração de Incapazes.

Consideramos que a ignorância em relação a uma circunstância relativa à sua origem é também uma forma de restrição à liberdade. Quando se configura o crime de subtração

de incapazes, há uma alteração imposta por terceiro no curso da vida da vítima, lhe é roubado o direito de conhecer seus verdadeiros pais, sua verdadeira família, enfim, sua verdadeira origem. A impossibilidade do conhecimento de sua história pode condicionar o indivíduo a escolhas que estando convivendo com sua família biológica não teria. Traços de personalidade podem ser adquiridos, posicionamentos diante de situações cotidianas poderiam ser diversas, posturas frente à realidade poderiam ser tomadas de forma diferente da adotada, se tivesse oportunidade distinta da que lhe foi imposta, pois como sabemos o homem é produto do meio.

Quando falamos no bem tutelado pelo tipo penal em questão, que é o poder de família, tutela ou curatela, mais especificamente os direitos a seu exercício, entendemos que a ofensa a tais bens traz danos a todos os membros da estrutura familiar. Dos pais é subtraído o direito de acompanhar o crescimento de seu filho, garantindo-lhe amor e educação. A frustração e a sensação de impotência causada pela retirada repentina do filho de seu convívio se manifesta de várias formas durante toda sua vida, quer seja pela incerteza da existência do filho sumido, quer pela dúvida das condições de vida que um estranho possa lhe ter oferecido.

Do menor subtraído é retirada a possibilidade de conhecer sua família e constituir seu caráter de acordo com os valores e princípios do núcleo familiar, do qual realmente pertence. Tal atitude caracteriza uma forma de cercear a liberdade de escolha desse indivíduo, pois o sujeito ativo desse crime impõe autoritariamente uma realidade ao subtraído, que não é sua realidade natural.

O princípio IV da Declaração Internacional dos direitos da criança de 1957 sintetiza o direito à liberdade, nestes termos: "O direito à liberdade, sob o aspecto de que deve a criança gozar de proteção contra toda forma de negligência, crueldade e exploração".

Com a consumação desse delito, o autor retira da vítima a liberdade de se posicionar conforme sua condição natural de filho, nessa situação, a vítima cresce em um ambiente familiar, acreditando ser esse um fato legítimo. Quando toma conhecimento do crime cometido, o vitimado se depara com a contradição de ter na figura paterna ou materna, um criminoso, perdendo assim, suas referências familiares; o que se constitui a base principal da formação de qualquer indivíduo. Segundo o Estatuto da Criança e Adolescente, em seu artigo 19, "a criança deverá ser criada e educada no seio da família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária".

A liberdade cerceada nesse tipo penal, não envolve apenas a de ir e vir, como é o caso do seqüestro, mas em uma forma mais ampla, como a liberdade de se comportar conforme sua verdadeira origem familiar, fazer parte de um ambiente no qual por direito nasceu.

Jason Albergaria diz que "O direito à liberdade interior ou à intimidade deverá ser considerado, sobretudo, no exame da personalidade do menor e nos métodos de sua educação ou reeducação" (1995, p. 31).

Em nenhum momento durante a consumação do delito, por parte do autor, houve a preocupação em saber se, de alguma forma, iria haver dano à formação do incapaz. Talvez se julgando suficientemente capaz de assumir o papel de pai, o autor do delito não leva em consideração as escolhas ou a vontade livre e consciente do menor de querer ou não segui-lo, ou permanecer em companhia de seus legítimos pais, sendo uma forma egoísta de enxergar a realidade ao seu redor. Não se pode considerar que o autor esteja agindo movido por um sentimento de compaixão, pois não entra em acordo com a família da qual subtrai o menor, de forma a adquirir sua guarda legalmente. Ainda, para consumir seu ato, lança mão de meios ilegais e cruéis, provocando danos irreparáveis para

todos que estão envolvidos em sua conduta, tornando-os vítimas impotentes.

3 - A DIMENSÃO SIMBÓLICA DA LEGISLAÇÃO: A LEGISLAÇÃO COMO RESPOSTA POLÍTICA DO LEGISLADOR ANTE O DANO

3.1 - A Questão da pena em abstrato

A pena representa sanção imposta pelo Estado, a um indivíduo que descumpre um preceito legal. Segundo José Frederico Marques, “o conceito de sanção é genérico, pois se trata de providência inerente às normas jurídicas das mais diversas espécies” (1966. p. 88). Dessa forma, há sanções aplicáveis para cada área do direito, seja no âmbito do Direito Administrativo, seja no Direito Civil, ou ainda no Tributário. No caso do Direito Penal, há sanções específicas, o que não quer dizer que tal sanção não esteja contida no gênero de sanções em geral.

As normas jurídicas penais condicionam o indivíduo a seguir regras que lhe são estabelecidas por elas, as quais determinam uma conduta positiva (*facere*) ou negativa (*non facere*). Quando transgredidas tais determinações legais, haverá o surgimento da sanção penal, como consequência jurídica. Havendo o cometimento de um delito, nasce para o Estado a prerrogativa de punir, que se reflete no direito de privar o autor do delito de um bem jurídico seu, que antes era tutelado pelo direito. O objetivo do Estado é impor ao violador das regras jurídicas, uma diminuição dos seus direitos, provocando assim uma coação. Porém, não se pode permitir que se aplique ao homem penas degradantes e cruéis, como consequência do não cumprimento das normas. As penas aplicadas devem ter um caráter preventivo, retributivo e também devem possibilitar a ressocialização do infrator. Contudo, o propósito da pena é conscientizar a sociedade de que o direito

violado é capaz de reagir, com igual proporção ao valor do bem atingido.

Como anota José Frederico Marques, “a pena é um conceito ético e por isso não pode contribuir para o aviltamento da personalidade humana. As sanções que, a título de castigo, rebaixam e diminuem o homem, degradam o seu caráter e atentam contra a consciência moral, não podem ser acolhidas pelo direito penal de Estados democráticos onde os direitos fundamentais do ser humano constituem valores reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. O castigo e o sofrimento inerentes à pena, além de proporcionarem ao mal cometido, estão limitados pelas exigências éticas que o direito assegura, de respeito à dignidade humana”. (MARQUES, 1966. p. 91)

A pena deve atingir e não pode passar da pessoa do autor do delito. Sendo esta um meio indispensável para conservação de uma sociedade juridicamente organizada. A imputação de uma pena não se dá de forma automática, mas através de interpretações de normas e juízo de valor, dando à pena a devida garantia de servir para a conservação e tutela do organismo social.

É ainda Marques quem considera que “nem todas as condutas atentatórias do equilíbrio jurídico que o Estado impõe, apresentam magnitude igual. Desde, porém que a violação de um bem jurídico atinja, ou possa atingir, a própria estrutura da vida social, ou dificultar a consecução de seus fins primaciais, a máxima proteção deve ser dada ao interesse coletivo que nesse bem jurídico se cristaliza, como resultante e imperativo do próprio bem comum. E é através da pena que o Estado procura garantir e tutelar valores tão relevantes”. (MARQUES, 1966. p. 94)

Cabe ao Estado garantir a proteção dos bens jurídicos por ele tutelados. Essa proteção deve ser eficiente e justa. No

entanto, será aplicada de forma organizada e dentro dos limites legais, para não se tornar arbitrária: “Não somente é interesse de todos que não se cometam delitos, como também que estes sejam mais raros proporcionalmente ao mal que causam à sociedade. Portanto, mais fortes devem ser os obstáculos que afastam os homens dos crimes, quando são contrários ao bem público e na medida dos impulsos que os levam a delinqüir. Deve haver, pois, proporção entre os delitos e as penas”. (BECCARIA, 1999. p. 37)

Investigando a origem do direito de punir do Estado, três correntes básicas se formaram a respeito de sua natureza e das finalidades da pena.

O perfil retributivo da pena constitui a função de zelar pelo bem comum, pelo interesse coletivo. Nesse sentido o Estado pode punir, em nome das necessidades sociais, contanto que observe os limites razoáveis à justa retribuição do mal praticado, essa função da pena atinge o delinqüente individualmente. A pena aplicada a ele deve trazer de alguma forma a retribuição do delito praticado. Quem defende essa idéia de pena é a escola clássica, onde pena seria a retribuição do Estado ao delinqüente pelo mal que este causou à sociedade. Deve haver uma proporção entre a pena aplicada e a transgressão à norma jurídica, seja ela qualitativa ou quantitativamente.

De modo diverso a escola positivista considera ter a pena um caráter eminentemente preventivo, onde as sanções penais aplicadas deveriam ser temidas para conseguir atingir sua finalidade de prevenção geral, que seria a prevenção do delito. Diziam os positivistas que a pena é um mal tanto para o indivíduo, que a ela é submetido, quanto para a sociedade, que se vê privada de um elemento que lhe pertence, mas se justifica pela sua utilidade. A finalidade da pena seria, assim, a prevenção geral, quando intimida todos os componentes da sociedade, e a prevenção especial, ao impedir que o delinqüen-

te pratique novos crimes, corrigindo-o: “o crime, como conduta humana, revela deficiências que além de providas de causas exógenas, decorrem, muitas vezes de fatores individuais, que a sanção penal, quando aplicada com eficiência, pode fazer desaparecer. Na execução da pena, deve-se procurar, através de meios educativos, infundir no condenado hábitos novos e, sobretudo motivos psicológicos e sociais de melhor conduta humana”. (MARQUES, 1966. p. 100)

A proporcionalidade da pena é um critério que deve ser observado. Não se pode imputar uma pena extremamente severa, para uma conduta delituosa menos gravosa.: “Do sentido retributivo da pena, deriva o princípio da proporcionalidade. Se a pena encontra seu fundamento em um princípio ético de justiça, nesse mesmo princípio deve conter seus limites. O condenado precisa sentir que existe um equilíbrio entre o dano que produziu e o castigo que a sociedade lhe infringe, pois de outra forma o culpado se transformaria em vítima, e o credor em devedor”. (BATTAGLINI, 1994. p. 522)

A pena sempre teve o caráter predominantemente retributivo, de castigo, acrescentando-se a ela uma finalidade de prevenção e ressocialização do criminoso. A retribuição e a prevenção são faces da mesma moeda, porque a retribuição, sem a prevenção, é vingança, e a prevenção, sem a retribuição, é desonra. A própria exposição de motivos da Lei de Execuções Penais proclama o princípio de que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.

Visto isso, a questão que deve ser levantada pelos legisladores é: Apenas a adoção de penas maiores vai prevenir ou ressocializar os indivíduos que cometem ou potencialmente podem cometer delitos?

3.2 – Legislação, mídia e opinião pública

A função primordial de qualquer ordem jurídica é organizar as relações sociais. É sabido que há uma evolução muito rápida do comportamento social. Às vezes, essa transformação é tamanha, que a lei não é capaz de acompanhá-la imediatamente, mas isso não quer dizer que não haja outras formas de reger tais relações. O aplicador do direito pode usar, por exemplo, a analogia, os costumes, a equidade. O que não pode haver é a falta de regulamentação do caso concreto, por falta de adequação normativa.

Porém, a interpretação das normas jurídicas não pode ser feita de forma irrestrita ou oportunista. Não se pode “corromper” o direito para adequá-lo a situações particulares, pois o Direito não é constituído para um indivíduo apenas, mas para toda uma coletividade. Não pode ainda, o aplicador do direito usar de subterfúgios para beneficiar casos isolados, seja por interesses próprios ou mesmo pelo apelo público.

O que tem ocorrido com frequência, no entanto, é a mídia utilizar algumas lides, para causar impacto na massa, provocando discussões, às vezes, equivocadas em vários setores da sociedade, que expressam sua opinião de forma imprecisa e pouco técnica, confundindo a opinião pública e levando essa a pressionar as autoridades, no sentido de encontrar soluções instantâneas para o caso em questão. Não podemos dizer que os casos levantados pela mídia tenham bens jurídicos irrelevantes, pelo contrário, geralmente têm grande expressividade na escala de bens valorados pelo direito, mas a forma como são expostos e usados, tornam esses casos o centro das atenções, prejudicando, muitas vezes, o trabalho das autoridades e causando transtorno às vidas das pessoas envolvidas. A mídia também esquece que outros casos similares acontecem e passam completamente despercebidos por todos. Isso causa uma disparidade, pois diversos outros acontecimentos

semelhantes ocorrem, cotidianamente, mas como não são exibidos, não têm o mesmo tratamento jurídico.

A esse respeito vale trazer à colação o debate acerca da função simbólica da legislação. Com efeito, muito frequentemente, a legislação apresenta um caráter hipertroficamente simbólico em detrimento de sua função normativa.

Como lembra Marcelo Neves, “a concepção instrumental do direito positivo, no sentido de que as leis constituem meios insuperáveis para se alcançar determinados fins “desejados” pelo legislador, especialmente a mudança social, implica um modelo funcional simplista e ilusório, como têm demonstrado os seus críticos. (1994 p. 31)

No âmbito da legislação simbólica, é possível destacar três espécies diferentes de manifestação. Seguindo Kindermann, Neves comenta, as seguintes espécies de legislação simbólica: legislação como confirmação de valores sociais, a legislação-álibi e a legislação como fórmula de compromisso dilatatório.

A confirmação de valores sociais é uma forma de utilização da função legislativa como forma de satisfação dos anseios de um grupo. Nesse caso, há um apelo social, a fim de que haja a produção de normas que reconheçam valores que beneficiem determinada parte da sociedade em detrimento de outra. Essa forma de pensar simbolicamente, traz conseqüências, tais como, a estratificação ainda maior dos grupos, dando a eles posições de vitoriosos e perdedores: “o que se exige do legislador muito frequentemente é, primariamente, uma posição a respeito de conflitos sociais em torno de valores. Nesses casos, os grupos que se encontram envolvidos nos debates ou lutas pela prevalência de determinados valores vêm a “vitória legislativa” como uma forma de reconhecimento da “superioridade” ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei”. (NEVES, 1994. p. 34)

A prática de responder ao apelo público através de produção normativa foi chamada por Kindermann de Legislação-álibi. Nessa prática, o legislador atende aos anseios sociais e às pressões políticas, mostrando-se compassivo às suas expectativas, produzindo uma legislação que esteja em sintonia com o clamor popular, mesmo que na prática não decorram dessa legislação os efeitos normativos capazes de solucionar a questão: “Face à insatisfação popular perante determinados acontecimentos ou à emergência de problemas sociais, exige-se do Estado muito frequentemente uma reação solucionadora imediata. Embora, nesses casos, em regra, a regulamentação normativa muito provavelmente possa contribuir para a solução dos respectivos problemas, a atitude legiferante serve como um álibi do legislador perante a população que exigia uma reação do Estado. (NEVES, 1994. p. 37-38)

A legislação-álibi serve para dar a sensação de resolução dos problemas sociais ou ainda, para mostrar à população que o Estado está se mobilizando em seu favor. Porém, além de não resolver os conflitos em questão, impede que sejam elaboradas outras formas de solucioná-los. Uma vez que estes não só dependem de leis, mas de uma série de variáveis normativo-jurídicas e sociais para sua efetiva solução. É acertada nesse sentido a percepção de Neves, para quem “Em relação à escalada da criminalidade no Brasil das duas décadas, a discussão em torno de uma legislação penal mais rigorosa apresenta-se como um álibi, eis que o problema não decorre da falta de legislação tipificadora, mas sim, fundamentalmente, da inexistência dos pressupostos sócio-econômicos e políticos para a efetivação da legislação penal em vigor”. (NEVES, 1994. p. 38)

O modelo de legislação como fórmula de compromisso dilatório é caracterizada pelo “adiamento” de soluções de conflitos a partir de compromissos legislativos que se dilatam no tempo. Assim, “O acordo não se funda então no contêu-

do do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado”. (NEVES, 1994. p. 41)

No caso Pedrinho, verifica-se uma clara identificação com o modelo de legislação simbólica do tipo legislação-álibi. No caso em discussão, a mídia especulou intensamente, de tal sorte que a sociedade acompanhou cada lance do evento, passando a influenciar decisivamente a formação da opinião pública. Isto gerou uma problemática para as autoridades que cuidavam do delito, pois informações foram, em certo sentido, deturpadas e as famílias acabaram sendo invadidas em sua esfera individual.

Assim, os responsáveis pela condução do episódio, ao que parece, sentiram-se pressionados, e acabaram, pelo calor do momento, optando por uma hermenêutica jurídica e enquadramento do tipo penal inadequados para o fato criminoso, nos termos do que discutiu-se no primeiro capítulo desta monografia.

O legislativo, por sua vez, deve observar as necessidades da coletividade e as mudanças de comportamento por ela apresentadas, a fim de criar regras que regulamentem suas relações. As normas criadas devem objetivar abranger toda comunidade e não um caso isolado, não se concebe a instituição de uma lei para reger um caso particular, ainda mais quando já existe norma que preveja a situação específica.

Houve ainda, como desdobramento do episódio Pedrinho, algo parecido; o Senador César Borges, baseando-se nesta situação, propôs um projeto de lei que emendaria o Código Penal de 1940, acrescentando ao art. 249 do CP, o § 3º:

§ 3º: Se o agente pratica o crime com o intuito de criar o incapaz como seu filho, ou com o intuito de entregá-lo a terceiro com esta finalidade: Pena - reclusão, de três anos a seis anos.

O bem jurídico tutelado pelo art. 249 do CP, sem nenhuma dúvida é importantíssimo, como já foi discutido no capítulo 2 dessa monografia, mas quando fez essa proposta, o Senador pode não ter tido cuidado de verificar algumas circunstâncias. O artigo citado que prevê esse tipo penal estabelece uma pena, que por ser considerada muito pequena para o legislador em questão, deveria ser aumentada para casos como o de Pedrinho. Porém, apenas o aumento de pena para tal delito pode não ser suficiente para evitar o dano, nem impedir que ele seja cometido. Não basta apenas imputar penas longas para delitos, mas seria necessário, antes de tudo, estruturar o nosso sistema penitenciário, para que esse efetivamente, ressocialize o delinqüente e intimide novas tentativas do cometimento desse crime. Outro ponto, que deveria ser observado pelo legislador, seria o Estatuto da Criança e do Adolescente, criado em 1990, que contemplou esse delito no art. 237, onde descreve o tipo penal e lhe imputa pena que vai até 06 (seis) anos. Sabemos que somente os crimes que forem cometidos a partir dessa data, serão alcançados por tal ordenamento jurídico, mas já existe norma que discipline tal conduta, mesmo com pena menor.

O caráter de legislação-álibi manifesta-se nitidamente quer no tratamento já existente para a subtração de incapazes diante do seqüestro, quer no projeto de lei de autoria do Senador César Borges.

É sintomático perceber que a pena mais severa seja aplicada para aqueles casos que apresentam maior incidência nas estatísticas de criminalidade. Assim, se ocorrem numericamente mais seqüestros do que subtração de incapazes, é razoável perceber que a pressão maior sobre o poder legislativo seja pelo endurecimento da pena da prática delituosa seqüestro. Isso gera as distorções apontadas pelo presente ensaio. O crime de subtração de incapazes, ainda que apresente um caráter de ofensa à liberdade de modo significativamente maior do

que a ofensa produzida pelo seqüestro, tem como previsão sancionatória uma pena menor do que a pena prevista para a prática deste.

Dessa forma, poderíamos questionar o comportamento legislativo que visa atender meramente aos apelos populares. Na hipótese disso passar a ser uma prática freqüente, cairíamos no equívoco de criar uma lei para cada fato isoladamente, quando na verdade temos que adequar o fato ao tipo penal já existente, ou produzi-la para novos danos causados à sociedade. Caso contrário, estaríamos banalizando a produção de normas, utilizando estas para promoção ou beneficiamento próprios, e não é essa a função do Poder Legislativo.

CONCLUSÃO

É certo que o Direito Penal não é a solução definitiva para tudo, devendo ser a última *ratio*, ou seja, só deve ser chamado a intervir quando os demais ramos do Direito se mostrarem insuficientes para a tutela do bem jurídico. Nesse estudo buscou-se demonstrar, através de um caso concreto, a utilização das normas jurídicas de forma irresponsável, onde o legislador procura criar normas que sejam convenientes para “tranqüilidade social” e que, embora não resolvam os problemas sociais, dão impressão que o Estado busca solucioná-los.

Essa prática, chamada de legislação-álibi, utilizada na propositura de leis, foi o que se tentou confirmar, quando se estabeleceu a comparação entre as penas da subtração de incapazes e à imputada ao seqüestro, onde, talvez, por haver um maior índice do cometimento desse delito, em relação àquele, e embora o bem jurídico tutelado pelo artigo que define a subtração de incapazes (249 do CP), seja tão ou mais importante, se assim pudéssemos escalonar os valores tutelados pelo Direito, em relação ao de crime de seqüestro (art. 148 do

CP), a pena imposta pelo Art. 249 do CP, é bem menor do que aquela dada ao tipo penal seqüestro. O que deve ser questionado também é se apenas a utilização de penas mais longas, atinge o fim pretendido por elas.

Ao mesmo tempo, evidenciamos no “caso Pedrinho” a tentativa, por parte dos aplicadores do direito, de buscar respostas imediatas para casos que estão em evidência na mídia, que por sua vez, tem um papel fundamental para informação da população, mas que nem sempre utiliza essa prerrogativa de forma coerente.

É óbvio que todos os casos devem ser resolvidos em tempo hábil, mas de forma responsável e correta. No caso em questão, houve uma dissensão em relação ao enquadramento do tipo penal ao caso concreto, e em relação à prescrição ou não do crime cometido. O que gerou imprecisão na utilização do ordenamento jurídico, que poderia sugerir a manipulação das normas em favor de situações individualizadas.

REFERÊNCIAS

- AFTALION, Enrique R. **Introduccion al Derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- ALBERGARIA, Jason. **Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- BARBOSA JÚNIOR, Avelino Alves. **Criminologia**. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4

- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal: Curso Completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito Penal Simplificado**, parte geral. São Paulo: Nelpa, s.d.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, parte especial. São Paulo: José Bushatsky, 1959. v. III
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, Tomo II.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. II
- MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Prescrição Penal**. São Paulo: Atlas, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, parte especial. São Paulo: Atlas, 2003.

CP), a pena imposta pelo Art. 249 do CP, é bem menor do que aquela dada ao tipo penal seqüestro. O que deve ser questionado também é se apenas a utilização de penas mais longas, atinge o fim pretendido por elas.

Ao mesmo tempo, evidenciamos no “caso Pedrinho” a tentativa, por parte dos aplicadores do direito, de buscar respostas imediatas para casos que estão em evidência na mídia, que por sua vez, tem um papel fundamental para informação da população, mas que nem sempre utiliza essa prerrogativa de forma coerente.

É óbvio que todos os casos devem ser resolvidos em tempo hábil, mas de forma responsável e correta. No caso em questão, houve uma dissensão em relação ao enquadramento do tipo penal ao caso concreto, e em relação à prescrição ou não do crime cometido. O que gerou imprecisão na utilização do ordenamento jurídico, que poderia sugerir a manipulação das normas em favor de situações individualizadas.

REFERÊNCIAS

- AFTALION, Enrique R. **Introduccion al Derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- ALBERGARIA, Jason. **Direito do Menor**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.
- BARBOSA JÚNIOR, Avelino Alves. **Criminologia**. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial**. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4

- COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito Penal: Curso Completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito Penal Simplificado**, parte geral. São Paulo: Nelpa, s.d.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, parte especial. São Paulo: José Bushatsky, 1959. v. III
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. I, Tomo II.
- JESUS, Damásio de. **Direito Penal**, parte especial. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. II
- MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Prescrição Penal**. São Paulo: Atlas, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**, parte especial. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, parte especial. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2

PIMENTA BUENO, José Antônio. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Min. da Justiça, 1958.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIREITO PENAL DO INIMIGO. DIREITO PENAL DO SÉCULO XXI?

Flávio Augusto Fontes de Lima

Juiz de Direito Titular da Vara de Execução de Penas Alternativas de Recife. Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife/ Universidade Federal de Pernambuco - UFPE. Doutorando em Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense pela Faculdade de Direito de São Paulo - USP.

SUMÁRIO

1 - PRIMEIRAS PALAVRAS. 2 - APROXIMAÇÃO DO TEMA. 3 - FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO. 4 - DIREITO PENAL DO INIMIGO NA SOCIEDADE DE RISCO. 5 - PARTICULARIDADES TÍPICAS. 6 - ALGUMAS IMPRESSÕES DO TEMA. 7 - REFERÊNCIAS.

1 - PRIMEIRAS PALAVRAS

O tema escolhido não é de tão fácil compreensão como a princípio parece. Ele é inundado de cargas ideológicas, emocionais, provocativas e é assim que vem sendo abordado até agora pela maioria dos autores.¹

¹ Foi comparado, por exemplo, à ditadura franquista (CONDE, Francisco Muñoz. Hacia um derecho penal del enemigo? *Revista da Faculdade de Direito de Olinda*, Olinda, v. 6, n. 9/10, p.275-279, 2003; a um não-direito presente nas legislações positivas (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal del enemigo*. Tradução de Manuel Cancio Meliá.

A grande questão é que não é fácil entender as idéias de Jakobs, esse discípulo de Welzel, que após a sua morte foi cada vez mais se distanciando do grande representante do finalismo, cujas concepções imperaram na década de 60, do século passado e representaram o preenchimento jurídico penal deixado pela Escola de Kiel. Jakobs, que só crê na prevenção geral positiva da sanção e sofreu uma tremenda influência da Sociologia, tornou-se bem mais polêmico ao mencionar e desenvolver, mesmo que de forma ainda pouco sistemática, a concepção de Direito penal do inimigo.

O tema se torna mais apaixonante e instigante, porque Jakobs, assim como grandes pensadores e escritores como Franz Kafka, até hoje não explicou exatamente o que quer dizer com essa expressão. Como se fosse uma ampulheta, aos poucos larga pistas, o que leva a uma inconclusão quem sabe proposital.

E aí dos brasileiros, que vivem hermeticamente protegidos pelo dogmatismo tecnicista, que os impede de compreender o que significam conceitos como sistema aberto, flexibilização de valores a priori, imputação objetiva e tanta coisa mais.

No caso brasileiro, quase de modo quixotesqueano, pelo isolamento científico em que muitas vezes foi colocado, surge o Professor Antonio Chaves, que incansavelmente fornece a todos, gratuitamente, a senha para um admirável mundo novo

Madri: Civitas Ediciones, 2003. p. 93); a um direito de combate aos demônios (EL HIRICHE, Gamil Föppel. Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. In: MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 7). Luis Greco assim descreve: "como conceito legitimador-afirmativo, ele é nocivo; como conceito descritivo, inimaginável; como conceito crítico, na melhor das hipóteses desnecessário. Se quisermos que a razão mantenha o seu lugar no Direito penal, não resta nele lugar no Direito penal" (GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 56, p. 80-112, set./out. 2005).

que permite mostrar que há muito mais que o Direito imposto por Kelsen; que transporta a escolas e pensamentos científicos, que começam a funcionar como uma vacina ou antídoto, que faz com que se possa usar o raciocínio e a razão não como autômatos, mas como críticos. Nessa tentativa desesperada de recuperar tantos anos é que o autor se aventurou a abordar esse tema tão interessante e de conseqüências tão profundas que é o Direito penal do inimigo, que chega a ponto de considerar pessoas como não-pessoas. Durante todo o modesto texto se procurou inserir impressões pessoais, mormente nas observações.

E, apenas para ilustrar, diante da onda de violência deflagrada no Estado de São Paulo, a partir da última sexta-feira - 13/05/2006 - pelo PCC (Primeiro Comando da Capital), não se pode deixar de mencionar, ainda que superficialmente, a aprovação de diversos projetos pela CCJ (Comissão de Constituição e Justiça) do Senado, em regime de urgência, visando a combater o crime organizado, o que demonstra, claramente, a preocupação que vem ocorrendo no Direito penal moderno, mormente no que se refere aos delitos que afligem a sociedade como um todo, sem que se saiba ao certo quem são os adversários a serem combatidos, mas o que importa é aplicar duras penas sem nenhuma discussão a respeito.

Assim, em contraposição ao Direito penal do cidadão, o Congresso brasileiro quer tornar mais rígido o sistema contra os "inimigos da sociedade", assim considerados, entre outros, aqueles que praticam o crime organizado, com um regime de segurança máxima, de modo que os condenados fiquem isolados por 720 dias, prorrogáveis por mais 720 dias, em cela individual, podendo conversar com seu advogado apenas uma vez por mês e receber visita de apenas dois familiares por semana, sendo as conversas realizadas por interfone, além de outras medidas, tais como a possibilidade de o juiz julgar o réu, por meio de teleconferência, etc.; medidas estas

que intensifiquem a punição de tais pessoas, colocando-as em situação de humilhação, retirando das mesmas qualquer condição de cidadão, ou mesmo de seres humanos.

2 - APROXIMAÇÃO DO TEMA

Numa crítica aos que se arrogam como detentores do saber, Jakobs, aprofundando-se em suas investigações sobre o Direito penal do inimigo, foi à filosofia da Idade Moderna e afirmou que a mesma tem condições de abordar o problema levantado.²

Ele cita expressamente os pensadores Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant para buscar uma legitimidade nas idéias deles a respeito de como se manifestar diante de quem viole de modo grave o ordenamento. Ou seja, que a idéia do inimigo é muito antiga e apenas adquire uma nova roupagem nestes tempos de uma sociedade de risco e vinculada ao Direito penal moderno.

Realmente basta se olhar para a história e se verá que é uma constante um tratamento absolutamente diferenciado a determinados delinqüentes que praticavam certas infrações. Esses indivíduos recebiam punições bem mais severas, eram banidos da sociedade e o Estado os encarava como inimigos. É claro que a manutenção da ordem para quem detém o poder sempre foi uma prioridade, já que se trata de uma questão de sobrevivência.

Passar-se-á a fazer uma ligeiríssima síntese da concepção desses pensadores, valendo-se da análise desenvolvida por Luis Gracia Martín.³

² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op cit.*, p. 25-40.

³ MARTÍN, Luis Gracia. *El horizonte del finalismo y el <<Derecho penal del enemigo>>*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 122-167.

No que pese Rousseau não ter se referido especificamente a nenhum delito, infere-se que para ele o que seria considerado muito grave seria tudo que rompesse o contrato social. Ele nega ao sujeito a condição de pessoa ou cidadão e o exclui da cidadania mediante seu exílio ou sua morte.

Fichte se volta completamente contra o assassinato premeditado e contra quem pratica esse ato; priva-o de todos os direitos do cidadão e ser humano, sendo degredado e excluído posteriormente, mediante a sua morte. Chega a comparar o indivíduo à coisa.

Hobbes concebia a punibilidade de atos preparatórios com penas desproporcionais e sem nenhuma garantia, pelo menos em relação aos crimes de lesão à majestade, que comprometem a existência do próprio Estado. Nele, o inimigo carece de condição de cidadão e está sempre excluído, ou porque nunca esteve vinculado ao pacto de obediência ou porque renuncia, posteriormente, a sua observância ou cumprimento.

Já Kant fala em se exercer hostilidades contra quem não oferece a segurança própria do estado legal, devendo-se privar o indivíduo de seu status de cidadão. Ele nivela o mero perigo por ausência de segurança com a efetiva lesão de fato.

Após Jakobs fazer algumas considerações históricas, ele diz, como que numa contextualização:

“O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra... O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo inclina o Direito das medidas de segurança) combate perigos: com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias”.⁴

⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op cit.* p. 33

que intensifiquem a punição de tais pessoas, colocando-as em situação de humilhação, retirando das mesmas qualquer condição de cidadão, ou mesmo de seres humanos.

2 - APROXIMAÇÃO DO TEMA

Numa crítica aos que se arrogam como detentores do saber, Jakobs, aprofundando-se em suas investigações sobre o Direito penal do inimigo, foi à filosofia da Idade Moderna e afirmou que a mesma tem condições de abordar o problema levantado.²

Ele cita expressamente os pensadores Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant para buscar uma legitimidade nas idéias deles a respeito de como se manifestar diante de quem viole de modo grave o ordenamento. Ou seja, que a idéia do inimigo é muito antiga e apenas adquire uma nova roupagem nestes tempos de uma sociedade de risco e vinculada ao Direito penal moderno.

Realmente basta se olhar para a história e se verá que é uma constante um tratamento absolutamente diferenciado a determinados delinquentes que praticavam certas infrações. Esses indivíduos recebiam punições bem mais severas, eram banidos da sociedade e o Estado os encarava como inimigos. É claro que a manutenção da ordem para quem detém o poder sempre foi uma prioridade, já que se trata de uma questão de sobrevivência.

Passar-se-á a fazer uma ligeiríssima síntese da concepção desses pensadores, valendo-se da análise desenvolvida por Luis Gracia Martín.³

² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op cit.*, p. 25-40.

³ MARTÍN, Luis Gracia. *El horizonte del finalismo y el <<Derecho penal del enemigo>>*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 122-167.

No que pese Rousseau não ter se referido especificamente a nenhum delito, infere-se que para ele o que seria considerado muito grave seria tudo que rompesse o contrato social. Ele nega ao sujeito a condição de pessoa ou cidadão e o exclui da cidadania mediante seu exílio ou sua morte.

Fichte se volta completamente contra o assassinato premeditado e contra quem pratica esse ato; priva-o de todos os direitos do cidadão e ser humano, sendo degredado e excluído posteriormente, mediante a sua morte. Chega a comparar o indivíduo à coisa.

Hobbes concebia a punibilidade de atos preparatórios com penas desproporcionais e sem nenhuma garantia, pelo menos em relação aos crimes de lesão à majestade, que comprometem a existência do próprio Estado. Nele, o inimigo carece de condição de cidadão e está sempre excluído, ou porque nunca esteve vinculado ao pacto de obediência ou porque renuncia, posteriormente, a sua observância ou cumprimento.

Já Kant fala em se exercer hostilidades contra quem não oferece a segurança própria do estado legal, devendo-se privar o indivíduo de seu status de cidadão. Ele nivela o mero perigo por ausência de segurança com a efetiva lesão de fato.

Após Jakobs fazer algumas considerações históricas, ele diz, como que numa contextualização:

“O Direito penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra... O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo inclina o Direito das medidas de segurança) combate perigos: com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias”.⁴

⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op cit.* p. 33

Assim pode-se dizer que a forma de punição em certos casos na história da humanidade tem muitos traços da concepção de Jakobs, a começar do modo como os indivíduos eram encarados, como verdadeiros inimigos pelo Estado que respondia com extrema violência, tornando-os inócuos e os aniquilando.

3 - FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Desde a primeira vez que se manifestou sobre o fenômeno que chamou de Direito penal do inimigo, em 1985, Jakobs em seu escrito já inseriu o par conceitual: Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo.⁵

Enquanto o Direito penal do cidadão é o direito ordinário, ou seja, voltado às pessoas com as tradicionais garantias conquistadas pelo Estado de direito, o Direito penal do inimigo se propõe a combater indivíduos desestabilizadores do sistema social, privados dos princípios e regras do Direito penal das pessoas, isto é, despojados de sua esfera de privacidade. São as não-pessoas.⁶

Quem seriam esses inimigos? São os indivíduos que não oferecem a garantia cognitiva mínima suficiente para serem tratados como pessoas devido a suas atitudes e, outrossim, demonstram persistência deliberada no desiderato de romper com o ordenamento penal posto. Dá como exemplos os casos de delitos sexuais, a criminalidade econômica, o terroris-

⁵ JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Tradução de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 293-324

⁶ Certamente, é nessa destituição de pessoa dita explicitamente e em mais de um trabalho de Jakobs que a meu ver se concentra a maior quantidade de objeções a essa construção doutrinária. Outro grande problema é apontar quem seriam esses inimigos.

mo ou a criminalidade organizada. E a lista prossegue, incluindo todas as criminalizações dos atos preparatórios, a tentativa de participação, delitos contra a segurança do Estado, como a formação de associações criminais ou terroristas (§§129 e 129 a, STGB), havendo uma atuação não eventual, pois quem pratica delitos de modo pontual são cidadãos, para os quais as normas e garantias do Direito penal foram feitas.⁷

Ao inimigo não se considera cidadão e um traço diferenciador é que o Direito penal do inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos; já o Direito penal do cidadão otimiza as esferas de liberdade. Desse modo, o ordenamento jurídico frente à criminalidade praticada por não cidadãos tem que eliminar o perigo.⁸

Em um pólo está o Direito penal ordinário, aquele que só reage, caso haja uma exteriorização do ato, com o fim de ratificar a estrutura normativa da sociedade.

No outro lado está o inimigo, que deve ser interceptado, combatido, neutralizado e tornando inócuo prontamente e, de preferência, num estágio prévio à exteriorização do ato, uma vez que ele deve sempre ser encarado sob o prisma de sua periculosidade, já que é uma não-pessoa.

Ora, para se aceitar a negação da condição de pessoa a certos indivíduos, é preciso partir do pressuposto de que essa condição não é inerente aos indivíduos, conseqüentemente, não é algo dado ou atribuído pela natureza, e sim, uma atribuição normativa.

Como ensinou o Professor Chaves, Jakobs recebeu uma enorme influência das concepções sociológicas de Luhmann e Luhmann desenvolveu sua noção de pessoa, em que há uma distinção entre o indivíduo concebido como sistema psíquico e se opera pela consciência, e a sociedade entendida como

⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op cit.* p. 38-39 e 98.

⁸ *Idem*, p. 40.

Assim pode-se dizer que a forma de punição em certos casos na história da humanidade tem muitos traços da concepção de Jakobs, a começar do modo como os indivíduos eram encarados, como verdadeiros inimigos pelo Estado que respondia com extrema violência, tornando-os inócuos e os aniquilando.

3 - FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Desde a primeira vez que se manifestou sobre o fenômeno que chamou de Direito penal do inimigo, em 1985, Jakobs em seu escrito já inseriu o par conceitual: Direito penal do cidadão e Direito penal do inimigo.⁵

Enquanto o Direito penal do cidadão é o direito ordinário, ou seja, voltado às pessoas com as tradicionais garantias conquistadas pelo Estado de direito, o Direito penal do inimigo se propõe a combater indivíduos desestabilizadores do sistema social, privados dos princípios e regras do Direito penal das pessoas, isto é, despojados de sua esfera de privacidade. São as não-pessoas.⁶

Quem seriam esses inimigos? São os indivíduos que não oferecem a garantia cognitiva mínima suficiente para serem tratados como pessoas devido a suas atitudes e, outrossim, demonstram persistência deliberada no desiderato de romper com o ordenamento penal posto. Dá como exemplos os casos de delitos sexuais, a criminalidade econômica, o terroris-

⁵ JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Tradução de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González e Manuel Cancio Meliá. Madrid: Editorial Civitas, 1997. p. 293-324

⁶ Certamente, é nessa destituição de pessoa dita explicitamente e em mais de um trabalho de Jakobs que a meu ver se concentra a maior quantidade de objeções a essa construção doutrinária. Outro grande problema é apontar quem seriam esses inimigos.

mo ou a criminalidade organizada. E a lista prossegue, incluindo todas as criminalizações dos atos preparatórios, a tentativa de participação, delitos contra a segurança do Estado, como a formação de associações criminais ou terroristas (§§129 e 129 a, STGB), havendo uma atuação não eventual, pois quem pratica delitos de modo pontual são cidadãos, para os quais as normas e garantias do Direito penal foram feitas.⁷

Ao inimigo não se considera cidadão e um traço diferenciador é que o Direito penal do inimigo otimiza a proteção de bens jurídicos; já o Direito penal do cidadão otimiza as esferas de liberdade. Desse modo, o ordenamento jurídico frente à criminalidade praticada por não cidadãos tem que eliminar o perigo.⁸

Em um pólo está o Direito penal ordinário, aquele que só reage, caso haja uma exteriorização do ato, com o fim de ratificar a estrutura normativa da sociedade.

No outro lado está o inimigo, que deve ser interceptado, combatido, neutralizado e tornando inócuo prontamente e, de preferência, num estágio prévio à exteriorização do ato, uma vez que ele deve sempre ser encarado sob o prisma de sua periculosidade, já que é uma não-pessoa.

Ora, para se aceitar a negação da condição de pessoa a certos indivíduos, é preciso partir do pressuposto de que essa condição não é inerente aos indivíduos, conseqüentemente, não é algo dado ou atribuído pela natureza, e sim, uma atribuição normativa.

Como ensinou o Professor Chaves, Jakobs recebeu uma enorme influência das concepções sociológicas de Luhmann e Luhmann desenvolveu sua noção de pessoa, em que há uma distinção entre o indivíduo concebido como sistema psíquico e se opera pela consciência, e a sociedade entendida como

⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Op cit.* p. 38-39 e 98.

⁸ *Idem*, p. 40.

sistema e se opera mediante a comunicação. Logo, pessoa seria o agir vinculado ao dever ou obrigação. Cabe a indagação se Jakobs assimilou essa construção de pessoa desenvolvida por Luhmann.

Como já foi frisado, Jakobs entende que os inimigos são indivíduos que devem receber um tratamento diferente do Estado, já que vulneram o direito à segurança das pessoas. Esses delinquentes não prestam uma segurança cognitiva suficiente a um comportamento pessoal.

Quando se trata de combate aos inimigos, as normas ordinárias de direito não devem ser utilizadas, e sim se justifica a utilização de regras de exclusão dos inimigos.⁹

Aquele indivíduo que pretende ser tratado como pessoa deve dar uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como tal. Se não se dá essa garantia, o Direito penal deixa de ser uma reação diante de um fato praticado por um de seus membros para ser uma reação contra inimigo. Nem tudo é permitido, mas essa reação deve ocorrer à medida do necessário e suficiente de modo a evitar agressões futuras.¹⁰

4 - DIREITO PENAL DO INIMIGO NA SOCIEDADE DE RISCO

É mais que natural que quando se pensa nesse tema, invariavelmente vem à mente o fenômeno mais que discutido

⁹ Cabe aqui mais um questionamento: se o Direito penal do inimigo se vale de regras advindas do próprio Estado, sem contar que o próprio Jakobs identifica exemplos desse Direito do inimigo na legislação material e processual vigentes, as regras de exclusão dos inimigos não fazem parte integrante do próprio ordenamento do Estado? Não é o próprio Direito penal com o arsenal que já possui ou então *de lege ferenda* que reage contra essa pessoa? Considera-se a resposta é afirmativa.

¹⁰ JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Tradução de Teresa Manso Porto. Madri: Civitas Ediciones, 2004. p.43.

do alargamento do Direito penal ou para se utilizar uma expressão que está em voga: a expansão do Direito penal.

Silva Sánchez, criador da teoria das velocidades do Direito penal, relata uma série de concepções relacionadas aos aspectos da política criminal nas sociedades industriais e pós-industriais, dentre elas: a concepção do Direito penal mínimo e máximo de Ferrajoli; o modelo ultraliberal da escola de Frankfurt, capitaneada por Hassmer; a tendência atual da criação de novos bens jurídicos penais; a grande influência da mídia; o movimento da lei e da ordem da década de 60 que clamava por punitivismo e não por expansão, que se dá já no fim do século XX e tem rara unanimidade. Fala, também, na moderna teoria social de Ulrich Bech, que cunhou a idéia de sociedade de risco; no progresso tecnológico perigoso em alguns aspectos; na falta de comunicação da sociedade, tão enfatizada pelo Professor Chaves ao abordar o funcionalismo, a sociedade da insegurança e medo, o individualismo de massas, o incremento dos delitos de perigo, a globalização, a administrativização do Direito penal, o desenvolvimento da idéia. Dos delitos de acumulação de Kuhlen, a influência americana na Europa com suas técnicas de neutralização, a conclusão óbvia de que o Direito penal clássico de base liberal tem limitada capacidade para combater fenômenos de macrocriminalidade e, por fim, entende que o Direito penal do inimigo é um mal menor.¹¹

O autor espanhol não só reconhece a existência de um Direito penal do inimigo, como em sua teoria das velocidades questiona se esse não seria a terceira velocidade do Direito penal. Menciona atos delituosos exemplificativos como a delinquência patrimonial profissional, delinquência sexual violenta e constante e fenômenos como o terrorismo e a criminalidade organizada, entendendo como ameaças aos fundamentos da sociedade e, conseqüentemente, do Estado. Enquanto a pri-

¹¹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Segunda edición. Madri: Civitas Ediciones, 2001. *passim*.

sistema e se opera mediante a comunicação. Logo, pessoa seria o agir vinculado ao dever ou obrigação. Cabe a indagação se Jakobs assimilou essa construção de pessoa desenvolvida por Luhmann.

Como já foi frisado, Jakobs entende que os inimigos são indivíduos que devem receber um tratamento diferente do Estado, já que vulneram o direito à segurança das pessoas. Esses delinqüentes não prestam uma segurança cognitiva suficiente a um comportamento pessoal.

Quando se trata de combate aos inimigos, as normas ordinárias de direito não devem ser utilizadas, e sim se justifica a utilização de regras de exclusão dos inimigos.⁹

Aquele indivíduo que pretende ser tratado como pessoa deve dar uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como tal. Se não se dá essa garantia, o Direito penal deixa de ser uma reação diante de um fato praticado por um de seus membros para ser uma reação contra inimigo. Nem tudo é permitido, mas essa reação deve ocorrer à medida do necessário e suficiente de modo a evitar agressões futuras.¹⁰

4 – DIREITO PENAL DO INIMIGO NA SOCIEDADE DE RISCO

É mais que natural que quando se pensa nesse tema, invariavelmente vem à mente o fenômeno mais que discutido

⁹ Cabe aqui mais um questionamento: se o Direito penal do inimigo se vale de regras advindas do próprio Estado, sem contar que o próprio Jakobs identifica exemplos desse Direito do inimigo na legislação material e processual vigentes, as regras de exclusão dos inimigos não fazem parte integrante do próprio ordenamento do Estado? Não é o próprio Direito penal com o arsenal que já possui ou então *de lege ferenda* que reage contra essa pessoa? Considera-se a resposta é afirmativa.

¹⁰ JAKOBS, Günther. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Tradução de Teresa Manso Porto. Madri: Civitas Ediciones, 2004. p.43.

do alargamento do Direito penal ou para se utilizar uma expressão que está em voga: a expansão do Direito penal.

Silva Sánchez, criador da teoria das velocidades do Direito penal, relata uma série de concepções relacionadas aos aspectos da política criminal nas sociedades industriais e pós-industriais, dentre elas: a concepção do Direito penal mínimo e máximo de Ferrajoli; o modelo ultraliberal da escola de Frankfurt, capitaneada por Hassmer; a tendência atual da criação de novos bens jurídicos penais; a grande influência da mídia; o movimento da lei e da ordem da década de 60 que clamava por punitivismo e não por expansão, que se dá já no fim do século XX e tem rara unanimidade. Fala, também, na moderna teoria social de Ulrich Bech, que cunhou a idéia de sociedade de risco; no progresso tecnológico perigoso em alguns aspectos; na falta de comunicação da sociedade, tão enfatizada pelo Professor Chaves ao abordar o funcionalismo, a sociedade da insegurança e medo, o individualismo de massas, o incremento dos delitos de perigo, a globalização, a administrativização do Direito penal, o desenvolvimento da idéia. Dos delitos de acumulação de Kuhlen, a influência americana na Europa com suas técnicas de neutralização, a conclusão óbvia de que o Direito penal clássico de base liberal tem limitada capacidade para combater fenômenos de macrocriminalidade e, por fim, entende que o Direito penal do inimigo é um mal menor.¹¹

O autor espanhol não só reconhece a existência de um Direito penal do inimigo, como em sua teoria das velocidades questiona se esse não seria a terceira velocidade do Direito penal. Menciona atos delituosos exemplificativos como a delinqüência patrimonial profissional, delinqüência sexual violenta e constante e fenômenos como o terrorismo e a criminalidade organizada, entendendo como ameaças aos fundamentos da sociedade e, conseqüentemente, do Estado. Enquanto a pri-

¹¹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Segunda edición. Madri: Civitas Ediciones, 2001. *passim*.

meira e segunda velocidades corresponderiam ao Direito penal do cidadão, à terceira velocidade caberiam duras regras de imputação e uma conseqüente redução de garantias que seriam aplicadas por tempo limitado e de modo excepcional.

O fundamental é se manterem os princípios básicos de harmonia, convivência social e o Direito posto; para isso justificar-se-iam, de modo emergencial, aumento das penas de prisão, bem como a redução das garantias penais e processuais. A sociedade renunciaria a uma maior liberdade, em troca da manifestação do Direito penal de terceira velocidade, que iria enfrentar a situação excepcional de conflito como um Direito de guerra, apesar de questionar a legitimidade do Direito penal do inimigo, no sentido de se é ou não um Direito. Mesmo com a legitimidade, esse deveria ter como características principais a absoluta necessidade, a subsidiariedade e a transitoriedade com sua utilização em um excepcional contexto de emergência, pois representa um mal, mesmo que menor. O pior é que Sánchez vaticina a estabilidade e o crescimento do círculo do Direito penal do inimigo.¹²

Enquanto Jakobs não é tão explícito na defesa de utilização do Direito penal do inimigo, Silva Sánchez faz uma defesa aberta dessa concepção, defende a sua já existência, de uma certa forma preconiza a sua utilização como um mal necessário. Vê, inclusive, a legitimação da sociedade através da feitura de uma nova cláusula do pacto social firmado com o Estado, para que esse entre nesse combate como um Direito de guerra. A questão é que ele não fornece uma melhor construção sistemática para explicar teoricamente os mecanismos de funcionamento dessa terceira velocidade.

Um outro enorme perigo é que esse Direito excepcional se torne perene, de modo a contaminar os corolários do Estado democrático de Direito, com uma supressão de garan-

¹² *Idem*, p. 163-167.

tias e princípios conquistados à custa de muito sangue derramado. Sem contar que são idéias que podem ser facilmente adaptadas por regimes autoritários que, num pretexto de combate excepcional ao inimigo, podem implantar um verdadeiro Direito penal do terror.

Numa guerra vale quase tudo, aumento indiscriminado de casos de antecipação de condutas, diminuição e supressão de garantias processuais e penais, quem sabe até mecanismos de tortura.

5 - PARTICULARIDADES TÍPICAS

Pode-se dizer que há dois marcos distintos em relação à concepção de Direito penal do inimigo por parte de Jakobs, inclusive dá para identificar duas posturas do próprio alemão em relação ao tema. Uma inicial, quando apresentou trabalho escrito em 1985 e o fez de um modo crítico, apenas relatando o fenômeno; e, a partir de 1999, quando se mostrou bem mais explícito no trato da matéria, inclusive se aprofundando mais ao tentar uma justificação histórica ao abordar pensadores da Idade Moderna e agregando novas expressões como a guerra e fazendo menção expressa aos fatos ocorridos em 11 de setembro de 2001, nos EUA. O que realmente carece de maior explicação é se saber por que os doutrinadores ficaram apáticos após 1985 e só reagiram, ferozmente, a partir de 1999. Talvez, porque não tenham entendido suficientemente e o assunto passou despercebido. Já desde 1999 se tem escrito e falado sobre o tema, mas infelizmente, em geral apenas de um modo emocional e acientífico, com poucos argumentos significativos; acredita-se que tudo isso se deve à força emotiva da palavra "inimigo", tão carregada de valores negativos.¹³

¹³ Jakobs utilizou a primeira vez a expressão Direito penal do inimigo em trabalho apresentado em maio de 1985, em Congresso de penalistas alemães realizado em Frankfurt. O referido texto analisa a noção de Direito

Essa é também a impressão do Professor Cornelius Prittwitz.¹⁴ Em palestra realizada no Brasil, disse entender duas visões distintas sobre o tema pelo próprio Jakobs. Primeiramente, no trabalho apresentado em 1985, quando a questão foi exposta em forma de advertência, de modo crítico e provocativo, não tendo praticamente repercussão alguma, como se o jurista apenas descrevesse algo que constatava sem qualquer reação significativa contrária. Todavia, a partir de 1999, quando Jakobs palestrou na Conferência do milênio em Berlim e voltou a mencionar esse conceito, já o fez não de modo crítico, mas como defensor, gerando uma enorme polêmica, mormente no meio acadêmico, que se prolonga até agora.

Faz-se necessário tentar identificar algumas características básicas, buscar o seu objeto, para que se possa situar. Em outras palavras, deve-se tentar entender o que quer dizer a expressão Direito penal do inimigo para Jakobs e tentar caracterizar esse modelo de Direito penal parcial.

O próprio Jakobs menciona quatro particularidades típicas do Direito penal do inimigo e dá exemplos na própria legislação material e substantiva penal do direito germânico. Procurar-se-á inserir alguns dispositivos legais similares do Direito espanhol e do brasileiro.¹⁵

penal do inimigo em relação a uma tendência na Alemanha em direção a "criminalizações no estágio prévio à lesão de um bem jurídico"; apesar de na época já contrapor Direito penal do cidadão ao Direito penal do inimigo, via o Direito do inimigo num sentido muito mais crítico. Veja-se APONTE, Alexandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n.51, p. 12-13, nov./dez. 2004.

¹⁴ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política. Tradução de Helga Sabotta de Arado e Karina Quito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

¹⁵ JAKOBS, Günter. *Op cit.* p. 43 e 44.

A primeira particularidade é a **antecipação da punibilidade**: tipos penais que representam o Direito penal do inimigo são os que atingem até atos preparatórios, ou seja, são os que propiciam que a punibilidade seja imposta antecipadamente.

O que importa é que a sociedade sinta segurança cognitiva e justamente em defesa de seus princípios básicos justifica-se a elaboração de tipos penais que alcancem condutas prévias à prática de ações colaborativas em organização criminal.

Há uma clara intenção de tratar quem delinqüe de forma despersonalizada. Na doutrina espanhola identifica-se quem entenda que já existe a concepção de Direito penal do inimigo, não só como política internacional, através das guerras preventivas, assassinatos seletivos e questões complexas como o crime organizado internacional, bem como por normas de Direito penal e processual penal espanholas no tocante à imigração, terrorismo e tráfico de drogas, tudo como um Direito penal simbólico e advindo da crise do Estado de Direito.¹⁶

A segunda particularidade é a **falta de uma redução da pena proporcional à dita antecipação**: fere-se o princípio da proporcionalidade na punição. É o caso do mencionado art. 576 do Código penal espanhol que estabelece para quem participa de atos preparatórios de colaboração com bandos armados ou organizações terroristas uma pena de 5 a 10 anos de prisão e multa, sanção essa superior à da tentativa de homicídio.

¹⁶ O art. 576 do Código penal espanhol contempla atos de mera cooperação ou cumplicidade em relação à atividade de bandos armados, organizações ou grupos terroristas. Já o art. 578 do mesmo diploma legal pune a prática de atos preparatórios e de apologia ao terrorismo. Veja-se DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. *Ciências Penais*. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 9-37, jul./dez. 2004.

A terceira particularidade é a **passagem da legislação de Direito penal para legislação da luta para combater a delinqüência**. Menciona algumas leis recentes na área da criminalidade econômica, criminalidade organizada, terrorismo, delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, bem como nos delitos em geral que são denominadas leis de "luta". Como é cediço, a palavra "luta" sugere um combate, sem contar a custódia de segurança como medida de segurança.

A quarta particularidade é a **supressão de garantias processuais**: tem como exemplo clássico a incomunicabilidade do preso.

Jakobs entende que nos casos do Direito penal do inimigo, o Estado abole direitos de modo juridicamente ordenado e nas suas regulações mais extremas, visando-se a eliminar traços terroristas. Prossegue citando situações legais como a intervenção nas telecomunicações, investigações secretas, utilização de agentes infiltrados. Nas hipóteses de situações extremas, menciona a possibilidade legal da incomunicabilidade, ou seja, a impossibilidade de um preso entrar em contato até com o seu defensor. Ao se reportar ao 11 de setembro de 2001, nos EUA, encontra legitimado um procedimento de guerra, em que se deve dominar os terroristas, destruir suas fontes e até mesmo matá-los assumindo, inclusive, o risco de atingir pessoas inocentes como dano colateral necessário, pois se trata de guerra. Não é difícil se concluir que nessas ações de "guerra" não se pode valer de garantias legais, prazos processuais podem ser extrapolados sem nenhuma conseqüência, ampla defesa precária e quiçá se validem métodos ilícitos como a tortura.

Principalmente na década de 70, assistiu-se a uma verdadeira guerra interna na Itália, com numerosos conflitos político-sociais. O complexo quadro era composto pelo terrorismo fascista, pela propagação da violência armada entre grupos extra-parlamentares, pelo terrorismo da Brigada Vermelha e grupos similares e, ainda, pela estratégia de tensão criada

pelos golpistas e pelo próprio Estado. No final da década de 70 e início da de 80, após muitos atentados sangrentos, o Estado respondeu com uma produção legislativa que contribuiu para a crise do movimento subversivo.

Pois bem, esse pacote legislativo foi muito criticado por ter gerado não só a violação às garantias individuais, bem como os princípios da civilização jurídica moderna. Sem dúvidas, essa produção legislativa produzida nesse período de exceção e crise interna italiana encaixar-se-iam nos traços peculiares do Direito penal do inimigo.¹⁷

Não é tarefa difícil encontrar na América do Sul sinais do "inimigo". O que dizer, por exemplo, em relação à vizinha Colômbia? Com sua prolongada luta contra o narcoterrorismo e uma farta legislação de combate? Alejandro Aponte assevera que lá já é praticado o Direito penal do inimigo.¹⁸

No Brasil, será que se têm produções legislativas do Direito penal do inimigo? Seguindo a tendência legislativa européia, já em 1921, com o decreto 4.269, teve-se o primeiro dispositivo legal que era anti-anarquista, seguido da lei 38/35 referente a quem cometesse delitos contra a ordem política e social. A lei 1.802/53 referia-se aos crimes contra o Estado e a ordem política e social. Com o regime autoritário seguiram-se os decretos-lei: 314/67, 510/69, 898/69 e a lei 6.620/78, revogada pela vigente lei 7.710/83, conhecida como Lei de Segurança Nacional, todas com o desiderato de punir severamente aos que atentassem contra a segurança nacional, a ordem política e social.¹⁹

¹⁷ CERETTI, Adolfo. O terrorismo de esquerda na Itália nos anos setenta: causas e remédios. Tradução de Ana Paula Zomer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 5, n. 18, p. 9-25, abr./jun. 1997.

¹⁸ Aponte, Alejandro. *Op. cit.*, p. 13.

¹⁹ CARVALHO, Érika Mendes; RÉGIS PRADO, Luiz. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 771, p. 433, jan. 2000.

O que chama bastante atenção na lei de Segurança Nacional é que em várias situações a tentativa é punida de forma autônoma e com a pena correspondente ao crime consumado, por exemplo nos arts. 9º, 11, 17 e 18. Diz o art. 18 que constitui crime “tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados”.

A própria Constituição Federal estabelece que constitui crime inafiançável e imprescritível a prática de racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5ºXLII e XLIV). No mesmo artigo, no inciso XLIII, a Carta Magna considera crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Todos sabem que a lei 8.072/90 que regulamentou esse inciso foi ainda mais dura ao vedar o indulto, a liberdade provisória, a progressão de regimes e aumentar significativamente penas.²⁰

As leis 10.217/01 e 9.034/95 foram criadas para o combate à criminalidade organizada; apesar de não tipificarem crimes, nem incriminar condutas, visam a definir e regular meios de prova e procedimentos investigatórios nos ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo. Essa Lei 9.034/95 permite uma série de medidas invasivas em qualquer fase da persecução criminal como a ação controlada, acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais, bem como a captação e a interceptação de sinais diversos e até a infiltração de agentes de polícia ou de

²⁰ Apenas em 23.02.2006, o pleno do STF julgou inconstitucional a vedação à progressão de regime em crimes hediondos e assemelhados, basicamente por entender que feria o princípio da individualização da pena, em decisão muito apertada e polêmica, apesar desse mesmo STF ter decidido pela constitucionalidade do mesmo tema após a vigência da lei 8.072/90.

inteligência, em tarefas de investigação. Prevê, outrossim, a delação premiada que foi bastante utilizada pelo Estado italiano na crise da década de 70 e início da de 80. O mais grave é que princípios constitucionais como a presunção de inocência, o direito à privacidade podem ser violados em qualquer fase da persecução criminal, sendo o réu impedido até de apelar em liberdade, faculdade prevista até na lei 8.072/90.

Mas, é na lei 10.792/03, que alterou a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) e, dentre outras modificações, implantou o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que se encontra de modo mais claro um produto do Direito penal do inimigo, por violar garantias fundamentais, principalmente a humanidade da execução da pena e o princípio da igualdade, como se fosse o Direito penal do autor e não do fato.

A redação do art. 52 da Lei 7.210/84 é imprecisa e vaga. No *caput* estabelece que a prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave. Verifica-se que não é preciso que o indivíduo seja julgado pelo suposto delito, basta que se o apontem como autor e já pode receber o RDD. Como características impõe o isolamento celular do apenado e ainda limita as visitas e o banho de sol do preso. Até o preso provisório poderá receber o RDD, ou seja, não necessita nem de sua condenação definitiva. Estabelece uma redação imprecisa em seus dois parágrafos ao atribuir a presos “que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade...ou ao condenado sobre o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando”.

Não se pode negar que o RDD é fruto de uma política criminal que vem ao encontro do estado de medo permanente e generalizado da sociedade brasileira, seja pela criminalidade crescente e indiscriminada, seja pela conexão de delitos envolvendo os estabelecimentos prisionais e as organizações criminosas que, organizadas em facções, principalmente nos esta-

dos de São Paulo e Rio de Janeiro, parecem comandar ações delitivas diversas. Sem contar a ação dos bandos criminosos nas grandes cidades, que levam pânico e fazem com que o Estado tente responder com a inflação legislativa penal e diminuição gradativa de garantias. A questão é que se sabe que se tratam de ações simbólicas, de *outdoor*, que tratam o Direito como *prima ratio* ao invés de *ultima ratio* e que só fazem reproduzir modelos já testados e não aprovados, todavia parecem saciar as cobranças da mídia e da opinião pública.

O mais preocupante é que há quem entenda que o Direito penal do inimigo é uma das manifestações especiais do Direito penal moderno.²¹

6 - ALGUMAS IMPRESSÕES DO TEMA

Não é nada simples entender o significado de Direito penal do inimigo, assim vê-se que a maioria das críticas sobre o tema vem sendo feita de modo pouco elaborado e com um tom bastante emocional, passional e até retórico, sem que se busque uma averiguação científica sobre o assunto, pois para se criticar é preciso ter uma aproximação analítica e filosófica.

Vários autores não pouparam críticas ao denominado Direito penal do inimigo, como já foi mencionado no primeiro capítulo.

Nesse sentido, está-se plenamente de acordo com Jakobs quando ele se queixa de que apesar de ter lançado o tema há anos, pouco ou nada se pode observar de discussão científica sobre o problema.

²¹ MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidade*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p.60.

Uma coisa é certa, o Direito penal não tem como dar conta dos novos desafios contemporâneos, valendo-se das antigas ferramentas e teorias. Nos últimos anos, deu-se um notável incremento de novos tipos penais, inclusive delitos de perigo e que atingem, inclusive, atos preparatórios, com uma expansão sem precedentes.

O fenômeno da globalização, da sociedade pós-industrial com seu imenso desenvolvimento tecnológico agregado a riscos inimagináveis ao homem e ao meio-ambiente, os delitos transnacionais, os atentados terroristas em massa, atingindo potências econômicas e industriais como os EUA em 2001 e a Espanha em 2004, a imigração em larga escala, os problemas decorrentes da escassez de recursos e do planejamento familiar, das guerras preventivas, do medo generalizado, dentre outras questões, são verdadeiros desafios ao moderno Direito penal que tem que dar respostas céleres a delitos praticados contra bens jurídicos que não são mais tão-somente individuais como outrora, mas também, difusos ou coletivos e cuja identificação da autoria é quase impossível, gerando-se uma sensação de impotência do Estado e imobilização do cidadão.²²

Como foi visto, Jakobs retomou conceitos de pensadores da Idade Moderna para justificar sua elaboração de Direito penal do inimigo. Todavia, há duas questões que se contrapõem a ele nesse aspecto: em primeiro lugar, como é cediço, as leis sociais como conteúdos materiais das ordens ético-sociais são contingentes e relativas no Estado e aplicam-se em determinadas fases históricas, diferentemente, do que ocorre com as leis físico-naturais que possuem um caráter imperativo, cogente. Em segundo lugar, fatos ocorridos no passado não justificam, necessariamente, decisões atuais. Assim, só para argumentar, a visão de inimigo de Hitler e Mussolini não é aceita em Estados democráticos de direito.

²² Até hoje só foi identificado e julgado apenas um dos acusados pelos incidentes de 11/09/2001, nos EUA.

Faz parte da democracia atos de protesto, dissidência e hostilidade frente ao Estado, já que uma de suas características é a tolerância recíproca. Há vasta legislação criminal para proteger os diversos bens jurídicos que se apresentam e punir infratores, o problema é buscar dentro e fora da própria sociedade inimigos e despersonalizá-los.

A não ser em um Estado totalitário, não há como subsistir um Direito penal para o cidadão e outro para o inimigo. Entende-se que só há o Direito penal ordinário ou do cidadão na expressão de Jakobs.

O maior senão da concepção do inimigo, sem a menor dúvida, é taxar seres humanos como não-pessoas, ou seja, despersonalizá-los. Isso não é possível, pois para que se considere alguém como não-pessoa, teria que haver um conceito prévio e normativo que retirasse essa condição. O Direito penal do inimigo para despersonalizar tem como premissa que o indivíduo tenha abandonado de forma duradoura e perene o Direito, por meio de uma não-eventual e repetida prática de infrações.

A partir do momento em que Jakobs trata de um tema aparentemente inexistente, contradiz-se quando exemplifica seu Direito penal do inimigo com diversas disposições penais e processuais penais vigentes no Direito alemão. Ora, esses tipos penais citados, se já existem, fazem parte do Direito penal ordinário e não de um Direito penal à parte, do inimigo. Ou seja, há apenas uma questão semântica na denominação Jakobiana. Em diversas legislações nos Estados democráticos de Direito ou não, verificam-se leis duras e com diminuições de garantias, sem que isso signifique um tipo diferente de Direito penal, e sim, é uma demonstração da tendência expansionista desse Direito. Na concepção de Ferrajoli as tipificações características desse Direito do inimigo fazem parte do Direito penal máximo, em que quase tudo é válido para que os governantes controlem a ordem social.

Ninguém pode ser definido como não-pessoa. Não se pode reconhecer o caráter de Direito às regulações típicas do Direito penal do inimigo, justamente porque nega a seus destinatários a condição de pessoa. Quem é imputável transgredir uma norma, sendo destinatário dela, logo é pessoa.²³ Todos devem ser submetidos a um processo e, se for o caso, haver a condenação que tem as mesmas conseqüências no Direito do cidadão e do inimigo. Agora, o fato de leis serem duras e menos garantistas e os delitos serem taxados na época de modo mais severo pelo Estado não significa que há um outro direito, um Direito do terror. Através de princípios como a proporcionalidade e a razoabilidade, aplica-se o Direito penal ordinário a todos os etiquetados pelo sistema repressivo do Estado, desde o assaltante, ao criminoso de colarinho branco ou aos terroristas internacionais.

Não há como se sustentar no Direito penal um conceito puramente normativo, ficcional de pessoa. O Direito penal é dirigido sempre ao ser humano, ao homem real, indivíduo, cidadão e não a uma pessoa jurídica, portanto não subsiste a diferenciação entre cidadão e indivíduo como preconiza Jakobs. Assim, todos que forem imputados devem ser submetidos às mesmas regras, limites e garantias, levando-se em conta a proporção dos danos causados aos bens jurídicos valorados em cada época.

Por fim, deve-se destacar que as idéias de Direito penal do inimigo afrontam a dignidade humana, que não pode ser extraída do ser humano, pois ela é inerente a sua própria existência. A dignidade é vinculante para o Direito. Esse é o ensinamento do Professor Chaves que vai ao encontro de tudo que

²³ Nessa direção Welzel sustentou que o reconhecimento do homem como pessoa responsável é o pressuposto mínimo que tem que mostrar uma ordem social (WELZEL, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho penal: derecho natural y justicia*. Tradução de Felipe González Vicen. Buenos Aires: Julio César Faira, 2005. p.252).

pensa o autor deste trabalho e pede vênia para transcrever partes distintas de duas obras: “a dignidade da pessoa, como foi dito, existe na própria natureza humana, em especial, quando esta pessoa se relaciona com o mundo exterior, pois deve ser tratada, sempre, como um ser racional, que o diferencia do tratamento que se possa atribuir a um ser irracional”. Em outro trabalho: “Os Direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, são o reflexo do seu fundamento que é a dignidade da pessoa humana, submetendo o poder punitivo do Estado, estabelecendo, de igual modo, os limites deste poder”.²⁴

Num Estado democrático de direito é imprescindível um sistema jurídico-penal aberto, porém advindo de um estudo científico aprofundado com a influência transdisciplinar e metodologia jurídico-penal, o que não se coaduna com o chamado Direito penal do inimigo.

Enfim, a humanidade, em sua existência, não deveria abrir mão dos avanços obtidos em termos de Direitos humanos e garantias. Basta se olhar um passado recente e verifica-se que idéias extremas, de exceção, só levam a um insano totalitarismo, repressão da população, retrocesso democrático e até a guerras internas e externas.

7 - REFERÊNCIAS

APONTE, Alexandre. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 12, n.51, nov./dez. 2004.

²⁴ Respectivamente: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Culpabilidade e reprobção penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994, p. 30; CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 29.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Culpabilidade e reprobção penal*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

_____. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARVALHO, Érika Mendes; RÉGIS PRADO, Luiz. Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 771, p. 433, jan. 2000.

CERETTI, Adolfo. O terrorismo de esquerda na Itália nos anos setenta: causas e remédios. Tradução de Ana Paula Zomer. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 5, n. 18, abr./jun. 1997.

CONDE, Francisco Muñoz. Hacia um derecho penal del enemigo? *Revista da Faculdade de Direito de Olinda*, Olinda, v. 6, n. 9/10, 2003.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo. Do direito penal liberal ao direito penal do inimigo. Tradução de Érika Mendes de Carvalho. *Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, n. 1, jul./dez. 2004.

EL HIRICHE, Gamil Föppel. *Análise criminológica das organizações criminosas: da inexistência à impossibilidade de conceituação e suas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Manifestação do direito penal do inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 56, set./out. 2005.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Tradução de Manuel Cancio Meliá. Madri: Civitas Ediciones, 2003.

JAKOBS, Günther. **Estudios de derecho penal**. Tradução de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez Gonzáles e Manuel Cancio Meliá. Madri: Editorial Civitas, 1997.

_____. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad**. Tradução de Teresa Manso Porto. Madri: Civitas Ediciones, 2004.

MARTÍN, Luis Gracia. **El horizonte del finalismo y el <<Derecho penal del enemigo>>**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

_____. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia: a la vez, una hipótesis de trabajo sobre el concepto de Derecho penal moderno en el materialismo histórico del orden del discurso de criminalidade**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política. Tradução de Helga Sabotta de Arado e Karina Quito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 47, mar./abr. 2004.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Segunda edición. Madri: Civitas Ediciones, 2001.

WELZEL, Hans. **Introducción a la filosofía del derecho penal: derecho natural y justicia**. Tradução de Felipe González Vicen. Buenos Aires: Julio César Faira, 2005.

A INCOMPATIBILIDADE ENTRE A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E OS PRINCÍPIOS INERENTES AO ESTADO REGULADOR: Uma visão a partir da reforma do aparelho do Estado brasileiro¹

Flávio Luiz Avelar Domingues Filho

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco, funcionário da Caixa Econômica Federal e Advogado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESTADO REGULADOR. 1.1 – Sob a égide da mão invisível do mercado: o Estado liberal. 1.2 – A submissão da liberdade individual em face do interesse plúrimo: o Estado social. 1.3 – Entre o público e o privado: o Estado regulador. 2 – AS NOVAS ALTERNATIVAS DE GESTÃO ESTATAL: O INSTITUTO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA. 3 – A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E O ESTADO REGULADOR: A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O INSTITUTO E OS PRINCÍPIOS QUE INFORMAM A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO. 3.1 – Do patrimonialismo ao modelo gerencial de Administração Pública. 3.2 – A reforma do aparelho do Estado brasileiro. 3.3 – A incompatibilidade entre a parceria público-privada e os princípios inerentes ao Estado regulador. 4 – CONCLUSÃO. 5 – REFERÊNCIAS

¹ O artigo consiste em extratos da monografia de conclusão de curso de Bacharelado em Direito, com apresentação realizada no dia 19 de novembro de 2005, na Universidade Católica de Pernambuco.

INTRODUÇÃO

Entre o findar do século XIX e o início do século XX, as modulações tangentes à estrutura e ao *modus operandi* do Estado sofreram profundas transformações, processos de mutabilidade estes que demandaram a correlata adaptação do ordenamento jurídico e dos instrumentos legais as novéis realidades impostas.

O Estado liberal, sustentado pelos pilares da supremacia dos ajustes pactuais, pelo hermetismo da propriedade privada e pela livre iniciativa, restringia sua atuação a produção do direito e a garantia da segurança. O postulado liberal erigia a exclusão da interferência do Estado no domínio econômico à categoria de diretriz fundamental da atividade estatal. Constituiu-se o Estado em mero caudatário da “mão invisível” do mercado.

A convulsão sócio-econômica da década de 1930 ceifou o ideário liberal e impôs ao Estado a assunção do papel de condutor do desenvolvimento econômico. O Estado social ampliou substancialmente o rol de suas atribuições no instante em que se transformou em prestador de serviços e em empresário. *A priori*, o modelo providencialista ensejou a melhoria dos níveis de vida da população. Entretanto, o relativo êxito da política intervencionista não se protraiu por um grande interregno temporal, tendo em vista que concomitantemente ao sedimentar do intervencionismo estatal conformou-se o proporcional agigantamento do Estado, situação esta que propiciou o colapso fiscal do setor público e, por conseguinte, a incapacidade estatal de executar eficientemente os seus misteres.

As elucubrações teóricas acerca da crise do protótipo nacional-desenvolvimentista conduziram ao fomento de responsivas direcionadas a redução da máquina estatal e a ampliação das atribuições regulatórias da Administração Pú-

blica. Esta fase pós-moderna caracteriza-se pelo clamor a eficiência, a otimização dos recursos e a agilidade da atuação estatal. Ao incorporar o princípio da subsidiariedade, o Estado regulador notabiliza-se pela redução nas diversas dimensões da intervenção estatal no âmbito econômico. Dessa forma, ao Estado compete, primordialmente, manejar os mecanismos de orientação e fiscalização da atuação particular. Todavia, a adoção da concepção regulatória perfaz-se inviável sem a devida adequação do arcabouço jurídico, especificamente do Direito Administrativo, às novas matizes do agir estatal, afinal, impossível conciliar inéditos institutos com estruturas arcaicas.

A mudança do intervencionismo estatal no domínio econômico entremostra-se como um dos pilares do processo de reestruturação da máquina pública nacional, abarcando, por conseguinte, a institucionalização de um novo arquétipo de atuação do setor publicístico nacional. O Estado não extirpa do seu âmbito de atribuições a responsabilidade pela promoção da dignidade humana e do desenvolvimento econômico, entretanto, concomitantemente, se perfaz inviável a manutenção do postulado de antanho, este concernente ao fomento da crença de que cabe exclusivamente ao Poder Público a prospecção e o manejo de instrumentos hábeis a viabilização do bem estar social. O princípio da subsidiariedade impinge ao Estado regulador a alteração de suas funções e a indispensabilidade da ampliação da intersecção relacional entre o setor público e o privado, principalmente através da delegação da prestação de serviços públicos a entes particulares.

No bojo da materialização do protótipo regulatório estatal, de modo a evitar o descompasso entre as transformações ocorridas na sociedade e no Estado e o *modus operandi* da Administração Pública, imprescindível faz-se a adaptação do arcabouço legal à cultura administrativa dominante. Neste intento, com o azo de avaliar a reengenharia do Estado brasileiro, foi a parceria público-privada inserida no plexo legal

pátrio. Consubstancia-se o instituto precitado num contrato administrativo de concessão, através do qual o setor privado aloca recursos próprios para o fomento de serviços delegados pela Administração e, adicionalmente a possibilidade da cobrança de tarifas ao cidadão-usuário, recebe uma contraprestação pecuniária com recursos do Tesouro.

Por imperativo lógico, toda novidade alberga uma série de questionamentos, regra esta que não encontra exceção no tema em discussão. Ao lado da prospecção analítica sobre o limite jurídico, ético e moral da relação entre o setor público e o privado, como também acerca da progressiva perda da capacidade de investimento do Estado, da valorização do princípio da eficiência, da mobilização do capital privado para fazer frente às demandas oriundas do corpo social e da eficácia do instituto da parceria público-privada no enfrentamento do déficit de infra-estrutura que assola o país, emerge o eixo propulsor do desenvolvimento da temática, objeto do presente trabalho, qual seja, verificar se o ofertamento de contraprestações pecuniárias pela Administração Pública ao contraente particular nos ajustes pactuais de parceria público-privada não se perfazem incongruentes com a lógica reducionista de intervenção do Estado na seara privada, esta inculpada na reforma do aparelho do Estado brasileiro e elevada à categoria de norma constitucional por força dos arts. 173 e 174 da Carta Política de 1988.

A racionalização do intervencionismo estatal na seara precipuamente privada consubstancia-se fundamento basilar do Estado subsidiário. Entretanto, nos contratos de parceria público-privada, a Administração Pública é impelida a apresentar contraprestações pecuniárias ao particular.

Em assim sendo, o Estado, ao subsidiar uma atividade transferida a execução particular, engendraria uma maximização da atuação pública no domínio econômico contraditória aos princípios inerentes ao Estado regulador?

O entrelaçar de todos os aspectos atinentes às figuras da parceria público-privada e da reforma da máquina pública, aliados a acurada delimitação dos mecanismos de intervenção do Estado na ordem econômica, materializaram a plausibilidade de confirmação da hipótese inicialmente posta. Proce-deu-se a verificação de que o ofertamento de contraprestações pelo setor público nos contratos de parceria público-privada, além de possibilitar o manejo de mecanismos tangentes à apropriação do espaço público pelo setor privado, denota contradição ou incongruência com os princípios informadores do Estado regulador.

1 - A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESTADO REGULADOR

1.1 - Sob a égide da mão invisível do mercado: o Estado liberal

Tendo por escopo a supremacia dos contratos, fundada nos pilares da livre iniciativa e da livre concorrência e circunscrito unicamente a função de produção do direito e da segurança - desvencilhando-se da intervenção no plano econômico e social - sedimentou-se o Estado liberal. Nesta fase inicial do Estado de Direito o papel do agente público restringia-se à proteção da propriedade e a liberdade dos indivíduos. Era a fase do *laissez faire, laissez passer*.

Extirpando a interferência do Estado nos negócios privados a fim de que houvesse a livre fruição do capital, empunhavam os liberais a bandeira de que as forças de mercado levariam a economia a mover-se em direção ao pleno emprego. Era o que se denominava de "mão invisível" do mercado. Caracterizava-se o liberalismo pelo afastamento entre Estado e sociedade civil. O ente estatal só devia garantir a ordem.

pátrio. Consubstancia-se o instituto precitado num contrato administrativo de concessão, através do qual o setor privado aloca recursos próprios para o fomento de serviços delegados pela Administração e, adicionalmente a possibilidade da cobrança de tarifas ao cidadão-usuário, recebe uma contraprestação pecuniária com recursos do Tesouro.

Por imperativo lógico, toda novidade alberga uma série de questionamentos, regra esta que não encontra exceção no tema em discussão. Ao lado da prospecção analítica sobre o limite jurídico, ético e moral da relação entre o setor público e o privado, como também acerca da progressiva perda da capacidade de investimento do Estado, da valorização do princípio da eficiência, da mobilização do capital privado para fazer frente às demandas oriundas do corpo social e da eficácia do instituto da parceria público-privada no enfrentamento do déficit de infra-estrutura que assola o país, emerge o eixo propulsor do desenvolvimento da temática, objeto do presente trabalho, qual seja, verificar se o ofertamento de contraprestações pecuniárias pela Administração Pública ao contraente particular nos ajustes pactuais de parceria público-privada não se perfazem incongruentes com a lógica reducionista de intervenção do Estado na seara privada, esta inculpada na reforma do aparelho do Estado brasileiro e elevada à categoria de norma constitucional por força dos arts. 173 e 174 da Carta Política de 1988.

A racionalização do intervencionismo estatal na seara precipuamente privada consubstancia-se fundamento basilar do Estado subsidiário. Entretanto, nos contratos de parceria público-privada, a Administração Pública é impelida a apresentar contraprestações pecuniárias ao particular.

Em assim sendo, o Estado, ao subsidiar uma atividade transferida a execução particular, engendraria uma maximização da atuação pública no domínio econômico contraditória aos princípios inerentes ao Estado regulador?

O entrelaçar de todos os aspectos atinentes às figuras da parceria público-privada e da reforma da máquina pública, aliados a acurada delimitação dos mecanismos de intervenção do Estado na ordem econômica, materializaram a plausibilidade de confirmação da hipótese inicialmente posta. Proce-deu-se a verificação de que o ofertamento de contraprestações pelo setor público nos contratos de parceria público-privada, além de possibilitar o manejo de mecanismos tangentes à apropriação do espaço público pelo setor privado, denota contradição ou incongruência com os princípios informadores do Estado regulador.

1 - A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO E A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESTADO REGULADOR

1.1 - Sob a égide da mão invisível do mercado: o Estado liberal

Tendo por escopo a supremacia dos contratos, fundado nos pilares da livre iniciativa e da livre concorrência e circunscrito unicamente a função de produção do direito e da segurança - desvencilhando-se da intervenção no plano econômico e social - sedimentou-se o Estado liberal. Nesta fase inicial do Estado de Direito o papel do agente público restringia-se à proteção da propriedade e a liberdade dos indivíduos. Era a fase do *laissez faire, laissez passer*.

Extirpando a interferência do Estado nos negócios privados a fim de que houvesse a livre fruição do capital, empunhavam os liberais a bandeira de que as forças de mercado levariam a economia a mover-se em direção ao pleno emprego. Era o que se denominava de "mão invisível" do mercado. Caracterizava-se o liberalismo pelo afastamento entre Estado e sociedade civil. O ente estatal só devia garantir a ordem.

À Administração Pública competia exclusivamente utilizar o poder de polícia, deixando à iniciativa privada toda a problemática econômica. Subsumia-se o Estado à liberalidade econômica, eximindo-se este da adoção de qualquer diretriz restritiva à ação privada.

O tresandar do Estado liberal, iniciado ainda em meados do século XIX, teve por ápice o espocar da crise econômica da década de 1930. O modelo econômico sucumbiu em decorrência das imperfeições do próprio liberalismo e da incapacidade de auto-regulação dos mercados. Dessa forma, o Estado liberal, com um ficto discurso de minimização da intervenção estatal, acabou por galgar o seu próprio declínio.

1.2 – A submissão da liberdade individual em face do interesse plúrimo: o Estado social

Em substituição ao individualismo imperante no Estado liberal, nasceu o Estado social, Estado de bem-estar social ou *Welfare State*, cujo principal desígnio centrava-se no binômio bem comum e interesse público.

Com vistas a alcançar-se a produtividade e a competitividade, indutoras estas do bem-estar geral, consolidou-se o intervencionismo estatal na economia, atuando a máquina pública em espaços que anteriormente eram reservados ao setor privado. Com o espedeque de promover o desenvolvimento econômico e social, o Estado transformou-se em prestador de serviços e em empresário, invadindo searas antes destinadas exclusivamente à iniciativa privada.

A priori, as políticas macroeconômicas keynesianas implicaram uma melhoria considerável do desempenho das economias nacionais. Contudo, o perpassar de algumas décadas foi suficiente para descortinar as mazelas estruturais do modelo estatal intervencionista. Ao ampliar excessivamente sua presença no setor produtivo, o Estado agigantou-se sobremane-

ra, adentrando de forma inevitável em um contínuo processo de deterioração dos serviços públicos e de crise fiscal, ao mesmo tempo em que viu sua capacidade de investimento diminuir, senão desaparecer, à medida que os passivos públicos superaram os ativos.

O esgotamento do modelo de bem-estar social conduziu à necessidade imperiosa de formular uma nova concepção acerca da dimensão do Estado, sem, contudo, voltar-se ao liberalismo econômico. A resposta à problemática direcionava-se para a redução do aparato estatal e para a reordenação da sua forma de intervenção no domínio econômico. Alvorecia o Estado regulador.

1.3 – Entre o público e o privado: o Estado regulador

Constatada a inviabilidade dos projetos liberais e intervencionistas, apresentou-se como alternativa à letargia da máquina estatal a construção de um novo modelo de Estado. Este novel protótipo de aparelhamento do setor público fundou-se na redefinição do papel do Estado, tangente este à conformação do ente estatal como promotor e regulador do desenvolvimento, transferindo-se ao setor privado as atividades que podiam ser controladas pelo mercado. O cenário desta mudança tem como pano de fundo principal a crise do Estado social e o conseqüente surgimento das políticas privatizantes, criando mais espaço para a atuação das forças de mercado. Conceber-se-ia a redefinição do âmbito da relação entre Estado e mercado.

Assim, objetiva-se a redução do campo de atuação do Estado e reserva-se ao setor privado da economia papel mais significativo, entre outros aspectos, pela assunção da execução de obras e prestação de serviços até então de competência pública. Contrapondo-se ao Estado mínimo, no qual o setor público detinha-se exclusivamente às atividades indispensáveis,

deixando todo o restante para o setor privado, no Estado regulador, o aparelho estatal busca engendrar não somente o exercício de funções essenciais como também atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento.

De maneira precisa, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sintetiza a forma de reordenação da atuação do Estado no arquétipo regulatório:

É neste contexto que a velha intervenção pesada, pró-Estado, se transforma na nova intervenção leve, pró-sociedade. O papel do Estado muda: de agente monopolista, concorrente ou regulamentador, torna-se um agente regulador e fomentador. Não se trata de um movimento para chegar a um Estado mínimo, como se poderia pensar, mas para torná-lo um Estado melhor.²

É no bojo da tentativa de materialização do Estado regulador, subordinado ao princípio da eficiência, focado na administração gerencial e na produção de resultados, que se sedimentam os diversos instrumentos tangentes à fomentação e efetivação desta nova concepção do aparelho público. Dinamizam-se as concessões e implementam-se novéis institutos, tais como as privatizações e, *a posteriori*, as parcerias público-privadas.

2 - AS NOVAS ALTERNATIVAS DE GESTÃO ESTATAL: O INSTITUTO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A adir o fomento de políticas tangentes à cooperação entre os setores público e privado para realização de obras e

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 74.

prestação de serviços públicos, contribuindo efetivamente na oposição ao colapso financeiro ao qual estavam adstritos os Estados nacionais, emerge, em 1992, no Reino Unido, uma nova modalidade de concessão, através da qual o setor privado aloca recursos próprios para o fomento de infra-estrutura e prestação de serviços públicos ao cidadão, remunerando-se da cobrança de tarifas ao usuário e da contraprestação pecuniária ofertada pela Administração. Nascia a *Public Private Partnerships* (PPP).

Inserta no ordenamento jurídico pátrio em 30 de dezembro de 2004, a Lei nº 11.079 instituiu, consoante previsão legal insculpida nos arts. 22, inciso XXVII e 175, *caput*, da Constituição Federal, normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes precitados.

Na parceria público-privada, a Administração delega o serviço e subsidia parte da tarifa, de modo a garantir uma rentabilidade mínima ao particular, denominado de parceiro privado. A injeção de recursos provenientes do Tesouro reduz o risco privado. Dessa forma, o Estado torna o projeto atrativo ao capital privado e garante a conformação de uma tarifa módica ao usuário, desonerando-o do pagamento excessivo pelo serviço prestado. O escopo da PPP concentra-se na atração de dinheiro privado com o fim de financiar o implemento de projetos de relevante interesse social, recuperando, especialmente, a infra-estrutura, sustentáculo imprescindível ao crescimento econômico e ao combate à escassez do trabalho no país.

A parceria público-privada é uma novel modalidade de concessão de serviço ou obra pública, na qual o parceiro público, impossibilitado pelas restrições orçamentárias de arcar

integralmente com os vultosos custos de determinadas obras, transfere a execução ao particular. Para tanto, de maneira a tornar o empreendimento atrativo, oferece uma contraprestação pecuniária ao parceiro privado. É justamente o aporte financeiro manejado pela Administração Pública em prol do particular que engendra a diferença primordial entre a PPP e a concessão comum das Leis nº 8.987 e 9.074, ambas de 1995. Na parceria, o contraente particular vai resgatar o aporte de recursos financeiros não só da cobrança de tarifas aos usuários, mas também do recebimento de valores oriundos do Tesouro.

3 - A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E O ESTADO REGULADOR: A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O INSTITUTO E OS PRINCÍPIOS QUE INFORMAM A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO

3.1 - Do patrimonialismo ao modelo gerencial de Administração Pública

O Estado brasileiro de antanho, dos primórdios do século XX, consignava-se absolutamente atrelado ao modelo patrimonialista de gestão. Nele, o aparelho público atuava com vistas a garantir a manutenção do poder soberano, primordialmente através da profusão de benesses aos senhores de terra. Aos servidores era garantido o *status* de nobreza real e, com o beneplácito da Administração Pública, tornava-se dificultosa a distinção entre o patrimônio estatal e o da camada dominante. Por conseguinte, a corrupção e o nepotismo instauraram-se no seio do Estado brasileiro, constituindo-se as mazes precitadas em apanágios do protótipo de Estado patrimonialista.

A sedimentação do modelo de produção capitalista fez surgir a necessidade da construção de uma novel acepção da

máquina pública, justamente em contraposição aos andrajos do Estado das primeiras décadas do século passado. Era preciso apurar a estrutura estatal patrimonialista, alinhavando uma modelagem provida de profissionalismo e racionalidade. Nasceu assim a Administração Pública burocrática.³

Apesar de submisso a uma maior sistematicidade de controles legais, o modelo racional e burocrático de Administração Pública mostrou-se limitado e álgido à prospecção do bem-estar do cidadão-administrado, na medida em que as suas práticas voltavam-se com intensa e fervorosa devoção quase que unicamente à prosperidade do próprio Estado. Neste estado de coisas, o agigantamento da estrutura da máquina pública nada mais foi do que uma consequência natural do modelo de gestão adotado. O Estado passou a imiscuir-se com maior ingerência e efetividade no domínio econômico, notadamente através da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista.⁴

Com o escopo de sustentar a sua excessiva participação no processo produtivo, o ente estatal lançou mão de uma política de majoração da carga tributária, onerando em demasia o setor privado e degenerando a competitividade e a capacidade de crescimento da economia. Atrelada ao alargamento das funções interventivas do Estado emergiu a incapacidade operacional do mesmo no tocante ao manejo de respostas satisfatórias às demandas da sociedade. O serviço público tornou-se ineficiente e custoso.

³ O Estado brasileiro submeteu-se a duas experiências com vistas à tentativa de implementação do modelo publicístico burocrático, ambas sob regimes autoritários (1930-45 e 1964-85). As ditaduras varguista e militar convergiram à centralização da máquina estatal e ao desleixo com o equilíbrio entre os poderes constituídos.

⁴ A malversação de recursos públicos, o abuso de poder, o nepotismo, o tráfico de influência, o clientelismo e diversas outras práticas patrimonialistas, constituíram-se anomalias crônicas do modelo burocrático brasileiro.

integralmente com os vultosos custos de determinadas obras, transfere a execução ao particular. Para tanto, de maneira a tornar o empreendimento atrativo, oferece uma contraprestação pecuniária ao parceiro privado. É justamente o aporte financeiro manejado pela Administração Pública em prol do particular que engendra a diferença primordial entre a PPP e a concessão comum das Leis nº 8.987 e 9.074, ambas de 1995. Na parceria, o contraente particular vai resgatar o aporte de recursos financeiros não só da cobrança de tarifas aos usuários, mas também do recebimento de valores oriundos do Tesouro.

3 - A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E O ESTADO REGULADOR: A INCOMPATIBILIDADE ENTRE O INSTITUTO E OS PRINCÍPIOS QUE INFORMAM A REFORMA DO APARELHO DO ESTADO BRASILEIRO

3.1 - Do patrimonialismo ao modelo gerencial de Administração Pública

O Estado brasileiro de antanho, dos primórdios do século XX, consignava-se absolutamente atrelado ao modelo patrimonialista de gestão. Nele, o aparelho público atuava com vistas a garantir a manutenção do poder soberano, primordialmente através da profusão de benesses aos senhores de terra. Aos servidores era garantido o *status* de nobreza real e, com o beneplácito da Administração Pública, tornava-se dificultosa a distinção entre o patrimônio estatal e o da camada dominante. Por conseguinte, a corrupção e o nepotismo instauraram-se no seio do Estado brasileiro, constituindo-se as mazes precitadas em apanágios do protótipo de Estado patrimonialista.

A sedimentação do modelo de produção capitalista fez surgir a necessidade da construção de uma novel acepção da

máquina pública, justamente em contraposição aos andrajados do Estado das primeiras décadas do século passado. Era preciso apelar a estrutura estatal patrimonialista, alinhavando uma modelagem provida de profissionalismo e racionalidade. Nasceu assim a Administração Pública burocrática.³

Apesar de submisso a uma maior sistematicidade de controles legais, o modelo racional e burocrático de Administração Pública mostrou-se limitado e álgido à prospecção do bem-estar do cidadão-administrado, na medida em que as suas práticas voltavam-se com intensa e fervorosa devoção quase que unicamente à prosperidade do próprio Estado. Neste estado de coisas, o agigantamento da estrutura da máquina pública nada mais foi do que uma conseqüência natural do modelo de gestão adotado. O Estado passou a imiscuir-se com maior ingerência e efetividade no domínio econômico, notadamente através da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista.⁴

Com o escopo de sustentar a sua excessiva participação no processo produtivo, o ente estatal lançou mão de uma política de majoração da carga tributária, onerando em demasia o setor privado e degenerando a competitividade e a capacidade de crescimento da economia. Atrelada ao alargamento das funções interventivas do Estado emergiu a incapacidade operacional do mesmo no tocante ao manejo de respostas satisfatórias às demandas da sociedade. O serviço público tornou-se ineficiente e custoso.

³ O Estado brasileiro submeteu-se a duas experiências com vistas à tentativa de implementação do modelo publicístico burocrático, ambas sob regimes autoritários (1930-45 e 1964-85). As ditaduras varguista e militar convergiram à centralização da máquina estatal e ao desleixo com o equilíbrio entre os poderes constituídos.

⁴ A malversação de recursos públicos, o abuso de poder, o nepotismo, o tráfico de influência, o clientelismo e diversas outras práticas patrimonialistas, constituíram-se anomalias crônicas do modelo burocrático brasileiro.

Com o fito de implementar um protótipo de aparato estatal calcado nos primados da eficiência e da qualidade na prestação dos serviços de interesse coletivo, foi dado início, a partir da década de 1990, a um processo de redefinição da agenda pública, embasado principalmente no enxugamento da máquina pública e na redução da capacidade de intervenção do Estado.

A Administração Pública gerencial direciona-se para a produção de resultados, flexibiliza os procedimentos e garante a autonomia do gestor na administração dos recursos humanos, materiais e financeiros. Dessa forma perfaz-se mais atracente à participação dos agentes privados e, principalmente, torna-se mais acessível à sociedade civil. Na Administração Pública gerencial o interesse público relaciona-se com o interesse da coletividade, haja vista que o contribuinte é tratado como consumidor dos serviços ofertados pela Administração, sejam eles prestados de forma direta ou por meio de concessionárias.

A mudança conceitual acerca do modo de atuação do Estado contemporâneo e a tentativa de implemento do modelo gerencial de gestão estatal impeliram a adaptação do Direito Administrativo a novas matizes ideológicas e culturais. Advindo dos novéis contornos organizacionais e funcionais da Administração Pública consubstanciaram-se o crescer de novos princípios, novas terminologias e, primordialmente, inéditos institutos, *in casu*, a parceria público-privada.

A introdução de novas figuras jurídicas no âmbito administrativo busca evitar o descompasso entre as transformações ocorridas na sociedade e no Estado e o modo de atuar da Administração Pública, afinal, de nada valeria o esforço concernente à mudança de práticas públicas sem o rompimento com o modelo tradicional de gestão. O surgimento de novas funções em velhas estruturas consignar-se-iam verdadeiros anacronismos, incompatíveis com a efetivação do mister público

de realizar o bem-estar e promover a cidadania. Dessa forma, a mutação da estrutura operacional do Estado traz consigo a necessidade premente de adaptação do arcabouço legal à cultura administrativa dominante.

A subsidiariedade da ação pública não pode restringir-se a uma mera elucubração teórica. O almejar de uma novel concepção sobre o aparelho estatal tem arrimo numa produção legiferante apta a dotar de efetividade e, essencialmente, de legitimidade, as novas feições do Estado alinhavadas pela reforma do aparelho estatal brasileiro. Com o azo de avalizar a reestruturação do Estado brasileiro é a parceria inserta no ordenamento jurídico pátrio.

Esteio do Estado regulador, o princípio da subsidiariedade orienta a ação da Administração Pública no sentido de ampliar a interação entre o Estado e a sociedade civil, principalmente por força da delegação da prestação de serviços públicos a entes particulares. Em consonância ao preceito insculpido no art. 173 da Constituição Federal de 1988, o aparelho público reduz sensivelmente a sua intervenção direta no domínio econômico, seara esta insita ao capital privado. Apenas quando imprescindível aos anseios do interesse coletivo e da segurança nacional, como também em virtude da incapacidade de gestão exclusivamente privada de determinado setor econômico, o Estado manejará os mecanismos atinentes a uma atuação complementar, subsidiando a atividade particular. Consoante o art. 174 da Carta Magna de 1988, o Estado atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica, primordialmente através das funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Ao reduzir o leque da prestação direta de serviços públicos, o Estado subsidiário lança mão da utilização de sua competência normativa com vistas à disciplinar as atividades delegadas ao setor privado. Neste sentido, pontifica Marçal Justen Filho:

Com o fito de implementar um protótipo de aparato estatal calcado nos primados da eficiência e da qualidade na prestação dos serviços de interesse coletivo, foi dado início, a partir da década de 1990, a um processo de redefinição da agenda pública, embasado principalmente no enxugamento da máquina pública e na redução da capacidade de intervenção do Estado.

A Administração Pública gerencial direciona-se para a produção de resultados, flexibiliza os procedimentos e garante a autonomia do gestor na administração dos recursos humanos, materiais e financeiros. Dessa forma perfaz-se mais atracente à participação dos agentes privados e, principalmente, torna-se mais acessível à sociedade civil. Na Administração Pública gerencial o interesse público relaciona-se com o interesse da coletividade, haja vista que o contribuinte é tratado como consumidor dos serviços ofertados pela Administração, sejam eles prestados de forma direta ou por meio de concessionárias.

A mudança conceitual acerca do modo de atuação do Estado contemporâneo e a tentativa de implemento do modelo gerencial de gestão estatal impeliram a adaptação do Direito Administrativo a novas matizes ideológicas e culturais. Advindo dos novéis contornos organizacionais e funcionais da Administração Pública consubstanciaram-se o crescer de novos princípios, novas terminologias e, primordialmente, inéditos institutos, *in casu*, a parceria público-privada.

A introdução de novas figuras jurídicas no âmbito administrativo busca evitar o descompasso entre as transformações ocorridas na sociedade e no Estado e o modo de atuar da Administração Pública, afinal, de nada valeria o esforço concernente à mudança de práticas públicas sem o rompimento com o modelo tradicional de gestão. O surgimento de novas funções em velhas estruturas consignar-se-iam verdadeiros anacronismos, incompatíveis com a efetivação do mister público

de realizar o bem-estar e promover a cidadania. Dessa forma, a mutação da estrutura operacional do Estado traz consigo a necessidade premente de adaptação do arcabouço legal à cultura administrativa dominante.

A subsidiariedade da ação pública não pode restringir-se a uma mera elucubração teórica. O almejar de uma novel concepção sobre o aparelho estatal tem arrimo numa produção legiferante apta a dotar de efetividade e, essencialmente, de legitimidade, as novas feições do Estado alinhavadas pela reforma do aparelho estatal brasileiro. Com o azo de avaliar a reestruturação do Estado brasileiro é a parceria inserta no ordenamento jurídico pátrio.

Esteio do Estado regulador, o princípio da subsidiariedade orienta a ação da Administração Pública no sentido de ampliar a interação entre o Estado e a sociedade civil, principalmente por força da delegação da prestação de serviços públicos a entes particulares. Em consonância ao preceito insculpido no art. 173 da Constituição Federal de 1988, o aparelho público reduz sensivelmente a sua intervenção direta no domínio econômico, seara esta insita ao capital privado. Apenas quando imprescindível aos anseios do interesse coletivo e da segurança nacional, como também em virtude da incapacidade de gestão exclusivamente privada de determinado setor econômico, o Estado manejará os mecanismos atinentes a uma atuação complementar, subsidiando a atividade particular. Consoante o art. 174 da Carta Magna de 1988, o Estado atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica, primordialmente através das funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Ao reduzir o leque da prestação direta de serviços públicos, o Estado subsidiário lança mão da utilização de sua competência normativa com vistas à disciplinar as atividades delegadas ao setor privado. Neste sentido, pontifica Marçal Justen Filho:

Com o fito de implementar um protótipo de aparato estatal calcado nos primados da eficiência e da qualidade na prestação dos serviços de interesse coletivo, foi dado início, a partir da década de 1990, a um processo de redefinição da agenda pública, embasado principalmente no enxugamento da máquina pública e na redução da capacidade de intervenção do Estado.

A Administração Pública gerencial direciona-se para a produção de resultados, flexibiliza os procedimentos e garante a autonomia do gestor na administração dos recursos humanos, materiais e financeiros. Dessa forma perfaz-se mais atracente à participação dos agentes privados e, principalmente, torna-se mais acessível à sociedade civil. Na Administração Pública gerencial o interesse público relaciona-se com o interesse da coletividade, haja vista que o contribuinte é tratado como consumidor dos serviços ofertados pela Administração, sejam eles prestados de forma direta ou por meio de concessionárias.

A mudança conceitual acerca do modo de atuação do Estado contemporâneo e a tentativa de implemento do modelo gerencial de gestão estatal impeliram a adaptação do Direito Administrativo a novas matizes ideológicas e culturais. Advindo dos novéis contornos organizacionais e funcionais da Administração Pública consubstanciaram-se o crescer de novos princípios, novas terminologias e, primordialmente, inéditos institutos, *in casu*, a parceria público-privada.

A introdução de novas figuras jurídicas no âmbito administrativo busca evitar o descompasso entre as transformações ocorridas na sociedade e no Estado e o modo de atuar da Administração Pública, afinal, de nada valeria o esforço concernente à mudança de práticas públicas sem o rompimento com o modelo tradicional de gestão. O surgimento de novas funções em velhas estruturas consignar-se-iam verdadeiros anacronismos, incompatíveis com a efetivação do mister público

de realizar o bem-estar e promover a cidadania. Dessa forma, a mutação da estrutura operacional do Estado traz consigo a necessidade premente de adaptação do arcabouço legal à cultura administrativa dominante.

A subsidiariedade da ação pública não pode restringir-se a uma mera elucubração teórica. O almejar de uma novel concepção sobre o aparelho estatal tem arrimo numa produção legiferante apta a dotar de efetividade e, essencialmente, de legitimidade, as novas feições do Estado alinhavadas pela reforma do aparelho estatal brasileiro. Com o azo de avaliar a reestruturação do Estado brasileiro é a parceria inserta no ordenamento jurídico pátrio.

Esteio do Estado regulador, o princípio da subsidiariedade orienta a ação da Administração Pública no sentido de ampliar a interação entre o Estado e a sociedade civil, principalmente por força da delegação da prestação de serviços públicos a entes particulares. Em consonância ao preceito insculpido no art. 173 da Constituição Federal de 1988, o aparelho público reduz sensivelmente a sua intervenção direta no domínio econômico, seara esta ínsita ao capital privado. Apenas quando imprescindível aos anseios do interesse coletivo e da segurança nacional, como também em virtude da incapacidade de gestão exclusivamente privada de determinado setor econômico, o Estado manejará os mecanismos atinentes a uma atuação complementar, subsidiando a atividade particular. Consoante o art. 174 da Carta Magna de 1988, o Estado atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica, primordialmente através das funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Ao reduzir o leque da prestação direta de serviços públicos, o Estado subsidiário lança mão da utilização de sua competência normativa com vistas à disciplinar as atividades delegadas ao setor privado. Neste sentido, pontifica Marçal Justen Filho:

Com o fito de implementar um protótipo de aparato estatal calcado nos primados da eficiência e da qualidade na prestação dos serviços de interesse coletivo, foi dado início, a partir da década de 1990, a um processo de redefinição da agenda pública, embasado principalmente no enxugamento da máquina pública e na redução da capacidade de intervenção do Estado.

A Administração Pública gerencial direciona-se para a produção de resultados, flexibiliza os procedimentos e garante a autonomia do gestor na administração dos recursos humanos, materiais e financeiros. Dessa forma perfaz-se mais atracente à participação dos agentes privados e, principalmente, torna-se mais acessível à sociedade civil. Na Administração Pública gerencial o interesse público relaciona-se com o interesse da coletividade, haja vista que o contribuinte é tratado como consumidor dos serviços ofertados pela Administração, sejam eles prestados de forma direta ou por meio de concessionárias.

A mudança conceitual acerca do modo de atuação do Estado contemporâneo e a tentativa de implemento do modelo gerencial de gestão estatal impeliram a adaptação do Direito Administrativo a novas matizes ideológicas e culturais. Advindo dos novéis contornos organizacionais e funcionais da Administração Pública consubstanciaram-se o crescer de novos princípios, novas terminologias e, primordialmente, inéditos institutos, *in casu*, a parceria público-privada.

A introdução de novas figuras jurídicas no âmbito administrativo busca evitar o descompasso entre as transformações ocorridas na sociedade e no Estado e o modo de atuar da Administração Pública, afinal, de nada valeria o esforço concernente à mudança de práticas públicas sem o rompimento com o modelo tradicional de gestão. O surgimento de novas funções em velhas estruturas consignar-se-iam verdadeiros anacronismos, incompatíveis com a efetivação do mister público

de realizar o bem-estar e promover a cidadania. Dessa forma, a mutação da estrutura operacional do Estado traz consigo a necessidade premente de adaptação do arcabouço legal à cultura administrativa dominante.

A subsidiariedade da ação pública não pode restringir-se a uma mera elucubração teórica. O almejar de uma novel concepção sobre o aparelho estatal tem arrimo numa produção legiferante apta a dotar de efetividade e, essencialmente, de legitimidade, as novas feições do Estado alinhavadas pela reforma do aparelho estatal brasileiro. Com o azo de avaliar a reestruturação do Estado brasileiro é a parceria inserta no ordenamento jurídico pátrio.

Esteio do Estado regulador, o princípio da subsidiariedade orienta a ação da Administração Pública no sentido de ampliar a interação entre o Estado e a sociedade civil, principalmente por força da delegação da prestação de serviços públicos a entes particulares. Em consonância ao preceito insculpido no art. 173 da Constituição Federal de 1988, o aparelho público reduz sensivelmente a sua intervenção direta no domínio econômico, seara esta ínsita ao capital privado. Apenas quando imprescindível aos anseios do interesse coletivo e da segurança nacional, como também em virtude da incapacidade de gestão exclusivamente privada de determinado setor econômico, o Estado manejará os mecanismos atinentes a uma atuação complementar, subsidiando a atividade particular. Consoante o art. 174 da Carta Magna de 1988, o Estado atuará como agente normativo e regulador da atividade econômica, primordialmente através das funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Ao reduzir o leque da prestação direta de serviços públicos, o Estado subsidiário lança mão da utilização de sua competência normativa com vistas à disciplinar as atividades delegadas ao setor privado. Neste sentido, pontifica Marçal Justen Filho:

No modelo desenvolvido ao longo dos últimos trinta anos, a atuação e a intervenção estatal diretas foram reduzidas sensivelmente. A contrapartida da redução da intervenção estatal consiste no predomínio de funções regulatórias. Postula-se que o Estado deveria não mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas. Não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado de Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental. As novas concepções acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderante (senão isolada) dos organismos públicos.⁵

O vetor do Estado regulador distancia-se do ativismo socioeconômico para concentrar esforços na materialização de um espaço privado dotado de mecanismos eficazes na consecução do desenvolvimento, privilegiando a livre iniciativa e estimulando a concorrência.

3.2 – A reforma do aparelho do Estado brasileiro

A reforma do aparelho do Estado foi o vetor de reorganização estrutural da máquina pública brasileira. Visava a reforma do aparato estatal o desenvolvimento de um profícuo processo de implantação do protótipo administrativo gerencial na esfera pública brasileira.

O Plano tinha o objetivo primordial de dotar o Estado de maior poder de governança, entendida esta como a capacidade de implementar políticas públicas de maneira eficiente,

⁵JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 21.

célere e menos dispendiosa para o setor público. Concomitantemente a recuperação da capacidade administrativa e financeira, consubstanciam-se em sustentáculos da reforma da máquina pública a delimitação do tamanho do Estado e a redefinição de seu papel regulador.

É no bojo da redução do tamanho do Estado que se introduzem novas figuras, tais como a publicização – transferência de serviços para o setor público não-estatal, a privatização, os contratos de gestão, as agências autônomas, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e, recentemente, as parcerias público-privadas.

Com a reforma, o Estado busca minimizar sua atuação empresarial, cingindo-se principalmente à função regulatória. Seu mister básico é zelar pelas regras estabelecidas para a devida prestação dos serviços de utilidade pública. A regulação tem por espeque o estabelecimento de regras para o desenvolvimento da atividade privada de modo a realizar finalidades públicas.

3.3 – A incompatibilidade entre a parceria público-privada e os princípios inerentes ao estado regulador

A concepção estatal subsidiária orienta-se para alteração da presença direta do Poder Público no domínio econômico privado, no instante em que privilegia os mecanismos regulatórios em detrimento dos instrumentos interventivos. Contudo, na parceria público-privada, a Administração vê-se compelida a subsidiar uma parcela da atividade transferida a execução privada.

Neste sentido, o ofertamento de contraprestações pecuniárias pela Administração Pública nos contratos de parceria público-privada ensejaria um processo de alargamento da intervenção estatal no domínio econômico contraditório aos preceitos de minimização da atividade do Estado?

No modelo desenvolvido ao longo dos últimos trinta anos, a atuação e a intervenção estatal diretas foram reduzidas sensivelmente. A contrapartida da redução da intervenção estatal consiste no predomínio de funções regulatórias. Postula-se que o Estado deveria não mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas. Não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado de Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental. As novas concepções acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderante (senão isolada) dos organismos públicos.⁵

O vetor do Estado regulador distancia-se do ativismo socioeconômico para concentrar esforços na materialização de um espaço privado dotado de mecanismos eficazes na consecução do desenvolvimento, privilegiando a livre iniciativa e estimulando a concorrência.

3.2 – A reforma do aparelho do Estado brasileiro

A reforma do aparelho do Estado foi o vetor de reorganização estrutural da máquina pública brasileira. Visava a reforma do aparato estatal o desenvolvimento de um profícuo processo de implantação do protótipo administrativo gerencial na esfera pública brasileira.

O Plano tinha o objetivo primordial de dotar o Estado de maior poder de governança, entendida esta como a capacidade de implementar políticas públicas de maneira eficiente,

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 21.

célere e menos dispendiosa para o setor público. Concomitantemente a recuperação da capacidade administrativa e financeira, consubstanciam-se em sustentáculos da reforma da máquina pública a delimitação do tamanho do Estado e a redefinição de seu papel regulador.

É no bojo da redução do tamanho do Estado que se introduzem novas figuras, tais como a publicização – transferência de serviços para o setor público não-estatal, a privatização, os contratos de gestão, as agências autônomas, as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e, recentemente, as parcerias público-privadas.

Com a reforma, o Estado busca minimizar sua atuação empresarial, cingindo-se principalmente à função regulatória. Seu mister básico é zelar pelas regras estabelecidas para a devida prestação dos serviços de utilidade pública. A regulação tem por espeque o estabelecimento de regras para o desenvolvimento da atividade privada de modo a realizar finalidades públicas.

3.3 – A incompatibilidade entre a parceria público-privada e os princípios inerentes ao estado regulador

A concepção estatal subsidiária orienta-se para alteração da presença direta do Poder Público no domínio econômico privado, no instante em que privilegia os mecanismos regulatórios em detrimento dos instrumentos interventivos. Contudo, na parceria público-privada, a Administração vê-se compelida a subsidiar uma parcela da atividade transferida a execução privada.

Neste sentido, o ofertamento de contraprestações pecuniárias pela Administração Pública nos contratos de parceria público-privada ensejaria um processo de alargamento da intervenção estatal no domínio econômico contraditório aos preceitos de minimização da atividade do Estado?

Para se chegar à responsiva do questionamento *supra*, necessário faz-se conjugar todas as análises estruturadas acerca da modelação reguladora do Estado e do instituto da parceria público-privada com as transformações operadas no Direito Administrativo e a noção de intervenção publicística na ordem econômica.

Supostamente em conformidade aos princípios informadores do protótipo regulador do aparelho estatal, quais sejam, a subsidiariedade e a eficiência, emerge o instituto da parceria público-privada. É o deslocamento da atribuição da prestação direta de determinados serviços da seara estatal para o âmbito particular um dos pilares do Estado regulador. Tendo em vista o fato da parceria público-privada consubstanciar-se num contrato administrativo de concessão de serviço ou obra pública, isto é, com delegação da execução de um mister originalmente estatal para a iniciativa privada, perfaz-se indubitosa, pelo menos neste aspecto, a compatibilidade do instituto *retro* com a estrutura do Estado subsidiário.

A delegação do serviço e obra pública à esfera privatística coaduna-se como característica identificadora da parceria público-privada na condição de instrumento hábil à consecução dos objetivos imanentes ao Estado subsidiário, tendo em vista que a interlocução entre o público e o privado conforma-se em pilar fundamental da concepção regulatória do aparelho estatal. Em assim sendo, no tocante à redução das atribuições diretas do Estado, atraindo a iniciativa privada para o campo da execução de funções *a priori* relacionadas à atuação pública, a parceria público-privada compatibiliza-se com os princípios do Estado regulador. E não poderia ser diferente, afinal a parceria é uma modalidade de concessão, instituto este diretamente relacionado ao esforço reformador do Estado. Portanto, ao promover a transferência da execução direta de uma obra ou serviço público a uma entidade particular, característica esta identificadora do Estado regulador, a parceria públi-

co-privada denota harmonia com a reforma do aparelho do Estado brasileiro.

Entretanto, a simples transferência da prestação de um serviço ou obra pública para a iniciativa privada não é capaz de superar a discussão acerca da compatibilidade entre a parceria público-privada e os princípios informadores do Estado regulador. Subjaz outro aspecto atinente à análise acerca da conciliação entre o instituto da Lei nº 11.079/04 e o Estado subsidiário brasileiro. O cerne da problemática concentra-se na apresentação de contraprestações pecuniárias por parte da Administração Pública na feitura dos contratos de parceria.

Estatui o diploma regulador da PPP que, além da cobrança da tarifa, o parceiro privado terá direito ao recebimento de uma contraprestação pecuniária, verdadeiro subsídio para o desenvolvimento da atividade pública transferida ao seu campo de execução. Neste momento, uma análise feita aprioristicamente poderia vislumbrar no ofertamento público de recursos do Tesouro a uma atuação privada a concretização de uma incongruência com os preceitos do Estado regulador. Cingir-se-ia a suposta incompatibilidade ao fato de que ao oferecer uma contraprestação pecuniária ao particular estaria o setor público imiscuindo-se na seara privada, maximizando desta feita sua atuação no domínio econômico, quando, ao reverso, o Estado regulador prega a minimização das despesas públicas e do intervencionismo estatal. O Estado despenderia recursos do Tesouro para fomentar uma atividade deslocada para o setor privado, quando um dos objetivos da delegação do serviço ou obra pública é justamente evitar a destinação de recursos públicos para a área concedida à exploração da iniciativa privada.

A cuidadosa observância dos aspectos que moldam a figura jurídica da parceria público-privada conjuntamente à exata delimitação da idéia de intervenção pública no domínio econômico permite extirpar a dúvida tangente a compati-

bilidade entre a parceria e o Estado regulador. Para tanto, é preciso entender a verdadeira semântica da expressão intervenção estatal.

Quando o Estado desenvolve gestões em campos exclusiva ou preferencialmente destinados à atuação publicística, não há que se vislumbrar o manejo de qualquer mecanismo de intervenção estatal no domínio econômico. A intervenção estatal materializa-se no instante em que o Estado se imiscui em setores destinados à atividade privada, ou seja, quando o Estado assume uma postura empresarial, caracterizando-se como principal agente impulsionador da economia. Assim, ao atuar além da esfera do público, ou seja, ao intervir em área destinada precipuamente ao setor privado, o Estado está praticando um ato interventivo.

Corroborando com o dissenso entre a natureza do serviço público e da atividade econômica, a explanação exarada por Eros Roberto Grau:

Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público.⁶

O ato de concessão de um serviço ou obra pública ao particular não retira a atividade concedida da esfera de atribuições do Estado. Por conseguinte, não aloca a atividade delega-

⁶ GRAU, 2001, p. 124.

da na seara da ordem econômica privada. O fato de o Estado fomentar ou subsidiar a prestação de um serviço transferido aos cuidados da iniciativa privada não implica intervenção no domínio econômico, esta concebida como área de ação destinada primordialmente aos particulares.⁷

No caso da parceria público-privada, apenas a execução do serviço ou obra pública é delegada a um particular, já que a titularidade do serviço público permanece na esfera estatal. Portanto, depreende-se que a contratação de parceria não constitui intervenção no domínio econômico, tendo em vista que o desenvolvimento da atividade, mesmo a cargo do capital privado, não se dá fora do campo de atuação pública. Com a PPP, o particular é atraído a despendar recursos em uma atividade cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público.

Ao apresentar contraprestações pecuniárias em contratos de parceria público-privada, o Estado não está atuando como agente econômico em área de titularidade do setor privado. Não existe intervenção quando o Estado atua em domínio a si próprio reservado, *in casu*, na prestação de serviços públicos. Na parceria o setor público subsidia uma parcela do serviço transferido à execução privada, mas que permanece dentro de seu espectro de atribuições.

O co-relacionamento entre o público e o privado é característica indispensável aos objetivos do Estado regulador. Com a parceria público-privada, não existe ampliação do intervencionismo estatal na economia, haja vista que a ativi-

⁷ GRAU, 2001, p. 123-175, ao engendrar acurada análise acerca do instituto da intervenção do Estado no domínio econômico, assevera que a materialização do intervencionismo estatal na ordem econômica materializa-se quando o ente público atua em áreas reservadas ao domínio privado. Deixa claro que a prestação de serviço público quer seja de forma direta pela Administração Pública, quer seja por meio da iniciativa privada - como nas concessões - não denota intervenção do Estado no domínio econômico.

dade transferida e sujeita à atuação subsidiária do parceiro público, por meio de contraprestações pecuniárias, permanece no âmbito de titularidade pública. Não há aumento da intervenção do Estado na ordem econômica porque os recursos destacados pelo Estado nos contratos de parceria público-privada objetivam o fomento de uma atividade pública, qual seja, a prestação de serviço público.

Contudo, apesar de proporcionar a delegação de um serviço público ao setor privado e de não engendrar uma ampliação da ação estatal no domínio econômico, não se perfaz plena a compatibilidade entre a parceria público-privada e os preceitos que moldam a figura do Estado regulador.

A premissa basilar do Estado subsidiário reside na eficaz prestação do serviço ao cidadão conjuntamente à racionalização do dispêndio de recursos públicos, além da eliminação das relações viciadas entre o Estado e os particulares. Para galgar tais objetivos, a Administração é estruturada de forma a dispor de mecanismos hábeis a prospecção da eficiência no agir estatal, tais como a delegação da execução de determinadas atribuições - a princípio públicas - ao capital privado.

A Administração Pública, ao garantir ao particular o ofertamento de vultosas contraprestações pecuniárias nos contratos de parceria público-privada, engendra uma incompatibilidade com os princípios imanentes ao Estado regulador, afinal, o aparato estatal dispõe de outros mecanismos para fomentar a execução privada de uma atribuição pública delegada, mecanismos estes dotados de maior capacidade de racionalização de recursos do Tesouro.

O aporte de capitais privados em projetos áridos de viabilidade por força de recursos exclusivamente públicos ou privados pode ser disponibilizado pelas instituições financeiras estatais - tais como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) - através da concessão de linhas de créditos com taxas de juros a longo prazo abaixo do

que os praticados no mercado. A adoção da diretriz *retro* possibilitaria a ampliação da gestão privada dos serviços públicos com um comprometimento de receitas públicas bem inferior àquele advindo dos contratos de parceria público-privada. Desta forma, propiciar-se-ia uma atuação administrativa compatível com os princípios da eficiência e da subsidiariedade, estes imanentes ao Estado regulador.

Em consonância à defesa da instrumentalização do fomento à iniciativa privada por via de empréstimos públicos advindos de linhas de créditos oficiais, contrapondo-se assim a mera atuação do Estado como suporte do capital, o excerto da lavra de Barroso: "Igualmente relevante, no fomento da atividade econômica, é a oferta de financiamento público a determinadas empresas ou setores do mercado, mediante, por exemplo, linha de crédito junto ao BNDES"⁸.

O excesso de atribuições pecuniárias do Estado nos ajustes de parceria público-privada, no momento em que se garante ao parceiro privado a oportunidade de auferir, por muito tempo e com grande margem de segurança oferecida pela Administração, enorme lucro, poderá ensejar uma espécie de captura do público pelo privado. Mesmo que durante o interregno temporal pactuado ocorra redução da demanda do serviço prestado pelo particular, o setor público permanecerá compelido a remunerar o ente privado. Esta socialização dos custos consignar-se-ia uma benevolência injustificada e imoral do Estado com o capital privado.

A incongruência existente na apresentação de contraprestações pecuniárias pela Administração Pública nos contratos de parceria pode, inclusive, atuar como empecilho à delegação de serviços públicos por via das concessões reguladas pelas Leis nº 8.987/95 e 9.074/95, inviabilizando assim o instituto e, conseqüentemente, um mecanismo de fomento

⁸ BARROSO, *apud*, MOREIRA NETO, 2003, p. 28.

da atuação privada, haja vista que a delegação de serviços públicos atrelados ao ofertamento de subsídios estatais perfaz-se à indubitavelmente mais atraente ao capital privado do que o regime de concessão tradicional.

Com a parceria público-privada o Estado possibilita ao particular optar pela gestão privada de um ativo público subsidiado por um robusto aporte de recursos do Tesouro. Por consubstanciar-se mais vantajosa ao setor privado, a parceria público-privada pode ensejar a concentração de investimentos privados para os serviços delegados sob o regime da Lei nº 11.079/04, tornando as concessões comuns menos atrativas e, por conseguinte, inviabilizando-as. Neste contexto, a parceria público-privada estará reduzindo a gama de opções legais tangentes à institucionalização do Estado regulador. Assim, a parceria público-privada, ao invés de ampliar o leque de mecanismos de fomento público e de racionalização da atuação estatal, estimulará a exploração dos ativos coletivos e o aumento da dívida pública. A compatibilidade entre a parceria público-privada e os princípios que moldam o Estado regulador somente far-se-ia possível se o instituto disciplinado pela Lei nº 11.079/04 atuasse de forma a propiciar a ampliação dos instrumentos de fomento público à atividades delegadas, situação esta que não se materializa, haja vista que a PPP inviabiliza o desenvolvimento e a sedimentação do regime de concessão comum e de políticas outras de crédito público.

O Estado subsidiário não se compatibiliza com um instituto jurídico que assegura a rentabilidade a grandes empresas através de capitais públicos, quando o arcabouço legal encontra-se dotado de outros instrumentos mais eficazes na atração do capital privado para o fomento de políticas públicas de colaboração. A idéia de Estado regulador está vinculada a conformação das escolhas mais eficientes. Com a parceria, o Estado utiliza-se de um meio que acarreta maior comprometimento de receita pública para atrair a iniciativa privada a assu-

mir atribuições pioneiramente públicas. Materializar-se-ia assim um sistema de financiamento de acumulação do capital através de recursos públicos.

A existência de mecanismos mais eficazes à tentativa de institucionalização do Estado subsidiário no Brasil, principalmente no que tange a execução, pelo setor privado, de serviços públicos delegados, com menor comprometimento de receitas estatais e com redução dos riscos de legitimação da hegemonia do capital sob a tutela dos fundos públicos, materializam a incompatibilidade entre a parceria público-privada e o Estado regulador.

4 - CONCLUSÃO

Resta induvidoso que, ao propiciar a transferência da execução de uma atribuição pública ao particular e, ao não se configurar como mecanismo de maximização da intervenção estatal no domínio econômico privado - tendo em vista que a prestação do serviço, mesmo por via de delegação a entes privados, não tem o condão de imiscuir o Estado na seara reservada à atuação privatística, a parceria público-privada compatibiliza-se com os preceitos norteadores da concepção subsidiária de aparato estatal. Entretanto, esta conciliação não é plena. Ao compelir a Administração Pública a oferecer vultosos subsídios para a execução de um serviço de interesse coletivo transferido a execução por particulares, o Estado não engendra um postulado inerente ao arquétipo regulador: o de optar pelos instrumentos dotados de maior capacidade para prover ações de interesse social com melhores resultados e menor dispêndio de recursos do Tesouro, possibilitando assim a melhoria dos serviços públicos e do bem-estar da coletividade.

A delegação de determinados nichos de serviços públicos, através do regime de concessão comum, conjugada a

disponibilização de linhas de créditos pelas instituições financeiras oficiais de fomento, consignar-se-ia num mecanismo apto a viabilizar a atração de capitais privados para a execução de obras e serviços públicos, sem compelir ao Estado a assunção da responsabilidade de arcar com a apresentação de contraprestações pecuniárias ensejadoras da maximização do comprometimento das receitas públicas.

A existência de instrumentos outros, dotados de maior eficiência para promover a sedimentação do ideário atinente a concepção subsidiária do aparelho público brasileiro acaba por inviabilizar a plenitude da compatibilidade entre a parceria público-privada e os princípios inerentes ao Estado regulador.

A incongruência entre a parceria público-privada e o ideário norteador do Estado regulador encontra guarida no instante em que o instituto disciplinado pela Lei nº 11.079/04 materializa-se na escolha de um instrumento menos eficiente de transferência de atribuições públicas para o setor privado.

Portanto, a existência de outros mecanismos de fomento da intersecção entre a Administração Pública e o capital privado, capazes estes de dotar o Estado de uma maior capacidade de engendrar políticas públicas eficientes, de otimizar a alocação dos recursos públicos para a prestação dos serviços essenciais à coletividade, além de mais compatíveis com o princípio da eficiência e menos vulneráveis a legitimação da hegemonia do capital sob tutela dos fundos públicos, denotam a materialização de uma incompatibilidade entre a parceria público-privada e os preceitos constitucionais constantes dos arts. 173 e 174 e, conseqüentemente, com os princípios inerentes ao Estado regulador.

5 - REFERÊNCIAS

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 04 jan. 2005.

CÂMARA SETORIAL DA REFORMA DO ESTADO. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília, 1995. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm>. Acesso em: 21 fev. 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DINIZ, Eli. **Globalização, reformas econômicas e elites empresariais**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

FONTE, Felipe de Melo. **Parcerias público-privadas e o novo direito administrativo**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 504, 23 nov. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5970>>. Acesso em: 07 jan. 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

disponibilização de linhas de créditos pelas instituições financeiras oficiais de fomento, consignar-se-ia num mecanismo apto a viabilizar a atração de capitais privados para a execução de obras e serviços públicos, sem compelir ao Estado a assunção da responsabilidade de arcar com a apresentação de contraprestações pecuniárias ensejadoras da maximização do comprometimento das receitas públicas.

A existência de instrumentos outros, dotados de maior eficiência para promover a sedimentação do ideário atinente a concepção subsidiária do aparelho público brasileiro acaba por inviabilizar a plenitude da compatibilidade entre a parceria público-privada e os princípios inerentes ao Estado regulador.

A incongruência entre a parceria público-privada e o ideário norteador do Estado regulador encontra guarida no instante em que o instituto disciplinado pela Lei nº 11.079/04 materializa-se na escolha de um instrumento menos eficiente de transferência de atribuições públicas para o setor privado.

Portanto, a existência de outros mecanismos de fomento da intersecção entre a Administração Pública e o capital privado, capazes estes de dotar o Estado de uma maior capacidade de engendrar políticas públicas eficientes, de otimizar a alocação dos recursos públicos para a prestação dos serviços essenciais à coletividade, além de mais compatíveis com o princípio da eficiência e menos vulneráveis a legitimação da hegemonia do capital sob tutela dos fundos públicos, denotam a materialização de uma incompatibilidade entre a parceria público-privada e os preceitos constitucionais constantes dos arts. 173 e 174 e, conseqüentemente, com os princípios inerentes ao Estado regulador.

5 - REFERÊNCIAS

_____. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 31 dez. 2004. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 04 jan. 2005.

CÂMARA SETORIAL DA REFORMA DO ESTADO. **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília, 1995. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/publi_04/colecao/plandi.htm>. Acesso em: 21 fev. 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DINIZ, Eli. **Globalização, reformas econômicas e elites empresariais**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

FONTE, Felipe de Melo. **Parcerias público-privadas e o novo direito administrativo**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 504, 23 nov. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5970>>. Acesso em: 07 jan. 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

MCCORMICK, Roger. **A experiência das parcerias público-privadas no reino unido**. Jus Navigandi, Teresina, a.8, n. 351, 23 jun. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5362>>. Acesso em: 07 jan. 2005.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**. 3. ed. atu. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

_____. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

STUBER, Walter Douglas. O Programa Brasileiro de Parcerias Público-Privadas. **Revista Jurídica Consulex**. São Paulo, n. 194, p. 51-58, fev. 2005. Mensal.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. **O direito de parceria e a nova lei de concessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA. PRINCÍPIOS GERAIS. EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PELO ESTADO. REGIME DAS EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS E PERMISSIONÁRIAS ¹

João Paulo Allain Teixeira

Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor da Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Católica de Pernambuco e das Faculdades Integradas Barros Melo

A análise da ordem econômica estabelecida por um Estado precisa ser contextualizada no quadro geral da crise do modelo clássico de configuração de Estado.

Assim, cogita-se de uma “constituição econômica” como conseqüência de uma estratégia reguladora e intervencionista

¹ Íntegra do texto correspondente à prova escrita realizada na Universidade Federal de Pernambuco por ocasião do concurso público para provimento de cargo de Professor Efetivo, Nível Adjunto, da disciplina Direito Constitucional, em junho de 2006. O referido texto obteve, na ocasião, nota máxima em banca composta pelos Professores Doutores Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, André Vicente Pires Rosa e Edilson Nobre Júnior.

do Estado, diante da falência do modelo inspirado na “neutralidade” liberal.

Se, em um primeiro momento, o Estado é estruturado, tal como queriam os liberais, a partir da necessidade de eliminar/restringir a ação ilimitada de um poder exercido de forma absoluta, a partir de certo momento, o estado enquanto estrutura de poder em busca de legitimação, passa a intervir nas relações econômicas.

Cumprir destacar as conseqüências das crises mencionadas no contexto do constitucionalismo, bem como as repercussões institucionais daí decorrentes.

Em primeiro lugar, tratemos da primeira crise, aquela decorrente da passagem do Estado Absoluto para o Estado Liberal.

O Estado Absoluto, configurado a partir do referencial do poder incontestável e sobretudo inquestionável do Monarca, caracterizou-se pela impossibilidade de demandar o rei ou questionar seus atos. Tudo aquilo que o Monarca fazia, em sintonia com a fundamentação divina do poder, era visto como bom e necessário, daí as máximas segundo as quais “the king can do no wrong” ou “lê roi ne peut mal faire”.

Naturalmente que este perfil institucional em nada interessava à emergente classe burguesa, que paulatinamente, na qualidade de responsável pelo florescimento de uma atividade econômica, veio a ter os seus interesses afirmados, colocando abaixo as estruturas de poder do “anciên regime”.

Assim, a burguesia, mobilizada em torno da limitação do poder absoluto e inspirada pelo jusnaturalismo racionalista que entendia insuficiente a fundamentação divina do poder, empenhou-se em conferir uma nova perspectiva de legitimação do poder.

Desempenhou papel fundamental no contexto das chamadas revoluções liberais, o ideal antropocêntrico de razão e da fundamentação do poder.

Nesse sentido, jogou papel fundamental o opúsculo do abade Sieyès, um dos mais incendiários documentos no contexto da revolução francesa. Provocativamente indagando sobre “O que é o terceiro Estado”, afirmava que o verdadeiro detentor da soberania popular é o povo, composto pelos burgueses, principais agentes econômicos de então.

Como quer que seja, o perfil institucional que daí decorreu foi pautado por um profundo absentismo do Estado nas relações econômicas. É de se dizer que a “neutralidade” do Estado foi construída para permitir o desenvolvimento dos direitos individuais, dentre eles, sob a perspectiva existencial, a vida, e sob uma perspectiva econômica, a propriedade.

Desta maneira, ao Estado caberia tão somente “observar” a dinâmica social, abstendo-se de intervir em quaisquer outras situações que não pudessem ser reconduzidas ao ideal de segurança. É o Estado “Gendarme”, o Estado “guarda-noturno”, cuja imagem metafórica apontava no sentido de uma ausência de regulação social, garantindo tão somente os direitos individuais

A expressão econômica do perfil liberal estalou em uma noção de “mão invisível” a sua principal manifestação. Assim, uma força invisível seria responsável pela auto-regulação do mercado segundo a máxima “laissez-faire, laissez passer, lê monde va de lui même”.

Esta modelagem permitiu o desenvolvimento da atividade industrial provocando a emergência das inevitáveis tensões entre capital e trabalho. É que a exploração da atividade econômica, ocorrendo de forma ilimitada, favoreceu abusos, os quais precisaram ser enfrentados pelo Estado.

Questões socialmente relevantes como regime de trabalho, condições ambientais, iluminação e arejamento, necessidade de repouso durante a vigência do contrato, proporcionaram o progressivo abandono da neutralidade liberal, em favor de uma postura ativa do Estado.

Contribuíram para esse processo a eclosão dos movimentos operários, bem como o desenvolvimento da doutrina socialista por Marx e Engels.

E assim, se o Estado liberal se caracterizou pela existência de direitos exercidos **contra** o Estado, no modelo social o perfil dos direitos adquire outro sentido. São direitos exercidos **através** do Estado. Daí a clássica distinção entre os direitos de índole **negativa** dos liberais e os direitos de perfil **positivo** do Estado Social. Frise-se que o Estado Social ou o “Estado Intervencionista” ou ainda o “*Welfare State*” são expressões de um mesmo fenômeno. Todas estas denominações representam o mesmo modelo de Estado. Este Estado, porém, como queremos ressaltar, conserva intactos os fundamentos do modo de produção capitalista, de modo que a ruptura com o modelo econômico vigente é mais retórico do que efetivo.

E assim, o Estado passa a atuar em uma dupla dimensão. Para Eros Grau, duas são as possibilidades de atuação do Estado no plano econômico: pode assim o Estado atuar **no** plano econômico, competindo em pé de igualdade com os particulares, ou atuar **sobre** o plano econômico, na condição de soberano.

No primeiro caso, a atuação **no** domínio econômico pode ocorrer por **participação**, quando o Estado compete diretamente com os particulares, ou pode ainda ocorrer por **absorção**, quando o Estado desempenha a atividade em caráter de exclusividade, mediante a criação de monopólios.

No segundo caso, o Estado apresenta atuação eminentemente voltada à **indução** de atividades econômicas, incentivando o seu desenvolvimento, ou ainda através de **planificação**, voltada ao planejamento do crescimento econômico e das necessidades da coletividade a curto, médio e longo prazo. Cogita-se contemporaneamente de uma crise do Estado Social, de modo a configurar uma pretensa superação do modelo estabelecido há pouco menos de um século.

É que as estratégias intervencionistas do Estado promoveram sucessivos déficits, trazendo, de um lado, o comprometimento do prometido bem-estar social, e de outro lado, a incapacidade de gerar desenvolvimento.

Com isso, cogita-se de um modelo de Estado enxuto, eficiente, capaz de agilmente lidar com as crescentes demandas sociais. A este novo perfil de Estado convencionou-se chamar, na falta de melhor denominação, Estado Neoliberal. Este novo perfil do Estado é assim marcado por privatizações, flexibilização de relações trabalhistas, reformas administrativa, tributária e previdenciária como estratégias de sobrevivência em um ambiente social e econômico cada vez mais marcado pela complexidade.

No Brasil este debate tem sido em certa medida assimilado pelas instituições nacionais havendo na atual Constituição em vigor, Título exclusivamente voltado para a questão, o Título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira.

Convém lembrar que até 1934 o perfil das Constituições brasileiras era eminentemente comprometido com o liberalismo clássico, sendo a tradição social no Brasil inaugurada com Getúlio Vargas após o movimento de 1930, especificamente com o advento da Constituição de 1934.

Esta Constituição, em sintonia com o debate mundial, deixou-se influenciar pela Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, configurando um modelo de Estado que apostava nas estratégias intervencionistas como forma de atingir o desenvolvimento.

A análise específica da Constituição de 1988 permite discutir a sua ordem econômica a partir de se processo de elaboração. Não se pode considerar assim, que a a Constituição de 88 seja uma Constituição liberal no sentido clássico, nem também uma Constituição comprometida unicamente com os valores trazidos pela perspectiva social.

É, mais adequadamente, uma Constituição compromissária, representando um claro compromisso entre dois

Contribuíram para esse processo a eclosão dos movimentos operários, bem como o desenvolvimento da doutrina socialista por Marx e Engels.

E assim, se o Estado liberal se caracterizou pela existência de direitos exercidos **contra** o Estado, no modelo social o perfil dos direitos adquire outro sentido. São direitos exercidos **através** do Estado. Daí a clássica distinção entre os direitos de índole **negativa** dos liberais e os direitos de perfil **positivo** do Estado Social. Frise-se que o Estado Social ou o "Estado Intervencionista" ou ainda o "*Welfare State*" são expressões de um mesmo fenômeno. Todas estas denominações representam o mesmo modelo de Estado. Este Estado, porém, como queremos ressaltar, conserva intactos os fundamentos do modo de produção capitalista, de modo que a ruptura com o modelo econômico vigente é mais retórico do que efetivo.

E assim, o Estado passa a atuar em uma dupla dimensão. Para Eros Grau, duas são as possibilidades de atuação do Estado no plano econômico: pode assim o Estado atuar **no** plano econômico, competindo em pé de igualdade com os particulares, ou atuar **sobre** o plano econômico, na condição de soberano.

No primeiro caso, a atuação **no** domínio econômico pode ocorrer por **participação**, quando o Estado compete diretamente com os particulares, ou pode ainda ocorrer por **absorção**, quando o Estado desempenha a atividade em caráter de exclusividade, mediante a criação de monopólios.

No segundo caso, o Estado apresenta atuação eminentemente voltada à **indução** de atividades econômicas, incentivando o seu desenvolvimento, ou ainda através de **planificação**, voltada ao planejamento do crescimento econômico e das necessidades da coletividade a curto, médio e longo prazo. Cogita-se contemporaneamente de uma crise do Estado Social, de modo a configurar uma pretensa superação do modelo estabelecido há pouco menos de um século.

É que as estratégias intervencionistas do Estado promoveram sucessivos déficits, trazendo, de um lado, o comprometimento do prometido bem-estar social, e de outro lado, a incapacidade de gerar desenvolvimento.

Com isso, cogita-se de um modelo de Estado enxuto, eficiente, capaz de agilmente lidar com as crescentes demandas sociais. A este novo perfil de Estado convencionou-se chamar, na falta de melhor denominação, Estado Neoliberal. Este novo perfil do Estado é assim marcado por privatizações, flexibilização de relações trabalhistas, reformas administrativa, tributária e previdenciária como estratégias de sobrevivência em um ambiente social e econômico cada vez mais marcado pela complexidade.

No Brasil este debate tem sido em certa medida assimilado pelas instituições nacionais havendo na atual Constituição em vigor, Título exclusivamente voltado para a questão, o Título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira.

Convém lembrar que até 1934 o perfil das Constituições brasileiras era eminentemente comprometido com o liberalismo clássico, sendo a tradição social no Brasil inaugurada com Getúlio Vargas após o movimento de 1930, especificamente com o advento da Constituição de 1934.

Esta Constituição, em sintonia com o debate mundial, deixou-se influenciar pela Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, configurando um modelo de Estado que apostava nas estratégias intervencionistas como forma de atingir o desenvolvimento.

A análise específica da Constituição de 1988 permite discutir a sua ordem econômica a partir de se processo de elaboração. Não se pode considerar assim, que a a Constituição de 88 seja uma Constituição liberal no sentido clássico, nem também uma Constituição comprometida unicamente com os valores trazidos pela perspectiva social.

É, mais adequadamente, uma Constituição compromissária, representando um claro compromisso entre dois

modelos antagônicos. Tal pode ser explicado pelo próprio processo de sua elaboração pela Assembléia Nacional Constituinte de 87-88. Integrada por diversos sociais, com interesses muito frequentemente antagônicos, como industriais, ruralistas, empresários, socialistas, pós-comunistas, etc, quase sempre os acordos alcançados durante a elaboração da Constituição foram acordos que resultaram, para utilizar a expressão de Carl Schmitt, em "fórmulas de compromisso dilatatório".

Daí estas tensões ficarem evidentes desde o Preâmbulo da Constituição Federal, passando pelo Título I, que trata dos Princípios Fundamentais do Estado brasileiro.

Tal caráter porém, aparece com força no estabelecimento e configuração da Ordem Econômica, *locus* natural para o enfrentamento destas questões.

Assim, a despeito da redação do Art. 1º, IV da Constituição Federal que estabelece como fundamentos da República Federativa do Brasil, "os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa", a Ordem Econômica brasileira abre a sua disciplina constitucional no Art. 170, afirmando ser esta "fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa".

A pertinente distinção a ser feita aqui refere-se à percepção de que no Título I, o trabalho e a livre iniciativa são relevantes enquanto **valores sociais**, ou seja, enquanto capazes de gerar bem-estar e desenvolvimento. No Art. 170, de forma diversa, trabalha-se com a **valorização** do trabalho humano e na livre iniciativa como fundamentos da Ordem Econômica. Ou seja: aqui, o trabalho humano deverá ser valorizado, e a livre iniciativa é por si só, fundamento da Ordem Econômica. Isto, parece-nos, permite concluir que o Constituinte de 88 quis configurar um regime, ainda que temperado pela questão social, essencialmente comprometido com o modo de produção capitalista.

Por outro lado, tal idéia parece ser confirmada pelos incisos do Artigo 170, que trazem idéias aparentemente

contrastantes, mas que podem, a nosso ver, ser facilmente compatibilizados.

Analisemos nesse sentido, a princípio as idéias contidas nos incisos II e III do referido Art. 170. Se por um lado a Constituição trabalha com a propriedade privada como princípio informador da atividade econômica, por outro lado, trabalha também com a idéia de função social da propriedade.

Assim, a propriedade é direito de índole inequivocamente liberal, alçado à condição de princípio informador da Ordem Econômica. A despeito disto, o exercício deste direito deve obedecer a uma função social, estando por isso mesmo, o individuo susceptível de desapropriação nas hipóteses previstas pela Constituição.

Por outro lado, há um outro dispositivo a merecer especial atenção, qual seja, aquele que trabalha com a livre concorrência como princípio informador da atividade econômica. A livre concorrência é, a princípio, corolário natural da livre iniciativa. É preciso porém, estabelecer os seus contornos.

Ainda que a idéia de livre concorrência tenha feições nitidamente liberais, enquanto liberdade de empresa, possui também uma importante leitura social.

Assim, se por um lado todos são livres para lançarem-se à atividade empresarial, e se também todos podem se utilizar dos instrumentos constitucionais para a garantia deste direito, contra quem quer o impeça ou inviabilize a atividade empresarial, por outro lado os limites da liberdade da concorrência estão ancorados no interesse público.

Nesse sentido, não se pode, a pretexto da consagração de uma "livre concorrência", lançar mão de práticas destrutivas tais como a concorrência desleal e a destruição da concorrência mediante formação de oligopólios e trustes.

Dentro deste contexto, é de se dizer que a concorrência desleal ofende direito individual, daquele que é prejudicado

pelo desleal concorrente. A destruição da concorrência mediante criação de oligopólios e trustes é mais grave, por ofender princípio inspirador da atividade econômica.

É nesse contexto que deve ser interpretada a edição da Lei 8884/94, a conhecida Lei Antitruste, que criou o SBDC (sistema brasileiro de defesa da concorrência), com a finalidade de assegurar a permanente existência da concorrência.

Aqui, reputa-se como fundamental a existência da concorrência como elemento capaz de estimular permanentemente a atividade econômica, favorecendo a geração de desenvolvimento.

O SBDC é assim um sistema relativamente complexo, composto por dois órgãos e uma autarquia.

O primeiro destes órgãos é a SAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), no contexto do Ministério da Fazenda, que tem por missão monitorar irregularidades e informar ao CADE.

O segundo órgão é a SDE (Secretaria de Direito Econômico), órgão do Ministério da Justiça, destinado a observar o cumprimento das normas consumeristas no país, e finalmente o CADE, (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com competência administrativa decisória em última instância e submetida ao controle finalístico do Ministério.

Daí é possível perceber que a livre iniciativa tem uma dimensão privada, mas também possui uma dimensão nitidamente pública.

Do mesmo modo, a Ordem Econômica preocupa-se com o meio-ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego como balizas permanentes a condicionar e encaminhar a atividade econômica.

É aqui conveniente discutir como o Brasil tem assimilado a chamada "crise do Estado Social" e como tem sido discutido internamente o assunto do ponto de vista institucional.

Desde os anos noventa, tem sido implantado no país um programa de reformas no Estado que tem tido por consequência, a adoção de um programa de privatizações.

Assim, no contexto brasileiro da crise do Estado Social, a opção tem sido no sentido de um abandono do referencial de intervenção no domínio econômico, acompanhado de um reforço nas estratégias de intervenção sobre o domínio econômico.

Isto significa que, a despeito das privatizações, o Estado brasileiro vem intensificando o seu perfil eminentemente regulatório, criando um novo marco institucional com o surgimento das chamadas "agências reguladoras".

A doutrina cogita assim de uma verdadeira "agenci-ficação" a tomar conta do país. Em verdade, tais agências inspiradas no modelo norte-americano tem proliferado no país amparados pela previsão constante no Art. 174 da Constituição Federal ao estabelecer que na "qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo, e planejamento".

Outrossim, as chamadas agências possuem poderes próprios devendo compatibilizar os interesses das concessionárias e permissionárias com os interesses da coletividade.

Possuem singela atuação, de um lado tornando viável (e lucrativa) a atividade econômica, e de outro, garantindo os direitos dos consumidores.

As agências assim trabalham nitidamente no contexto da compatibilização de interesses públicos com interesses privados.

São constituídas por lei e não são subordinadas a qualquer ente da Administração. Não estando submetidas a controle hierárquico, submetem-se a controle unicamente finalístico. As agências são autônomas e sua autonomia é condição do bom e adequado desempenho de suas funções.

pelo desleal concorrente. A destruição da concorrência mediante criação de oligopólios e trustes é mais grave, por ofender princípio inspirador da atividade econômica.

É nesse contexto que deve ser interpretada a edição da Lei 8884/94, a conhecida Lei Antitruste, que criou o SBDC (sistema brasileiro de defesa da concorrência), com a finalidade de assegurar a permanente existência da concorrência.

Aqui, reputa-se como fundamental a existência da concorrência como elemento capaz de estimular permanentemente a atividade econômica, favorecendo a geração de desenvolvimento.

O SBDC é assim um sistema relativamente complexo, composto por dois órgãos e uma autarquia.

O primeiro destes órgãos é a SAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), no contexto do Ministério da Fazenda, que tem por missão monitorar irregularidades e informar ao CADE.

O segundo órgão é a SDE (Secretaria de Direito Econômico), órgão do Ministério da Justiça, destinado a observar o cumprimento das normas consumeristas no país, e finalmente o CADE, (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com competência administrativa decisória em última instância e submetida ao controle finalístico do Ministério.

Daí é possível perceber que a livre iniciativa tem uma dimensão privada, mas também possui uma dimensão nitidamente pública.

Do mesmo modo, a Ordem Econômica preocupa-se com o meio-ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego como balizas permanentes a condicionar e encaminhar a atividade econômica.

É aqui conveniente discutir como o Brasil tem assimilado a chamada "crise do Estado Social" e como tem sido discutido internamente o assunto do ponto de vista institucional.

Desde os anos noventa, tem sido implantado no país um programa de reformas no Estado que tem tido por consequência, a adoção de um programa de privatizações.

Assim, no contexto brasileiro da crise do Estado Social, a opção tem sido no sentido de um abandono do referencial de intervenção no domínio econômico, acompanhado de um reforço nas estratégias de intervenção sobre o domínio econômico.

Isto significa que, a despeito das privatizações, o Estado brasileiro vem intensificando o seu perfil eminentemente regulatório, criando um novo marco institucional com o surgimento das chamadas "agências reguladoras".

A doutrina cogita assim de uma verdadeira "agenci-ficação" a tomar conta do país. Em verdade, tais agências inspiradas no modelo norte-americano tem proliferado no país amparados pela previsão constante no Art. 174 da Constituição Federal ao estabelecer que na "qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo, e planejamento".

Outrossim, as chamadas agências possuem poderes próprios devendo compatibilizar os interesses das concessionárias e permissionárias com os interesses da coletividade.

Possuem singela atuação, de um lado tornando viável (e lucrativa) a atividade econômica, e de outro, garantindo os direitos dos consumidores.

As agências assim trabalham nitidamente no contexto da compatibilização de interesses públicos com interesses privados.

São constituídas por lei e não são subordinadas a qualquer ente da Administração. Não estando submetidas a controle hierárquico, submetem-se a controle unicamente finalístico. As agências são autônomas e sua autonomia é condição do bom e adequado desempenho de suas funções.

Considerar que as agências são autônomas porém, não significa que atuem à margem de controles pelo Estado. Assim, os três poderes exercem controles sobre as agências, e podemos destacá-los:

No contexto do poder executivo, o já mencionado controle finalístico; no contexto do poder legislativo, podem ser objeto de CPI's, bem como submetem-se ao julgamento de suas contas, prerrogativa desempenhada pelo poder legislativo com o auxílio do TCU. Já no contexto do poder judiciário, podem ter seus atos invalidados em atenção ao princípio segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será subtraído da apreciação do poder judiciário.

As agências assim, fiscalizam a execução do contrato entre o Estado e o particular (quando houver) podendo aplicar as sanções cabíveis.

O regime de concessões e permissões é estabelecido por lei. Em verdade, as agências atuam no condicionamento da atividade econômica realizada por particular e também no contexto dos serviços delegados a terceiros.

A delegação de serviço a terceiro torna o particular investido de prerrogativa para realizar serviço cuja titularidade permanece com o Estado. Tais delegações podem ocorrer mediante permissão ou concessão, após licitação na modalidade de concorrência.

Há que distinguir portanto, privatização de delegação. Na privatização verifica-se o repasse de ativos do Estado para o particular; na delegação o Estado conserva a titularidade do serviço, repassando apenas a sua execução para o particular.

Não descurou o constituinte das considerações em torno do Sistema Financeiro Nacional na Ordem Econômica estabelecida pela Constituição. De relevante, remissão do constituinte à Lei Complementar a respeito da participação do capital estrangeiro nas instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional.

De qualquer sorte é possível claramente perceber um movimento do Estado brasileiro no sentido de lidar com as demandas impostas pelo subsistema econômico. De certo modo, o modelo brasileiro traz, a partir da leitura do quadro econômico, uma busca pela legitimação a partir dos quadros traçados pela Constituição de 1988, aí sendo compreendida também a atuação do Poder Reformador.

Isto tem possibilitado a redução do tamanho do Estado e, busca de um patamar adequado de eficiência, acompanhado do aumento nas funções de indução e planejamento.

Isto significa que, se de um lado é certo o entendimento segundo o qual o Estado Social entrou em irreversível crise, por outro lado é preciso considerar que isto não significa abandonar o ideal de promoção do "bem-estar". Muito pelo contrário.

A crise do Estado Social não pode determinar a expansão desordenada do Mercado, a ponto de comprometer a realização dos direitos sociais.

De modo diverso, deve-se repensar a viabilidade de manutenção do Estado-empresário. Nesse sentido, o Estado-providência deve ter sua força revigorada. A crise do Estado Social significa tão somente o esgotamento do modelo empresarial de Estado. Continua assim o Estado responsável pela efetivação daqueles direitos que representam relevantes conquistas sociais, e por isso mesmo reconhecidos pelas próprias constituições contemporâneas.

O Brasil, em sintonia com este ideal, vem adotando um referencial regulatório cada vez mais intenso como estratégia de legitimação diante da crise contemporânea do Estado Social.

ANOTAÇÕES SOBRE A LEI Nº 11.232, DE 22/12/2005, QUE ALTEROU O CPC, E, ESPECIALMENTE, SOBRE AS RECENTES ALTERAÇÕES NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Joaquim Correia de Carvalho Júnior
Advogado

1 - A Lei nº 11.232/05, que entrou em vigor a 24 de junho do corrente ano, por força do seu art. 8º, combinado com o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 95/98¹, contém disposições que chamaria de mera maquiagem, por que dizem respeito apenas à forma, e não ao conteúdo, dos dispositivos alterados, à exemplo daqueles a que alude o seu art. 1º, concretamente a nova redação dada aos arts. 162, § 1º, 267, *caput*, e 269, *caput*, e 463, do texto até então em vigor.

2 - O primeiro desses dispositivos legais altera a definição dada à sentença, que, no texto agora modificado, era "o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da

¹ Nesse sentido vejam-se NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil**. 9.ed., São Paulo: [s.n.], [s.d.]. p. 629. Contrariamente, sustentando a vigência a partir de 23 de junho, ALVIM, Carreira CABRAL, Luciana Carreira Alvim. **Cumprimento da Sentença**. Curitiba: [s.n.], 2006. p. 169) e Misael Montenegro Filho, Misael. **Cumprimento da Sentença e Outras Reformas Processuais**. São Paulo: 2006. p.118.

ANOTAÇÕES SOBRE A LEI Nº 11.232, DE 22/12/2005, QUE ALTEROU O CPC, E, ESPECIALMENTE, SOBRE AS RECENTES ALTERAÇÕES NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Joaquim Correia de Carvalho Júnior
Advogado

1 - A Lei nº 11.232/05, que entrou em vigor a 24 de junho do corrente ano, por força do seu art. 8º, combinado com o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 95/98¹, contém disposições que chamaria de mera maquiagem, por que dizem respeito apenas à forma, e não ao conteúdo, dos dispositivos alterados, à exemplo daqueles a que alude o seu art. 1º, concretamente a nova redação dada aos arts. 162, § 1º, 267, *caput*, e 269, *caput*, e 463, do texto até então em vigor.

2 - O primeiro desses dispositivos legais altera a definição dada à sentença, que, no texto agora modificado, era “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da

¹ Nesse sentido vejam-se NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil**. 9.ed., São Paulo: [s.n.], [s.d.]. p. 629. Contrariamente, sustentando a vigência a partir de 23 de junho, ALVIM, Carreira CABRAL, Luciana Carreira Alvim. **Cumprimento da Sentença**. Curitiba: [s.n.], 2006. p. 169) e Misael Montenegro Filho, Misael. **Cumprimento da Sentença e Outras Reformas Processuais**. São Paulo: 2006. p.118.

causa". E, agora, passou a ser o ato judicial "que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei."

2.1 Como se vê, não houve qualquer alteração no conteúdo da regra modificada. Evidentemente, essa não é uma forma correta de legislar, pois quando se pretende manter em texto de lei o mesmo preceito preexistente, deve-se, na medida do possível, não alterá-lo ou, quando nada, reproduzir esse mesmo texto. Só se modifica o texto, quando há a preocupação de mudar o seu conteúdo. Se não se muda o conteúdo, há de ser ele mantido, máxime quando se trata de textos com mais de trinta anos de vigência e que eventuais polêmicas acerca de sua correta interpretação já foram, de há muito, resolvidas pela jurisprudência.²

3 - O mesmo se diga com referência à alteração do *caput* dos arts. 267 e 269: no texto revogado aludia-se à extinção "*do processo sem julgamento do mérito*", e à sua extinção "*com julgamento de mérito*". Pela nova redação, alude-se à extinção do processo, sem ou com resolução de mérito.

4 - Também a modificação dada ao art. 463, segundo o qual "*Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional*", não trouxe nenhuma modificação de conteúdo, na medida em que se limita a estatuir que "*Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la*" naqueles mesmíssimos casos já previstos no texto anterior, quais sejam: correção de inexatidões

² Contrariamente ao texto, defendendo as modificações redacionais trazidas pela lei, veja-se, entre outros, Misael Montenegro Filho, op.cit., p.7 e ss. Quando da votação no Congresso Nacional do projeto de lei de autoria do Professor Alfredo Buzaid e convertido no CPC, diversas emendas foram apresentadas, com vistas a corrigir o texto de alguns de seus artigos, inclusive os arts. 267 e 269 com argumentos semelhantes e foram rejeitados, sob o entendimento de se tratar de discussão ociosa (cfr. LIMA, Paulo C. A. *Código de Processo Civil - Crítica - Exegese*. Guanabara, [s.n.], 1973. p.149).

materiais ou para retificar erros de cálculo, ou por meio de embargos de declaração.

4.1 Essa última alteração se justifica, todavia, porque, naqueles casos em que se faz necessária a prévia liquidação da sentença, mediante arbitramento ou artigos, cabe ao juiz complementar a sentença, na forma dos arts. 603 a 606, do CPC, que formam o Capítulo VI, do Título I, do Livro II (Do Processo de Execução), sob a denominação de "Da Liquidação da Sentença", agora revogado, como antes mencionado, e substituído pelos arts. 466-A (sobre condenação do devedor e emitir declaração de vontade), 466-B (sobre sentença que produza os mesmos efeitos do contrato não firmado pela parte ré) 466-C (sobre condenação à transferência de propriedade de coisa determinada ou de outro direito), e 475-A a 475-H, da Lei nº 12.232/05, que integram o Livro I (Do Processo de Conhecimento).

4.2 No sistema do Código em sua atual redação, a liquidação da sentença naquelas hipóteses, constituía, como exposto, fase inicial do processo de execução e se iniciava com a citação do devedor na pessoa do seu advogado (art.603, parágrafo único). Com a lei nova, essa fase integra o próprio processo de conhecimento, de acordo, aliás, com a doutrina predominante e o entendimento do STJ, inclusive no recurso especial nº 586-PR (relator: Ministro **Sálvio de Figueiredo**), quando se afirmou que a "*liquidação não integra o processo executivo, mas o antecede, constituindo-se complemento do processo de conhecimento, para tornar líquido o processo judicial (CPC. Arts. 586 e 618)*"³, de modo que, a assim se entender, não se pode falar em se ter por finda a atividade jurisdicional com a sentença proferida na fase de conhecimento.

4.3 Nestas circunstâncias, e, principalmente, para se atender ao princípio da celeridade processual, não mais existe a cita-

³ NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 34. ed. p. 684, nota 1ª ao art. 603.

causa". E, agora, passou a ser o ato judicial "que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei."

2.1 Como se vê, não houve qualquer alteração no conteúdo da regra modificada. Evidentemente, essa não é uma forma correta de legislar, pois quando se pretende manter em texto de lei o mesmo preceito preexistente, deve-se, na medida do possível, não alterá-lo ou, quando nada, reproduzir esse mesmo texto. Só se modifica o texto, quando há a preocupação de mudar o seu conteúdo. Se não se muda o conteúdo, há de ser ele mantido, máxime quando se trata de textos com mais de trinta anos de vigência e que eventuais polêmicas acerca de sua correta interpretação já foram, de há muito, resolvidas pela jurisprudência.²

3 - O mesmo se diga com referência à alteração do *caput* dos arts. 267 e 269: no texto revogado aludia-se à extinção "do processo sem julgamento do mérito", e à sua extinção "com julgamento de mérito". Pela nova redação, alude-se à extinção do processo, sem ou com resolução de mérito.

4 - Também a modificação dada ao art. 463, segundo o qual "Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional", não trouxe nenhuma modificação de conteúdo, na medida em que se limita a estatuir que "Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la" naqueles mesmíssimos casos já previstos no texto anterior, quais sejam: correção de inexatidões

² Contrariamente ao texto, defendendo as modificações redacionais trazidas pela lei, veja-se, entre outros, Misael Montenegro Filho, op.cit., p.7 e ss. Quando da votação no Congresso Nacional do projeto de lei de autoria do Professor Alfredo Buzaid e convertido no CPC, diversas emendas foram apresentadas, com vistas a corrigir o texto de alguns de seus artigos, inclusive os arts. 267 e 269 com argumentos semelhantes e foram rejeitados, sob o entendimento de se tratar de discussão ociosa (cfr. LIMA, Paulo C. A. Código de Processo Civil - Crítica - Exegese. Guanabara, [s.n.], 1973. p.149).

materiais ou para retificar erros de cálculo, ou por meio de embargos de declaração.

4.1 Essa última alteração se justifica, todavia, porque, naqueles casos em que se faz necessária a prévia liquidação da sentença, mediante arbitramento ou artigos, cabe ao juiz complementar a sentença, na forma dos arts. 603 a 606, do CPC, que formam o Capítulo VI, do Título I, do Livro II (Do Processo de Execução), sob a denominação de "Da Liquidação da Sentença", agora revogado, como antes mencionado, e substituído pelos arts. 466-A (sobre condenação do devedor e emitir declaração de vontade), 466-B (sobre sentença que produz os mesmos efeitos do contrato não firmado pela parte ré) 466-C (sobre condenação à transferência de propriedade de coisa determinada ou de outro direito), e 475-A a 475-H, da Lei nº 12.232/05, que integram o Livro I (Do Processo de Conhecimento).

4.2 No sistema do Código em sua atual redação, a liquidação da sentença naquelas hipóteses, constituía, como exposto, fase inicial do processo de execução e se iniciava com a citação do devedor na pessoa do seu advogado (art.603, parágrafo único). Com a lei nova, essa fase integra o próprio processo de conhecimento, de acordo, aliás, com a doutrina predominante e o entendimento do STJ, inclusive no recurso especial nº 586-PR (relator: Ministro Sálvio de Figueiredo), quando se afirmou que a "liquidação não integra o processo executivo, mas o antecede, constituindo-se complemento do processo de conhecimento, para tornar líquido o processo judicial (CPC. Arts. 586 e 618)"³, de modo que, a assim se entender, não se pode falar em se ter por finda a atividade jurisdicional com a sentença proferida na fase de conhecimento.

4.3 Nestas circunstâncias, e, principalmente, para se atender ao princípio da celeridade processual, não mais existe a cita-

³ NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil. 34. ed. p. 684, nota 1ª ao art. 603.

causa". E, agora, passou a ser o ato judicial "que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei."

2.1 Como se vê, não houve qualquer alteração no conteúdo da regra modificada. Evidentemente, essa não é uma forma correta de legislar, pois quando se pretende manter em texto de lei o mesmo preceito preexistente, deve-se, na medida do possível, não alterá-lo ou, quando nada, reproduzir esse mesmo texto. Só se modifica o texto, quando há a preocupação de mudar o seu conteúdo. Se não se muda o conteúdo, há de ser ele mantido, máxime quando se trata de textos com mais de trinta anos de vigência e que eventuais polêmicas acerca de sua correta interpretação já foram, de há muito, resolvidas pela jurisprudência.²

3 - O mesmo se diga com referência à alteração do *caput* dos arts. 267 e 269: no texto revogado aludia-se à extinção "do processo sem julgamento do mérito", e à sua extinção "com julgamento de mérito". Pela nova redação, alude-se à extinção do processo, sem ou com resolução de mérito.

4 - Também a modificação dada ao art. 463, segundo o qual "Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional", não trouxe nenhuma modificação de conteúdo, na medida em que se limita a estatuir que "Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la" naqueles mesmíssimos casos já previstos no texto anterior, quais sejam: correção de inexatidões

² Contrariamente ao texto, defendendo as modificações redacionais trazidas pela lei, veja-se, entre outros, Misael Montenegro Filho, op.cit., p.7 e ss. Quando da votação no Congresso Nacional do projeto de lei de autoria do Professor Alfredo Buzaid e convertido no CPC, diversas emendas foram apresentadas, com vistas a corrigir o texto de alguns de seus artigos, inclusive os arts. 267 e 269 com argumentos semelhantes e foram rejeitados, sob o entendimento de se tratar de discussão ociosa (cfr. LIMA, Paulo C. A. Código de Processo Civil - Crítica - Exegese. Guanabara, [s.n.], 1973. p.149).

materiais ou para retificar erros de cálculo, ou por meio de embargos de declaração.

4.1 Essa última alteração se justifica, todavia, porque, naqueles casos em que se faz necessária a prévia liquidação da sentença, mediante arbitramento ou artigos, cabe ao juiz complementar a sentença, na forma dos arts. 603 a 606, do CPC, que formam o Capítulo VI, do Título I, do Livro II (Do Processo de Execução), sob a denominação de "Da Liquidação da Sentença", agora revogado, como antes mencionado, e substituído pelos arts. 466-A (sobre condenação do devedor e emitir declaração de vontade), 466-B (sobre sentença que produz os mesmos efeitos do contrato não firmado pela parte ré) 466-C (sobre condenação à transferência de propriedade de coisa determinada ou de outro direito), e 475-A a 475-H, da Lei nº 12.232/05, que integram o Livro I (Do Processo de Conhecimento).

4.2 No sistema do Código em sua atual redação, a liquidação da sentença naquelas hipóteses, constituía, como exposto, fase inicial do processo de execução e se iniciava com a citação do devedor na pessoa do seu advogado (art.603, parágrafo único). Com a lei nova, essa fase integra o próprio processo de conhecimento, de acordo, aliás, com a doutrina predominante e o entendimento do STJ, inclusive no recurso especial nº 586-PR (relator: Ministro Sálvio de Figueiredo), quando se afirmou que a "liquidação não integra o processo executivo, mas o antecede, constituindo-se complemento do processo de conhecimento, para tornar líquido o processo judicial (CPC. Arts. 586 e 618)"³, de modo que, a assim se entender, não se pode falar em se ter por finda a atividade jurisdicional com a sentença proferida na fase de conhecimento.

4.3 Nestas circunstâncias, e, principalmente, para se atender ao princípio da celeridade processual, não mais existe a cita-

³ NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil. 34. ed. p. 684, nota 1ª ao art. 603.

causa". E, agora, passou a ser o ato judicial "que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei."

2.1 Como se vê, não houve qualquer alteração no conteúdo da regra modificada. Evidentemente, essa não é uma forma correta de legislar, pois quando se pretende manter em texto de lei o mesmo preceito preexistente, deve-se, na medida do possível, não alterá-lo ou, quando nada, reproduzir esse mesmo texto. Só se modifica o texto, quando há a preocupação de mudar o seu conteúdo. Se não se muda o conteúdo, há de ser ele mantido, máxime quando se trata de textos com mais de trinta anos de vigência e que eventuais polêmicas acerca de sua correta interpretação já foram, de há muito, resolvidas pela jurisprudência.²

3 - O mesmo se diga com referência à alteração do *caput* dos arts. 267 e 269: no texto revogado aludia-se à extinção "do processo sem julgamento do mérito", e à sua extinção "com julgamento de mérito". Pela nova redação, alude-se à extinção do processo, sem ou com resolução de mérito.

4 - Também a modificação dada ao art. 463, segundo o qual "Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional", não trouxe nenhuma modificação de conteúdo, na medida em que se limita a estatuir que "Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la" naqueles mesmíssimos casos já previstos no texto anterior, quais sejam: correção de inexatidões

² Contrariamente ao texto, defendendo as modificações redacionais trazidas pela lei, veja-se, entre outros, Misael Montenegro Filho, op.cit., p.7 e ss. Quando da votação no Congresso Nacional do projeto de lei de autoria do Professor Alfredo Buzaid e convertido no CPC, diversas emendas foram apresentadas, com vistas a corrigir o texto de alguns de seus artigos, inclusive os arts. 267 e 269 com argumentos semelhantes e foram rejeitados, sob o entendimento de se tratar de discussão ociosa (cfr. LIMA, Paulo C. A. Código de Processo Civil - Crítica - Exegese. Guanabara, [s.n.], 1973. p.149).

materiais ou para retificar erros de cálculo, ou por meio de embargos de declaração.

4.1 Essa última alteração se justifica, todavia, porque, naqueles casos em que se faz necessária a prévia liquidação da sentença, mediante arbitramento ou artigos, cabe ao juiz complementar a sentença, na forma dos arts. 603 a 606, do CPC, que formam o Capítulo VI, do Título I, do Livro II (Do Processo de Execução), sob a denominação de "Da Liquidação da Sentença", agora revogado, como antes mencionado, e substituído pelos arts. 466-A (sobre condenação do devedor e emitir declaração de vontade), 466-B (sobre sentença que produz os mesmos efeitos do contrato não firmado pela parte ré) 466-C (sobre condenação à transferência de propriedade de coisa determinada ou de outro direito), e 475-A a 475-H, da Lei nº 12.232/05, que integram o Livro I (Do Processo de Conhecimento).

4.2 No sistema do Código em sua atual redação, a liquidação da sentença naquelas hipóteses, constituía, como exposto, fase inicial do processo de execução e se iniciava com a citação do devedor na pessoa do seu advogado (art.603, parágrafo único). Com a lei nova, essa fase integra o próprio processo de conhecimento, de acordo, aliás, com a doutrina predominante e o entendimento do STJ, inclusive no recurso especial nº 586-PR (relator: Ministro Sálvio de Figueiredo), quando se afirmou que a "liquidação não integra o processo executivo, mas o antecede, constituindo-se complemento do processo de conhecimento, para tornar líquido o processo judicial (CPC. Arts. 586 e 618)"³, de modo que, a assim se entender, não se pode falar em se ter por finda a atividade jurisdicional com a sentença proferida na fase de conhecimento.

4.3 Nestas circunstâncias, e, principalmente, para se atender ao princípio da celeridade processual, não mais existe a cita-

³ NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil. 34. ed. p. 684, nota 1ª ao art. 603.

ção, substituída pela simples intimação, ainda na pessoa do advogado (art. 475-A, § 1º), tal como já ocorria nas reconvenções (que, substancialmente, são uma ação), podendo ser intentada, consoante prevê o § 2º, desse mesmo artigo, ainda na pendência de recurso sem efeito suspensivo.

5 - As alterações que a nova lei trouxe em matéria processual dizem respeito ao Livro I (Do processo de conhecimento), Capítulo VIII (Da sentença e da coisa julgada), Seção I (Dos requisitos e dos efeitos da sentença) e consistiram no acréscimo de três artigos, de nºs 466-A, 466-B e 466-C, segundo os quais (a) a sentença que condenou o devedor a emitir declaração de vontade, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos de declaração não emitida; (b) os efeitos do contrato não cumprido, a que o devedor tenha se obrigado a concluir, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderão ser obtidos através de sentença; e (c) não será acolhida a pretensão de obter a transferência da propriedade sobre determinada coisa ou de outro direito, se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nos casos e formas legais, salvo se não for ainda exigível.

5.1 Todos esses casos constituem apenas consolidação, em texto expresso da lei processual, de pretensões que já foram postuladas em juízo e mereceram acolhimento e decorrem de princípios consagrados de direito.

5.2 Inexiste, portanto, qualquer novidade nas regras agora expressamente estabelecidas.

6 - Onde a nova lei realmente inovou foi na criação de dois novos Capítulos, o IX e o X, ambos do Título VIII (Do procedimento ordinário), do Livro I (Do processo do conhecimento), aludido, Capítulos esses denominados "Da Liquidação de Sentença" e "Do Cumprimento da Sentença".

6.1 Com referência a esse Capítulo IX, a matéria nele tratada

figurava no Livro II, que trata do Processo de Execução, o qual já continha, no Título I (Da execução em geral), um Capítulo próprio, o VI, que disciplinava a liquidação da sentença, abrangendo os arts. 603 a 611, agora revogados expressamente pelo art. 9º, juntamente com os arts. 520, III, 570, 584, 588, 589, 590, 602, 639, 640 e 641, e todo o Capítulo VI, do Título I, do Livro II, do CPC. Nesse particular, ressalte-se a redundância da referência expressa à revogação dos arts. 610 e 611, que, inseridos no Capítulo VI do Título I, do Livro II, já estavam incluídos na revogação expressa desse mesmo Capítulo. Nesse, como em outros casos, a lei nova, ainda que mereça elogios do ponto de vista material, é passível das maiores críticas quanto ao seu aspecto formal, consoante se depreende da presente exposição.

7 - O Capítulo IX, agora criado, diz respeito à liquidação da sentença, para a qual, na forma da legislação assim revogada, se iniciava com a **citação do devedor**, ainda que na pessoa de seu advogado, naquelas hipóteses em que se fazia necessária a liquidação por arbitramento ou por artigos (art. 603, § único); quando, porém, o valor da condenação podia ser apurado mediante simples cálculo aritmético (art. 604), a citação era pessoal e se fazia para o devedor vir pagar, em 24 horas, o valor da dívida, sob pena de penhora (art. 652).

8 - O art. 475-A, que inicia o Capítulo IX, prevê a liquidação, ainda na pendência de recurso (§ 2º), o qual, se recebido no efeito suspensivo, impede, apenas a própria execução⁴.

8.1 O § 3º desse mesmo art. 475-A, impõe ao juiz a fixação de quantia líquida, nos casos de ressarcimento por danos causa-

⁴ NERY JR.; Nelson ; NERY, Rosa Maria de Andrade. (obra citada, p.630) sustentam, diferentemente, que a liquidação é definitiva e pode ser promovida mesmo pendente de recurso com efeito suspensivo, já que a lei não ressalvou. E acrescentam que o cumprimento da sentença que lhe seguirá é que poderá ser provisório ou definitivo, conforme o caso.

dos em acidente de veículo por via terrestre e de cobrança de seguro relativamente a danos causados em acidente de veículos; fixação essa que pode ser feita "a prudente critério" do julgador. Representa, assim, um avanço em termos de celeridade processual, embora possa conduzir a equívocos, sanáveis, em tese, através do recurso cabível, que é o da **apelação**, na forma do art. 513 do CPC.

9 - O art. 475-B e seus §§, que prevê a liquidação por cálculo aritmético elaborado pelo próprio credor, corresponde, em seu conteúdo, ao art. 604 e seus §§.

3.5.1 Essa elaboração realizada pelo próprio credor e instruída com a respectiva memória do cálculo, ainda que introduzida pela Lei nº 8.898, de 29.06.94, já constava do ante-projeto apresentado pela Comissão instituída pelo Ministério da Justiça em 1985, e constituída dos advogados **Luis Antônio de Andrade, José Joaquim Calmon de Passos, Kasuo Watanabe, Sérgio Bermudes** e do palestrante, tendo, na Exposição de Motivos então apresentada sido justificada a inovação da forma seguinte:

Eliminou-se a ilógica e desnecessária liquidação por cálculo do contador. A operação aritmética que ele faria, o próprio exequente poderá fazê-la, submetida sua estimativa ao controle da impugnação.⁵

3.6 Com a expressa revogação, pelo art. 9º da lei nova, do art. 605, do CPC, que atribuía ao devedor a faculdade de elaborar também o cálculo da condenação, para o fim de dar cumprimento à sentença condenatória e promover, ele próprio, a

⁵ Vide Diário Oficial da União de 24/12/1985, Suplemento 246, p. 02. Desse mesmo ante-projeto constaram a tutela antecipada e a ação monitoria, as quais somente foram introduzidas no CPC através das Leis n. 8.952, de 13/12/1994, e 9.079, de 14/07/1995, respectivamente.

sua execução, na forma do art. 570, também expressamente revogado e substituído pelo art. 475-J, primeira parte, resta saber se, apesar da omissão agora existente, continua o devedor com aquela faculdade, podendo apresentar a memória do cálculo da condenação.

3.6.1 A resposta afirmativa é a correta: se o art 475-J impõe ao devedor a obrigação de promover, no prazo de quinze (15) dias o cumprimento da sentença condenatória com o pagamento do valor devido, sob pena de o credor, ao promover a sua execução, acrescer, à título de multa, um percentual de dez por cento (10%), é de uma evidência solar que está implícita a obrigação também de o devedor proceder ao cálculo da condenação, com a qual instruirá o pedido daquele pagamento.⁶

10 - Os arts. 475-C a 475-G tratam da liquidação por arbitramento, limitando-se a reproduzirem as normas dos arts. 606, 607 e seu parágrafo único, 608, 609 e 610.

11 - O art. 611, do texto atual do CPC, segundo o qual é vedado na liquidação discutir de novo a lide, ou modificar a sentença que a julgou, foi revogado expressamente pelo art. 9º da nova lei. Trata-se, bem se vê, de mais um erro de forma, na medida em que os princípios consagrados no dispositivo revogado continuam válidos, por conforme à coisa julgada, matéria disciplinada pelos arts. 467 a 475. Mas essa revogação expressa há de criar perplexidade ao aplicador do direito e dar margem a muitas discussões.

12 - Inovação relevante diz respeito ao art. 475-H, que estabelece o **agravo de instrumento** como o recurso cabível contra a **decisão** que julgar a liquidação, com o que inova em matéria

⁶ Consoante adverte Carlos Maximiliano, quando a lei faculta, ou prescreve um fim, presumem-se autorizados os meios necessários para o conseguir, contanto que sejam justos e honestos. (obra citada, p.317).

recursal, pondo fim à controvérsia existente, certo de que, até então, se discutia a natureza da sentença de liquidação e se o agravo era cabível apenas contra as decisões interlocutórias (CPC, art.522), e não também contra a decisão que ponha fim ao processo, com ou sem julgamento de mérito (CPC, arts. 267 e 269), quando o recurso cabível era o de apelação (art.513)⁷.

12.1 A lei nova, da mesma forma que eliminou a liquidação por arbitramento e por artigos como processo distinto do de conhecimento, embora tenha mantido essas formas de liquidação, não mais cogitando da citação do devedor, passou a considerar o seu julgamento, não como sentença, que seria passível de apelação, mas como decisão com caráter de **interlocutória** (art. 162, § 2º).

12.2 Cabe, então, indagar se, nesse caso, aplica-se a esse agravo, expressamente nominado de **agravo de instrumento**, a disciplina da Lei n. 11.187, de 19 de outubro de 2005, e em vigor antes da vigência da Lei ora em comento, de modo que será ele recebido como **agravo retido**, exceto naqueles casos de risco de lesão grave e de difícil reparação, ou se, em todos os casos, processar-se-á como agravo de instrumento a ser interposto na instância superior.

12.2.1 Parece-nos que a segunda resposta é a verdadeira, na medida em que, julgada a liquidação, o processo que se lhe segue é o da execução, onde não cabe recurso de apelação, exceto naqueles casos em que, aceita a impugnação prevista no art. 475-L, for dita execução extinta (art. 475-M, § 3º)⁸.

⁷ N NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. (obra citada, p. 638) afirmam, defendendo inclusive a nova redação dada à sentença pelo art.162, § 1º, pelo art.1º, da Lei n. 11.232/2005, que o sistema atual do processo tem como critério para a conceituação dos pronunciamentos judiciais o conteúdo do ato, tratado nos arts. 267 e 269, e a sua finalidade: se extinção do processo, será sentença e, como tal, apelável; se soluciona questão incidente, decisão interlocutória passível de agravo.

⁸ No mesmo sentido é o entendimento de NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, na obra já aludida, p. 638. ALVIM, Carreira CABRAL,

13 - O Capítulo X, acrescentado ao Título VIII ("Do Procedimento Ordinário"), do Livro I, que concerne ao "Processo de Conhecimento", trata do **cumprimento da sentença** e compreende nove artigos, todos com a numeração 475, seguidos das letras "I" a "R".

13.1 Mais uma vez, a lei ressent-se de uma adequada posição topográfica desse Capítulo, que diz com o processo de execução, à exemplo das demais formas de execução, em especial de execução por título extrajudicial, e não ao processo de conhecimento, como dela consta.⁹

14 - O art. 475-I e seus dois parágrafos, que iniciam o Capítulo X ("Do Cumprimento da Sentença"), repetem as mesmas regras dos arts. 586 e seu § 2º, e 587, do texto do Código, nada havendo, portanto, a comentar, exceto que a nova sistemática diz respeito ao cumprimento de sentença que tenha fixado obrigação em quantia certa, não se aplicando, conseqüentemente, às sentenças que tenham importado em obrigação de entregar coisa certa ou incerta, assim como nas obrigações de fazer e de não fazer.

14.1 O execução da sentença, agora com nova denominação, há de se iniciar com petição do credor (ou do devedor), que obedeça aos requisitos dos arts. 282 e 283, do CPC, no que couber, tal como antes ocorria.

Luciana Carreira Alvim. **Cumprimento da Sentença**. Curitiba,: [s.n.], 2006., p.56), porém, sustentam a possibilidade do agravo retido, se assim entender a parte prejudicada, embora possa ele nem ser processado, não podendo a parte obrigar o juiz a exercer a retratação, nem e interpor, se isso não ocorrer, agravo instrumentalizado.

⁹ É sempre de se invocar o ensinamento de MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação de Direito**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1947. p.323, sobre a importância da correta inclusão das matérias nos respectivos títulos: "...o título ajuda a deduzir os motivos e o objeto da norma; presta, em alguns casos, relevante serviço à exegese; auxilia muito a memória, é fácil de reter e, por ele, se chega à lembrança das regras a que se refere...."

14.1.1 Essa execução se faz quando a sentença tenha transitado em julgado – e, nesse caso, é definitiva –, ou quando o recurso contra ela interposto não tenha efeito suspensivo (art. 475-I, § 1º), sendo, assim, provisória. Nesse último caso, o levantamento do dinheiro pelo credor somente pode ser realizado mediante garantia idônea, consoante é próprio do nosso sistema e foi mantido pela nova lei, que a prevê, na fase posterior da impugnação (art.475-M, § 1º).

15 – O art. 475-J, e seus §§, traz a primeira grande alteração, que concerne à supressão da citação do devedor¹⁰, mesmo em se tratando de mandado executivo para pagamento, a ser expedido a requerimento do credor e depois de decorrido o prazo de quinze (15) dias do trânsito em julgado da decisão condenatória (vide sub-itens 15.4.1 e 15.4.1.1) sem que o vencido tenha diligenciado no seu pagamento, hipótese em que a dívida será acrescida de uma multa de 10% (art. 475-J, *caput*).

15.1 Evidentemente, a multa, que é devida em favor do credor, não exclui os honorários de sucumbência no processo de execução ou de cumprimento da sentença, sendo aplicável a regra do art. 20, § 4º, do CPC.¹¹

15.1.1 Os honorários de sucumbência, com maior razão (CPC, art. 20), são devidos também quando o cumprimento da sentença é objeto de impugnação; se esta é rejeitada, o devedor deverá suportar a condenação; se acolhida, a sucumbência deve ser paga pelo credor.

15.1.2 Quando a execução se faz apenas quanto aos honorários de sucumbência, em que a sentença exequenda não condenou a parte vencida (CPC, art. 20, § 4º), a multa é também

¹⁰ Antes, nas liquidações por arbitramento e por artigos, a citação já se fazia na pessoa do advogado constituído nos autos (CPC, art. 603, parágrafo único, agora revogado e substituído pelo art. 475-A, § 1º).

¹¹ Nesse sentido, ASSIS, Araquen. **Cumprimento da Sentença**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2006, p. 263 e ss..

devida, em favor, agora, do advogado credor, o mesmo ocorrendo quando a execução se faz em nome da parte, quanto à condenação em seu favor, e em nome do advogado, credor dos honorários da sucumbência.

15.2 Os §§ do art. 475-J, prevêm: (a) que a intimação da penhora seja feita, de imediato, ainda na pessoa do advogado do devedor, ou, na falta deste, do seu representante legal ou, ainda, pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo a penhora sofrer impugnação no prazo de 15 dias (§ 1º); (b) que o oficial de justiça procederá, sempre que possível, à avaliação do bem penhorado, e, se não o fizer por não ter conhecimentos especializados, será ela feita por avaliador nomeado pelo juiz, no breve prazo que lhe será concedido pelo magistrado (§ 2º); (c) que o próprio exequente poderá indicar desde logo os bens a serem penhorados (§ 3º); (d) que, paga no prazo de quinze dias, parte da dívida, a multa de 10% incidirá sobre o restante (§ 4º); e (e) que, não requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar o processo, que poderá ser desarquivado a requerimento da parte (§ 5º).

15.3 Problema preocupante que a matéria assim disciplinada, em que a intimação do devedor para pagar se faz na pessoa do advogado, suscita diz respeito ao fato de o advogado ser constituído com poderes que excluam a prática do ato de receber tal intimação. *Quid juris?* Como se trata de disciplina cogente, parece-me dever se ter como não escrita tal vedação. Mas isto, obviamente com relação às procurações outorgadas na vigência da nova Lei, e não nas lavradas anteriormente, face ao princípio constitucional de respeito aos atos jurídicos perfeitos (Constituição, art. 5º, XXXVI).

15.3.1 Sob o ponto de vista prático, a questão ganha contornos dramáticos em se tratando de processo judicial iniciado há muitos anos (dez, vinte), em que o advogado não mais tem contacto com a cliente e sequer sabe o seu endereço, desesperançado este de uma solução da lide? Como obrigar-se

o patrono a diligenciar, no prazo de quinze dias, na localização do devedor e dele obter os meios para o pagamento, sob pena de ver a dívida acrescida de 10%, à título de multa, ou, ainda, na indicação dos bens a serem dados em penhora? ¹²

15.4 Antes, porém, de o credor poder iniciar a execução da sentença, é facultado ao devedor efetuar o pagamento da condenação, o que deverá ocorrer no prazo não superior a quinze (15) dias, cabendo-lhe, com o requerimento, apresentar a memória do cálculo, na forma do art. 475-B.

15.4.1 O termo inicial para o exercício dessa faculdade é, em princípio, o da data em que tiver transitado em julgado a decisão exequenda: se esta não sofreu recurso, a data desse termo inicial coincide com a do próprio trânsito em julgado; se houve recurso com efeito suspensivo, a data será o da baixa dos autos à instância de origem, que é a competente para processar a execução (art. 475-O, § 3º); se o recurso não teve efeito suspensivo ou a decisão pela superior instância foi objeto de recurso também sem esse efeito, a execução será provisória na forma do art. 475-O, § 3º.

Em qualquer hipótese, termo inicial, previsto no art. 475-J, deveria ser o da baixa dos autos à instância de origem, porque, só com essa baixa, é que poderá ser apreciado pelo juízo competente (art. 475-P, II) o pedido de cumprimento da sentença por parte do devedor, certo de que o pedido pelo credor, a ser feito após decorrido aquele prazo de quinze (15) dias concedido ao devedor, também só por esse juízo pode ser decidido. Há mesmo quem entenda que esse prazo só começa a correr após a intimação do despacho que determine o cumprimento da sentença, ante o disposto no art. 234 c/c o art.

¹² ALVIM, Carreira Alvim; CABRAL, Luciana Carreira Alvim aludem também à possibilidade de o advogado da parte vencida no processo de conhecimento, não mais o seja quando do processo de cumprimento da sentença, sugerindo, por cautela, que a intimação se faça também ao devedor, mediante carta com AR (obra citada, p.67 e 68).

236, do CPC, o que não nos parece correto, atento a que o novo diploma legal objetivou a máxima celeridade na execução da sentença. ¹³

15.4.1.1 A questão desse termo inicial, por não ter sido expressamente estabelecido na lei, pode dar margem a muita controvérsia e somente será solvida quando a jurisprudência do STJ se firmar sobre o assunto. Para se ter uma idéia da polêmica que a matéria já está causando, veja-se o recentíssimo Provimento do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, determinando que o devedor deve promover depósito em conta judicial no juízo de primeiro grau, ainda que os autos se encontrem no Tribunal, devendo esse depósito ser comunicado, por petição, àquele juízo. ¹⁴ *Ad cautelam*, entendemos conveniente a adoção de procedimento semelhante, ainda que os demais tribunais não tenham disciplinado a matéria, devendo o devedor instruir o requerimento com a memória do cálculo da condenação, o comprovante do depósito judicial do valor devido e, sempre que possível, com as peças a que alude o § 3º, do art. 475-O.

15.4.2 A contagem desse prazo deve obedecer a regra geral estabelecida nos arts. 177 a 184 do CPC, lembrados de que, na forma do art. 93, XII, da Constituição Federal, com a redação do art. 1º, da Emenda Constitucional nº 45/2004, “a

¹³ MONTENEGRO FILHO, Misael. sustenta que, face a omissão da lei, o devedor deve ser intimado para adimplir a condenação (obra citada, p. 57), sendo esse também o entendimento da ALVIM, Carreira Alvim; CABRAL, Luciana Carreira Alvim (obra citada, p.66). De sua parte, ASSIS, Araquén de pretende que o prazo de quinze dias para o devedor cumprir a condenação conta-se a partir do momento em que a prestação se tornou exigível (obra citada, p.258). E Guilherme Rizzo Amaral, distingue: se a execução for provisória, o seu cumprimento voluntário dependerá de provocação do credor, com intimação específica do devedor; se a execução for definitiva, será tal intimação dispensável, bastando a simples ocorrência do trânsito em julgado (*A Nova Execução*, Rio de Janeiro, 2006. p.112).

¹⁴ Provimento nº 1158/2006, de 21/06/2006, com vigência a partir de 24 do mesmo mês.

o patrono a diligenciar, no prazo de quinze dias, na localização do devedor e dele obter os meios para o pagamento, sob pena de ver a dívida acrescida de 10%, à título de multa, ou, ainda, na indicação dos bens a serem dados em penhora? ¹²

15.4 Antes, porém, de o credor poder iniciar a execução da sentença, é facultado ao devedor efetuar o pagamento da condenação, o que deverá ocorrer no prazo não superior a quinze (15) dias, cabendo-lhe, com o requerimento, apresentar a memória do cálculo, na forma do art. 475-B.

15.4.1 O termo inicial para o exercício dessa faculdade é, em princípio, o da data em que tiver transitado em julgado a decisão exequenda: se esta não sofreu recurso, a data desse termo inicial coincide com a do próprio trânsito em julgado; se houve recurso com efeito suspensivo, a data será o da baixa dos autos à instância de origem, que é a competente para processar a execução (art. 475-O, § 3º); se o recurso não teve efeito suspensivo ou a decisão pela superior instância foi objeto de recurso também sem esse efeito, a execução será provisória na forma do art. 475-O, § 3º.

Em qualquer hipótese, termo inicial, previsto no art. 475-J, deveria ser o da baixa dos autos à instância de origem, porque, só com essa baixa, é que poderá ser apreciado pelo juízo competente (art. 475-P, II) o pedido de cumprimento da sentença por parte do devedor, certo de que o pedido pelo credor, a ser feito após decorrido aquele prazo de quinze (15) dias concedido ao devedor, também só por esse juízo pode ser decidido. Há mesmo quem entenda que esse prazo só começa a correr após a intimação do despacho que determine o cumprimento da sentença, ante o disposto no art. 234 c/c o art.

¹² ALVIM, Carreira Alvim; CABRAL, Luciana Carreira Alvim aludem também à possibilidade de o advogado da parte vencida no processo de conhecimento, não mais o seja quando do processo de cumprimento da sentença, sugerindo, por cautela, que a intimação se faça também ao devedor, mediante carta com AR (obra citada, p.67 e 68).

236, do CPC, o que não nos parece correto, atento a que o novo diploma legal objetivou a máxima celeridade na execução da sentença. ¹³

15.4.1.1 A questão desse termo inicial, por não ter sido expressamente estabelecido na lei, pode dar margem a muita controvérsia e somente será solvida quando a jurisprudência do STJ se firmar sobre o assunto. Para se ter uma idéia da polêmica que a matéria já está causando, veja-se o recentíssimo Provimento do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, determinando que o devedor deve promover depósito em conta judicial no juízo de primeiro grau, ainda que os autos se encontrem no Tribunal, devendo esse depósito ser comunicado, por petição, àquele juízo. ¹⁴ *Ad cautelam*, entendemos conveniente a adoção de procedimento semelhante, ainda que os demais tribunais não tenham disciplinado a matéria, devendo o devedor instruir o requerimento com a memória do cálculo da condenação, o comprovante do depósito judicial do valor devido e, sempre que possível, com as peças a que alude o § 3º, do art. 475-O.

15.4.2 A contagem desse prazo deve obedecer a regra geral estabelecida nos arts. 177 a 184 do CPC, lembrados de que, na forma do art. 93, XII, da Constituição Federal, com a redação do art. 1º, da Emenda Constitucional nº 45/2004, "a

¹³ MONTENEGRO FILHO, Misael. sustenta que, face a omissão da lei, o devedor deve ser intimado para adimplir a condenação (obra citada, p. 57), sendo esse também o entendimento da ALVIM, Carreira Alvim; CABRAL, Luciana Carreira Alvim (obra citada, p.66). De sua parte, ASSIS, Araquene de pretende que o prazo de quinze dias para o devedor cumprir a condenação conta-se a partir do momento em que a prestação se tornou exigível (obra citada, p.258). E Guilherme Rizzo Amaral, distingue: se a execução for provisória, o seu cumprimento voluntário dependerá de provocação do credor, com intimação específica do devedor; se a execução for definitiva, será tal intimação dispensável, bastando a simples ocorrência do trânsito em julgado (*A Nova Execução*, Rio de Janeiro, 2006. p.112).

¹⁴ Provimento nº 1158/2006, de 21/06/2006, com vigência a partir de 24 do mesmo mês.

o patrono a diligenciar, no prazo de quinze dias, na localização do devedor e dele obter os meios para o pagamento, sob pena de ver a dívida acrescida de 10%, à título de multa, ou, ainda, na indicação dos bens a serem dados em penhora? ¹²

15.4 Antes, porém, de o credor poder iniciar a execução da sentença, é facultado ao devedor efetuar o pagamento da condenação, o que deverá ocorrer no prazo não superior a quinze (15) dias, cabendo-lhe, com o requerimento, apresentar a memória do cálculo, na forma do art. 475-B.

15.4.1 O termo inicial para o exercício dessa faculdade é, em princípio, o da data em que tiver transitado em julgado a decisão exequenda: se esta não sofreu recurso, a data desse termo inicial coincide com a do próprio trânsito em julgado; se houve recurso com efeito suspensivo, a data será o da baixa dos autos à instância de origem, que é a competente para processar a execução (art. 475-O, § 3º); se o recurso não teve efeito suspensivo ou a decisão pela superior instância foi objeto de recurso também sem esse efeito, a execução será provisória na forma do art. 475-O, § 3º.

Em qualquer hipótese, termo inicial, previsto no art. 475-J, deveria ser o da baixa dos autos à instância de origem, porque, só com essa baixa, é que poderá ser apreciado pelo juízo competente (art. 475-P, II) o pedido de cumprimento da sentença por parte do devedor, certo de que o pedido pelo credor, a ser feito após decorrido aquele prazo de quinze (15) dias concedido ao devedor, também só por esse juízo pode ser decidido. Há mesmo quem entenda que esse prazo só começa a correr após a intimação do despacho que determine o cumprimento da sentença, ante o disposto no art. 234 c/c o art.

¹² ALVIM, Carreira Alvim; CABRAL, Luciana Carreira Alvim aludem também à possibilidade de o advogado da parte vencida no processo de conhecimento, não mais o seja quando do processo de cumprimento da sentença, sugerindo, por cautela, que a intimação se faça também ao devedor, mediante carta com AR (obra citada, p.67 e 68).

236, do CPC, o que não nos parece correto, atento a que o novo diploma legal objetivou a máxima celeridade na execução da sentença. ¹³

15.4.1.1 A questão desse termo inicial, por não ter sido expressamente estabelecido na lei, pode dar margem a muita controvérsia e somente será solvida quando a jurisprudência do STJ se firmar sobre o assunto. Para se ter uma idéia da polêmica que a matéria já está causando, veja-se o recentíssimo Provimento do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, determinando que o devedor deve promover depósito em conta judicial no juízo de primeiro grau, ainda que os autos se encontrem no Tribunal, devendo esse depósito ser comunicado, por petição, àquele juízo. ¹⁴ *Ad cautelam*, entendemos conveniente a adoção de procedimento semelhante, ainda que os demais tribunais não tenham disciplinado a matéria, devendo o devedor instruir o requerimento com a memória do cálculo da condenação, o comprovante do depósito judicial do valor devido e, sempre que possível, com as peças a que alude o § 3º, do art. 475-O.

15.4.2 A contagem desse prazo deve obedecer a regra geral estabelecida nos arts. 177 a 184 do CPC, lembrados de que, na forma do art. 93, XII, da Constituição Federal, com a redação do art. 1º, da Emenda Constitucional nº 45/2004, “a

¹³ MONTENEGRO FILHO, Misael. sustenta que, face a omissão da lei, o devedor deve ser intimado para adimplir a condenação (obra citada, p. 57), sendo esse também o entendimento da ALVIM, Carreira Alvim; CABRAL, Luciana Carreira Alvim (obra citada, p.66). De sua parte, ASSIS, Araquén de pretende que o prazo de quinze dias para o devedor cumprir a condenação conta-se a partir do momento em que a prestação se tornou exigível (obra citada, p.258). E Guilherme Rizzo Amaral, distingue: se a execução for provisória, o seu cumprimento voluntário dependerá de provocação do credor, com intimação específica do devedor; se a execução for definitiva, será tal intimação dispensável, bastando a simples ocorrência do trânsito em julgado (*A Nova Execução*, Rio de Janeiro, 2006. p.112).

¹⁴ Provimento nº 1158/2006, de 21/06/2006, com vigência a partir de 24 do mesmo mês.

atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando nos dias em que não houver expediente normal, juizes de plantão permanente."

16 - O art. 475-L trata dos embargos à execução fundada em sentença, agora denominados de *impugnação*¹⁵, reproduzindo, com pequenas alterações, as disposições dos n.ºs II, III e IV do art. 743 do texto anterior. De observar, no tema de excesso de execução, a regra expressa do § 2º, cujo princípio, na prática, já era aplicado.

16.1 O § 1º, desse novo artigo reproduz o parágrafo único do CPC, introduzido pela MP 2.180-35/2001, que considera como inexigível o título fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou fundado em aplicação de lei ou ato normativo tido pelo STF como incompatíveis com a Constituição e com efeitos *erga omnes*.

16.1.1 Nesses casos, parece-nos não ser possível tal aplicação quando se tratar de execução da sentença transitada em julgado, por atentar o dispositivo com a garantia constitucional do art.5º, XXXVI¹⁶.

¹⁵ Essa nominada impugnação tem a natureza jurídica da ação de embargos de devedor, "misto de ação e de defesa", como definem NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (obra citada, p. 642), e deve ser apresentada por meio de petição com os mesmos requisitos dos arts. 282 e 283, do CPC, e, por ser substancialmente uma ação, a ela não se aplica o benefício do art. 191, do CPC, consoante ainda lembram esses autores.

¹⁶ No mesmo sentido, vejam-se NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (obra citada, p.638), Carreira Alvim e Luciana Carreira Alvim Cabral, que consideram "destoante de todo sistema jurídico brasileiro, que, mediante a alegação de que uma sentença é inconstitucional, se possa abrir, de novo, a qualquer tempo, a discussão sobre a validade da sentença." (obra citada, p.88). Araquen de Assis sustenta posição intermediária, ao afirmar que a inconstitucionalidade só ocorre com relação aos julgamentos ocorridos após a vigência da MP 1.997-37, de 11/04/2000, que introduziu no direito brasileiro a regra do § 1º, do art. 475-L (obra citada, p. 331).

16.2 O § 2º do art. 475-L estabelece que, em se tratando de excesso de execução, cabe ao devedor declarar, de imediato, o valor que entende correto, "sob pena de rejeição liminar dessa impugnação". Alguns autores, como Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, sustentam que, se não é feita essa declaração, "terá ocorrido preclusão com a perda da faculdade, para o devedor impugnante, de fazê-lo posteriormente."¹⁷

16.2.1 Discordamos desse entendimento - que não se confunde com a hipótese do § 2º, em que o eventual erro terá decorrido de ato do próprio devedor -, certo de que o erro material acaso consubstanciado no *quantum* da execução não faz coisa julgada, podendo ser corrigido de ofício ou a requerimento da parte (CPC, art. 463, I). Assim, a omissão do devedor quanto ao valor da execução que entenda correto assemelha-se à revelia e, se demonstrada, de plano, a desconformidade entre a pretensão do credor e o título judicial, cabe aquele valor ser adequado ao mesmo título, sob pena, inclusive, de ofensa à coisa julgada.

16.3 Na nova sistemática, a defesa do devedor se faz por petição nos autos com os mesmos requisitos dos arts. 282 e 283, do CPC, e não mais através da ação de embargos do devedor, consoante previa o Capítulo I, do Título III, do Livro II (arts. 736 a 740). Trata-se de medida salutar, que impede a eternização das execuções judiciais, com a defesa sendo exercitada não mais através de um novo processo, como era a ação de embargos de devedor, com a mais ampla defesa e com recurso de apelação, tal como sucedia até então, e que apenas estimulava os maus devedores.

¹⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, obra citada, p.650. Em sentido contrário, veja-se Araquen de Assis, para quem a presunção que se extrai desse § 2º, do art.475-L, é relativa, acrescentando que a ponderação dos interesses em jogo indica que os cálculos do credor comportam prova em contrário, não se podendo extrair efeito tão sério e radical quanto a uma atribuição patrimonial indevida em proveito do exequente a partir da omissão do devedor. (obra citada, p.121).

atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando nos dias em que não houver expediente normal, juizes de plantão permanente.”

16 - O art. 475-L trata dos embargos à execução fundada em sentença, agora denominados de *impugnação*¹⁵, reproduzindo, com pequenas alterações, as disposições dos n.ºs II, III e IV do art. 743 do texto anterior. De observar, no tema de excesso de execução, a regra expressa do § 2º, cujo princípio, na prática, já era aplicado.

16.1 O § 1º, desse novo artigo reproduz o parágrafo único do CPC, introduzido pela MP 2.180-35/2001, que considera como inexecutível o título fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou fundado em aplicação de lei ou ato normativo tido pelo STF como incompatíveis com a Constituição e com efeitos *erga omnes*.

16.1.1 Nesses casos, parece-nos não ser possível tal aplicação quando se tratar de execução da sentença transitada em julgado, por atentar o dispositivo com a garantia constitucional do art.5º, XXXVI¹⁶.

¹⁵ Essa nominada impugnação tem a natureza jurídica da ação de embargos de devedor, “misto de ação e de defesa”, como definem NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (obra citada, p. 642), e deve ser apresentada por meio de petição com os mesmos requisitos dos arts. 282 e 283, do CPC, e, por ser substancialmente uma ação, a ela não se aplica o benefício do art. 191, do CPC, consoante ainda lembram esses autores.

¹⁶ No mesmo sentido, vejam-se NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (obra citada, p.638), Carreira Alvim e Luciana Carreira Alvim Cabral, que consideram “destoante de todo sistema jurídico brasileiro, que, mediante a alegação de que uma sentença é inconstitucional, se possa abrir, de novo, a qualquer tempo, a discussão sobre a validade da sentença.” (obra citada, p.88). Araquen de Assis sustenta posição intermediária, ao afirmar que a inconstitucionalidade só ocorre com relação aos julgamentos ocorridos após a vigência da MP 1.997-37, de 11/04/2000, que introduziu no direito brasileiro a regra do § 1º, do art. 475-L (obra citada, p. 331).

16.2 O § 2º do art. 475-L estabelece que, em se tratando de excesso de execução, cabe ao devedor declarar, de imediato, o valor que entende correto, “sob pena de rejeição liminar dessa *impugnação*”. Alguns autores, como Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, sustentam que, se não é feita essa declaração, “terá ocorrido *preclusão com a perda da faculdade, para o devedor impugnante, de fazê-lo posteriormente.*”¹⁷

16.2.1 Discordamos desse entendimento – que não se confunde com a hipótese do § 2º, em que o eventual erro terá decorrido de ato do próprio devedor –, certo de que o erro material acaso consubstanciado no *quantum* da execução não faz coisa julgada, podendo ser corrigido de ofício ou a requerimento da parte (CPC, art. 463, I). Assim, a omissão do devedor quanto ao valor da execução que entenda correto assemelha-se à revelia e, se demonstrada, de plano, a desconformidade entre a pretensão do credor e o título judicial, cabe aquele valor ser adequado ao mesmo título, sob pena, inclusive, de ofensa à coisa julgada.

16.3 Na nova sistemática, a defesa do devedor se faz por petição nos autos com os mesmos requisitos dos arts. 282 e 283, do CPC,, e não mais através da ação de embargos do devedor, consoante previa o Capítulo I, do Título III, do Livro II (arts. 736 a 740). Trata-se de medida salutar, que impede a eternização das execuções judiciais, com a defesa sendo exercitada não mais através de um novo processo, como era a ação de embargos de devedor, com a mais ampla defesa e com recurso de apelação, tal como sucedia até então, e que apenas estimulava os maus devedores.

¹⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, obra citada, p.650. Em sentido contrário, veja-se Araquen de Assis, para quem a presunção que se extrai desse § 2º, do art.475-L, é relativa, acrescentando que a ponderação dos interesses em jogo indica que os cálculos do credor comportam prova em contrário, não se podendo extrair efeito tão sério e radical quanto a uma atribuição patrimonial indevida em proveito do exequente a partir da omissão do devedor. (obra citada, p.121).

17 - O art. 475-M, *caput*, estabelece que a defesa se faz através de impugnação, que tem, assim, o caráter de verdadeira contestação, impugnação que não tem efeito suspensivo, exceto, unicamente, quando relevantes os seus fundamentos e o prosseguimento da execução puder causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

17.1 O §1º desse artigo assegura, porém, ao credor pedir o seu prosseguimento, mediante caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos.

17.1.1 Quando a impugnação é recebida sem o efeito suspensivo, inclusive na hipótese do §1º, deve ela ser processada em autos apartados, para que a execução possa ter normal prosseguimento.¹⁸

17.2 E o § 3º desse dispositivo legal estabelece o agravo de instrumento como o recurso cabível da decisão que julgar a impugnação, sendo que, da decisão que importar na extinção da execução, caberá apelação. Ocorre que o agravo de instrumento, por força da Lei nº 11.187, de 19/10/2005, só é cabível na forma instrumentalizada, quando houver risco de grave lesão, o que reduz substancialmente a sua eficaz utilização, a menos que se adote a interpretação por nós defendida quando abordamos o art. 475-H (ver sub-item 12.2.1).

17.3. Se a decisão for pela extinção da execução, com a acolhida da impugnação, o recurso então será o de apelação, nos efeitos devolutivo e suspensivo (art. 520, *caput*).

18 - O art. 475-N substitui o art. 584 do atual CPC, expressamente revogado pela Lei nova (art. 9º).

18.1 Cotejando-se a nova regra e a revogada, vemos não ter havido inovação, já que aquelas que poderiam assim ser consideradas (incisos I e V) já se achavam abrangidas no texto revo-

¹⁸ NERY JR, Nelson ; ANDRADE, Rosa Maria de Andrade, obra citada, p.652.

gado: a primeira (inciso I) no fato de haver a nova disposição legal preferido substituir a regra genérica (“sentença condenatória proferida no processo civil”) pela referência “à sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”, que, em substância corresponde ao conceito de sentença condenatória, na medida em que não existem outras figuras além das obrigações de dar, pagar, fazer ou não fazer; e a segunda, ao estabelecer a possibilidade de se ter como título judicial o acordo extrajudicial de qualquer natureza, desde que homologado judicialmente, o que se inclui o texto revogado, em seu inciso III.

18.2 O parágrafo único desse artigo dispõe que, nos casos de sentença penal condenatória, de sentença arbitral e de sentença estrangeira devidamente homologada, o mandado inicial incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.

18.2.1 Esse parágrafo altera a regra geral adotada pela lei nova, em que a citação foi substituída pela intimação na pessoa do advogado (art. 475-A, §1º), aplicando-se, assim, ao ato de citação, o disposto na Seção III, do Capítulo IV, do Título V, do Livro I (arts.213 a 233), do CPC.

18.3 Discute-se se a decisão que concede antecipação de tutela, que importe em obrigação por quantia certa, pode ser executada na forma do Capítulo X.

18.3.1 Tendo em vista que a lei só cogita da execução ou cumprimento de sentença, que não se confunde com decisão interlocutória, como é, à toda evidência, aquela que concede, no curso da lide, antecipação de tutela, que pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo (CPC, art. 273, § 4º), a resposta que se impõe será negativa.¹⁹

¹⁹ Em sentido oposto, pronunciam-se NERY JR, Nelson ; ANDRADE, Rosa Maria de Andrade (obra citada, p. 654). Semelhantemente, Araquén de Assis, para quem as decisões interlocutórias, a exemplo de liminares antecipatórias, a exemplo das que fixam elementos provisionais (CPC, art.

18.3.1.1 Obviamente, se a tutela antecipada só foi concedida na própria sentença que julgou a lide, o recurso contra ele cabível é o de apelação²⁰ e, nesse caso, é possível a execução da sentença, observado o que foi dito no sub-item 15.4.1.

19 - O art. 475-O trata da execução provisória da sentença, que também foi objeto de disciplina nos arts. 588 a 590 do CPC, e as alterações agora introduzidas são basicamente de ordem redacional, sem lhes alterar o conteúdo.

19.1 A hipótese contemplada no § 2º, II, que prevê a dispensa da caução nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao STF ou ao STJ, "*salvo quando, dessa dispensa, possa resultar manifestamente risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação*", resulta da consagração do entendimento jurisprudencial, que somente exigia a prestação da caução ou outra garantia idônea para os atos que pudessem importar naquele risco, como o levantamento de dinheiro ou a disponibilidade de bens do devedor ou seu garantidor.

19.2 O § 3º, desse mesmo art. 475-O, substitui a carta de sentença na execução provisória pela juntada de cópias autenticadas de peças do processo ali referidas e que correspondem a quase todas aquelas que deviam instruir a carta de sentença de que trata o art. 590 do CPC, agora revogado, à exceção da contestação feita no processo originário, substituída pela permissão - que já era antes admitida - de outras peças processuais que o exequente considerasse necessárias. Essas peças poderão ser autenticadas pelo próprio advogado, na forma do previsto no § 3º, que faz remissão ao § 1º do art. 544, sob a

733, *caput*), têm força executória (obra citada, p.204). Esse exemplo, porém, não justifica a extensão do entendimento aos casos de tutela antecipada previstos no art. 273, do CPC, na medida em que o seu fundamento é o texto expresso daquele artigo por ele referido.

²⁰ NERY JR, Nelson ; ANDRADE, Rosa Maria de Andrade (obra citada, p. 457, nota 27 ao art. 273).

responsabilidade do seu grau, sujeitando-se ele às sanções disciplinares e penais, se essa autenticação não corresponder aos originais.

20 - O art. 475-P, reproduzindo o art. 575 do CPC, prevê quais os órgãos do Judiciário competentes para a execução do título judicial. A inovação consta do parágrafo único desse novo dispositivo, que permite ao exequente optar (a) pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à expropriação, ou (b) pelo atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos será solicitada ao juízo de origem.

20.1 A nova regra explica-se pela sua utilidade em favor da celeridade processual, embora, na primeira hipótese, possa prejudicar a defesa do executado.

21 - O art. 475-Q, *caput*, trata da indenização por ato ilícito que incluir prestação alimentícia, matéria que era tratada pelo art. 602, *caput*, agora expressamente revogado pelo art. 9º da lei nova, sem embargo de o novo texto ter dado, em quase tudo, o mesmo tratamento do Código, o mesmo ocorrendo quanto aos §§ 1º e 2º, agora se acrescentando a possibilidade de o capital que garanta a obrigação alimentícia devida em razão do ato ilícito ser constituído de aplicações financeiras (§ 1º), assim como (a) a possibilidade da inclusão do credor em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, e (b) por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado pelo juiz (§ 2º).

21.1 O §§ 3º e 5º desse art. 475-Q constituem reprodução dos §§ 3º e 4º do texto revogado, com o acréscimo, já implícito, da cessação do desconto em folha, naqueles casos em que essa garantia tenha sido adotada.

21.2 Os diversos parágrafos do novo texto não contemplam, porém, a regra que constava dos incisos I e II, do § 1º,

18.3.1.1 Obviamente, se a tutela antecipada só foi concedida na própria sentença que julgou a lide, o recurso contra ele cabível é o de apelação²⁰ e, nesse caso, é possível a execução da sentença, observado o que foi dito no sub-item 15.4.1.

19 - O art. 475-O trata da execução provisória da sentença, que também foi objeto de disciplina nos arts. 588 a 590 do CPC, e as alterações agora introduzidas são basicamente de ordem redacional, sem lhes alterar o conteúdo.

19.1 A hipótese contemplada no § 2º, II, que prevê a dispensa da caução nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao STF ou ao STJ, "*salvo quando, dessa dispensa, possa resultar manifestamente risco de grave dano, de difícil ou incerta reparação*", resulta da consagração do entendimento jurisprudencial, que somente exigia a prestação da caução ou outra garantia idônea para os atos que pudessem importar naquele risco, como o levantamento de dinheiro ou a disponibilidade de bens do devedor ou seu garantidor.

19.2 O § 3º, desse mesmo art. 475-O, substitui a carta de sentença na execução provisória pela juntada de cópias autenticadas de peças do processo ali referidas e que correspondem a quase todas aquelas que deviam instruir a carta de sentença de que trata o art. 590 do CPC, agora revogado, à exceção da contestação feita no processo originário, substituída pela permissão - que já era antes admitida - de outras peças processuais que o exequente considerasse necessárias. Essas peças poderão ser autenticadas pelo próprio advogado, na forma do previsto no § 3º, que faz remissão ao § 1º do art. 544, sob a

733, *caput*), têm força executória (obra citada, p.204). Esse exemplo, porém, não justifica a extensão do entendimento aos casos de tutela antecipada previstos no art. 273, do CPC, na medida em que o seu fundamento é o texto expresso daquele artigo por ele referido.

²⁰ NERY JR, Nelson ; ANDRADE, Rosa Maria de Andrade (obra citada, p. 457, nota 27 ao art. 273).

responsabilidade do seu grau, sujeitando-se ele às sanções disciplinares e penais, se essa autenticação não corresponder aos originais.

20 - O art. 475-P, reproduzindo o art. 575 do CPC, prevê quais os órgãos do Judiciário competentes para a execução do título judicial. A inovação consta do parágrafo único desse novo dispositivo, que permite ao exequente optar (a) pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à expropriação, ou (b) pelo atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos será solicitada ao juízo de origem.

20.1 A nova regra explica-se pela sua utilidade em favor da celeridade processual, embora, na primeira hipótese, possa prejudicar a defesa do executado.

21 - O art. 475-Q, *caput*, trata da indenização por ato ilícito que incluir prestação alimentícia, matéria que era tratada pelo art. 602, *caput*, agora expressamente revogado pelo art. 9º da lei nova, sem embargo de o novo texto ter dado, em quase tudo, o mesmo tratamento do Código, o mesmo ocorrendo quanto aos §§ 1º e 2º, agora se acrescentando a possibilidade de o capital que garanta a obrigação alimentícia devida em razão do ato ilícito ser constituído de aplicações financeiras (§ 1º), assim como (a) a possibilidade da inclusão do credor em folha de pagamento de entidade de direito público ou de empresa de direito privado de notória capacidade econômica, e (b) por fiança bancária ou garantia real, em valor a ser arbitrado pelo juiz (§ 2º).

21.1 O §§ 3º e 5º desse art. 475-Q constituem reprodução dos §§ 3º e 4º do texto revogado, com o acréscimo, já implícito, da cessação do desconto em folha, naqueles casos em que essa garantia tenha sido adotada.

21.2 Os diversos parágrafos do novo texto não contemplaram, porém, a regra que constava dos incisos I e II, do § 1º,

do texto revogado, que previa a subsistência do capital constituído em garantia da prestação alimentícia devida durante a vida do credor e, na hipótese de seu falecimento, enquanto durar a obrigação do devedor, em que se incluía a subsistência dessa obrigação aos que dele dependiam. Essa exclusão pode criar problemas quando vierem esses dependentes a postular a continuação do cumprimento da obrigação.

22 - O art. 475-R manda aplicar subsidiariamente à execução, agora chamada de cumprimento da sentença, “no que couber, as normas que regem o processo de execução de título extrajudicial.”

22.1 Duas observações se impõem a respeito desse dispositivo. A primeira delas diz com a inconveniência do uso, tão freqüente na nossa legislação, da expressão “no que couber”, a qual dá sempre margem a interpretações divergentes e constitui um jargão sem nenhuma utilidade. O que significa no que couber ? Certamente, somente são aplicáveis as regras que se conformem com a nova sistemática criada para a execução de sentença, a exemplo, mas não exclusivamente, dos dispositivos que constituem a Seção I e a Seção II, do Capítulo IV, do Título II, do Livro II, do CPC, que incidem, assim, nas execuções de sentença por quantia certa, com as modificações trazidas pela nova lei.²¹

²¹ ALVIM, Carreira; CABRAL, Luciana Carreira Alvim, examinando o art. 475-R, dizem aplicar-se as regras pertinentes aos embargos de retenção (art. 744), aos embargos à arrematação e à adjudicação (art. 746) e aos embargos na execução por carta (art. 747). E acrescentam: “A expressão ‘no que couber’ afasta toda norma incompatível com a execução sincretizada.” (obra citada, p.133), com o que parecem limitar apenas às hipóteses por eles referidas a aplicação das normas sobre execução por título extrajudicial às execuções de sentença por quantia certa. Mais largo é o entendimento do Araquén de Assis, para quem a simplificação estabelecida na nova legislação, no que tange ao processo de expropriação, limitou-se à dispensa de nova citação e à realização da avaliação simultaneamente à penhora, como já ocorria nos processos trabalhistas (obra citada, p. 291).

22.2 Obviamente, aquelas regras que não se harmonizam com a nova lei, a exemplo da citação do devedor para pagar ou nomear bens à penhora em 24 horas, prevista no art.652, não incidem na execução de sentença de obrigação em quantia certa, substituída que se acha pelo art. 475-J, da Lei n. 11.232/2005.

22.3 O art. 475-R, assim, é mera afirmação do princípio da completude do ordenamento jurídico, certo, ademais, que o CPC é a lei geral em matéria de processo civil e tem aplicação subsidiária a todos os processos, mesmo aqueles regidos por leis extravagantes.

23 - Conquanto eliminada a figura da ação de embargos de devedor, quando se tratar de execução por título judicial previstos no art. 3 (art.475-N), o art. 5º, da Lei nº 11.232/05, prevê, todavia, possa a Fazenda Pública usar esse meio de defesa. Daí, porque altera a denominação do Capítulo II, do Título III, do Livro II, do CPC, nominado, até então, de “Dos Embargos do Devedor”, e, agora, tão somente de “Dos Embargos à Execução contra a Fazenda Pública.” Trata-se de mais um privilégio, ao nosso ver inadmissível, que se concede à Fazenda Pública, já beneficiada com diversas e, por vezes, justificadas disposições, a exemplo dos prazos para contestar e para recorrer (CPC, art.188), do duplo grau de jurisdição (CPC, art.475, I). E, ainda, por só efetuar o pagamento das importâncias de que seja devedora, através de precatórios, na forma do art. 100 e seus §§, da Constituição da República, e 78 do ADCT, que alargou pelo prazo de até dez (10) anos tais pagamentos quanto às ações ajuizadas até 31/12/1999, à exceção unicamente dos créditos de pequeno valor, que são, na forma da Lei nº 10.259, de 12/07/2001, os de valor, devidamente atualizado, não superior a sessenta (60) salários mínimos por beneficiário, e os de natureza alimentar, estes definidos pelo § 1-A da Emenda Constitucional nº 30/2000, que ficam livres dessa postergação quanto à sua liquidação !

23.1 A alteração introduzida, em se tratando dos embargos cabíveis nas execuções contra a Fazenda Pública, diz respeito à redação dos incisos I, V e VI, do art. 741, do CPC.

23.1.1 No texto anterior a falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação correu à revelia, justificava a ação de embargos de devedor. Com o novo texto essa falta ou nulidade também pode ser alegada nos processos de execução e nos processos cautelares.

23.1.2 Quanto à alteração do inciso V, que eliminou a expressão “ou nulidade desta até a penhora”, a regra justifica-se em razão do entendimento jurisprudencial segundo o qual a nulidade da execução pode ser alegada por simples petição, não sendo necessária a ação de embargos.

23.1.3 Finalmente, a alteração introduzida no inciso VI, consistiu unicamente na eliminação da expressão “execução aparelhada”, que qualificava a figura da compensação, também prevista no texto substituído.

23.2 O parágrafo único, que considera como excesso de execução (?), por “inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”, há se ser entendido como a declaração de inconstitucionalidade decretada *erga omnes* antes do trânsito em julgado da decisão que ensejou a execução contra a Fazenda Pública, sob pena de ofensa ao art.5º, XXXVI, da Constituição da República.

24 - O art. 6º, da Lei em análise, altera o art. 1.102-C, *caput*, e o seu § 3º, até então em vigor, que tratam da ação monitória e que haviam passado a integrar o CPC, por força da Lei nº 9.079, de 14/07/1995. Essas alterações concernem à adaptação do dispositivo e seu § 3º ao disposto na nova lei, especificamente quanto à incidência das regras constantes do Livro I, Título VIII, Capítulo X. Ou seja: aos arts. 475-I a 475-R, que tratam do cumprimento da sentença.

25 - O art. 7º contém mandamento ao Poder Executivo de fazer publicar, no Diário Oficial da União e no prazo de trinta (30) dias, a íntegra das Seções III, do Capítulo I, do Título V; do Capítulo III, do Título VI; e dos Capítulos VIII, IX e X, todos do Livro I, do CPC, com as alterações então introduzidas.

26 - O art. 8º dispõe sobre a *vacatio legis*, estabelecendo o prazo de seis (6) meses para a sua vigência, passando a lei a vigorar, como de início exposto, em 24 do corrente mês, aplicando-se, obviamente, aos processos em curso, exceto aqueles em já foram praticados atos de formação do processo, concretamente quando já se formou a relação processual com a citação do devedor na forma da legislação então vigente, e, com maior razão, quando a defesa já se fez através da ação de embargos à execução de sentença por quantia certa.²²

²² MAXIMILIANO, Carlos. Direito Intertemporal. Rio de Janeiro: [s.n.], 1955. p. 260 e ss.), com apoio na lição de Chiovenda, Gabba, Pacifici-Mazzoni, depois de observar que não há direito adquirido a proceder, quando os atos processuais dizem respeito a meras faculdades de agir, acrescenta que, “uma vez iniciados, prosseguem, malgrado lei posterior contrária: firma-se o direito de agir em determinado sentido, com o primeiro ato processual empreendido... Se os preceitos vigentes não reconhecem uma espécie de processo até então admitida, prossegue a mesma, nos casos em que haja dado entrada da respectiva Inicial.” (fls. 267). E mais adiante: “Atos processuais que são imediata consequência de outros já realizados, constituem direito adquirido em virtude de conexão; regem-se pelos preceitos contemporâneos dos atos anteriores...” (p. 271).

De sua parte, ASSIS, Araquen de, semelhantemente, sustenta que a lei nova incide imediatamente nos processos pendentes, mas não pode atingir os atos já exauridos sob o império da lei nova. “Assim, aos atos já praticados nenhuma aplicação tem a lei nova.” (obra citada, p. 40). Em seguida, passando a analisar em que medida o princípio influi nos processos em que ainda não ocorreram a liquidação e a execução, aduz que a regra básica será a de que a liquidações ainda não iniciadas, sem embargo de o provimento executável ter sido na vigência da antiga regra, podem e devem seguir os ditames da nova lei, mas logo acrescenta que não se aplicará então a multa do art. 475-J e que o prazo de quinze dias somente flui para as sentenças já proferidas na

27 - Finalmente, o art. 9º da Lei ora analisada, que trata da revogação de diversos artigos do texto atual do CPC, não alude à revogação dos parágrafos e incisos desses artigos revogados. Parece-me, todavia, que estão eles, por igual, revogados. Como bem ensinava Carlos Maximiliano, com apoio na lição de Demolombe, Coviello, Planiol e Black, "Se a lei nova cria, sobre o mesmo assunto da anterior, um sistema inteiro, completo, diferente, é claro que todo o outro sistema foi eliminado. Por outras palavras: dá-se abrogação, quando a norma posterior se cobre com o conteúdo todo da antiga."²³

vigência da nova lei. Discordamos dessas duas conclusões, por entendermos que, se não foi iniciada a execução, cabe aplicar-se por inteiro a lei nova, como, de resto, por ele defendido no passo antes transcrito.

Divergentemente, MONTENEGRO FILHO, Misael, pretende que, se a lei tiver passado a vigorar quando já expedido o mandado de citação e penhora recebido pelo devedor, a este ainda é conferida a prerrogativa de pagar o valor da dívida ou nomear bens à penhora, porque tal direito já teria se incorporado à sua esfera de interesses. Mas, contraditoriamente, afirma que, se a penhora já foi efetivada com a intimação do devedor, não pode ele promover a ação de embargos do devedor, mas a impugnação de que trata a nova lei, porque esta se mostra mais singela, se comparada à oposição daquela defesa, "devendo ser respeitado o princípio da menor onerosidade, que habita o art. 620 da Lei de Ritos..." (obra citada, p. 119 e s.) Esqueceu-se o autor que o artigo por ele invocado diz respeito à menor gravosidade da execução para o devedor.

²³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1947. p. 428.

O TRATAMENTO DOGMÁTICO-PENAL DA EMBRIAGUEZ NO BRASIL: DAS CRÍTICAS ÀS PROPOSIÇÕES

José Durval de Lemos Lins Filho

Mestre em Direito e Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE. Professor de Direito Penal da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco-ESMAPE, das Faculdades Integradas Barros Melo, da Faculdade Salesiana do Nordeste e da Faculdade Marista Recife. Delegado de Polícia.

SUMÁRIO

1 - CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS. 2 - NO ATUAL CÓDIGO PENAL. 2.1 - Da embriaguez preordenada. 2.2 - Da embriaguez voluntária e da embriaguez culposa. 2.3 - Da embriaguez acidental. 3 - DAS CRÍTICAS ÀS PROPOSIÇÕES. REFERÊNCIAS.

1 - CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O Código Filipino não continha disposição específica sobre a matéria, em se tratado de delito cometido sob embriaguez. O Código Penal do Império, que data de 1830, admitia a embriaguez como circunstância atenuante admitindo a contrariu senso a *actio libera in causa*. Assim dispunha o referido diploma:

Art. 18. São circunstâncias atenuantes dos crimes:

§9º. Ter o delinqüente cometido o crime no estado de embriaguez. Para que a embriaguez se considere circunstancia atenuante deverão intervir conjunctamente os seguintes requisitos:

1º que o delinqüente não tivesse della formado o projecto do crime;

2º que a embriaguez não fosse procurada pelo delinqüente como meio de o animar à perpetração do crime;

3º de que o delinqüente não seja acostumado em tal estado a commeter crimes.

A esse Código segue-se o Código Penal Republicano de 1890, que admitia como circunstância atenuante o cometimento de delito em estado de embriaguez incompleta. A embriaguez completa era causa de isenção de pena, não havendo margem de aplicação da *actio libera in causa*. O referido código ainda trazia a embriaguez como contravenção penal, em seu art. 396, que assim dispunha:

Art. 396. Embriagar-se por hábito, ou apresentar-se em publico em estado de embriaguez manifesta.

Pena – prisão celular por quinze a trinta dias.

Segundo assinala SILVA, a Consolidação de Leis Penais, aprovada e adotada pelo Decreto nº 22.213, de 14 de dezembro de 1932, não trouxe qualquer inovação quanto à embriaguez, limitando-se a ratificar as disposições do Código de 1890¹.

Poucos anos mais tarde, houve a edição do Código Penal Brasileiro de 1940, o qual incorporou preceito da legislação italiana de inspiração fascista. O rigor da novel legislação ficou claro quando em seu art. 24, inciso II, determinou que a em-

¹ SILVA, Haroldo Caetano da. *Embriaguez e Actio Libera in Causa*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 66.

briaguez voluntária ou culposa não excluiria a responsabilidade penal. Pelo mencionado Código, pode-se dizer que o indivíduo embriagado é imputável, mesmo que a embriaguez seja completa e deve responder, por dolo ou culpa, pela conduta delituosa que tiver. O rigor demasiado com que foi tratada a embriaguez levou o legislador a desatender à real situação da embriaguez completa, para considerar imputável quem, na realidade, poderia ter perdido, por completo, o poder de autodeterminação². O Código de 1940 estatuiu, portanto, uma responsabilidade penal *ex-vi legis* não harmonizada com as exigências da *actio libera in causa*, determinando a punibilidade do agente em razão de uma ficção jurídica.

O Projeto Nelson Hungria, que se transformou no natimorto Código Penal de 1969, nenhuma inovação trouxe quanto à matéria, que permaneceu regulada da mesma maneira anteriormente exposta.

Entretanto, anos mais tarde, em 1984, a reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro, levada a efeito pela Lei nº 7.209/84, dispensou um novo tratamento à embriaguez alcoólica e proveniente do consumo de outras substâncias entorpecentes, corrigindo em parte o rigorismo acentuado que lhe dispensou as legislações anteriores. Entretanto, em nome da defesa social e de uma mais eficaz repressão à criminalidade, ainda não extirpou do ordenamento a punição por “ficcões jurídicas” fundamentadas na moralidade e distanciadas das exigências sistêmicas da dogmática, conforme adiante se verá.

2 – NO ATUAL CÓDIGO PENAL

O Código Penal Brasileiro em vigor trata da embriaguez em dois dispositivos, a saber: no art. 28, inciso II, quando

² MARQUES, Frederico. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1956. v.II, p. 187-188.

dispõe que a embriaguez voluntária ou culposa não exclui a imputabilidade, e no art. 61, inciso II, alínea "l", ao estatuir a embriaguez preordenada como circunstância agravante da pena.

FRAGOSO já advertia para a complexidade do problema da embriaguez e para a paradoxal singeleza que lhe dispensava a lei, declarando peremptoriamente que a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade³.

Com efeito, a embriaguez é um dado importante que deve ser considerado na culpabilidade, em razão de seus efeitos sobre as capacidades intelectual e volitiva do agente, e um tratamento açodado e menos pormenorizado pode levar – como de fato tem levado – à violação de princípios constitucionais fundamentais ao ordenamento e à segurança jurídica. No capítulo anterior, tratou-se da *actio libera in causa*, observando-se que a mesma foi criada pelos práticos italianos para solucionar um problema, mas que o tempo e o desenvolvimento da dogmática conferiram-lhe um inadmissível elastério. O Código Penal Brasileiro é um desses lamentáveis exemplos, como resta evidenciado em sua exposição de motivos a seguir transcrita:

Ao resolver o problema da embriaguez (pelo álcool ou substância de efeitos análogos), do ponto de vista da responsabilidade penal, o projeto aceitou em toda a sua plenitude a teoria da 'actio libera in causa ad libertatem relata' que, modernamente, não se limita ao estado de inconsciência preordenada, mas a todos os casos em que o agente se deixou arrastar ao estado de inconsciência.

Toda essa elasticidade, decorrente da aceitação irrestrita da *actio libera in causa*, conduziu à flagrantes violações ao

³ FRAGOSO, Heleno. *Lições de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 250.

princípio do *nullum crimen sine culpa* como adiante restará demonstrado. Para melhor compreensão das considerações a seguir, mister recordar a impossibilidade absoluta de aceitação do modelo teórico-explicativo da exceção, pois implica em subverter preceitos constitucionais inerentes à própria evolução dos primados garantistas do Direito Penal.

2.1 – Da embriaguez Preordenada

A embriaguez preordenada é aquela espécie de embriaguez em que o sujeito se coloca em situação de inimputabilidade, com a finalidade de, liberando os freios inibitórios, encorajar-se a praticar um determinado delito. É para satisfazer as exigências inerentes a essa espécie de embriaguez os práticos italianos idealizaram a *actio libera in causa*. O indivíduo premeditava a morte de seu desafeto, ia a um bar, ingeria excessiva quantidade de álcool ou substância de efeitos análogos com a finalidade de preparar uma escusa absolutória ou mesmo de encorajar-se ou aguerrir ainda mais os seus ânimos e, quando estava em estado de completa embriaguez, levava a termo o seu intento, investindo contra a vítima. Como passo de uma premeditação, a embriaguez não poderia ser entendida como escusa absolutória, como causa de exclusão de pena, pois ao invés de revelar uma debilidade psíquica do agente, revelaria uma extraordinária sagacidade e a intensa determinação de obter o resultado lesivo final.

Em um primeiro momento, imaginou-se que seria coerente a antecipação do instante de aferição da imputabilidade para o momento em que o indivíduo se colocou em estado de inimputabilidade, sendo, naquele momento histórico plenamente admissível e útil tal compreensão, posto que a idealização desse modelo remonta à idade média, precedendo portanto a todo ideário liberal cuja matiz orienta o Direito Penal Contemporâneo.

Mas a fragilidade da idealização teórica e sua debilidade diante dos postulados da legalidade e da culpabilidade não extinguem a sua importância, e tampouco as necessidades político-criminais que permeiam toda essa atividade criminosa precedentemente “regada” a álcool. Ao contrário, aguça a busca por uma solução adequada de justificação de modelo teórico-explicativo de aplicação das *actiones liberae in causa*. Sem dúvida, a ação daquele que preordenadamente se embriaga para cometer delito foi livre em sua causa, liberdade essa que denota parcela importante de uma empreitada delituosa. A embriaguez, nesse caso, está sob o domínio finalístico do agente, que a realiza como parte integrante de seu projeto delituoso, embora no momento em que a conduta objetivamente relacionada à lesão do bem jurídico foi efetivada o elemento subjetivo do agente já esteja “viciado”.

Em virtude disso, e tomando-se em consideração o inequívoco elo existente entre a embriaguez (*actio praecedens*) – causa absolutamente livre – e o fato delituoso posterior – ocorre a imputação ao agente, desde que haja também uma vinculação subjetiva, ou seja, uma concatenação lógica circunscrita no desejo de praticar o delito posterior. Quando alguém se senta à mesa de um bar e passa a ingerir bebida alcoólica com a finalidade de preparar uma escusa ou de praticar delito, evidenciado está que essa conduta apesar de sua similitude objetiva não se identifica com a de alguém que vai a um bar para bebericar com alguns amigos, ou mesmo para embriagar-se diante da ocorrência de problemas pessoais.

No caso da embriaguez preordenada, o hiato porventura existente entre o ato da ingestão do álcool ou de consumo da substância estupefaciente – a princípio lícito – e a conduta criminosa posterior, resta preenchido pelo elemento subjetivo precedente, a que chamamos de vinculação ou causalidade subjetiva. Ademais, não se pode olvidar que consciente e voluntariamente o agente tornou-se instrumento de si mesmo

em sua empreitada delituosa. Diante dessas constatações, observe-se que as *actiones liberae in causa* nada têm a ver com o exemplo ministrado por diversos autores, em que um agente instala uma bomba relógio que explodirá quando o mesmo estiver embriagado ou dormindo, ou ainda com relação ao exemplo em que o agente instala um dispositivo a ser acionado pela própria vítima em um interruptor de energia, porque nessas hipóteses, ele diretamente praticou atos executivos do delito, em pleno estado de capacidade de culpabilidade.

O Código Penal Brasileiro, servindo-se da *actio libera in causa*, pune aquele que preordenadamente se coloca em situação de inimputabilidade com a finalidade de praticar delito, agravando a pena em conformidade com o art. 61, II, “I”, sendo entretanto necessária a prova da finalidade da embriaguez para a caracterização da agravante, conforme se observa da decisão do TJMT: “Para o acolhimento da agravante prevista no nº II, c, do art. 44, do CP, necessária será prova cabal e inequívoca de haver o réu se embriagado com o fim único de praticar o crime. (RT 423/474)”⁴

A aplicação de pena em função da embriaguez preordenada não constitui qualquer exceção ao princípio da culpabilidade, sobretudo diante de um modelo de extensão típica ora aceito e que se diferencia do *versari in re ilícita*, sendo necessário que o agente se embriague especificamente para a prática delitiva. Nesse sentido:

A circunstância legal do art. 61, II, V, do Código Penal, exige que o agente se embriague com a finalidade de criar condições psíquicas favoráveis à prática do delito, animando-se de coragem ou sufocando resíduos de resistência: se o acusado já esta-

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 432.

Mas a fragilidade da idealização teórica e sua debilidade diante dos postulados da legalidade e da culpabilidade não extinguem a sua importância, e tampouco as necessidades político-criminais que permeiam toda essa atividade criminosa precedentemente “regada” a álcool. Ao contrário, aguça a busca por uma solução adequada de justificação de modelo teórico-explicativo de aplicação das *actiones liberae in causa*. Sem dúvida, a ação daquele que preordenadamente se embriaga para cometer delito foi livre em sua causa, liberdade essa que denota parcela importante de uma empreitada delituosa. A embriaguez, nesse caso, está sob o domínio finalístico do agente, que a realiza como parte integrante de seu projeto delituoso, embora no momento em que a conduta objetivamente relacionada à lesão do bem jurídico foi efetivada o elemento subjetivo do agente já esteja “viciado”.

Em virtude disso, e tomando-se em consideração o inequívoco elo existente entre a embriaguez (*actio praecedens*) – causa absolutamente livre – e o fato delituoso posterior – ocorre a imputação ao agente, desde que haja também uma vinculação subjetiva, ou seja, uma concatenação lógica circunscrita no desejo de praticar o delito posterior. Quando alguém se senta à mesa de um bar e passa a ingerir bebida alcoólica com a finalidade de preparar uma escusa ou de praticar delito, evidenciado está que essa conduta apesar de sua similitude objetiva não se identifica com a de alguém que vai a um bar para bebericar com alguns amigos, ou mesmo para embriagar-se diante da ocorrência de problemas pessoais.

No caso da embriaguez preordenada, o hiato porventura existente entre o ato da ingestão do álcool ou de consumo da substância estupefaciente – a princípio lícito – e a conduta criminosa posterior, resta preenchido pelo elemento subjetivo precedente, a que chamamos de vinculação ou causalidade subjetiva. Ademais, não se pode olvidar que consciente e voluntariamente o agente tornou-se instrumento de si mesmo

em sua empreitada delituosa. Diante dessas constatações, observe-se que as *actiones liberae in causa* nada têm a ver com o exemplo ministrado por diversos autores, em que um agente instala uma bomba relógio que explodirá quando o mesmo estiver embriagado ou dormindo, ou ainda com relação ao exemplo em que o agente instala um dispositivo a ser acionado pela própria vítima em um interruptor de energia, porque nessas hipóteses, ele diretamente praticou atos executivos do delito, em pleno estado de capacidade de culpabilidade.

O Código Penal Brasileiro, servindo-se da *actio libera in causa*, pune aquele que preordenadamente se coloca em situação de inimputabilidade com a finalidade de praticar delito, agravando a pena em conformidade com o art. 61, II, “I”, sendo entretanto necessária a prova da finalidade da embriaguez para a caracterização da agravante, conforme se observa da decisão do TJMT: “Para o acolhimento da agravante prevista no nº II, c, do art. 44, do CP, necessária será prova cabal e inequívoca de haver o réu se embriagado com o fim único de praticar o crime. (RT 423/474)⁴”

A aplicação de pena em função da embriaguez preordenada não constitui qualquer exceção ao princípio da culpabilidade, sobretudo diante de um modelo de extensão típica ora aceito e que se diferencia do *versari in re ilícita*, sendo necessário que o agente se embriague especificamente para a prática delitiva. Nesse sentido:

A circunstância legal do art. 61, II, 'I', do Código Penal, exige que o agente se embriague com a finalidade de criar condições psíquicas favoráveis à prática do delito, animando-se de coragem ou sufocando resíduos de resistência: se o acusado já esta-

⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 432.

va embriagado antes dos fatos e apenas se aproveitou do ensejo para cometer o crime, arreda-se a agravante. (JCAT 79/727⁵).

Quanto à embriaguez preordenada, forçoso reconhecer que a posição do atual Código não merece reparos, pois o agente se transforma conscientemente em instrumento de si mesmo, revelando perfeita adequação à solução do tipo ou modelo da tipicidade.

2.2 – Da embriaguez voluntária e da embriaguez culposa

Lastimavelmente, o elastério contido no Código Penal Brasileiro não permite fazer afirmativa que realce o seu acerto quanto aos aspectos dogmáticos envolvidos. Aqui, apenas recordando o exposto no item 4.4, esclareça-se que a embriaguez entendida como voluntária é aquela em que o indivíduo procura a embriaguez, ingerindo o álcool ou consumindo a outra substância, sem contudo pretender elaborar uma escusa absolutória direcionada à conduta delituosa posterior já elaborada. Já a embriaguez culposa é aquela que se verifica na maior parte dos casos, onde o sujeito não deseja traz consigo o desejo de embriagar-se, mas de ingerir a bebida alcoólica e, por negligência, finda por ingressar na ebriedade.

Esclarecendo que o nosso Código Penal não reza em cartilhas ortodoxas nem assume compromissos irretratáveis ou incondicionais com qualquer corrente doutrinária, inclinando-se à política da transação ou conciliação, MUNHOZ⁶ deixa evidente o espaço destinado à interpretação do Código que lhe seja capaz de compatibilizar as normas entre si e com os princípios que orientam o sistema

⁵ Idem, p. 432.

⁶ MUNHOZ, Laerte M. *Da Causalidade Subjetiva no Código Penal Brasileiro*. (Tese de Cátedra). Faculdade de Direito do Paraná, 1943. p. 56.

jurídico-penal. Também assim o é com a questão das *actiones liberae in causa* e da embriaguez.

Recorde-se que, apesar da complexidade dos problemas que envolvem a aplicação da “*actio libera in causa*”, o Código Penal Brasileiro em vigor restringe-se a dispor em seu art. 28, da seguinte forma:

Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

I - ...

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§1º É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

§2º A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, por embriaguez, proveniente de caso fortuito ou força maior, não possuía, ao tempo da ação ou da omissão, a plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

De maneira simplista, o legislador brasileiro desprezou os efeitos produzidos pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos decorrente de sua ingestão voluntária, quer caracterize a embriaguez como voluntária, quer como culposa.

Em razão da análise já realizada, despicienda se faz a transcrição das críticas efetuadas a cada um dos modelos que se propõem a fundamentar a *actio libera in causa*, não havendo nenhuma fundamentação para a apenação do ébrio que voluntária ou culposamente atinge o estágio de incapacidade de culpabilidade vindo a produzir o resultado lesivo. Com acerto, GARCIA argumenta que, se tal extensão se emprestasse à teoria da *actio libera in causa*, então também o doente mental

que assim se tornou por sua culpável imoderação no uso do álcool devia ser responsabilizado. Diante de tais argumentos, expõe que a lei apresenta um sistema draconiano acerca da embriaguez, representando

(...)pura e simplesmente, um caso de responsabilidade objetiva – responsabilidade excepcionalmente sem culpabilidade, ou pelo menos, sem aquele grau de culpabilidade tido como relevante no sistema jurídico, – responsabilidade objetiva que os autores do Código de 1940 não querem, de forma alguma, confessar ter acolhido⁷.

Reportando-se ao Direito Penal Italiano, em lição plenamente aplicável ao Direito Brasileiro BETTIOL assinala que a embriaguez deveria ser equiparada sempre à enfermidade. Inobstante a discordância da assertiva do ilustre Mestre, posto que a enfermidade e transtorno mental transitório são realidades distintas embora possam produzir resultados similares, há de com ele se concordar quando o mesmo enfoca que a teoria da *actio libera in causa* deveria ser interpretada restritivamente – referindo-se ao art. 87, do Código Penal Italiano – e aceitando-a apenas nas situações em que a inimputabilidade foi procurada deliberadamente, isto é, preordenada. Entretanto, reconhece o eminente Penalista que o art. 92 – também do CP Italiano – confere plena eficácia à regra da *actio libera in causa* e com isso, advertindo para o fato de que tal disposição foi introduzida por necessidades políticas nas linhas do sistema⁸.

Estudando o tema proposto, MADEIRA esclarece que a justificação a respeito da *actio libera in causa* tem-se mostrado incompatível com os princípios que orientam a culpabilidade,

⁷ GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad. 1956. v. I, T. I, p. 351.

⁸ BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 87-88.

e aproveita para consignar que a embriaguez dolosa ou culposa deveria receber um tratamento distinto do tratamento dispensado à qualquer espécie de embriaguez preordenada. Ele assinala que o legislador penal de 1984, que inseriu o art. 19, no atual Código Penal vigente foi o mesmo que perdeu a oportunidade de suprimir ou alterar o art. 28, inciso II. E conclui no sentido de que a Reforma Penal se assenta no princípio moderno de que não há pena sem culpabilidade, quer dizer que o juízo de reprovação, que é um juízo axiológico-normativo, só pode incidir sobre o sujeito que realiza um injusto típico, quando podia, nas circunstâncias em que o fato ocorreu, formar sua vontade de acordo com a norma, e, podendo, assim não o fez⁹.

NORONHA reconhece, igualmente, que a consideração legal à ebridez assenta-se em exigência de política criminal, entendendo ele que o Código Penal utilizou a teoria da *actio libera in causa* como fundamento de punição, conferindo-lhe uma amplitude que ela não comporta¹⁰.

As críticas acima são reforçadas por BITENCOURT, que fazendo alusão à isenção de pena trazida pelo art. 20, §2º, do Código Penal Espanhol de 1995, que prevê a isenção de pena aos casos de embriaguez completa desde que não tenha sido preordenada, enfatiza que a *actio libera in causa* não pode fundamentar a punibilidade de ações praticadas em estado de embriaguez não acidental, nas situações em que era absolutamente impossível ao agente prever o resultado lesivo final¹¹.

Abordando as espécies de embriaguez de que ora se trata, FRANCO e STOCO reconhecem que tanto em uma como

⁹ MADEIRA, Ronaldo Tanus. *A Estrutura Jurídica da Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 125-126.

¹⁰ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 184.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Munoz. *Teoria Geral do Delito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 391

em outra situação, o agente não tinha em mente, ao tomar a bebida alcoólica a prática de fato criminoso, o qual, contudo, a cometer no período em que estava submetido à intoxicação alcoólica. E esclarece que

o legislador, fazendo uso de uma verdadeira ficção jurídica, deu por imputável quem, na realidade não o era), considerou o nas duas hipóteses como portador tanto da capacidade de entender o caráter ilícito do fato, como da capacidade de determinar-se conforme esse entendimento¹².

Apesar de todas as críticas, a jurisprudência, tem sido implacável, no sentido de entender que a eventual embriaguez, voluntária ou culposa, não exclui a imputabilidade penal, ainda que completa, continuando culpável o agente. Nesse sentido:

A intoxicação etílica ou qualquer outra, desde que voluntária não exclui a imputabilidade, conforme expressamente dispõe o art. 28, II do CP, em aplicação do princípio da actio libera in causa, de boa política criminal, sendo certo que referências à exaltação de ânimo, ainda que conjugadas à menção ao consumo de bebidas alcoólicas, são insuficientes à comprovação do estado de embriaguez para eventual afastamento da capacidade intelectual e volitiva do acusado” (TACRIM-SP – Ap. Rel. Ericson Maranhão – j. 28.05.1998 – RJTACrim 40/88)

Ou ainda:

Impossível a exclusão da culpabilidade ou a redução da pena, com base no disposto nos §§1º e 2º, do art. 28 do CP, quando o acusado se encontra embriagado voluntariamente e comete

¹² FRANCO, Alberto Silva ; STOCO, Rui. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. I.

um crime ao comemorar sua saída da prisão” (TACRIM-SP – Ap. Rel. Mesquita de Paula – j. 19.03.1998 – RJTACrim 37/141).

Pois bem, diante de tudo quanto foi exposto até o presente momento, é possível identificar dois momentos distintos, dos quais decorrem soluções idênticas com fundamentos divergentes: a teoria da *actio libera in causa* deve ser interpretada restritivamente, já que constitui argumento excepcionalizante de um sistema de garantias logicamente organizado, razão pela qual apenas justificaria a embriaguez preordenada, sendo a embriaguez voluntária ou culposa punível não em conseqüência de sua aplicação, mas em razão de uma responsabilidade penal fundada em virtude de necessidades político-criminais. Por outro lado, partindo de uma interpretação ampliativa da teoria sob comento, pode-se firmar que há compatibilidade entre seus postulados e os casos de embriaguez voluntária ou culposa, desde que fundamentados no modelo do tipo, e ainda presente o elemento da previsibilidade do resultado lesivo, sendo a imputação de resultado imprevisível reprovável resquício de responsabilidade penal versarista.

2.3 – Da embriaguez acidental

Trata-se a embriaguez acidental daquela espécie em que a intoxicação pelo álcool ou substância de efeitos análogos é decorrente de caso fortuito ou de força maior. Traduz a embriaguez decorrente de evento imprevisível, ao acaso, como, v.g., a situação do sujeito que ingere uma determinada substância desconhecendo suas propriedades alucinógenas. Enquanto a embriaguez decorrente de força maior se dá quando uma força se sobrepõe à vontade e/ou determinação do agente, quando por exemplo o agente é obrigado a beber, ou mesmo na

hipótese em que inala gás que atinge suas capacidades intelectiva e volitiva, simplesmente porque o agente não poderia deixar de respirar.

Quanto a ela, recorde-se que o Código Penal Brasileiro, estatuiu a exclusão da culpabilidade quando ela se apresentasse como completa, ou seja, tolhendo do agente a capacidade de compreender e/ou querer o resultado lesivo (art. 28, §1º); enquanto que a embriaguez incompleta, mesmo decorrente de caso fortuito ou força maior, implica em hipótese de culpabilidade diminuída (art. 28, §2º).

A responsabilização penal de alguém que, por acidente, atingiu o estado de embriaguez não encontra qualquer justificativa à luz da teoria da *actio libera in causa*, ainda que lhe seja atribuída a acepção mais elástica, ou mais abrangente, como o faz QUEIRÓS em sua obra já referenciada. Isso porque a ação não pode ser reconhecida como livre em sua causa. Ao contrário, em sua causa, a turbacão do psiquismo do agente se deu em face à evento absolutamente independente da vontade do agente, e que não poderia ter sido por ele evitado. É, portanto, o maior ícone da responsabilidade penal objetiva.

Essa responsabilidade penal objetiva, inobstante atenuada em decorrência do §2º do art. 28, do CPB supratranscrito, caracteriza responsabilidade penal *ex-vi legis*, cuja legitimidade não se encontra no âmbito dessa discussão, posto que enveredaria especificamente pelos limites existentes na interface Direito Penal e Política Criminal.

Se críticas podem ser feitas ao art. 28, §2º, do CP, sob a ótica do silogismo e da orientação lógico-sistêmica em uma ciência de método normativo, o mesmo não se repete quanto ao conteúdo do §1º do mesmo artigo, cuja disposição encontra congruência com todas as exigências decorrentes do princípio da legalidade e da culpabilidade. Lastimavelmente, postura mais ponderada e coerente não foi adotada quanto à embriaguez

voluntária ou culposa e quanto à embriaguez fortuita (acidental) incompleta.

Pois, como assinala NASCIMENTO, em matéria de embriaguez, o Código Penal Brasileiro procurou seguir o seu congênere italiano, adotando critério contrário à correta solução do problema no âmbito da teoria da *actio libera in causa*. Ele afirma também que a jurisprudência dos nossos tribunais, tal como já anteriormente mencionado, em geral, sempre se orienta de forma errônea no particular, e cita como exemplo acórdão da 2ª. CCR do TJ/SP, que na Apelação nº 15.988, assim se pronunciou: "Para excluir a responsabilidade criminal, não basta a embriaguez, é mister seja completa e proveniente de caso fortuito ou força maior (RT 166/526)"¹³.

3 - DAS CRÍTICAS ÀS PROPOSIÇÕES

A adoção da teoria da *actio libera in causa* em sua acepção mais elástica e irrestrita pelo Código Penal Brasileiro conduz à contradição lógico-sistemática que redundará na aplicação mascarada do antigo preceito do *versari in re illicita*, merecendo alguns ajustes que possam compatibilizar as necessidades político-criminais com a congruência interna de um sistema jurídico-dogmático conceitual e sistematicamente organizado.

Como primeira alternativa, teríamos o acréscimo do art. 28, inciso II, do atual Código Penal, da expressão "(...), desde que fosse previsível o resultado no momento da conduta precedente", que assim restaria configurado:

Art. 28. Não excluem a imputabilidade penal:

I - a emoção ou a paixão;

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou subs-

¹³ NASCIMENTO, Walter Vieira do. *A Embriaguez e Outras Questões Penais*. Rio de Janeiro: Forense, 200. p. 29.

tância de efeitos análogos, desde que seja previsível o resultado no momento da conduta precedente. [grifo nosso].

Dessa forma, compatibilizar-se-ia o dispositivo supra-transcrito às críticas comumente realizadas à aplicação da teoria da *actio libera in causa*. Outra alternativa seria a adoção de solução semelhante à do Direito Penal Alemão, que instituiu o *vollrausch*, transformando a embriaguez em um delito autônomo, e cujo exemplo foi seguido pelo Código Penal Português, cujo art. 295, assim dispõe:

Art. 295. Embriaguez e intoxicação

1. Quem, pelo menos por negligência se colocar em estado de inimputabilidade derivado da ingestão ou consumo de bebida alcoólica ou de substância tóxica e, nesse estado, praticar um facto ilícito típico é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2. A pena não pode ser superior à prevista para o facto ilícito praticado.

3. O procedimento criminal depende de queixa ou de acusação particular se o procedimento pelo facto ilícito típico praticado também dependesse de uma ou de outra.

Com efeito o estabelecimento de um tipo autônomo para a embriaguez representaria, na realidade legal brasileira, um passo para a eliminação dos resquícios de responsabilidade versarista, fazendo a ressalva de que o dispositivo acima transcrito também merece reparo, sobretudo no seu item 1, ao qual deveria ser acrescida a expressão: "(...), e, nesse estado, praticar fato ilícito típico **previsível** ao agente, é punido com pena de até 5 anos de prisão ou com pena de multa de até 600 dias". O item 2 também mereceria um retoque legislativo, no que pertine à limitação da pena pelo crime de embriaguez à pena do delito praticado pelo ébrio, caso seja ele menor que

a pena do delito subsidiário. Dessa forma, vigiria o dispositivo dessa forma:

Art. 295º. Embriaguez e intoxicação

1. Quem, pelo menos por negligência se colocar em estado de inimputabilidade derivado da ingestão ou consumo de bebida alcoólica ou de substância tóxica e, nesse estado, praticar um facto ilícito típico **previsível** é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.

2. A pena não pode ser superior à prevista para o facto ilícito praticado, ficando a ela limitada nos casos em que a hipótese se configurar.

3. O procedimento criminal depende de queixa ou de acusação particular se o procedimento pelo facto ilícito típico praticado também dependesse de uma ou de outra.

Qualquer das opções acima, cumpririam a função de minimizar os resquícios de responsabilidade penal objetiva, que contradizem e afrontam visceralmente os postulados garantistas decorrentes de conquistas modernas, tais quais a legalidade e a culpabilidade, e simultaneamente compatibilizar as exigências dogmáticas com as necessidades político-criminais. O que não se pode é utilizar-se da teoria da *actio libera in causa* como suporte de fundamentação para a punição do ébrio, pois, diante do caráter excepcionalizante de tal construção teórica, exige-se uma interpretação restritiva, apenas aplicável aos delitos dolosos nos casos de embriaguez preordenada, e ainda, nos crimes praticados em estado de embriaguez voluntária ou culposa, desde que se utilize uma aceção mais ampla de ação livre na causa e que haja uma relação de causalidade subjetiva expressa na previsibilidade do resultado. Caso contrário, a aplicação da pena não passará de mero exercício de arbítrio estatal.

REFERÊNCIAS

BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Munoz. **Teoria Geral do Delito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FRANCO, Alberto Silva ; STOCO, Rui. **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. I.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. v. I, T. I.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. **A Estrutura Jurídica da Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MARQUES, Frederico. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1956. v.II.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código Penal Interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MUNHOZ, Laerte M. **Da Causalidade Subjetiva no Código Penal Brasileiro**. (Tese de Cátedra). Faculdade de Direito do Paraná, 1943.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A Embriaguez e Outras Questões Penais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Embriaguez e Actio Libera in Causa**. Curitiba: Juruá, 2004.

UMA ABORDAGEM SOBRE O INDULTO: ESTUDO REALIZADO NA COMUNIDADE DE SANTO AMARO - RECIFE - PE

Josenildo Coelho Teodoro

Bacharel em Direito pela UNIVERSO.
Pesquisador do grupo de pesquisa em
Ciências Sociais Aplicadas da Universidade
Federal de Sergipe. Autor de diversos
artigos científicos em Congressos Nacio-
nais e Internacionais.

SUMÁRIO

Resumo. Abstract. 1 - INTRODUÇÃO. 2 - A RELEVÂNCIA DA TEORIA DA REPRESENTAÇÃO SOCIAL PARA O ESTUDO. 3 - A TEORIA GERAL DOS SISTEMAS DIANTE DA QUESTÃO PRISIONAL. 4 - RELATO HISTÓRICO E CONTEMPORÂNEO DAS FORMAS DE APRISIONAMENTO NO BRASIL. 5 - INDULTO: UMA ANÁLISE CRÍTICA. 6 - INDULTO: ABORDAGEM INTERNACIONAL E A REALIDADE BRASILEIRA. 7 - METODOLOGIA. 8 - A PALAVRA DOS INDULTADOS REPRESENTADOS POR SUAS FAMÍLIAS. 9 - RESULTADOS. 10 - CONSIDERAÇÕES FINAIS. 11 - REFERÊNCIAS.

Resumo

O estudo tem como objetivo geral analisar o indulto, como possibilidade legal de extinção de punibilidade. Observa-se que os indultados estão expostos a sofrimentos, mas uma par-

cela da sociedade vê, nessa possibilidade, um fator para corroborar a violência. Dessa forma, será que essa medida é eficaz, visto que o cerne do problema é a falta de políticas públicas que supram as necessidades básicas da sociedade? Ou, talvez, o aprisionamento da forma em que está estruturado atende a interesses que não são conhecidos pela sociedade? Assim, quais os fatores que conduzem o indultado à reincidência? Baseando-se na Teoria da Representação Social, proposta inicialmente por Moscovici a partir do conceito de representação coletiva de Durkheim, foi aplicado questionário na comunidade de Santo Amaro, em Recife-PE. Verificou-se que o indulto não representa o estopim da violência; falta, portanto, ao Estado cumprir com o seu papel conforme o Decreto-lei nº 5.620/05.

Palavras-Chave: Indulto, Representação Social, Aprisionamento

Abstract

The study it has as objective generality to analyze the pardon, while legal possibility of extinguishing of punishability. It is observed that the one favored by a pardon are displayed sufferings, but one parcels out of the society sees, in this possibility, a factor to collaborate with the violence. This kind of form, it will be that this measure is efficacious, therefore that focus of the problem is the lack of public politics that supplies the basic necessities of the society? Or, maybe, the imprisonment of the form where is structuralized takes care of the interests that are not known by the society? So, which the factors that lead the one favored by an indult to the relapse? Being based on the Theory of the Social Representation, proposal initially for Moscovici from the concept of collective representation of Durkheim, was applied questionnaire in the community of the Santo Amaro in Recife-PE. It was verified that the pardon does not represent discharger of the violence,

lacks, therefore, to the State to fulfill with its in agreement objective the law nº 5.620/05.

Keywords: Pardon, Social Representation, imprisonment.

1 - INTRODUÇÃO

Constantemente, vêem-se as expressões como falência, crise, rebelião, superlotação, universidade do crime, desumanidade associadas ao Sistema Penitenciário. Não apenas no âmbito nacional, mas também aplicadas numa realidade muito próxima, observada no Estado de Pernambuco.

Nessa conjuntura caótica, afloram as causas extintivas de punibilidade, elencadas no art. 107 do Código Penal, que extinguem o *Ius Puniendi* Estatal e, dentre elas, o indulto. Dotti (2005, p. 2), referindo-se ao indulto, assente que:

penalistas antigos e modernos desaprovam a concessão reiterada que possa assumir uma feição perturbadora da ordem jurídica e uma interferência indevida do Executivo no Judiciário. Não se contesta, porém, que a utilização parcimoniosa do instituto atende aos objetivos de política criminal e atenua os gravíssimos problemas resultantes da superpopulação carcerária.

O benefício do indulto é concedido exclusivamente pelo Presidente da República e representa uma forma de graça coletiva que abrange sempre um grupo de sentenciados. Dessa maneira, extingue-se a punibilidade, substituindo o crime, a condenação irrecorrível e seus efeitos secundários a presos que estejam dentro da estrutura prevista pelo Decreto-Lei nº 5.620/05.

Diante do caos verificado nos presídios, onde o apenado está exposto a toda sorte de sofrimentos e de uma sociedade

aviltada em seus direitos elementares de segurança, uma parcela dessa observa o indulto como mais um fator para corroborar a violência. Dessa forma, será que essa medida é eficaz, pois que o cerne do problema é a falta de políticas públicas capazes de suprir as necessidades básicas da sociedade? Ou, talvez, o sistema penitenciário, da forma em que está estruturado, atenda a interesses que não são conhecidos pela sociedade?

Observa-se que alguns dos indultados voltam a cometer delitos e, considerando aspectos relacionados às motivações de reincidência, os quais contribuem para que o beneficiado retorne à sua condição inicial dentro do cárcere, insurge o questionamento: quais os fatores que conduzem o indultado à reincidência?

2 - A RELEVÂNCIA DA TEORIA DA REPRESENTAÇÃO SOCIAL PARA O ESTUDO

Entende-se a Teoria da Representação Social (TRS) a partir de estudos realizados por Émile Durkheim (1957) quando se “opôs ao determinismo tanto do processo cognitivo do indivíduo como das estruturas objetificadas na construção da realidade”, defendendo a submissão da realidade cognitiva (percepção) à realidade social. (MOSCOVICI, 1984, p.3). Assim, as representações coletivas têm como objeto de estudo as estruturas e instituições, caracterizadas pela autonomia, exterioridade e coercitividade em relação ao comportamento e pensamento individuais (JARDIM, 1996, p.3).

Segundo Santana e Gomes (2004, p.3), “numa tentativa de afastar-se da estrutura de concepções como forma estável de pensamento coletivo e dos sujeitos como receptores passivos”, Moscovici, em 1961, formulou a Teoria da Representação Social, enfatizando a diversidade e variação de idéias presentes na prática social, o que gerará manutenção ou surgimento

de novas representações. Ressalta-se que tais idéias podem ou não resultar em representações conscientes, as quais são uma mistura das idéias e filosofias correntes, imersas num ambiente de aceitação, resistência e dominação.

O conceito de Representações Sociais define uma forma de conhecimento elaborada pelos próprios indivíduos no quadro da vida cotidiana, visando estabelecer sua comunicação e comportamentos, criando um contexto para que estes últimos se realizem, ou, como prefere Moscovici (1981, apud BORGES, 2004, p.169), define uma modalidade de conhecimento.

Diante da TRS, focou-se, neste estudo, o Indulto a partir da percepção daqueles que o vivenciaram ou de pessoas próximas (familiares) residentes na comunidade de Santo Amaro, estigmatizada como violenta e que apresenta problemas sociais crônicos, tais como falta de saneamento, desemprego, inacessibilidade à educação, à moradia, à alimentação adequada, alta densidade demográfica, verificando-se pessoas vivendo em condições de total miserabilidade. Assim, são pessoas rechaçadas, que normalmente não participam de pesquisas, entretanto estão diretamente relacionadas à problemática estudada e que podem influenciar na compreensão da situação dos indultados, representando o pensar sobre o benefício do indulto para essa comunidade.

3 - A TEORIA GERAL DOS SISTEMAS DIANTE DA QUESTÃO PRISIONAL

Existem palavras ou termos que, ao longo do tempo, transformam-se em “chavões”, os quais se aplicam a tudo (ou quase tudo) e são usados constantemente sem a devida preocupação quanto ao real significado desses termos, como, por exemplo, a palavra sistema. Sistema, então, é aplicado quando o problema é complexo: então é sistêmico. As organiza-

aviltada em seus direitos elementares de segurança, uma parcela dessa observa o indulto como mais um fator para corroborar a violência. Dessa forma, será que essa medida é eficaz, pois que o cerne do problema é a falta de políticas públicas capazes de suprir as necessidades básicas da sociedade? Ou, talvez, o sistema penitenciário, da forma em que está estruturado, atenda a interesses que não são conhecidos pela sociedade?

Observa-se que alguns dos indultados voltam a cometer delitos e, considerando aspectos relacionados às motivações de reincidência, os quais contribuem para que o beneficiado retorne à sua condição inicial dentro do cárcere, insurge o questionamento: quais os fatores que conduzem o indultado à reincidência?

2 - A RELEVÂNCIA DA TEORIA DA REPRESENTAÇÃO SOCIAL PARA O ESTUDO

Entende-se a Teoria da Representação Social (TRS) a partir de estudos realizados por Émile Durkheim (1957) quando se “opôs ao determinismo tanto do processo cognitivo do indivíduo como das estruturas objetificadas na construção da realidade”, defendendo a submissão da realidade cognitiva (percepção) à realidade social. (MOSCOVICI, 1984, p.3). Assim, as representações coletivas têm como objeto de estudo as estruturas e instituições, caracterizadas pela autonomia, exterioridade e coercitividade em relação ao comportamento e pensamento individuais (JARDIM, 1996, p.3).

Segundo Santana e Gomes (2004, p.3), “numa tentativa de afastar-se da estrutura de concepções como forma estável de pensamento coletivo e dos sujeitos como receptores passivos”, Moscovici, em 1961, formulou a Teoria da Representação Social, enfatizando a diversidade e variação de idéias presentes na prática social, o que gerará manutenção ou surgimento

de novas representações. Ressalta-se que tais idéias podem ou não resultar em representações conscientes, as quais são uma mistura das idéias e filosofias correntes, imersas num ambiente de aceitação, resistência e dominação.

O conceito de Representações Sociais define uma forma de conhecimento elaborada pelos próprios indivíduos no quadro da vida cotidiana, visando estabelecer sua comunicação e comportamentos, criando um contexto para que estes últimos se realizem, ou, como prefere Moscovici (1981, apud BORGES, 2004, p.169), define uma modalidade de conhecimento.

Diante da TRS, focou-se, neste estudo, o Indulto a partir da percepção daqueles que o vivenciaram ou de pessoas próximas (familiares) residentes na comunidade de Santo Amaro, estigmatizada como violenta e que apresenta problemas sociais crônicos, tais como falta de saneamento, desemprego, inacessibilidade à educação, à moradia, à alimentação adequada, alta densidade demográfica, verificando-se pessoas vivendo em condições de total miserabilidade. Assim, são pessoas rechaçadas, que normalmente não participam de pesquisas, entretanto estão diretamente relacionadas à problemática estudada e que podem influenciar na compreensão da situação dos indultados, representando o pensar sobre o benefício do indulto para essa comunidade.

3 - A TEORIA GERAL DOS SISTEMAS DIANTE DA QUESTÃO PRISIONAL

Existem palavras ou termos que, ao longo do tempo, transformam-se em “chavões”, os quais se aplicam a tudo (ou quase tudo) e são usados constantemente sem a devida preocupação quanto ao real significado desses termos, como, por exemplo, a palavra sistema. Sistema, então, é aplicado quando o problema é complexo: então é sistêmico. As organiza-

ções empresariais, a escola, a vida é composta de sistemas, portanto tudo é sistêmico.

Segundo Bertalanffy (1975, p.193), baseando-se na Teoria Geral dos Sistemas (TGS), todo sistema vivo é um sistema aberto, no qual há “troca de matéria com seu ambiente, apresentando importação e exportação, construção e demolição dos materiais que o compõem”. Já Churchman (1972, p.27) entende “o enfoque sistêmico simplesmente como um modo de pensar a respeito desses sistemas totais e seus componentes”. Assim, pode-se considerar que, para ser um sistema, é necessário estar vivo e em relação com o ambiente que o cerca.

Essa visão inicial de sistema contrapõe-se ao que efetivamente há no sistema prisional. Posto que está marcadamente estruturado em formas de manutenção de aprisionamento, não como um período, um momento para quem cometeu delito(s). Verifica-se que a Justiça Penal, no Brasil, tem o retrato peculiar da seletividade na punição, também chamada por Silva (2005, p. 41) de “seletividade estrutural”, pois

aqueles que detêm o poder de definir o conceito de criminalidade o fazem a partir de sua concepção particular de homem, de mundo e de sociedade, dirigindo a legislação penal e o aparato jurídico-policial e administrativo para uma parcela mínima da sociedade, exatamente aquela cujos atos possuem mais visibilidade.

Assim, a sociedade acostumou-se a mandar para trás das grades os miseráveis que formam maioria absoluta nas prisões. É a força secular da “alternativa de exclusão”, sempre galgada no “argumento da neutralização”, amontoando pessoas em números superiores aos padrões recomendados pela Organização das Nações Unidas (ONU).

No conjunto do preso padrão brasileiro, 74% dos encarcerados são provenientes de famílias que sobrevivem com

apenas um salário mínimo (cerca de U\$ 114.00) por mês. O perfil dos presos pobres não pára aí: 81% não têm instrução primária completa e 14% não sabem, sequer, escrever o próprio nome. Manter um preso atrás das grades custa três vezes mais do que manter um aluno na escola pública do Ensino Fundamental (informação verbal¹).

E, ainda, para ser um sistema tem que haver uma inter-relação e que o faz manter-se vivo. No Sistema Penitenciário Brasileiro, isso não é observado. Segundo Silva (op. cit., p.14), “a rigor, existe apenas como concepção ideológica para a sustentação do que se pretende ser uma política criminal, penitenciária e de segurança pública, mas não como entidade,” políticas que, inclusive, têm um “tripé de sustentação”:

- permissividade para o tráfico de drogas por parte dos presos, sendo que a alguns funcionários é reservada a tarefa de introduzi-las dentro da prisão;
- permissividade para a corrupção entre alguns poucos funcionários, como forma de amenizar o rigor e os riscos do trabalho e os baixos salários pagos;
- compra e venda de privilégios na relação entre presos e alguns funcionários (SILVA, op. cit., p. 26).

Dessa forma, pode-se afirmar que nessa estrutura de poder e dor, convencionalmente denominada de “sistema prisional”, não há uma preocupação jurídico-política com o apenado, de maneira que o meio externo influencie positivamente: nem entre os presidiários, entre os presídios, entre os trabalhadores dos presídios e muito menos entre a sociedade e os presidiários.

¹ Informação fornecida por Edmundo Oliveira na palestra de abertura do II Simpósio de Ciências Criminais, em Recife, em junho de 2005.

4 - RELATO HISTÓRICO E CONTEMPORÂNEO DAS FORMAS DE APRISIONAMENTO NO BRASIL

O primeiro estabelecimento prisional no Brasil, a Casa de Correção do Rio de Janeiro, foi implantado em 1759 (SILVA MATTOS, apud PEDROSO, 2005). Segundo Pedroso (op. cit., p.1) a prisão,

símbolo do direito de punição do Estado, teve, quando de sua implantação no Brasil, utilização variada: foi alojamento de escravos e ex-escravos, serviu como asilo para menores e crianças de rua, foi confundida com hospício ou casa para abrigar doentes mentais e, finalmente, fortaleza para encerrar os inimigos políticos. Monumento máximo de construção da exclusão social, cercado por muros altíssimos ou isolado em ilhas e lugares inóspitos, escondia uma realidade desconhecida, e às vezes aceita pela população: os maus-tratos, a tortura, a promiscuidade e os vícios.

No final do século XIX e início do século XX, o Brasil passava por transformações políticas, sociais e econômicas, como a Abolição da Escravatura e a Proclamação da República, cujos efeitos fizeram-se sentir na necessidade de ordenamentos que refletissem os anseios sociais.

No período denominado de Segunda República (1930-1937), a questão penitenciária torna-se palco de discussão. Assim, em 1933, uma comissão constituída por juristas brasileiros teve como objetivo a elaboração do anteprojeto do Código Penal Brasileiro.

O Código apresentava propostas de viabilização do caráter progressivo da execução, instituição das chamadas seções industriais ou agrícolas e, ainda, a organização geral dos serviços internos, como instrução e educação.

Esse código não chegou a vigorar, pois o Congresso Nacional estava em período de recesso e o poder do Estado Novo não permitiu que a discussão sobre essa temática fosse, efetivamente, formalizada em lei. Vale salientar que, no Estado Novo, todo poder estava centrado na figura do presidente, que governava através de decretos e do uso da força, "chegando a ponto da institucionalização da tortura no país". (VICENTINO e DORIGO, 1997, p. 367).

Só em 1940, foi aprovado o Código Penal Brasileiro, o qual, inclusive, vigora até os dias atuais, adotando como penas principais a reclusão e a detenção. O que as diferenciava era o isolamento celular contínuo presente na pena da reclusão, enquanto na pena de detenção o condenado poderia trabalhar conforme suas aptidões e ocupações anteriores, não ficando sujeito ao isolamento diurno.

Nos anos 50, os juristas voltaram suas atenções para a crise pela qual estavam passando as formas de aprisionamento adotadas, realizando debates para discutí-las. Desses embates, resultou a idéia de aceitação dos regimes de prisões abertas, concomitantemente com a criação de estabelecimentos prisionais abertos.

Em 1960, a formatação de enclausuramento ao apenado passa por outra "inovação", dessa vez, decorrente da revisão do Código Penal, no que concerne ao benefício do sentenciado sob a pena privativa de liberdade. Segundo Vicentino e Dorigo (1997), diante dessa "inovação", o sentenciado foi submetido a uma ação educativa individual através da execução penal. Foi permitida a conversão de reclusão em detenção ao réu primário de bons antecedentes, condenado à pena superior a dois anos e foram criados os estabelecimentos do tipo industrial, agrícola ou misto. Previu-se o regime de semiliberdade e credibilidade para o condenado à pena não superior a seis anos, com ausência de periculosidade, a ser executado em estabelecimento penal aberto. Permitiu-se o livramento condicional ao sentenciado por tempo igual a dois anos.

Entre 1964 e 1985, com a instauração do regime político da Ditadura Militar, a repressão política multiplica as manifestações, ganhando adeptos dos mais distintos segmentos: reivindicações dos estudantes universitários, professores, trabalhadores que eram contrários ao regime autoritário, o que também contribuiu para o aumento da população carcerária.

O fim da Ditadura Militar configurava um cenário de grandes expectativas acerca do processo de redemocratização, entendido como uma possível saída para os problemas sociais históricos do Brasil. Mas, os problemas penitenciários persistiam e intensificavam esse adiamento de soluções da vida em cárcere, reforçada pela morosidade da justiça penal.

A década de 90 é marcada por um contexto político e econômico de inserção-adequação capitalista e neoliberalismo. Essas transformações incidiram diretamente no fim das fronteiras de mercados nacionais, privatizações de empresas estatais, acarretando perdas para os trabalhadores assalariados. Em decorrência, as responsabilidades estatais foram minimizadas, deixando-se sob a co-obrigação da sociedade civil questões como o desemprego crescente e a marginalidade.

Pedroso (2005) assente que uma longa evolução da teoria jurídica e da própria realidade social coloca novas demandas, as quais devem ser contempladas através das reformas e projetos de leis que regulam toda a forma de aprisionamento no país.

As normas prisionais brasileiras podem ser encontradas na Lei de Execução Penal (LEP), adotada em 1984; o foco central dessa norma não é a punição em si, mas a ressocialização das pessoas condenadas. A lei penal ganha, então, dimensões humanitárias, as quais incitam juízes a fazerem uso das penas alternativas. Muito embora as leis se apresentem como uma evolução e humanização na questão prisional, os anos 90, segundo Andrade e Nascimento (1997, p.19) “são marcados por

inúmeras e constantes denúncias sobre as condições de reclusão e o tratamento desumano destinado a homens e mulheres nas prisões brasileiras”. Conforme Macaulay (2005), tal realidade reflete, “essencialmente, [...] a estratificação e a discriminação sócio-econômica e racial, [...] num ambiente violento, caótico e não coerente com o objetivo declarado do ‘sistema’, ou seja, a ‘harmônica integração social do condenado e do internado’ ”.

Assim, problemas antigos como maus-tratos, espancamentos, rebeliões, injustiças e mortes estão presentes no cotidiano de diversos estabelecimentos prisionais, servindo como indicadores de que pouco se fez para resolvê-los. A problemática é intensificada mediante um dos problemas comuns às prisões de todo o país – a superpopulação carcerária – que também potencializa as precárias condições em que os presos são mantidos.

Segundo Rolim (2005, p.26-27), há meios para diminuir o caos instaurado no ambiente prisional, “seria preciso vontade política”. E afirma, em seu artigo acima citado, que Sir David Ramsbotham, antigo Inspetor chefe das prisões britânicas, reunido em novembro de 2002 com os chefes das 44 administrações penitenciárias dos países membros, afirmou que,

removendo os adolescentes, os idosos, os afetados por doença mental, os refugiados e aqueles presos condenados por delitos menores como furto em lojas ou uso de drogas, poderia se diminuir em 20 mil o número de presos, teríamos uma economia de 690 milhões de libras. Com esse dinheiro, se poderia adquirir: 276 novas escolas primárias (por £2.5 milhões cada), 86 novas escolas secundárias (por £8 milhões cada) e pelo menos 3 novos hospitais (a £250 milhões cada); mesmo com uma redução da população prisional em 5% no Reino Unido – cerca de 3.500 vagas – se economizaria 120 milhões de libras.

Com relação à situação das prisões no Brasil, local onde são amontoados os já miseráveis, no sentido de “desafogá-lo”, o custo de manutenção seria diminuído e os valores conduzidos para a construção de escolas e hospitais. Tal medida seria, no mínimo, interessante e um possível caminho à diminuição da violência social. Mas, será que esse raciocínio atende a interesses políticos instaurados no país?

Ainda, segundo Rolim (op. cit., p.4), tais situações já foram amplamente relatadas por inúmeras instituições não governamentais tais como a Anistia Internacional ou a Pastoral Carcerária, inclusive “dezenas de relatórios foram produzidos por integrantes do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário, em diferentes estados da Federação”, comprovando a dimensão nacional do problema. Ressalta-se, inclusive, que conforme Silva (2005, p.13) para o *Human Rights Watch* (maior entidade de defesa dos direitos humanos do mundo, com sede nos Estados Unidos) “a prisão é o local em que mais se cometem violações aos direitos humanos no Brasil.” E Gerber (2005, p.7) assegura que,

“o fracasso histórico desta instituição (prisão) para os fins de controle da criminalidade e de reinserção do desviante na sociedade [...] não pode deixar de levar a uma consciência radical: a abolição da instituição carcerária”.

Face às questões antes descritas, evidencia-se que mecanismos que possam contribuir para a extinção de vilipêndios, enquanto forma de resgate à condição humana do apenado, não podem ser negligenciados. Ao revés, precisam ser discutidos e pesquisados, a fim de que possam contribuir com movimentos eficazes e eficientes em prol de solucionar o caos prisional, ao invés de simplesmente aceitar que não se vive no *Welfare State*.

5 - INDULTO: UMA ANÁLISE CRÍTICA

Além do pouco quantitativo de estudos científicos relacionados à temática do indulto, em si mesmo é matéria controversa, tendo em vista muitos entendimentos divergentes. Segundo Gentil (2005, p.3) “o instituto do indulto já é, por si só, e para alguns questionável, por representar a intromissão de um poder na esfera do outro”. Gerber (2005) considera que o indulto é perigoso e arbitrário, visto que representa mais uma tentativa do poder Executivo de “agradar a *vox populi*”. Contrapondo-se aos dois autores acima citados, para Leal (2005, p.1) o indulto justifica-se pelo que se pode verificar nos superlotados presídios: “inexistem condições de se cumprir sequer o mínimo estabelecido nas normas de execução penal previstas na própria LEP”.

Diante disso, depreende-se que, teórica e legalmente, o instituto do indulto é um exercício do poder discricionário do Presidente, mas que sua operacionalização, ou seja, na prática, para o benefício ser concedido são necessários documentos inerentes ao Poder Judiciário, quais sejam: instrumento particular de procuração; cópia da carta de guia e da sentença condenatória e acórdão, se houver; cópia da denúncia; certidão do distribuidor forense e das varas criminais que eventualmente registrem inquéritos ou processos pendentes; antecedentes da Vara de Execuções Penais; atestado de conduta e permanência carcerária e cópia dos dados gerais do comportamento carcerário. (FERREIRA e KUEHNE, 2005, p. 24). Tendo em vista as dificuldades inerentes ao Poder Judiciário, no Brasil, e os problemas das prisões, verifica-se que ter um atestado de boa conduta carcerária não é nada fácil, principalmente em se sabendo que o preso está exposto a toda sorte de estímulos à violência. E, ainda, vê-se quase impossível conseguir tais documentos, alguns fornecidos pelo diretor do presídio e outros pelo juiz das execuções penais, visto que já têm

uma sobrecarga de trabalho. Assim, culmina que pouquíssimos são agraciados com o benefício. Segundo Kuehne (2005, p.1), “o número de presos beneficiados com o indulto é muito pequeno. No ano passado, foram apenas 1000”. E, insurge o questionamento, até que ponto não é interessante para os políticos em exercício que poucos consigam o bem?

Um outro ponto que deve ser ressaltado é a possibilidade de conceder o indulto humanitário, mesmo àqueles condenados por crimes hediondos. Segundo o Decreto-lei nº 5.620/05, em seu art 8º, o benefício não alcança os “I - condenados por crimes de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; II - condenados por crime hediondo [...]”. Para Gentil (2005), a concessão do indulto atenta contra o preceito fundamental da segurança pública, direito fundamental garantido por nossa Carta Maior. Segundo Fisher (2002) e Dinan (2003), nos Estados Unidos, o indulto é um poder do presidente tradicionalmente aceito e previsto constitucionalmente, mas que proporciona insegurança social (tradução do autor). Já Leal (2005, p. 1) assegura que,

mais forte que o interesse coletivo de se punir todo infrator da lei penal: há o dever ético de se perdoar [...] o condenado acometido de grave e irreversível doença ou deficiência física, ou aquele com idade bastante avançada.

Convém, neste momento, abstrair-se de um mundo teórico e deparar-se com a realidade prática. Afloram, então, alguns questionamentos: Se numa cela superlotada, há um preso com uma doença contagiosa que traficou drogas, seria melhor conceder o indulto ou deixá-lo no cativeiro? Será que nos presídios há pessoal suficiente para cuidar do condenado por terrorismo, acometido de AIDS? São perguntas intrigantes que dependem de um entendimento amplo: jurídico e

político, e não simplesmente focados numa justiça retributiva. É preciso, então, que a função Estatal liberte-se da necessidade de punir “mal com mal”. Nada mais arcaico e preconceituoso, já que, muito embora sejam tipificados como delinquentes, deixa-se um rastro de descaso com o ser humano. Na visão de Platão (xiii, 324, apud KELSEN, 2001, p.310),

ninguém pune um malfeitor por causa de uma infração ou porque ele a cometeu, a menos que se vingue irracionalmente como um animal selvagem. Mas quem leva a cabo a punição com razão não se vinga pela infração passada, já que o que foi feito não pode ser desfeito. Contempla antes o futuro e tem em vista impedir aquela pessoa particular, e outros que o vêem punido, de fazer mal novamente. Quem quer que pense desta maneira [...] pune para dissuadir. A lei do Estado, como a lei da natureza, deverá, por conseguinte libertar-se do mito da retribuição.

6 - INDULTO: ABORDAGEM INTERNACIONAL E A REALIDADE BRASILEIRA

Verifica-se que o indulto não é algo recente. Muito pelo contrário, remonta, no Brasil, ao Período Imperial. Sendo inicialmente previsto pela Constituição de 1824, art. 101, VIII, e formalizado em 1930 com os Decretos de nºs 19.365, 19.445 e 19.451.

Nos Estados Unidos o instituto é previsto desde 1787, quando de sua primeira e única Constituição, na qual se pode ler que “o Presidente [...] terá o poder de indulto e de graça por delitos contra os Estados Unidos, exceto nos casos de *impeachment*.” (tradução do autor). Segundo Ruckman Jr. (2005a, tradução do autor) nos EUA “nunca houve um tratamento adequado ao indulto” e até a data de sua pesquisa,

apenas quatro estudos descreveram e explicitaram a temática do indulto através de dados empíricos, os quais foram realizadas por Pederson em 1977, Orman e Rudoni em 1979, Rozell em 1994, Shichor e Ranish em 1980.

Assim como no Brasil, nos Estados Unidos, Canadá e França, o indulto é um exercício do poder discricionário do soberano, no caso, o Presidente da República, porém, no Reino Unido é o monarca. Já na Alemanha, o Presidente da República pode transferir o poder de conceder os “*pardons*” ao Chanceler ou ao Ministro da Justiça.

Diante da pesquisa realizada, nos países anglo-saxões, o indulto é chamado de “*pardons*”, já a “*clemency*” pode ser entendida como a comutação, ou seja, “a atenuação ou diminuição da pena” (SILVA, 2005, p.327, tradução do autor). Verificou-se, também, que ao longo da história dos Estados Unidos e na Europa, ao se conceder os “*pardons*”, muitas arbitrariedades foram cometidas, pois esses eram (e ainda são) utilizados de conformidade com os interesses políticos de quem estiver no poder.

Mas, diferentemente do Brasil, no Canadá e nos Estados Unidos não é necessária sentença transitada em julgado (muito embora a maioria dos que solicitam estejam nessa condição); o “*pardons*” pode ser concedido em qualquer momento, contanto que o apenado demonstre que tem condições de viver com os seus concidadãos.

Nos EUA e Brasil, o indulto extingue a punibilidade, diferentemente do que ocorre no Canadá e na França.

No Canadá, não há necessidade de advogado para se pedir o “*pardons*”, o qual é julgado pelo *National Parole Board* (NPB/Board), observando-se o que preceitua o *Criminal Records Act* (CRA), Código Penal do Canadá. Mas, o processo é complexo, demandando muito tempo e custa, segundo o próprio Governo do Canadá (2005), muito caro ao solicitante, assemelhando-se ao que ocorre no Reino Unido da Grã-Bretanha (Inglaterra, País de Gales e Escócia) e Irlanda do Norte. Vale

salientar que, no Reino Unido, os “*pardons*” são previstos desde o século XVIII, quando os criminosos “aceitaram” ser exilados na Austrália.

7 - METODOLOGIA

Para o desenvolvimento do trabalho e consecução dos objetivos propostos, foi utilizado o método indutivo. Para a coleta dos dados, fez-se uso de formulário com perguntas abertas. A pesquisa enquadra-se em um desenho qualitativo de cunho exploratório. A abordagem qualitativa proporciona informações detalhadas a partir de um pequeno número de casos. Isso leva ao entendimento em profundidade de determinadas situações, tendo como principal limitação a impossibilidade de efetuar generalizações (TRIVIÑOS, 1987). Por outro lado, o estudo exploratório pode ser definido como sendo uma das principais formas que permite ao investigador aumentar sua experiência em torno de um determinado problema (TRIVIÑOS, 1987).

A idéia inicial da pesquisa era perquirir os indultados que reincidiram e retornaram ao presidio. Mas, a pesquisa teria que ser realizada na Penitenciária Professor Barreto Campelo, o que não foi possível, devido às constantes rebeliões, que colocavam em risco a vida do pesquisador. Optou-se por aplicar o formulário na comunidade de Santo Amaro, Recife, PE que, diante das carências sociais e estigmatizada como violenta, tem pessoas que receberam o indulto. Assim, as perguntas foram dirigidas a 8 (oito) famílias, precisamente ao responsável, representando o indultado. Desse modo, as opiniões emitidas foram tratadas através da técnica de análise de conteúdo.

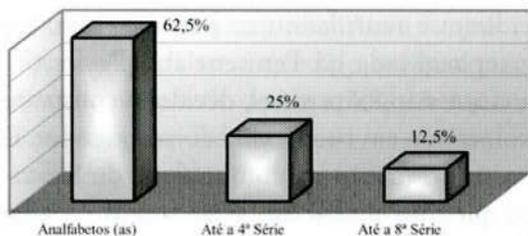
A Teoria das Representações Sociais (TRS) valida a utilização de apenas uma parcela de informantes da comunidade acima delimitada, que representa, portanto, o pensamento

do conjunto de seus integrantes acerca da concepção a respeito de como esse grupo percebe e identifica o indulto e o que infere acerca desse instituto.

8 - A PALAVRA DOS INDULTADOS REPRESENTADOS POR SUAS FAMÍLIAS

A título de identificação, verificou-se que dos 8 responsáveis, 6 eram mulheres, esposas dos indultados e os dois restantes eram os genitores. Quanto à escolaridade, conforme o gráfico 1, verificou-se que a predominância era de analfabetos (62,5%). Dois (2) estudaram até a 4ª série (25%) e apenas 1 (um) cursou até a 8ª série. Nesta pesquisa, considerou-se como analfabetas as pessoas que não sabiam assinar o próprio nome.

Os dados retratam, portanto, que a questão educacional está diretamente relacionada à violência, à empregabilidade, a um futuro com dignidade.

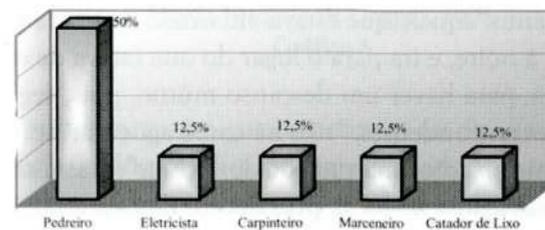


Fonte: Pesquisa de Campo, 2006.
Gráfico 1

Observou-se que todos os indultados, antes do aprisionamento, eram arrimos de família. Além disso, mesmo não tendo instrução, conseguiam ocupações em biscates, principalmente como pedreiros (50%), e os restantes divididos pro-

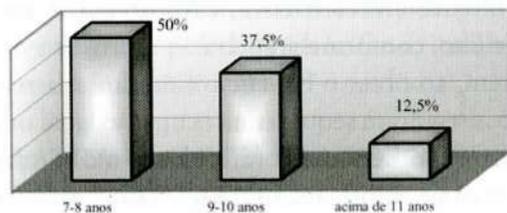
porcionalmente em eletricista, carpinteiro, marceneiro e catador de lixo, conforme gráfico 2.

Porém, ao obter o benefício (indulto) e serem libertados, não conseguiram sequer uma ocupação igual ou parecida a que tinham, pois eram reconhecidos como ex-presidiários, “não mereciam a mínima confiança”. Convém salientar, que o *caput* do Decreto-lei nº 5620/05, *in verbis*, preceitua que o indulto será concedido “ao condenado em condições de merecê-lo”, portanto, para ter direito ao benefício, ele fez por merecer através de atitudes que demonstravam possibilidade de retorno ao convívio social. Assim, não é admissível se pensar que os profissionais na operacionalização da concessão do indulto agiram com irresponsabilidade e libertaram uma pessoa sem o preenchimento dos requisitos necessários ao benefício. E, ainda, no *caput* do Decreto acima citado, *ipsis litteris*, “proporcionando-lhe condições para a harmônica integração social”. Necessário se faz ao ente Público cumprir o que determina a lei e possibilitar condições ao beneficiado de reintegrar-se à sociedade.



Fonte: Pesquisa de Campo, 2006.
Gráfico 2

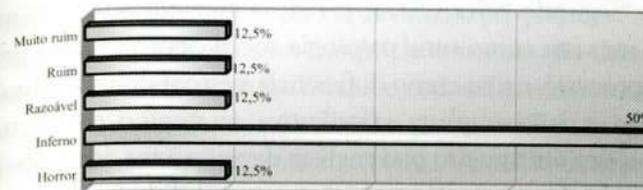
Quanto ao tempo de cárcere, agregando-se o antes e o depois do indulto, as respostas foram assim sistematizadas, conforme o gráfico 3.



Fonte: Pesquisa de Campo, 2006.

Gráfico 3

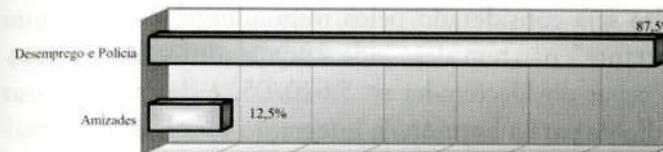
Com relação ao indulto, todos os respondentes assentiram por sua importância ao beneficiado, sua família e comunidade, embora os indultados tenham voltado ao ambiente prisional. Assim, foi-lhes perguntado como era o cárcere e o que esse representava (gráfico 4). Os respondentes asseguraram que todo tipo de violência e maus-tratos os seus familiares enclausurados tinham passado ou estavam passando: dormiam no chão, em pé ou amarrados na grade com pedaços de cordas, fios, camisas ou lençóis, para não cair em cima dos outros. Outro ponto interessante é que ao “dormir” há um revesamento, aquele que estava amarrado na grade muda de posição, à noite, e irá para o lugar do que estava de cócoras e vice-versa, para haver um descanso mútuo, pois, segundo os familiares respondentes, “não há como agüentar ficar a noite toda numa posição amarrada ou de cócoras”; fazem as necessidades fisiológicas no local, pois dentro da cela há um buraco destinado a isso; dessa forma, o mau-cheiro exala fortemente e é intensificado pelo excesso de presos; alguns já foram esturados, estão em constantes brigas e sofrendo ameaças de morte. No presídio, o lugar é conhecido como “o morro” (quanto estão num local alto) ou “a favela” (quando estão num local baixo); e onde os presos não sofrem esses dissabores, pois têm dinheiro para pagar por uma “vida melhor”, é denominado “Boa Viagem”.



Fonte: Pesquisa de Campo, 2006.

Gráfico 4

Foi-lhes perguntado, também, se o ambiente prisional é tão terrível, por que reincidiram e perderam o benefício. Conforme se pode observar no gráfico 5, a quase totalidade (87,5%) respondeu que foram motivados pelo desemprego e pela polícia.



Fonte: Pesquisa de Campo, 2006.

Gráfico 5

Assentiram, então, que conforme já foi dito antes neste estudo, ao sair do presídio são estigmatizados e não conseguem ocupação, conseqüentemente, ficam incapazes de prover o sustento pessoal e familiar. Uma das respondentes disse que: “Meu marido saía de casa, pra arranjar o que fazer, mas não conseguia nada. Chegava em casa os ‘menino’ tava chorando de fome, então ele agüentava alguns ‘dia’ e depois não tinha jeito e ia roubar”. Um outro falou que: “os policiais quando sabem que tem ‘menino’ solto, procura pra fazer ‘acordo’: roubar junto, matar junto e que se não for arromba nossa casa e mata todo mundo”.

Segundo Silva (2005, p.77), “a reincidência criminal deve ser vista como uma patologia social decorrente do próprio processo e não como deficiência pessoal do indivíduo”. Ou seja, a visão simplista e retributiva, ou mesmo, em contraponto, um sentimento paternalista deverão estar distantes da realidade do preso. Há que se ter punibilidade para atos tipificados como delituosos, isso é um fato. Porém, não negligenciar que há uma conjuntura de fatores que, fortemente, contribuem para o cometimento de delitos e o retorno ao cárcere (quando deveria ser retorno à sociedade); é, no mínimo, agir com plausibilidade e coerência.

9 - RESULTADOS

Os resultados demonstram que embora o benefício do indulto seja considerado pelos respondentes como “muito importante”, não tem alcançado a finalidade legal que, segundo o *caput* do Decreto-lei nº 5.620/05, é de proporcionar “condições para a harmônica integração social, objetivo maior da sanção penal”.

Em sua maioria (50%) os indultados são analfabetos, têm profissão e todos são (ou eram) arrimos de uma família sempre numerosa. Para eles, o retorno ao cárcere seria considerado “normal”, pois “não tinham o que fazer para viver”. Pelo estigma que carregam, é quase impossível receber propostas de “trabalho” que não sejam para roubar e/ou matar. Propostas que segundo 87,5% (7) dos respondentes, eram feitas por policiais.

Para os pesquisados, a sociedade pouco se interessa em saber o que ocorre quando eles recebem o indulto, assim como o poder público; inclusive, acreditam que ambos tenham medo de uma realidade que não querem ver. Ainda, conforme os entrevistados, a preocupação do Estado está restrita à construção de presídios, que nunca alcançam a demanda de

presos, os quais segundo palavras de um dos pesquisados “amontoam-se como os judeus no campo de concentração da era nazista”. Relataram a situação no cárcere: dormem de cócoras, em celas fétidas, úmidas e imundas. Os que estão doentes não são tratados decentemente. Sofrem violência sexual com a conivência dos agentes. E só é possível diminuir o sofrimento, quando se tem dinheiro ou amigos que já estão presos.

Finalmente, como resultado deste estudo, pôde-se perceber que, para os pesquisados, a extinção da punibilidade representa um sopro de vida, um alento, a quem hoje está sobrevivendo nos presídios. Porém, não adianta apenas o benefício, é necessário que o Estado proporcione condições de vida dignas, a fim de garantir a sua subsistência, visto que, por serem ex-presidiários são discriminados, impossibilitando-lhes o acesso ao mercado de trabalho, por conseguinte, à vida em sociedade.

10 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa, conclui-se que os indultados voltam a reincidir motivados pela necessidade de sobrevivência, pois, como são discriminados pela sociedade e pelo poder público, não conseguem se inserir no mercado de trabalho e, sem condições de manterem-se a si mesmos e à família, voltam a cometer delitos.

Verifica-se, portanto, que toda e qualquer forma de abrandamento da pena àquele condenado sofrido, humilhado é bem-vinda, especialmente quando se extingue a punibilidade. O indulto não representa o estopim da violência nem o efetivo aumento do caos social, mas deveria o Estado estimular medidas de empregabilidade ao indultado, visando à consecução do objetivo maior da justiça, que é a paz social. E só haverá chance de se vivenciar essa paz com a diminuição das desigualdades sociais, nesse contexto, resgatando-se a condição humana para os apenados.

11 - REFERÊNCIAS

ANDRADE, C.S.T. NASCIMENTO, I.V. **O Trabalho Penitenciário: meio de ressocialização ou estratégia de disciplina e controle.** São Paulo: Cortez, 1997.

BERTALANFFY, L. V. **Teoria geral dos sistemas.** 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1975.

BORGES, C. **Relações de Grupo e Representações Sociais. Gestão em Ação.** v.7, n1. maio/ago, Salvador, Bahia, 2004.

CHURCHMAN, C. W. **Introdução à teoria dos sistemas.** 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1972.

CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Disponível em: < <http://www.embaixada-americana.org.br>>, Acesso em 29 nov. 2005.

Decisões CNPCP. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/transparencia/decisoes_cnpcp.htm>. Acesso em 01 dez. 2005.

DINAN, J. The Pardon Power and the American State Constitutional Tradition. *Polity.* v.35, n. 3., p. 389-418, April, 2003. Disponível em: < <http://www.periodicos.capes.gov.br>>. Acesso em: 14 dez. 2005.

DOTTI, R. A. **Teoria Geral da Punibilidade.** Disponível em < <http://www.cjf.gov.br/revista/numero7/artigo4.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2005.

FERREIRA, C.L.L.; KUEHNE, M. **Indulto Natalino: Comentários ao Dec. 5.295/04.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2005.

FISHER, L. The Law: When Presidential Power Backfires: Clinton's Use of Clemency. *Presidential Studies Quarterly.* v.32, n.3, p. 586-599, September, 2002. Disponível em: < <http://www.periodicos.capes.gov.br>>. Acesso em: 14 dez. 2005.

GENTIL, P.A.B. A Desproporcionalidade do Indulto de Natal. *Boletim dos Procuradores da República.* São Paulo, v. 5. fasc. 57. jan. 2003, p. 28-30. Disponível em:<<http://www.ibccrim.com.br>>. Acesso em: 08 dez. 2005.

GERBER, D. **Breve Reflexão sobre o Indulto Condicional.** Disponível em: <http://www.idc.org.br/professores/artigos/daniel_gerber/Artigo_sobre_Indulto_Condicional.doc>. Acesso em 02 dez. 2005.

GOMES, L. F. **Indulto em Crime Hediondo: pode o Decreto Presidencial impedir o indulto para crimes ocorridos antes da Lei 8.072/90?.** Disponível em:<http://www.promnis.com.br/public_html/article.php?story=20041006132630605>. Acesso em: 02 dez. 2005.

_____. **Código Penal.** 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

Government of Canada - National Parole Board. **Pardon Application Guide.** Disponível em: < http://www.npb-cnrc.gc.ca/pardons/servic_e.htm >. Acesso em: 08 dez. 2005.

JARDIM, J. M. **Informação e representações Sociais. Transinformação.** v. 8, n. 1, jan/abr., 1996.

KELSEN, H. **O que é Justiça: A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência.** São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KUEHNE, M. **Ata da 313ª reunião ordinária do CNPCP**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/Depen>>. Acesso em: 14 dez. 2005.

KUHN, T.S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva. 1975.

LEAL, J.J. A Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e a Proibição do Indulto Humanitário. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 12. Fasc. 147. Fev. 2005, p. 11-12. Disponível em: <<http://www.ibccrim.com.br>>. Acesso em: 08 dez. 2005.

MACAULAY, F. Political and Institutional Challenges of Reforming the Brazilian Prison System. University of Oxford Centre for Brazilian Studies. **Working Paper Series**. Disponível em: < <http://www.brazil.ox.ac.uk/workingpapers/Macaulay31.pdf> >. Acesso em: 02 dez. 2005.

MOSCOVICI, S. The phenomenon of social representations. In: **Social Representations**. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

MOSCOVICI, S. Notes Towards a description of social representations. **European Journal of Social Psychology**, v. 18, p. 211-250, 1988.

OLIVEIRA, E. Alternativas Penais no Mundo Globalizado. In: II Simpósio de Ciências Criminais, 8 a 10 de jun., 2005, Recife. **Palestras...** Recife: ESMape, 2005.

PEDROSO, R. S. **Utopias Penitenciárias**. Projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5300> >. Acesso em: 25 ago. 2005.

Propostas debatidas pelos participantes do VII Encontro Nacional de Execução Penal pelos membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e VIII Encontro Estadual de Magistrados de Execução Penal. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticias2.php?id=4365&tipo=f>>. Acesso em: 01 dez. 2005.

ROLIM, M. Prisão e Ideologia: Limites e Possibilidades para a Reforma Prisional no Brasil. **Centre for Brazilian Studies: University of Oxford**. Disponível em: < <http://www.brazil.ox.ac.uk/rolim48.pdf> >. Acesso em: 10 dez. 2005.

RUCKMAN, JR., P.S. **Federal Executive Clemency in the United States, 1934-1994: an Empirical Analysis**. Disponível em: < <http://ednet.rvc.cc.il.us/~PeterR/Papers/paper1.htm> >. Acesso em: 01 out. 2005a.

RUCKMAN, JR., P.S. *Federal Executive Clemency in United States, 1789-1995: A Preliminary Report*. Disponível em: < <http://ednet.rvc.cc.il.us/~PeterR/Papers/paper3.htm> >. Acesso em: 01 out. 2005b.

SHEEHY, E. Advancing Social Inclusion: The Implications for Criminal Law and Policy. **Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice**. v. 46. p. 23-73. Jan. 2004. Disponível em: < <http://www.periodicos.capes.gov.br> >. Acesso em 14 dez. 2005.

SANTANA, M. G. H.; GOMES, S. Representação Social e os canais de comunicação de Comunicação Científica. **Informação e Sociedade: Estudos**. v. 14, n.1, p. 1-22, 2004.

TEODORO, J.C. **Uma abordagem do Sistema Penitenciário de Pernambuco na Perspectiva do Indulto: Estudo Realizado**

KUEHNE, M. *Ata da 313ª reunião ordinária do CNPCP*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/Depen>>. Acesso em: 14 dez. 2005.

KUHN, T.S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Editora Perspectiva. 1975.

LEAL, J.J. A Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e a Proibição do Indulto Humanitário. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 12. Fasc. 147. Fev. 2005, p. 11-12. Disponível em: <<http://www.ibccrim.com.br>>. Acesso em: 08 dez. 2005.

MACAULAY, F. Political and Institutional Challenges of Reforming the Brazilian Prison System. University of Oxford Centre for Brazilian Studies. *Working Paper Series*. Disponível em: < <http://www.brazil.ox.ac.uk/workingpapers/Macaulay31.pdf> >. Acesso em: 02 dez. 2005.

MOSCOVICI, S. The phenomenon of social representations. In: *Social Representations*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.

MOSCOVICI, S. Notes Towards a description of social representations. *European Journal of Social Psychology*, v. 18, p. 211-250, 1988.

OLIVEIRA, E. Alternativas Penais no Mundo Globalizado. In: II Simpósio de Ciências Criminais, 8 a 10 de jun., 2005, Recife. *Palestras...* Recife: ESMAPE, 2005.

PEDROSO, R. S. *Utopias Penitenciárias*. Projetos jurídicos e realidade carcerária no Brasil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5300>>. Acesso em: 25 ago. 2005.

Propostas debatidas pelos participantes do VII Encontro Nacional de Execução Penal pelos membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e VIII Encontro Estadual de Magistrados de Execução Penal. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/noticias2.php?id=4365&tipo=f>>. Acesso em: 01 dez. 2005.

ROLIM, M. Prisão e Ideologia: Limites e Possibilidades para a Reforma Prisional no Brasil. *Centre for Brazilian Studies: University of Oxford*. Disponível em: < <http://www.brazil.ox.ac.uk/rolim48.pdf> >. Acesso em: 10 dez. 2005.

RUCKMAN, JR., P.S. *Federal Executive Clemency in the United States, 1934-1994: an Empirical Analysis*. Disponível em: < <http://ednet.rvc.cc.il.us/~PeterR/Papers/paper1.htm> >. Acesso em: 01 out. 2005a.

RUCKMAN, JR., P.S. *Federal Executive Clemency in United States, 1789-1995: A Preliminary Report*. Disponível em: < <http://ednet.rvc.cc.il.us/~PeterR/Papers/paper3.htm> >. Acesso em: 01 out. 2005b.

SHEEHY, E. Advancing Social Inclusion: The Implications for Criminal Law and Policy. *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*. v. 46. p. 23-73. Jan. 2004. Disponível em: < <http://www.periodicos.capes.gov.br> >. Acesso em 14 dez. 2005.

SANTANA, M. G. H.; GOMES, S. Representação Social e os canais de comunicação de Comunicação Científica. *Informação e Sociedade: Estudos*. v. 14, n.1, p. 1-22, 2004.

TEODORO, J.C. *Uma abordagem do Sistema Penitenciário de Pernambuco na Perspectiva do Indulto: Estudo Realizado*

na Comunidade do Tururu em Paulista, PE. Monografia de Curso de Graduação em Direito. UNIVERSO, Recife, 2005.

_____. O Indulto sob a Ótica da Teoria da Representação Social. *CETEC/Revista de Ciência, Empreendedorismo e Tecnologia*. v.1., n. 2., p. 39-46, 2006.

_____. As Complexidades Inerentes ao Processo de Ressocialização no Âmbito do Sistema Penitenciário de Pernambuco. In: IV Colóquio Internacional sobre Gestão Universitária na América do Sul, 8 a 10 de dez., 2004, Florianópolis. *Anais...* Argentina: Universidade Nacional de Mar Del Plata, 2004.

TRIVIÑOS, A. N. S. *Introdução à Pesquisa em Ciências Sociais: a pesquisa qualitativa em educação*. São Paulo: Atlas, 1987.

O NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO

Maria Carla de Góes Moutinho

Advogada. Pós-Graduada em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura De Pernambuco - Esmape

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO. 2 - TEORIAS SOBRE O NEXO DE CAUSALIDADE. 2.1 - Teoria da equivalência das condições. 2.2 - Teoria da causalidade adequada. 2.3 - Teoria do dano direto e imediato. 3 - APLICABILIDADE DO NEXO CAUSAL NOS JULGADOS DO STF. 4 - CONCLUSÃO. 5 - REFERÊNCIAS

1 - INTRODUÇÃO

Nenhuma ameaça ou lesão a direito ficará afastada da apreciação do Judiciário, é o que diz a Constituição Federal - CF, em seu artigo 5º, inciso XXXVI.

Na ordem jurídica positiva colhem-se ainda as seguintes regras: toda pessoa deve responder pelos danos que causar a outrem, seja em razão de conduta culposa, seja em razão do risco da atividade que normalmente desenvolve, e, a indenização deve ter a exata extensão do dano, nos termos do § 6º do artigo 37 da CF e artigos 186, 187, 927 e 944 estes últimos do Código Civil.

As regras constitucional e infraconstitucional mencionadas transmitem a idéia de que a ocorrência de dano deve ser prevenida e, quando impossível, a lesão verificada deve ser integralmente reparada, para restabelecer a 'paz social' quebrada pela ocorrência do fato lesivo.

A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público também é prevista na lei, mais especificamente, no já mencionado § 6º, do artigo 37 da CF e artigo 43 do CC, sem prejuízo de outras regras esparsas, a exemplo do CDC, artigos 6º, inciso X e 22.

A obrigação de indenizar de qualquer pessoa pressupõe a existência do dano, do fato lesivo, comissivo ou omissivo, e o nexo de causalidade entre ambos, além da inocorrência de causas excludentes.

Este trabalho tem por objetivo analisar a questão do nexo de causalidade na Responsabilidade Civil do Estado por conduta omissiva, notadamente, no caso de crime praticado por apenado foragido, questionando se o Estado tem ou não responsabilidade pela reparação.

A doutrina administrativista conceitua nexo causal como o fator que positivamente gera um resultado (MELLO, 2004, p. 897), pensamento semelhante a dos civilistas, para os quais, o nexo causal é a relação feita entre a conduta lesiva e o resultado danoso (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 71).

Várias correntes doutrinárias procuraram solucionar o problema da extensão da relação de causa e efeito, dentre as quais, destacam-se: a Teoria da Equivalência das Condições, a Teoria da Causalidade Adequada e a Teoria do Dano Direto e Imediato.

O objeto do trabalho é polêmico porque, a depender da corrente doutrinária adotada, o Estado responderá ou não pelos danos causados pelo seu custodiado foragido.

O estudo é dividido em duas seções. Na primeira se expõe, em resumo, as teorias já referidas. A segunda seção

destina-se a examinar o posicionamento do Supremo Tribunal no julgamento de dois Recursos Extraordinários - RE 369.820-6/RS e RE 136.247-2/RJ - que versam sobre a questão posta: responsabilidade do Estado pelos danos causados por seu custodiado foragido. Finalmente, encerra-se o trabalho com as conclusões sobre o tema.

2 - TEORIAS SOBRE O NEXO DE CAUSALIDADE

2.1 - Teoria da equivalência das condições

Também chamada de *Conditio sine qua non*, a Teoria da Equivalência das Condições foi adotada pelo Código Penal Brasileiro, e determina que todo evento que de alguma forma contribui para o resultado será causa dele.

Desta maneira, para esta doutrina, não se cogita diferenciar causa de condição já que ambas, uma vez influenciando para a realização de um resultado, serão tidas como causa do evento danoso. São, portanto, equivalentes (BRANDÃO, 2002, p. 41).

Para saber se um fato é causa de um determinado evento danoso, deve-se eliminá-lo mentalmente e verificar se uma vez retirado esse fato, o resultado permanece. Se a ausência do fato faz também desaparecer o resultado, significa dizer que tal fato é causa do resultado.

As críticas dirigidas a esta teoria são no sentido de que a busca da causa pode levar a uma regressão sem fim. Assim, se, por exemplo, um sujeito compra, de forma lícita, uma arma, mas com a finalidade ilícita de matar alguém, estarão presentes na cadeia causal não só o homicida, como o vendedor da arma (NUCCI, 2005, p. 242). Isto porque o delito não teria existido se não houvesse a comercialização da arma ou mesmo se não houvesse a fabricação da mesma, ainda que lícitamente.

Para evitar que inocentes sejam responsabilizados injustamente, a teoria passou a determinar que a cadeia causal seja interrompida no momento em que não haja mais dolo ou culpa por parte dos envolvidos na realização do resultado (GRECO, 2005, p. 244).

Nessa esteira de pensar, não haverá a responsabilidade do fabricante ou do comerciante da arma, pois a cadeia causal foi interrompida na medida em que ambos não agiram nem dolosamente, nem culposamente, exercendo tão somente seus ofícios de forma lícita.

2.2 – Teoria da causalidade adequada

Diversamente da Teoria da Equivalência das Condições, a Teoria da Causalidade Adequada faz a distinção entre causa e condição, definindo aquela como o antecedente necessário e adequado para a produção do resultado (CAVALIERI FILHO, 2006, p. 73). Já a condição é evento que – embora presente no fato – não interfere decisivamente para o acontecimento danoso.

A causa deve ser adequada porque, medianamente, isto é, segundo os padrões do homem médio comum e sem qualquer evento extraordinário ou fortuito, é capaz de produzir o efeito lesivo.

Sendo assim, através de um exame de probabilidade, busca-se perquirir qual dos fatos foi essencial para a ocorrência do dano. Elimina-se o que se apresenta como irrelevante para o episódio lesivo para, então, chegar-se ao principal fato causador do prejuízo sem o qual este não teria ocorrido.

Desta maneira, no exemplo já referido na seção antecedente, o vendedor e o comerciante da arma também não serão responsabilizados, pois suas condutas não foram aptas a dar causa ao evento danoso.

Na hipótese, a diferença desta teoria para a da Equivalência das Condições está na justificativa da não responsa-

bilização do comerciante e do fornecedor, posto que segundo a primeira teoria, a responsabilidade não existe por não haver ânimo de lesionar, nem dolosa nem culposamente, por parte dos mesmos.

Por outro lado, segundo a Teoria da Causalidade Adequada, a responsabilidade configura por ser hábil para gerar o resultado lesivo e não por existência do elemento subjetivo – dolo ou culpa.

Esta teoria falha pela incerteza, considerando que a busca do provável causador do dano pode gerar erros, pois a probabilidade caminha no sentido oposto da precisão, o que traz a possibilidade de injustiças na busca do responsável. Além disso, deixar ao juízo de cada um a valoração do que é ou não adequado a causar um dano traz insegurança ao sistema.

2.3 – Teoria do dano direto e imediato

Esta teoria é a apresentada pelo Código Civil Brasileiro, no artigo 403 (antigo 1.060, CC/16), e faz uma composição entre as teorias antecedentes para chegar a um posicionamento mais plausível no sentido de retirar os exageros inerentes àquelas.

Nessa esteira de pensar, a regressão fática em busca do responsável civil – oriunda da Teoria da Equivalência das Condições – fica restrita àqueles que contribuíram para o evento danoso, retirando o regresso *ad eternum* daquele posicionamento.

Por outro lado, a Teoria da Causalidade Adequada contribui para a formação desse posicionamento na medida em que torna imprescindível a adequação do fato às conseqüências danosas dele decorrentes.

A Teoria do Dano Direto e Imediato, no entanto, trouxe um acréscimo às demais teorias, pois é traduzida na idéia de *necessariedade*, isto é, só haverá causalidade se para a **existência** do dano for imprescindível determinado acontecimento fático.

É em razão disto que esta teoria é também chamada de Teoria da Interrupção do Nexo Causal, pois a ocorrência de qualquer causa estranha no desenrolar fático do acontecimento danoso interrompe o nexo de causalidade, afastando, assim, os danos remotos da reparação civil.

Assim, por exemplo, num acidente automobilístico devem ser recompostos os prejuízos materiais para a recuperação do bem lesado assim como as eventuais despesas geradas pela utilização de outros meios de transporte nos dias em que não se pode dispor daquele bem. Ficam de fora do montante da indenização, contudo, as eventuais perdas decorrentes de débitos que não puderam ser solvidos (RIZZARDO, 2005, p. 77).

Sendo assim, a recomposição dos efeitos danosos oriundos do ato lesivo ficará restrita aos efetivos prejuízos direta e imediatamente decorrentes daquele ato.

3 – APLICABILIDADE DO NEXO CAUSAL NOS JULGADOS DO STF

A aplicação prática das teorias já explanadas tem relevo quando para um mesmo acontecimento fático – *fuga de detendo de penitenciária com a posterior prática de novos delitos pelo foragido* – são dados desfechos diferentes em virtude do rompimento do nexo de causalidade.

No **Recurso Extraordinário 369820/RS** (STF, 2003) o Supremo Tribunal Federal – STF afastou a responsabilidade civil do estado em indenizar viúva cujo marido fora morto por detento foragido da prisão sob o fundamento de ter havido a ruptura do nexo causal. Vejamos a ementa da decisão proferida por aquela Colenda Corte:

RE 369820 / RS - EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS PÚBLICAS. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: LATROCÍNIO PRATICADO POR APENADO FUGITIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: FALTA DO SERVIÇO. C.F., art. 37, § 6º. I. – Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa esta numa de suas três vertentes, a negligência, a imperícia ou a imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a falta do serviço. II. – **A falta do serviço - faute du service dos franceses - não dispensa o requisito da causalidade, vale dizer, do nexo de causalidade entre a ação omissiva atribuída ao poder público e o dano causado a terceiro.** III. – **Latrocínio praticado por quadrilha da qual participava um apenado que fugira da prisão tempos antes: neste caso, não há falar em nexo de causalidade entre a fuga do apenado e o latrocínio.** Precedentes do STF: RE 172.025/RJ, Ministro Ilmar Galvão, “D.J.” de 19.12.96; RE 130.764/PR, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143/270. IV

O rompimento da causalidade neste julgado foi justificado – segundo o entendimento unânime da Segunda Turma do STF – em virtude da fuga do detento ter ocorrido quatro meses antes da prática do delito. Neste interstício, o foragido teve oportunidade de juntar-se a outros criminosos e praticar o delito.

No entender dos doutos julgadores, o dano decorreu de uma ação do delinqüente e não de uma conduta omissiva do poder público, aplicando-se ao caso a Teoria do Dano Direto e Imediato.

Se, diversamente, fossem aplicadas as Teorias da Equivalência das Condições ou da Causalidade Adequada, a conduta omissiva do estado teria contribuído para o evento danoso seja por ter sido causa dele seja por ser apta a produzir o resultado lesivo. Consequentemente, para estas teorias, o Poder Público seria responsabilizado civilmente pelos prejuízos suportados pela viúva demandante.

Ressalte-se, por oportuno, que os precedentes citados ao final da ementa do julgado em exame (RE 172.025/RJ e RE 130.764/PR) são no mesmo sentido desta decisão e foram proferidos pela Primeira Turma do STF, que comunga, unanimemente, do mesmo pensamento aqui esposado pela Segunda Turma.

Já na apreciação de outro Recurso Extraordinário, os ministros da Primeira Turma do STF, no RE 136247 / RJ (STF, 2000), em votação unânime, não afastaram a responsabilidade civil do poder estatal sob a justificativa de que, diferentemente do que ocorreu no outro julgado, o crime praticado pelo delinqüente foragido decorreu *direta e imediatamente* de sua fuga.

Neste caso, era do conhecimento do Estado que o criminoso planejava vingar-se dos supostos responsáveis por sua prisão, tendo o mesmo fugido com o objetivo de matá-los. Se não, vejamos:

RE 136247 / RJ - EMENTA: Responsabilidade civil do Estado: fuga de preso - atribuída à **incúria da guarda que o acompanhava ao consultório odontológico fora da prisão - preordenada ao assassinio de desafetos a quem atribuía a sua condenação**, na busca dos quais, no estabelecimento industrial de que fora empregado, veio a matar o vigia, marido e pai dos autores: **indenização deferida** sem ofensa do art. 37, § 6º, da Constituição.

Não houve, na hipótese, nenhuma intercorrência capaz de interromper o nexo de causalidade posto que a conduta lesiva decorreu única e exclusivamente da fuga do apenado, nos moldes da Teoria do Dano Direto e Imediato.

O mesmo ocorre quando o fugitivo pratica crime visando garantir sua fuga como, por exemplo, rouba um carro nas redondezas do presídio para deixar rapidamente o local ou faz pessoa inocente de refém para não ser capturado pela polícia enquanto escapa da localidade.

Se, por outro lado, fossem utilizadas as outras teorias (Equivalência das Condições ou Causalidade Adequada), a consequência prática seria a mesma posto que o Estado não estaria isento de sua responsabilidade civil por omissão pelos danos causados por um detendo que deveria estar sob seus cuidados.

4 - CONCLUSÃO

A compreensão das sobre as teorias do nexo de causalidade é de extrema importância tendo em vista que, dependendo da teoria a ser aplicada ao caso concreto e a extensão a ela atribuída, as consequências práticas são diversas, podendo ou não o Estado ser responsabilizado diante de sua omissão.

Neste trabalho, por meio de um estudo doutrinário e casuístico, buscou-se mostrar que, ainda que se aplique a mesma fonte teórica soluções diversas podem ser alcançadas para situações fáticas semelhantes.

À luz da jurisprudência da Suprema Corte, o tempo entre a fuga do custodiado e a prática da sua conduta lesiva é o principal elemento fático para determinar a responsabilidade do Estado pela reparação dos danos provocados pelo foragido.

No primeiro julgado, o foragido praticou o fato lesivo quatro meses após a sua fuga e, fundamentalmente, por esta razão, o Estado não foi responsabilizado. Na segunda decisão, a prática delituosa se verificou imediatamente após a fuga do custodiado, que era transportado pelos agentes de segurança do Estado para se submeter a tratamento médico.

As jurisprudências citadas revelam a vocação civilista da Corte, bem como, a leitura individualista do fato jurídico sobre o qual a regra legal incide. O pensamento é típico daquele vigorante no final do Século XIX e início do Século XX, de inspiração liberal, quando as relações jurídicas eram individualmente examinadas, não se levando em consideração a realidade sócio-econômica que a circundava.

Sem prejuízo da adoção da Teoria do Dano Direto e Imediato, prevista no artigo 403 do CC, aspectos fáticos juridicamente relevantes poderiam ser levados em consideração no momento de decidir a questão conflituosa, de modo a ampliar a responsabilização do Estado.

A irresponsabilidade do Estado, reconhecida pela Suprema Corte no primeiro caso, deixa sem resposta algumas indagações como: - A ordem jurídica reconhece ou não a obrigação do Estado de garantir a segurança de todos? - É dever ou não do Estado manter em cárcere os condenados por sentença transitada em julgado e executar adequadamente as penas impostas? - É legítima ou não a expectativa do administrado de que os condenados permaneçam presos até que a pena seja

cumprida nos limites da lei? - É justo deixar que a vítima de dano praticado por criminoso foragido busque o ressarcimento através da constrição do patrimônio de seu algoz, sabidamente incapaz de garantir o pagamento da indenização, segundo as regras de experiência comum? - O não ressarcimento do dano atende ou não à vontade do constituinte e do legislador ordinário? - A irresponsabilidade reconhecida pela decisão restabelece a paz social pelos danos causados pelo foragido? - A solidariedade é ou não objetivo da República?

Com as respeitadas vênias, a visão privatista e individualista adotada pela Corte, olvidando-se dos temperamentos publicistas de inspiração social frustra o ideal de justiça almejado pela sociedade.

Os novos parâmetros da Responsabilidade Civil, aqui considerada em sentido amplo, para incluir aquela de natureza contratual, autorizam mitigar o rigor dos elementos normativos previstos no artigo 403 do CC, especialmente a contemporaneidade do dano em relação à conduta.

Dentre outros parâmetros interpretativos, a boa-fé é baliza trazida no novel civil não prevista no código de 1916, segundo ela, o interprete deve ter em vista as expectativas legítimas dos sujeitos de direito.

Neste sentido, o artigo 113 determina que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. A regra, de aplicação geral, leva em conta os sujeitos de direito dentro de um contexto social e não mais individualmente considerados.

Ainda no plano das obrigações, a liberdade de contratar rende-se aos limites da função social dos contratos, devendo os contratantes guardar respeito aos princípios de probidade e boa-fé, desde a formação até execução do vínculo obrigacional, nos termos dos artigos 421 e 422 do CC.

Nas relações de direito real, a função social da Propriedade também é fator que permeia o direito dos sujeitos.

Nas obrigações sem lastro contratual não é diferente. O Código Civil vigente, no artigo 187, considera ilícito o ato praticado com abuso, assim considerado aquele cometido manifestamente fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A realidade fática e os novos parâmetros legais referidos impõem uma releitura do disposto no artigo 403 do CC. A conduta dos sujeitos de direito, inclusive do Estado, deve ser vista segundo a *boa-fé objetiva* e seu fim social. A leitura do artigo 1.060 do CC/16, correspondente ao artigo 403 em exame, feita pela Suprema Corte é a mesma dos exegetas do Século XIX, o que efetivamente não corresponde à realidade atual, nem tampouco às inovações trazidas pela Lei 10.406/02, todas de inspiração social.

É público e notório o descaso do Estado para com o sistema de segurança pública, notadamente no que tange ao sistema penitenciário de todos os estados da federação. Esta situação frustra a legítima expectativa dos administrados quanto ao papel do Estado e, como tal, não se coaduna com a boa-fé.

Por outro lado, a interpretação restritíssima dada pelo STF aos elementos normativos '*direta*' e '*imediatamente*', previstos no artigo 403 do CC, leva a situações de irresponsabilidade do Estado, sem levar em consideração o seu papel social e suas obrigações legais.

A ampliação da Responsabilidade do Estado nas situações examinadas alinha-se com o fundamento do respeito à dignidade da pessoa humana e objetivo de se construir uma sociedade justa e solidária, estampados na Constituição Federal.

Os custos indenizatórios suportados pelo Estado, fruto da interpretação sugerida, é rateado por todos os cidadãos. Tal aspecto é pedagógico, exigindo-se dos governantes um maior cuidado na condução das diversas políticas públicas, inclusive as de segurança.

Não se pode permitir que a vítima suporte sozinha os ônus decorrentes dos descumprimentos dos deveres sociais por parte do Estado, mas socializar o referido ônus, dividindo os custos pela coletividade aqui representada pelo Poder Público.

Não se quer com isto dizer que o Estado se coloque diante da sociedade como um segurador universal, contudo, não se revela razoável permitir que o mesmo fique absolutamente desobrigado de indenizar pelos danos praticados por criminoso foragido após 120 dias da fuga. Isto significa dizer que a recaptura não é urgente, na medida em que não lhe trará ônus, exceto os de natureza política para os governantes.

O entendimento da Suprema Corte no primeiro julgado é no sentido de que o dano experimentado pela vítima é fato exclusivo de terceiro, considerando juridicamente irrelevante as falhas do Poder Público, com o que não se concorda.

5 - REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. **Da Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 2

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 369820 / RS**. Órgão Julgador: Segunda Turma. Ministro Relator: Carlos Velloso. DJ de 27.02.2004. Disponível em: http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=RE&processo=369820&origem=IT&cod_classe=437.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 136247 / RJ**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. DJ de 26.06.2000. Disponível em: http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/It/frame.asp?classe=RE&processo=136247&origem=IT&cod_classe=437

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A Responsabilidade Civil do Estado por conduta omissiva. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre: v. 31. n. 94. p. 137-168, jun.2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DIREITO CONSTITUCIONAL MILITAR. EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário) NAS JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS

Ney Rodrigo Lima Ribeiro

Bacharel em Direito. Capitão Polícia Militar de Pernambuco. Especialista em Formação de Educadores (UFRPE). Pós-Graduado em Gestão Governamental e em Administração Pública Estadual (Universidade de Pernambuco - UPE/FCAP). Professor de Direito Penal Militar e Penal Comum - Parte Especial da Academia de Polícia Militar do Paudalho (Ensino Superior). Pós-Graduando em Direito Público (Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMape)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 NAS JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS. 2 – CONCLUSÃO. 3 – REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

À partida, convém ressaltar que a escolha do tema em relevo deu-se em razão da atualidade e, sobretudo, em virtude da escassez de doutrina a respeito do assunto, vez que pouquíssimos operadores do direito se dedicam ao Direito

Militar, pelo que meu propósito é abordar de forma clara os efeitos da Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Poder Judiciário) nas Justiças Militares Estaduais, evidentemente sem o propósito de esgotar o tema.

A Justiça Militar brasileira é *sui generis*, englobando duas espécies distintas, a Justiça Militar da União e a Justiça Militar Estadual.

Destarte, não é despidendo anotar que o conceito de crime militar surgiu na Roma Antiga, com o Digesto, no Livro LXIX, De *Militaris*, afirmando que “*propruim militare est delictum quod quid est miles admittit*”¹. Assim, crime militar vem a ser o ato que ofende ou ameaça bem jurídico de âmbito militar, porquanto deve ter dois elementos: a qualidade de militar do agente ou a natureza do fato jurídico.

No entanto, pontifica Agassiz Almeida Filho² que a Justiça Militar Estadual surgiu no direito constitucional brasileiro com a promulgação da Constituição de 1946, especificamente no seu art. 124, inciso XII, *verbis*³:

Art. 124. Os Estados organizarão a sua justiça com observância dos artigos 95 a 97 e também dos seguintes princípios:

I a XI – Omissis;

XII – A Justiça Militar Estadual, organizada com observância dos preceitos gerais da lei federal (art. 5º, nº XV, letra f), terá como órgãos de primeira instância os conselho de justiça e como órgão de segunda instância um tribunal especial ou Tribunal de Justiça.

¹ COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. *Constituição Federal anotada e explicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 328

² AGRA, Walber de Moura (Coord.) *Comentários à reforma do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 282.

³ BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições Brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. v. V, p. 95

Prossegue o retro Mestre esclarecendo que a Justiça Militar Estadual apareceu ao lado da Polícia Militar como mecanismo judiciário para o julgamento das condutas de seus integrantes, ganhando espaço durante os regimes de exceções por causa da ampliação de sua competência privativa. Entretanto, durante a ditadura militar de 1964, por exemplo, à Justiça Militar cabia julgar os crimes contra a Segurança Nacional, que eram usados como um dos principais mecanismos de coerção social por parte do regime militar. Não obstante, frise-se, a ordem constitucional inaugurada em 1988 manteve a justiça militar como parte da estrutura do Poder Judiciário, dando continuidade aos lineamentos gerais do regime anterior no que concerne à sua estruturação fundamental.

Pois bem. Ingressou no mundo jurídico o que se convencionou denominar de Reforma do Judiciário. Apesar de críticas diversas, foi apresentada ao povo como o remédio para a lentidão da Justiça.

Eis as novidades da Emenda Constitucional nº 45 às Justiças Militares Estaduais, *ipsis litteris*:

Art. 125.

§ 3º. A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Ora, no contesto supratransportado, diante de meia reforma concluída, vez que não fora afetada a Justiça Militar da União e, como no meio do joio sempre se consegue encontrar grãos de trigo, a denominada reforma do judiciário, no que pese doze conturbados anos, repletos de discussões em todos os segmentos, trouxe algo de positivo no que tange às modificações feitas na Justiça Militar Estadual, razão pela qual passarei doravante abordar suas principais mudanças e efeitos.

1 - EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004 NAS JUSTIÇAS MILITARES ESTADUAIS

A primeira mudança substancial operada pela Reforma foi no seu § 3º, alterando a referência para a criação do Tribunal de Justiça Militar, com relação ao efetivo de cada Corporação, apontado agora como *efetivo militar*, para entender-se considerado neste, inclusive, os integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares, isto é, superior a 20 (vinte) mil integrantes, mantendo, todavia, a competência do tribunal competente para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, como também incluiu dentre os órgãos judiciários constitucionais da Justiça Militar Estadual, o **então Juiz Auditor, que passou a denominar-se Juiz de Direito**.

No magistério do Professor José Afonso da Silva⁴, é facultado à lei estadual criar Justiça Militar, por proposta do

⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 591.

Tribunal de Justiça, composta de órgãos de primeiro grau e órgãos do segundo grau. Em conformidade com a Reforma Constitucional, são órgãos judiciários de 1ª instância da Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal, o Juiz de Direito, titular do Juízo Militar estadual, e os Conselhos de Justiça. Quanto aos Juizes-Auditores Federais, frise-se, nada foi mudado, permanecem como órgão da Justiça Militar Federal a nível de Lei ordinária (art. 1º, IV, da Lei nº 8.457/92 - Lei de Organização Judiciária Militar) e da Lei Complementar (art. 7º, da LC nº 35/79 - Lei Orgânica da Magistratura Nacional).

Aduz Alexandre de Moraes⁵ que a Emenda Constitucional nº 45 estabeleceu competências diversas à primeira instância da Justiça Militar Estadual. Dessa forma, determinou competir aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de justiça sob a presidência de Juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. Logo, o Juiz-Auditor Militar Estadual, titular do Juízo Militar, passou, repito, a denominar-se Juiz de Direito, exercendo a Presidência dos Conselhos de Justiça.

Por oportuno, impende-me transcrever a seguir o pensamento de José Afonso da Silva⁶ sobre o denominado Juiz de direito do juízo militar introduzido pela EC nº 45, senão vejamos:

...Não se pode deixar de passar sem uma observação crítica o surgimento desses chamados juízes de direito do juízo militar, que constitui um retrocesso em oposição às disposições da Lei

⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 532.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 591.

nº 9.299/96, que, modificando o Código Penal Militar, submeteu os crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, à competência da Justiça Comum. Ora, esses juízes do Juízo militar, conquanto sejam civis, ficam vinculados a uma estrutura de caráter militar, quando o que se postulou sempre foi que os crimes contra a vida praticados por militar sejam de competência da Justiça Criminal Comum...

Releva anotar que apenas os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, possuem Tribunal de Justiça Militar, ou seja, a 2ª instância da Justiça Militar Estadual.

Nos demais Estados, contudo, a competência do Juízo Militar Estadual em matéria penal militar permaneceu inalterada com a Emenda Constitucional nuper citada. Dessa forma, compete à Justiça Militar estadual de 1ª instância processar e julgar policial militar e bombeiro militar nos crimes militares definidos em Lei, isto é, no Código Penal Militar, sendo a 2ª instância o Tribunal de Justiça respectivo, ressalvado a competência do Tribunal do Júri, nos crimes dolosos contra a vida, quando a vítima for civil, portanto, convém anotar que esta já constava do parágrafo único, do Art. 9º, do CPM, com o advento da Lei nº 9.299/96.

E mais. Mesmo o Supremo Tribunal Federal tendo declarado a constitucionalidade da Lei nº 9.299/96, que acrescentou o parágrafo único ao art. 9º do Código Penal Militar, agora não nos resta a menor dúvida que os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, e praticados contra civis, é, incontestemente de competência do Tribunal do Júri.

Assaz elucidativo que o STF mesmo antes do advento da Lei Federal supra, tem firmado entendimento de que “qualquer tentativa de submeter os réus civis a procedimentos penais persecutórios perante órgãos da Justiça Militar Estadual representa, no contexto de nosso sistema jurídico, clara violação ao princípio cons-

titucional do juiz natural (CF, art.5º, LIII)” (STF, HC 70604/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, decisão: 10-5-1994)⁷.

A Reforma, no entanto, segundo Agassiz Filho⁸, alterou o texto do § 4º do art. 125 com a finalidade de unificar a designação dos Corpos Militares dos Estados-Membros, de ressaltar a previsão de punição judicial para atos disciplinares praticado no âmbito das Forças Militares e de constitucionalizar as alterações operadas pela Lei nº 9.299/96, que extinguiu a competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis.

A modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 refere-se à competência interna do Juízo Militar (competência interna do Juízo Militar bipartida), repartida entre os dois órgãos judicantes de 1ª instância: o **Juiz de Direito e os Conselhos de Justiça**. No § 5º, do art. 125, acrescentado à Constituição pela referida Reforma, vem definida a competência constitucional dos Conselhos de Justiça e a competência singular do Juiz de Direito.

Ao Juiz de Direito compete processar e julgar, **singularmente**, os crimes militares definidos no Código Penal Militar, cometidos por policial militar e bombeiro militar contra civil. Além dessa competência exclusiva, o Juiz de Direito integrará os Conselhos, na condição de Presidente e, também, de Relator de todos os processos submetidos ao Conselho. Como Relator, o Juiz de Direito, como acontecia com o Juiz-Auditor, tem poderes de instrução, de disciplina, de impulsão, além da competência para a prática de atos decisórios em procedimentos cautelares que recaem sobre a coisa (arts. 199 a 219 do CPPM), além de outros.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1080.

⁸ AGRA, Walber. *Op.cit.*, p. 283.

nº 9.299/96, que, modificando o Código Penal Militar, submeteu os crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, à competência da Justiça Comum. Ora, esses juízes do juízo militar, conquanto sejam civis, ficam vinculados a uma estrutura de caráter militar, quando o que se postulou sempre foi que os crimes contra a vida praticados por militar sejam de competência da Justiça Criminal Comum...

Releva anotar que apenas os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, possuem Tribunal de Justiça Militar, ou seja, a 2ª instância da Justiça Militar Estadual.

Nos demais Estados, contudo, a competência do Juízo Militar Estadual em matéria penal militar permaneceu inalterada com a Emenda Constitucional nuper citada. Dessa forma, compete à Justiça Militar estadual de 1ª instância processar e julgar policial militar e bombeiro militar nos crimes militares definidos em Lei, isto é, no Código Penal Militar, sendo a 2ª instância o Tribunal de Justiça respectivo, ressalvado a competência do Tribunal do Júri, nos crimes dolosos contra a vida, quando a vítima for civil, portanto, convém anotar que esta já constava do parágrafo único, do Art. 9º, do CPM, com o advento da Lei nº 9.299/96.

E mais. Mesmo o Supremo Tribunal Federal tendo declarado a constitucionalidade da Lei nº 9.299/96, que acrescentou o parágrafo único ao art. 9º do Código Penal Militar, agora não nos resta a menor dúvida que os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, e praticados contra civis, é, incontestemente de competência do Tribunal do Júri.

Assaz elucidativo que o STF mesmo antes do advento da Lei Federal supra, tem firmado entendimento de que “qualquer tentativa de submeter os réus civis a procedimentos penais persecutórios perante órgãos da Justiça Militar Estadual representa, no contexto de nosso sistema jurídico, clara violação ao princípio cons-

titucional do juiz natural (CF, art.5º, LIII)” (STF, HC 70604/SP, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, decisão: 10-5-1994)⁷.

A Reforma, no entanto, segundo Agassiz Filho⁸, alterou o texto do § 4º do art. 125 com a finalidade de unificar a designação dos Corpos Militares dos Estados-Membros, de ressaltar a previsão de punição judicial para atos disciplinares praticado no âmbito das Forças Militares e de constitucionalizar as alterações operadas pela Lei nº 9.299/96, que extinguiu a competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis.

A modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45 refere-se à competência interna do Juízo Militar (competência interna do Juízo Militar bipartida), repartida entre os dois órgãos judicantes de 1ª instância: o **Juiz de Direito e os Conselhos de Justiça**. No § 5º, do art. 125, acrescentado à Constituição pela referida Reforma, vem definida a competência constitucional dos Conselhos de Justiça e a competência singular do Juiz de Direito.

Ao Juiz de Direito compete processar e julgar, **singularmente**, os crimes militares definidos no Código Penal Militar, cometidos por policial militar e bombeiro militar contra civil. Além dessa competência exclusiva, o Juiz de Direito integrará os Conselhos, na condição de Presidente e, também, de Relator de todos os processos submetidos ao Conselho. Como Relator, o Juiz de Direito, como acontecia com o Juiz-Auditor, tem poderes de instrução, de disciplina, de impulsão, além da competência para a prática de atos decisórios em procedimentos cautelares que recaem sobre a coisa (arts. 199 a 219 do CPPM), além de outros.

⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1080.

⁸ AGRA, Walber. *Op.cit.*, p. 283.

Ao que parece, a Emenda, ao excluir os crimes praticados contra civis da apreciação dos Conselhos de Justiça, aparentemente quis afastar a participação dos juizes militares dos casos em que houver interesse maior do particular na apuração do fato criminoso, evitando, também, qualquer corporativismo.

Não obstante, como foram instituídos pela Emenda Constitucional nº 45 dois órgãos de 1ª instância da Justiça Militar Estadual, faz-se necessário esclarecer o seguinte: por primeiro, serão diversos os procedimentos adotados nos processos de suas respectivas competências; por segundo, os Conselhos de Justiça, como já acontecia, continuarão observando os procedimentos constantes do Código de Processo Penal Militar; por terceiro, nos processos da competência singular do Juiz de Direito do Juiz Militar será adotado o procedimento comum ou ordinário, nos crimes a que for cominada pena de reclusão, e o procedimento sumário, nos crimes a que não for cominada, ainda que alternativamente, pena de reclusão, ambos previstos no Código de Processo Penal comum (arts. 394 a 405 e 498 a 502, 538 e 539, do CPP); e, por quarto, a Emenda constitucional defere aos Conselhos de Justiça a competência para processar e julgar o militar estadual, nos crimes militares definidos no CPM, praticados contra outro Militar estadual (policia e bombeiro militares), seja da mesma ou de outra unidade federativa.

A guisa de ilustração, insta oportunizar breve distinção entre os Conselhos Permanente e Especial de Justiça. De logo, se o acusado for **praça**, a competência será do Conselho **Permanente** de Justiça, se for oficial, a competência será do Conselho **Especial** de Justiça. O Conselho **Permanente** é composto pelo Juiz de Direito, Presidente do Conselho, 1 (um) oficial superior e 3 (três) oficiais até o posto de capitão. O fato de a presidência do Conselho ter sido deferida ao Juiz de Direito, não dispensa o oficial superior na composição do Conselho

Permanente; enquanto que o Conselho **Especial** é composto pelo Juiz de Direito, presidente do Conselho, e 4 (quatro) oficiais de posto mais elevado que o do acusado. Na falta de oficial de maior posto, prevalece a antiguidade dentre os oficiais de igual posto. Assim, sobreleva frisar que os Conselhos funcionam com a maioria de seus membros, isto é, 3 (três) membros, sendo indispensável a presença do Juiz de Direito, Presidente do Conselho. Na sessão de julgamento, os Conselhos funcionarão com a presença de todos os seus membros, sem exceção. Dessa forma, a presença do oficial superior para constituir a maioria era indispensável, quando ele exercia a Presidência do Conselho.

Volto ao tema. A Emenda Constitucional multicitada afirmara que compete ao Juiz de Direito processar e julgar o militar estadual que praticar crime militar contra o civil. Dessarte, depreende-se que os fatos delituosos somente serão crimes militares praticados por militares estadual contra civil, se forem atendidos os pressupostos do art. 9º, inciso II, alíneas "b", "c" e "d", da Lei Substantiva Penal Militar (CPM), isto é, crime cometido em local sob a administração militar ou praticado por militar estadual em serviço. Nesta trilha de idéias vejamos algumas hipóteses: homicídio culposo (art. 206, do CPM); lesão corporal (art. 209 e 210, do CPM); constrangimento ilegal (art. 222, do CPM); ameaça (art. 223, do CPM); seqüestro ou cárcere privado (art. 225, do CPM); furto (art. 240, do CPM); dentre outros.

Nos Estados em que a 2ª instância da Justiça Militar é exercida pelo Tribunal de Justiça Militar, reitero, São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, o Juiz de Direito continuará integrando a carreira da magistratura da Justiça Militar estadual, cujo cargo inicial é de Juiz de Direito Substituto da Justiça Militar, seguindo-se o cargo de Juiz de Direito da Justiça Militar que concorrerá às vagas de magistrado no Tribunal de Justiça Militar. Ademais, nos Estados em que o Tribu-

nal de Justiça é órgão de 2ª instância da Justiça Militar, os atuais ocupantes do cargo isolado de Juiz-Auditor passarão a integrar a carreira da magistratura estadual como Juizes de Direito, concorrendo às vagas reservadas a magistrados no respectivo Tribunal de Justiça. As futuras titularidades do Juízo Militar serão ocupadas por Juizes de Direito da carreira da magistratura estadual da entrância da Capital do Estado.

A segunda alteração do texto constitucional, certamente a mais polêmica e que surtirá inúmeras interpretações, diz respeito à ampliação da competência do Foro Castrense, conferindo a este a apreciação das ações judiciais contra atos disciplinares. Assim, entendo, data vênica, que esta foi a maior mudança, mormente pelo rompimento de uma tradição que vem desde o nascimento da Justiça Militar brasileira, inclusive proporcionará a diminuição do volume de processos nas Varas de Fazenda Pública Estaduais, com ampliação da competência do Juízo Militar para conhecer de ações judiciais contra atos disciplinares militares.

De mais a mais, dita inovação trouxe significativa responsabilidade a Justiça Militar Estadual, porquanto a aproximação deste ramo da área cível somente ocorria eventualmente em percalços processuais, como nos casos de medidas preventivas e assecuratórias previstas no Código de Processo Penal Militar (seqüestro, hipoteca legal, arresto...), e questões prejudiciais (art. 122 e seguintes do CPPM), casos em que, até mesmo, dependendo da relevância e complexidade, declinaria da competência para que fosse solucionada a matéria no juízo cível. Agora, diante do novo contexto, nos casos em que a ação, mesmo não possuindo caráter penal, deverá emanar seu juízo, entregando a prestação jurisdicional almejado pelo litigante, valendo-se, por óbvio, da legislação processual atinente, ou seja, a legislação processual civil.

Neste aspecto, entretanto, num primeiro momento, merece destaque a observação no sentido de que os atos militares a serem apreciados devem ser somente aqueles possuidores de caráter "disciplinar", ou seja, aqueles que trazem em seu bojo a concepção de uma "punição", como advertência, repreensão, detenção, prisão, suspensão, licenciamento e exclusão a bem da disciplina, resultantes de processos administrativos disciplinares ou sindicâncias movidos em decorrência de falta cometida pelo servidor militar, não obstante ainda eventual submissão a Conselho de Disciplina ou de Justificação.

Mas a questão ainda não se esgota de maneira tão singela, posto que haverá ações em que o controle jurisdicional não deverá cingir-se tão somente ao ato atacado, mas também apreciar seus reflexos, como no caso de eventual punição de exclusão, onde se busca, além da cassação da decisão tida como ilegal, a reintegração do servidor, promoção em ressarcimento de preterição, percepção de vencimentos atrasados, etc. Nestes casos, parece que ainda assim a ação, em sua totalidade, deve ser apreciada na Justiça Castrense, posto que a causa de pedir é a mesma e o Código de Processo Civil admite tal cumulação de pedidos (art. 292, do CPC). Daí, salta a evidência que seria injusto exigir que a parte ajuíze ação na Justiça Castrense visando combater ato de disciplina e, ao mesmo tempo, ingresse com outra no Juízo Cível Comum visando ser ressarcido de eventuais danos arcados em decorrência do ato recorrido.

Adotando uma interpretação histórica, ao meu sentir, o objetivo do Poder Constituinte Derivado com a reforma empreendida foi facilitar o acesso à Justiça e combater a morosidade, escopos que não se coadunam com interpretação que, neste aspecto, restrinja a nova competência das Justiças Militares estaduais.

Indubitável, pois, que na nova competência deverão ser admitidas e utilizadas as ferramentas processuais pertinentes e

postas à disposição do jurisdicionado no que tange às ações cíveis eventualmente propostas, como os institutos do mandado de segurança, tutela antecipada, etc;

Destaco, também, que neste ponto os Tribunais Estaduais não terão maiores dificuldades de adaptação, com exceção dos 03 (três) Tribunais Militares supracitados (SP, MG e RS), posto que já atuam neste campo, ao contrário destes que não operam em processo deste jaez.

Outrossim, pela novel dicção do § 5º, do art. 125, da Lex Fundamentalís, a competência para apreciação, regra geral será do juízo de direito monocrático da justiça estadual castrense e, residual a que cabe aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça, permanecendo vigente a possibilidade de cisão do processo quando ocorrer casos de concurso de crimes de competência da Justiça Comum e Militar (art. 79, inciso I, do CPP e Súmula nº 90, do STJ).

2 - CONCLUSÃO

Analisando cuidadosamente Emenda Constitucional sob examine, concludo, em síntese, que houve basicamente no texto constitucional anterior as alterações a saber: a inclusão da figura do Juiz de Direito como órgão das Justiças Militares estaduais, ao lado dos já consagrados Conselhos Especial e Permanente de Justiça, ou seja, *ex-Juiz-Auditor*, que passa a ser o Presidente dos Conselhos de Justiça, em detrimento dos Oficiais Superiores da Corporação, rompendo uma tradição que vem desde o nascimento da Justiça Militar brasileira, que ocorreu com a vinda de D. João VII ao Brasil e a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça (*atual Superior Tribunal Militar*), em 1º de abril de 1808; a ampliação da competência da Justiça Militar para o julgamento das ações contra atos disciplinares militares; a expressa ressalva da competência do Tribunal do Júri quando a vítima for

civil⁹; e a inovação da competência exclusiva do Juiz de Direito para, singularmente, apreciar os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais movidas contra atos disciplinares militares. Assim, houve substancial alteração na redação do art. 125, em especial nos seus §§ 3º, 4º e 5º, da Carta de Outubro.

O abuso indisciplinado na utilização de Emendas à Constituição, no momento, conduz à completa pulverização da Carta da República, valendo menos que uma lei ordinária ou simples decreto, por sua banalização, intensidade e volúpia com que é modificada, ou, como proclama o insigne jurista, Ministro Humberto Gomes de Barros, a constituição brasileira não é nem rígida, nem elástica, ela foge ao modelo tradicional. Tampouco guarda semelhança com a lei fundamental do Reino Unido; ela é gelatinosa, pois toma a forma que lhe empresta o poderoso do momento" (Leon Frejda Szklarowsky, Emenda Constitucional, Carta ao Leitor, revista CONSULEX, nº 175, Brasília, 30.04.2004, p. 4)¹⁰.

A ressalva da competência dos crimes dolosos contra a vida põe fim à controvérsia sobre a Lei nº 9.299/96, tida por muitos, como inconstitucional já que operou por lei ordinária o deslocamento da competência fixada pela Constituição Federal.

Vislumbra-se, pois, que nos processos de crime militar praticados contra civis, o julgamento forçosamente deixará de ser oral e solene, o que será mantido apenas em relação àqueles crimes de competência dos Conselhos de Justiça. Vê-se, de forma reflexiva, já que o *busílis* inicial e injusto era extinguir a Justiça Militar Estadual. Dentro deste encarte, a Emenda Constitucional nº 45 acabou descaracterizando-a em seus as-

⁹ COSTA, Nelson Nery ; ALVES, Geraldo Magela. *Constituição Federal anotada e explicada*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 332.

¹⁰ ASSIS, Jorge César de. *A Reforma do Poder Judiciário e a Justiça Militar*. Revista Consulex, n. 194; 2005, p. 44.

pectos intrínsecos, como a permanente solenidade, corolário das vigas-mestras hierarquia e disciplina, e a celeridade peculiar dos seus procedimentos, distinguindo-se significativamente da justiça criminal comum, pelo que se tornará mais morosa, haja vista a nova competência da Justiça Estadual Castrense para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Resta dizer, por fim, no que pese algumas críticas construtivas, a Emenda Constitucional nº 45 trouxe importantes alterações à Justiça Militar estadual, sobretudo, fortaleceu ainda mais esta nobre Justiça Castrense, exigindo, por conseguinte, dos seus dignos operadores atualização no âmbito dos Direitos Administrativo, Civil e Processual Civil.

3 - REFERÊNCIAS

a) Livros

AGRA, Walber de (Coord.). **Comentários à reforma do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BALEEIRO, Aliomar ; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições Brasileiras : 1946**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, v. V.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Nelson Nery ; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 2. ed. Atualizada, Brasília : Jurídica, 2004.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 2001.

MIGUEL, Cláudio Amin. **Elementos de Direito Penal Militar - Parte Geral**. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005.

_____. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro : Lumen Júris, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal - Teoria, Crítica e Práxis**. 3. ed. rer. ampl. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

b) Revista

ASSIS, Jorge César de. **A Reforma do Poder Judiciário e a Justiça Militar**. Revista Consulex, n. 194, 2005.

SUCESSÃO DO COMPANHEIRO E SUA PARTICIPAÇÃO NA LEGÍTIMA

Tânia d'Able Rocha de Torres Bandeira
Bacharela em Direito pela Universidade
Católica de Pernambuco. Servidora do
Tribunal de Justiça de Pernambuco. Pós-
graduada em Direito Processual Civil pela
Faculdade Maurício de Nassau.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – SURGIMENTO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 1.1 – Direitos sucessórios na união estável de acordo com a Lei nº 8.971/94. 1.2 – Ampliação dos direitos sucessórios através da Lei nº 9.278/96. 2 – O NOVO CÓDIGO CIVIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO. 2.1 – Equiparação do companheiro ao cônjuge na vigência do Código Civil de 1916. 2.2 – Participação do cônjuge na legítima e a sucessão do companheiro de acordo com o diploma civil de 2002. 3 – CONCLUSÃO. 4 – REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, através de um estudo das normas legais e da doutrina, procura analisar criticamente as modificações ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro com relação aos direitos sucessórios do companheiro, especialmente após a vigência do atual Código Civil.

Primeiramente foram abordados os direitos sucessórios conquistados pelos companheiros na vigência do Código Ci-

vil revogado, trazidos com as Leis 8.971/94 e 9.278/96, tratando da integração dos companheiros ao direito de família.

Em seguida, foi averiguado se a legislação brasileira, na vigência do Código Civil de 1916, equiparou o companheiro ao cônjuge em matéria de direito sucessório, ou se os casados continuaram a ter mais benefícios.

Ao final tratou-se acerca da inclusão do cônjuge supérstite no rol de herdeiros necessários, verificando se o preceito contido no art. 1845 do Código Civil de 2002 é taxativo ou se no próprio diploma civil existem outros herdeiros necessários implícitos em suas disposições, procurando-se fazer uma exegese em consonância com as normas que visam a proteger a família, seja esta decorrente do matrimônio ou da união estável.

1 - SURGIMENTO DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS DO COMPANHEIRO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

1.1 - Direitos sucessórios na união estável de acordo com a Lei nº 8.971/94

Com o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como forma de entidade familiar no art. 226, §3º da Constituição Federal, a primeira tentativa de regulamentá-la se deu com a Lei nº 8.971/94 que, em seu art. 1º, concedia direito a alimentos à “companheira comprovada de homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole”, reconhecendo igual direito ao companheiro nas mesmas condições.

A doutrina jurídica passou a conceituar a união estável com base no citado dispositivo e, devido a isso, só foram con-

sideradas como tais, as uniões decorrentes de concubinato puro, o concubinato impuro não recebia proteção legal.

Antes da Lei 8.971/94 não se admitia concessão de alimentos aos companheiros, a assistência material era deferida como uma indenização por serviços prestados, com caráter compensatório em caso de comprovada contribuição com seu trabalho para o patrimônio do convivente. A norma em comento acarretou uma grande evolução no sistema de proteção à família, na medida em que, concedeu alimentos aos conviventes em concubinato puro, exigindo, para tanto, um prazo de convivência ou a existência de prole, necessidade do requerente e inexistência de nova união do beneficiário.

A união estável passou a receber uma melhor proteção do Estado, pois a mencionada lei tanto concedeu direitos alimentares como sucessórios, tratando a união estável como direito de família, pois anteriormente, a sua disciplina jurídica se encontrava no campo do direito das obrigações; concedia-se aos concubinos a divisão do patrimônio comum à título de liquidação de uma sociedade de fato, desde que tal patrimônio tivesse sido adquirido pelo esforço comum; neste caso, a meação da companheira não faria parte da herança. Ou então, ao invés disso, poderia ser concedida indenização à concubina por serviços domésticos prestados, o que de certo não era a melhor forma de se proteger uma família.

“O Direito de Família é o conjunto de normas jurídicas que regula o relacionamento entre pessoas que integram a família quer nas relações pessoais, como também nas patrimoniais”.¹

A partir da Lei nº 8.971/94, no âmbito do Direito das Sucessões, passou o companheiro a ter legitimidade na or-

¹ MOELLER, Oscarlino. A união estável e seu suporte constitucional. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, a. 1, n. 2, p. 47, jan./abr. 1997.

dem de vocação hereditária, herdando a totalidade da herança, na ausência de descendentes ou ascendentes, bem como passou a ter direito ao usufruto dos bens deixados pelo *de cuius*, enquanto não constituísse nova união, sendo da quarta parte se houvesse descendentes; e da metade se apenas existissem ascendentes.

A mesma norma legal concedeu ao companheiro o direito à meação, caso o patrimônio resultasse de sua colaboração. Este direito patrimonial, entretanto, dependia da colaboração pelo esforço comum, que não era presumida, deveria ser provada, com as restrições constantes em seu artigo primeiro, segundo o qual, os companheiros não poderiam ser casados. Em sendo casado, prevaleciam os direitos do antigo cônjuge, pois embora separado de fato, o vínculo conjugal ainda não havia sido extinto.

1.2 – Ampliação dos direitos sucessórios através da Lei nº 9.278/96

Posteriormente, com a promulgação da Lei nº 9.278/96 foram afastados os requisitos de estado civil, lapso temporal superior a cinco anos de convivência ou existência de prole para a caracterização da união estável. O seu art. 1º adotou uma posição mais abrangente para definir este tipo de entidade familiar: “convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, com objetivo de constituição de família”. A proteção legal foi ampliada, passando a abranger o concubinato puro e impuro.

Pela Lei nº 9.278/96 o companheiro, em sentido *lato*, passou a ser meeiro nos bens adquiridos onerosamente durante a convivência, uma vez que, de acordo com seu art. 5º, o patrimônio passou a ser considerado fruto do trabalho e da colaboração comum e, portanto, pertencente a ambos em condomínio e em partes iguais. Com isto, o esforço comum passou a ser presumido.

A mencionada lei conferiu ainda direito real de habitação ao companheiro supérstite com relação ao imóvel destinado à residência familiar, enquanto vivesse e não constituísse nova união ou casamento.

Denota-se que houve uma evolução nos direitos sucessórios do companheiro, uma vez que ficou reconhecida a união estável, independentemente do estado civil. O ordenamento jurídico não estava protegendo uma relação adulterina, pois só era considerada união estável quando apesar de um dos companheiros ou ambos serem casados, estivessem separados de fato de seu cônjuge e convivessem com outra pessoa, com o objetivo de constituição de família.²

O entendimento mais moderno, consagrado no art. 1.723 do novo Código Civil e na Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal, é a dispensabilidade do *mos uxorius*, ou seja, da convivência sobre o mesmo teto. Isto significa que, atualmente, para a caracterização da união estável basta a publicidade, continuidade e constância da relação, aliada à intenção de constituir família.³

2 – O NOVO CÓDIGO CIVIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO

2.1 – Equiparação do companheiro ao cônjuge na vigência do Código Civil de 1916

Em matéria de direito sucessório, conjuntamente, as Leis 8.971/94 e 9.278/96 conferiam aos companheiros os seguintes direitos: usufruto de porção variável do acervo here-

² Cf. ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. *Direito civil: direito de família e das sucessões*. São Paulo: Harbra, 2004. p. 127-133.

³ Cf. FIUZA, César Augusto de Castro. *Direito civil: curso completo*. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 921).

ditário, de acordo com a ordem de vocação hereditária; a totalidade da herança na inexistência de descendentes ou ascendentes; direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar, sujeito à resolução em caso de casamento ou nova união estável.

Vê-se que, antes mesmo do novo Código Civil, a lei brasileira já concedia alguns direitos sucessórios ao companheiro, já participando este da ordem de vocação hereditária, inclusive, herdando a totalidade da herança quando concorria com colaterais. As leis da união estável ao conceder direito real de habitação e direito a usufruto de parte da herança, acabaram trazendo mais benefícios aos companheiros do que a legislação atribuía ao cônjuge.

Com a aprovação da Lei nº 8.971/94, instalou-se uma onda moralista com um entendimento de que a partir de agora é mais 'vantajoso' não se casar, uma vez que os concubinos-companheiros passaram a ter mais direitos que os casados. Grande equívoco.⁴

Na verdade, o legislador pretendeu equiparar o companheiro ao cônjuge, porém com a conjugação das duas leis sobre união estável, o companheiro ficou em posição mais favorável que o cônjuge, pois o Código de 1916 em seu art. 1.611 não permitia a conjugação de usufruto vidual com direito real de habitação. Contudo, para solucionar a questão, a Lei 8.971/94

...deve ser interpretada em conformidade com os preceitos constitucionais, para isto devemos estender os direitos dos casados, de modo que tenham os mesmos direitos

⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Concubinato e união estável*. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 110.

dos companheiros entre si. Estendendo-se o art. 2º, I e II a todos os casados, independentemente do regime de bens.⁵

No que tange à legitimidade para suceder, Venosa, comentando a Lei 8.971/94, afirma que o "...inciso III do art. 2º que, na realidade, por questão de lógica, deveria ser o inciso 1º, equiparou o companheiro sobrevivente ao cônjuge supérstite, na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1.603 do Código de 1916".⁶

Não era apenas essa a correspondência existente no sistema anterior entre o cônjuge e o companheiro. A legítima, parte indisponível da herança, era destinada apenas aos descendentes e ascendentes, por força dos arts. 1.721 e 1.725 daquele diploma legal. "Como o cônjuge, no sistema anterior, não era herdeiro necessário, na mesma situação, era colocado o convivente".⁷

Desta forma, quando da promulgação das normas que disciplinaram a união estável, o cônjuge não era herdeiro necessário e podia ser excluído da sucessão por disposição de última vontade.

Verifica-se que o legislador equiparou o companheiro ao cônjuge ao regulamentar o art. 226, §3º da Carta Magna, a fim de proteger a entidade familiar decorrente de união estável, com intuito de proporcionar justiça, reconhecendo a contribuição do convivente para o patrimônio comum, bem como a existência da relação afetiva entre os companheiros e sua semelhança ao instituto do casamento, atribuindo-lhe os mesmos direitos que a lei há época conferia aos cônjuges, tanto sucessórios, como patrimoniais e alimentares.

⁵ Idem, p. 110.

⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2002. p. 113-114.

⁷ Idem, p. 114.

Manifestou este mesmo posicionamento Euclides Benedito de Oliveira:

Esse amparo do Estado à união estável entre homem e mulher, por se constituir em entidade familiar, é similar à proteção que se dá à família instituída pelo casamento, abrangendo o complexo de direitos de cunho pessoal - mútua assistência (alimentos), criação e educação dos filhos, e os de natureza patrimonial - divisão dos bens havidos durante o tempo de convivência (meação) e sua transmissão por morte (sucessão hereditária).⁸

2.2 - Participação do cônjuge na legítima e a sucessão do companheiro de acordo com o diploma civil de 2002

Com a introdução do Novo Código Civil, o cônjuge foi elevado à condição de herdeiro necessário, conforme consta de seu art. 1845. A lei reduziu a disponibilidade das pessoas sobre o seu patrimônio em vida ou por disposição de última vontade. Hoje, não é mais possível excluir o cônjuge da herança por testamento, pois ele participa expressamente da legítima.

Esclarece Caio Mário da Silva Pereira que a proteção legal aos herdeiros necessários se deve à conciliação do princípio da liberdade de testar, com a proteção de herdeiros mais próximos "...contra influências da idade, das afeições mal dirigidas, e até paixões impuras que assaltem o disponente na quadra avançada de sua vida".⁹

⁸ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Alimentos na união estável. *Revista da Escola Paulista de Magistratura*. São Paulo, 1997, a. 1, n.2, p. 29, jan./abr. 1997.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 27.

Aduz o jurista¹⁰ que a restrição da liberdade engloba atos praticados em vida como doações, pois do contrário seria ineficaz a proteção aos herdeiros necessários porque o testamento poderia, aparentemente estar respeitando estes direitos, mas na verdade, teriam sido fraudados por liberalidades praticadas em vida.

Com relação ao companheiro, o Código Civil de 2002 tratou de seus direitos sucessórios no art. 1790 e, de acordo com o dispositivo, o companheiro só participará da sucessão quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas seguintes condições: em concorrência com filhos comuns, sua cota parte será igual a que for atribuída aos filhos; em concorrência com descendentes exclusivos do *de cujus*, sua cota será a metade do que couber a cada um daqueles; terá 1/3 da herança se concorrer com outros parentes sucessíveis; herdará a totalidade da herança caso não haja parentes sucessíveis.

Note que existe um retrocesso na amplitude dos direitos hereditários dos companheiros no Código de 2002, pois, segundo a lei referida¹¹, não havendo herdeiros descendentes ou ascendentes do convivente morto, o companheiro sobrevivente recolheria toda a herança. No sistema implantado pelo art. 1790 do novo Código, havendo colaterais sucessíveis, o convivente apenas terá direito a um terço da herança, por força do inciso III. O companheiro ou companheira somente terá direito à totalidade da herança se não houver parentes sucessíveis.¹²

De fato o Novo Código retirou alguns direitos sucessórios que haviam sido conquistados pelos companheiros, pois

¹⁰ Idem, p. 349.

¹¹ Refere-se à Lei 8.971/94.

¹² VENOSA, Op. cit., p. 119.

além de restringir sua participação aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, garantiu-lhes apenas 1/3 da herança quando concorrerem com colaterais, e não mais a totalidade como lhes era garantido na Lei nº 8.971/94.

César Fiuza também adota este entendimento:

Retrocedendo relativamente à legislação já existente sobre a união estável em matéria sucessória, este artigo passa a incluir o companheiro e a companheira como sucessores, em concorrência com todos os demais herdeiros, inclusive os colaterais até o 4º grau.¹³

Por outro lado, o Código de 2002 garantiu-lhes uma cota parte da herança em concorrência com descendentes ou ascendentes. Anteriormente, nestas hipóteses, só lhe era garantido o usufruto de parte variável dos bens e direito real de habitação.

Como o Código Civil atual incluiu o cônjuge na categoria de herdeiro necessário, é preciso analisar se o companheiro, de acordo com a atual sistemática, ficou equiparado ao cônjuge e, por isso, passou a ser também herdeiro necessário, ou se apenas é herdeiro legítimo, podendo ser excluído da sucessão por disposição de última vontade.

Cumpre-nos, inicialmente, anotar que o dispositivo que trata da sucessão do companheiro foi incluído através de uma emenda apresentada no Senado Federal, que acabou inserindo o dispositivo em local impróprio, nas disposições gerais sobre sucessões e não no capítulo atinente à ordem de vocação hereditária.¹⁴

Venosa adota uma posição conservadora segundo a qual:

¹³ FIUZA, César Augusto de Castro et. al. *Código civil anotado*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 1226.

¹⁴ Cf. PEREIRA C., op. cit., p. 163.

Temos de repelir o entendimento de que o diploma da união estável tenha guindado o companheiro à posição de herdeiro necessário, no sistema do Código de 1916. Repulsa a idéia de que a união estável goze de direitos mais amplos do que o casamento.¹⁵

Maria Helena Diniz segue o mesmo raciocínio, adotando um posicionamento extremamente legalista de exegese gramatical, aduz que “o companheiro supérstite não é herdeiro necessário, nem tem direito à legítima, mas participa da sucessão do *de cuius* quanto a bens adquiridos onerosamente na vigência do estado convivencial”.¹⁶

Acrescenta ainda a doutrinadora que “O convivente não sendo herdeiro necessário, pode ser excluído da herança do outro, se ele dispuser isso em testamento”.¹⁷ Para ela, a relação matrimonial tem prevalência sobre a união estável. Segundo ela “o convivente sobrevivente, não sendo equiparado ao cônjuge, não se beneficiará dos mesmos direitos sucessórios outorgados ao cônjuge supérstite”.¹⁸

Alega a autora que a disciplina legal da união estável tem natureza tutelar, e que a Carta Magna a considera entidade familiar apenas para fins de proteção estatal, devido à frequência desses tipos de relacionamento na sociedade. Arnaldo Rizzardo também entende desta forma, aduzindo que “evidencia-se no novo Código Civil Brasileiro visível tratamento diferenciado entre os institutos familiares do casamento e da união estável, favorecendo o casamento”.¹⁹

¹⁵ VENOSA, Op. cit. p. 114.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6, p. 132.

¹⁷ Idem, p. 136.

¹⁸ Idem, p. 136.

¹⁹ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 200.

Já Luiz Felipe Brasil Santos²⁰ entende ser um grave equívoco discriminar a entidade familiar decorrente do matrimônio da formada pela união estável, ao manter o cônjuge como herdeiro necessário e não atribuir idêntica condição ao companheiro.

A norma do art. 1845 do atual Código parece ser peemptória, especialmente porque limita a liberdade de testar e por isso, sua exegese deveria, a princípio, ser restritiva, só concedendo o *status* de herdeiro necessário aos ascendentes, descendentes e ao cônjuge.²¹

Porém, toda norma deve ser interpretada dentro de seu contexto. Esclarece Carlos Roberto Barbosa Moreira²² que desde o antigo Código, doutrina respeitável entendia, analisando o usufruto viual (art. 1611 §1º daquele diploma) que o cônjuge era herdeiro necessário, embora não constasse do rol contido em seu art. 1721.

De acordo com o doutrinador:

o intérprete não se deve limitar à enumeração que a lei, num determinado artigo, faz daqueles herdeiros, competindo-lhe, ao contrário, investigar se nela realmente se esgotam tais sucessores, ou se do sistema resultam outras hipóteses de herança necessária.²³

Analisando o art. 1.790 do Código Civil, verifica-se que o companheiro é chamado a suceder simultaneamente aos descendentes. Considerando a hipótese de que toda a herança seja fruto de bens onerosamente adquiridos na vigência da

²⁰ Cf. SANTOS, Luiz Felipe Brasil. *A sucessão dos companheiros no novo código civil*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=74>>. Acesso em: 27 set. 2006.

²¹ Cf. PEREIRA C., Op. cit., p. 164.

²² Idem, p. 164, atualizador da obra.

²³ Idem, p. 164.

união estável, e que o *de cuius* tenha deixado testamento da parte disponível de seus bens (a metade), a parte intestada destinar-se-á, necessariamente, aos herdeiros alocados na primeira classe da ordem de vocação hereditária, ou seja, sucederão conjuntamente os descendentes e companheiro. Verifica-se, desta forma, que este terá participação na legítima.

Ora, se não admitirmos que o companheiro, implicitamente, tornou-se herdeiro necessário, como explicaríamos o fato do mesmo ter participação na legítima? Haveria uma contradição no ordenamento jurídico.

Defendendo esta posição, Carlos Roberto Barbosa Moreira²⁴ ressalta que o Código Civil foi omissivo, pois deveria ter feito alusão ao companheiro no art. 1845 ou no art. 1850, pois em um das duas hipóteses ele deveria se enquadrar. A sucessão do companheiro no Novo Código acabou ficando contraditória.

Interpretando o inciso I do art. 1.790, Venosa afirma que a lei, ao mencionar que os companheiros terão direito à mesma quota que por lei foi atribuída aos filhos,

o legislador estaria garantindo a mesma quota dos filhos na sucessão legítima ao companheiro, ainda que estes recebessem diversamente por testamento. Essa conclusão levaria o sobrevivente à condição de herdeiro necessário.²⁵

De acordo com o jurista, esta não foi a intenção do legislador, e por isso constitui uma premissa falsa. Discordamos deste posicionamento, pois, como já explicitado no presente trabalho, deixando o *de cuius* testamento sobre porção disponível da herança, a parte intestada se submeterá à vocação hereditária. E, como a lei atribuiu uma quota parte ao

²⁴ Idem, p. 163.

²⁵ VENOSA, Op. cit., p. 120.

companheiro quando concorrer com qualquer parente sucessível, percebe-se que o companheiro participará da legítima, ainda que tenha sido contemplado no testamento do *de cuius*, bastando, para isso, que o patrimônio tenha sido adquirido onerosamente durante a união estável.

Adotando este entendimento, Carlos Roberto Barbosa Moreira²⁶ ressalta que não é possível “suprimir por ato de última vontade, a vocação do companheiro, não se podendo, por isso, deixar de ali reconhecer herança *necessária*”.

O mesmo doutrinador dispõe que até mesmo da exegese do inciso III do art. 1.790, verifica-se a garantia de 1/3 da legítima ao companheiro, e conclui: “A conclusão a que se chega não poderia ser diversa: também no inciso III do art. 1.790 o companheiro é herdeiro *necessário*”.²⁷

Não poderia ser de outro modo, pois no caso em que não haja herdeiros sucessíveis, a lei concede a totalidade da herança ao companheiro e, conforme dispôs Carlos Roberto Barbosa Moreira²⁸, não seria justo, que o *de cuius* pudesse dispor da totalidade dos bens e deixar o companheiro sem nada herdar, pois a principal causa da sucessão legítima é a proteção da família e, por isso, deve-se interpretar a o dispositivo em comento de maneira mais favorável à família.

CONCLUSÃO

Na sistemática do Código Civil revogado o companheiro possuía os mesmos direitos sucessórios do cônjuge. Esta similitude foi atribuída pelo legislador com o intuito de proteger a família, da qual a união estável é modalidade, de acordo com a nossa Constituição Federal.

²⁶ PEREIRA C., Op. cit. p. 165.

²⁷ Idem, p. 166.

²⁸ Idem, p. 166.

Com a vigência do novo Código Civil, o cônjuge foi incluído na categoria de herdeiro necessário, resguardando-se com isso o patrimônio da família decorrente do matrimônio contra desvarios que possam ser cometidos pelo testador.

O atual diploma civil, entretanto, não colocou expressamente o companheiro na classe de herdeiros necessários, mas também não o inseriu no art. 1.850, o qual permite que os herdeiros colaterais sejam excluídos da sucessão.

Deixou o legislador uma omissão legal, que deverá ser sanada pelos operadores de direito, de modo que se mantenha harmonia no ordenamento jurídico. Não se pode interpretar uma norma apenas gramaticalmente, é preciso verificar se há dispositivos legais que demonstrem a existência de outros herdeiros necessários.

Pela análise do art. 1.790 do Código Civil de 2002, constatou-se que a única condição para que o companheiro suceda é a existência de bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável. Caso seja a hipótese do *de cuius* não ter deixado bens particulares, ou ter deixado alguns, o companheiro participará obrigatoriamente da legítima, pois esta porção indisponível da herança se submeterá às regras da ordem de vocação hereditária, que na hipótese aventada, terá o companheiro direito a uma quota parte da herança, variável, dependendo dos herdeiros com quem concorra, bem como da quantidade de bens particulares.

Não se admite outra forma de interpretação uma vez que seria contraditório o companheiro participar da legítima e, ao mesmo tempo, não ser considerado herdeiro necessário.

É preciso ressaltar ainda que, na exegese das normas de direito sucessório, deve-se ter em mente o conceito de família, tendo em vista que esta recebe proteção constitucional e, portanto, é lícito restringir o direito de disponibilidade sobre o patrimônio do indivíduo, a fim de resguardá-la, inclusive quando decorrente de união estável.

REFERÊNCIAS

ASSEF, Tatiana Cunha Moscheta. **Direito civil: direito de família e das sucessões**. São Paulo: Harbra, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6

FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito civil: curso completo**. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, César Augusto de Castro et. al. **Código civil anotado**. Porto Alegre: Síntese, 2004.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Alimentos na união estável. **Revista da Escola Paulista de Magistratura**, São Paulo, a. 1, n.2, jan./abr. 1997.

MOELLER, Oscarlino. A união estável e seu suporte constitucional. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, a. 1, n.2, jan./abr. 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Concubinato e união estável**. 6.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **A sucessão dos companheiros no novo código civil**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.com.br/public/artigos.aspx?codigo=74>>. Acesso em: 27 set. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2002.

PROVA ILÍCITA: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Teodomiro Noronha Cardozo

Juiz de Direito. Bacharel em Direito pela UFPE. Mestre em Direito Público-UFPE. Especialista em Direito Público e Privado-UFPE. Especialista em Ciências Criminais - UFPE. Professor do Curso de Pós-graduação da ESMAPE. Professor da Unicap. Professor e Pesquisador Científico da FIR/CNPQ.

SUMÁRIO

1 - ESTRUTURAÇÃO DO ARTIGO. 2 - METODOLOGIA. 3 - ORGANIZAÇÃO DAS FONTES DE PESQUISA. 4 - CONCEITO DE PRINCÍPIO. 5 - DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO. 6 - DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIO E REGRA. 7 - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. 8 - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO. 9 - ANÁLISE DA PROVA ILÍCITA NA JURISPRUDÊNCIA DO STF. 10 - CONCLUSÕES

1 - ESTRUTURA DO ARTIGO

O presente artigo tem por objeto a análise da prova ilícita na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no tocante aos princípios da proporcionalidade e da ponderação.

2 – METODOLOGIA

A pesquisa será eminentemente teórica, debruçando-nos sobre as referências bibliográficas nacional, estrangeira, e nos arestos do Excelso Supremo Tribunal Federal. Para o desenvolvimento do estudo, adotaremos o método hipotético-dedutivo.

3 – ORGANIZAÇÃO DAS FONTES DE PESQUISA

Para a citação das fontes pesquisadas adotaremos o sistema completo de nota de rodapé, pela sua ampla aceitação acadêmica, porquanto, possibilita ao leitor acesso rápido à fonte citada. As palavras estrangeiras e as citações *ipsis litteris* serão grafadas em itálico.

4 – CONCEITO DE PRINCÍPIO

O constitucionalista português J.J. Canotilho conceitua princípios fundamentais como:

(...) os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.¹

A Constituição Republicana de 1988, no título dos Direitos e Garantias Fundamentais preconiza no art. 5º, *verbis*:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra : Livraria Almedina, 1993, p. 171.

A manifestação universal dos direitos fundamentais, como a liberdade e a dignidade da pessoa humana, segundo Paulo Bonavides, deu-se a partir do racionalismo da revolução francesa, com a concelebração do pacto da Declaração dos Direitos do Homem, sendo chamados de direitos de primeira geração os direitos civis e políticos.² A ressaltar, entretantes, que a Constituição prevê a punição legal de qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inciso XLI).

A consagração jurídico-positiva dos direitos individuais do homem na *Charta Magna* de João Sem Terra, no século XIII, plantou a semente de uma nova relação de direitos entre governante e governados, objetivando assegurar o respeito, a efetivação, gozo e exigibilidade das garantias individuais.³

A consideração de *princípios*, como sendo um modelo normativo de direito, na acepção de Luigi Ferrajoli, começou com o princípio da legalidade, base do Estado Democrático de Direito:

Tal modelo normativo de direito é verificado em três aspectos distintos, mas relacionados. Sob o aspecto epistemológico, pressupõe um sistema de poder que possa, já no aspecto político do termo, reduzir o grau de violência e soerguer a idéia de liberdade – não apenas no âmbito penal, mas em todo o direito.⁴

² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 1997, pp. 516.

³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores Ltda, 1996, pp. 398/400.

⁴ MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. *Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco*, volume 4, nº 10, julho/dezembro: 1999: 25-41. Luigi Ferrajoli abordando sua teoria garantista dos direitos fundamentais da constituição, diz que: “todos os direitos fundamentais – e não só os direitos de liberdade e as correspondentes proibições negativas

5 - DEFINIÇÃO DE PRINCÍPIO

Os princípios podem ser definidos como verdade ou juízos fundamentais que servem de base ou garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em um sistema jurídico, objetivando a otimização de múltiplas e variadas soluções pragmáticas da vida social, operando-se por meio de regras.⁵

Gustavo Santos sustenta que a definição mais comum de *princípio*, nos estudos jurídicos, dar-se por meio da noção de princípios gerais do direito, que podem ser definidos como diretrizes para preenchimento de lacunas da lei. Para o autor os princípios funcionam como espécie de fontes secundárias do Direito, aptos para integrar e compor as lacunas existentes na lei.⁶ Os mecanismos de integração estão previstos no art. 4º, da Lei de introdução ao Código Civil, *verbis*:

Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

6 - DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIO E REGRA

Robert Alexy sustenta que a diferença entre regras e princípios não é de grau, mas, tão somente, qualitativa:

que limitam a intervenção daquele - equívalem a vínculos de substância e não de forma, que condicionam a validade das normas produzidas e exprimem, ao mesmo tempo, os fins para que está orientado esse moderno artifício que é o Estado Constitucional de Direito".

⁵ ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Princípio da proporcionalidade*: significação e aplicação prática. Campinas: Copola, 2002, p. 11. Rorty nega que o pragmatismo tenha uma teoria da verdade ou uma teoria relativista.

⁶ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal*: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 03.

*Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado.*⁷

Na visão de Francisco Fernandes Araújo a antiga metodologia tradicional estabelecia distinção entre princípios e normas, o que já não mais existe hodiernamente, em que se entende que princípios e regras são considerados espécies do gênero norma.⁸

Para a distinção entre regras e princípios o intérprete pode se valer de alguns critérios como *grau de abstração, grau de determinabilidade, ao caráter de fundamentalidade e proximidade da idéia de direito*.

Com efeito, no dizer de Alexy, os princípios, são mandatos de otimização, com forte carga valorativa, que podem, pois, ser ponderados, relativamente, de acordo com as várias possibilidades fáticas e jurídicas.

*Los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la proporcionalidad em sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas.*⁹

Para Ronald Dworkin os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valo-

⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 86-87.

⁸ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da proporcionalidade*: significado e aplicação prática. Campinas: Copola, 2002, p. 11

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2001, p. 113.

É que, em relação às decisões do STF que eventualmente emprestem supedâneo à pretensão de desconstituição da coisa julgada via embargos à execução, somos do entendimento de que somente admitem a aplicação da regra do parágrafo único do art. 741 do CPC, quando proferidas pela via direta (ADIn, ADC). Entendemos que não há espaço para se suscitar a inexigibilidade do título judicial, com fundamento na atual redação do parágrafo único do art. 741 do CPC, sob a alegativa de que este se fundou em interpretação incompatível com a CF através do controle difuso.

Primeiramente, registre-se que não é possível fazer-se a interpretação literal e isolada do parágrafo único do art. 741 do CPC, mas cotejando-o com as demais normas e princípios que disciplinam o ordenamento jurídico.

Em seguida, impende gizar que a função de dar a última palavra em matéria de constitucionalidade cabe ao Supremo Tribunal Federal e, até mesmo pela própria redação do dispositivo sob comento, apenas as suas “interpretações” podem ser tidas como incompatíveis com a Constituição Federal.

Dessa forma, pode-se afirmar que as decisões proferidas pelo STF no exercício do controle difuso não ensejam a aplicação do parágrafo único do art. 741 do CPC, mesmo que se trate de jurisprudência reiterada daquela Suprema Corte. Nesse sentido, traz-se à colação o elucidativo ensinamento de Eduardo Talamini¹², para quem:

Nesse ponto, cabe cogitar da possibilidade de os embargos ex art. 741, par. ún., serem manejados com amparo em jurisprudência reiterada do Supremo acerca de questão constitucional formada na apreciação de casos concretos – e não em via direta. Acima se viu que a decisão do

¹² Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. Ún.). *Revista de Processo*, a. 27, p.38-33, abr./jun.2002.

Supremo que reconhece incidentalmente a inconstitucionalidade de uma norma não tem por si só eficácia erga omnes e força vinculante – o que ficará na dependência de o Senado exercer sua competência política de retirar a norma do ordenamento. Portanto, uma declaração *incidenter tantum* de inconstitucionalidade emitida pelo Supremo não tem como, por si só, repercutir sobre as coisas julgadas anteriormente estabelecidas, de modo a se prestar a derrubá-las. Não dá ensejo à aplicação da regra em estudo.

[...] Já existe um provimento revestido da coisa julgada material, que constitui uma garantia à parte. Pretender que a jurisprudência reiterada, ainda que do Supremo, por si só, passe a se prestar ao desfazimento da coisa julgada independentemente de ação rescisória seria levar longe demais uma técnica que já trafega em terreno limítrofe.

O sentido e o alcance aqui atribuídos ao par. ún. do art. 741 – limitando-se sua aplicação aos casos em que houve pronunciamento do Supremo em processo de controle abstrato ou em que o Senado retirou a norma do ordenamento depois da declaração incidental de inconstitucionalidade – coincidem com proposta feita em 1996, de lege ferenda e em sede teórica, por Gilmar Ferreira Mendes. Lembre-se que o constitucionalista, na condição de Advogado-Geral da União, referendou a medida provisória que instituiu o dispositivo. Por não ser um fator hermenêutico de maior relevo, esse dado serve para indicar que provavelmente nem o próprio Poder Executivo, quando estabeleceu a regra em medida provisória, pretendeu dar-lhe extensão mais ampla do que a ora apontada como possível.

Por aí se percebe que a *mens legis* da expressão “interpretação incompatível com a Constituição” só pode ser feita de julgados proferidos pelo STF no exercício do controle concentrado de (in)constitucionalidade. A única possibilidade referente ao controle difuso, ocorre quando o Senado suspende a eficácia de determinada norma, após ser instado a tanto pelo STF (CF, art. 52, X).

A explicação lógica para tal entendimento encontra respaldo nos “efeitos” decorrentes das decisões proferidas pelo STF quando exerce o controle de constitucionalidade. Isso porque, apenas as decisões que produzam efeitos vinculantes e *erga omnes* prestar-se-iam a desconstituir “coisas julgadas”, nos exatos termos do par. ún. do art. 741.

Seria inadmissível transportar-se decisão incidental de (in)constitucionalidade proferida em determinado processo, que só surte efeitos entre as partes ali litigantes, para outros casos. Note-se que não importa ser reiterada a jurisprudência do STF, o que interessa são os efeitos que se irradiam do controle de constitucionalidade exercido.

6 – CONCLUSÕES

Por tudo o quanto foi exposto é que nos posicionamos pela (i) inconstitucionalidade formal do art. 10, da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, uma vez que não restaram atendidos os requisitos constitucionais da relevância e urgência; (ii) impossibilidade de aplicação da regra para os casos em que já se tinha formado a coisa julgada, prestigiando-se o respeito a este preceito constitucional, bem como a disciplina do direito intertemporal; (iii) imprescindibilidade da existência de precedente do Supremo Tribunal Federal que, em sede de controle concentrado, tenha declarado a inconstitucionalidade na lei em que se funda a sentença objeto da irrisignação via embargos à execução.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLAZEM, Dalton Luiz. Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. **Revista Dialética de Direito Processual**, p. 14-21.

DELGADO, José. Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas – Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. **Revista de Processo**, n. 103, p. 9-36, jul./set. 2001.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro** (Administrativo e Judicial). 2.ed. São Paulo : Dialética, 2003.
MORAES, ALEXANDRE. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a Chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 22, p.108-109.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. 8.ed. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo : RT, 2004. p. 1156

TALAMINI, Eduardo. **Coisa Julgada e sua Revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. Ún.). **Revista de Processo**, a. 27, p.38-33, abr./jun. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 40.ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003. v.1

_____. A Reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 89, p.38-33, jan./jun.2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à Execução com Eficácia Rescisória: Sentido e Alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. **Revista de Processo**, n. 125, p. 79-91, jul. 2005.

REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA A RESPEITO DE SUA VIABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

Raphael Augusto Silva de Carvalho

Advogado, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, aluno do Curso de Preparação à Magistratura e pós-graduando em Direito Público pela Escola Superior de Magistratura de Pernambuco – ESMAPE, em convênio com a Faculdade Mauricio de Nassau, pós-graduando em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – DO REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS. 1.1 – Origem. 1.2 – Contexto da construção legislativa do regime da participação final nos aquestos no Código Civil Brasileiro. 1.3 – Conceito. 1.4 – Regime da participação final nos aquestos e as legislações estrangeiras. 1.5 – Regras disciplinadoras do regime da participação final nos aquestos. 1.5.1 – Bens do patrimônio exclusivo e administração. 1.5.2 – Regras de liquidação. 1.5.3 – Responsabilidade por dívidas. 1.5.4 – Bens adquiridos pelo trabalho comum. 1.5.5 – Irrenunciabilidade do direito à meação. 1.5.6 – Normas de segurança. 1.5.7 – A sucessão no regime da participação final nos aquestos. 2 – CRÍTICAS AO REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS. 3 – CONCLUSÃO. 4 – REFERÊNCIAS.

¹ Este artigo consiste em extratos da monografia de conclusão do curso de Bacharelado em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, apresentada em 05 de novembro de 2005.

INTRODUÇÃO

A união pelo casamento deve ser regida pela mútua cooperação, tanto no que tange à assistência moral e espiritual quanto no cunho material. É importante frisar as palavras de Silvio Venosa, “casamento não deve possuir conteúdo econômico direto”², entendendo-se tal afirmação como uma crítica àqueles casamentos que possuem como fim maior a questão financeira. Porém, de qualquer modo, o matrimônio traz efeitos patrimoniais, pois desde que criados os laços conjugais e até quando da sua dissolução, ambos os cônjuges têm obrigações recíprocas frente às necessidades financeiras, bem como obrigações perante terceiros.

Além das necessidades precípua da vida conjugal, no que concerne ao sustento do lar, os efeitos patrimoniais do casamento também são notados quando da dissolução da vida conjugal, seja pela morte de um dos cônjuges, seja pelo divórcio.

A importância de se criar princípios jurídicos que regessem as relações econômicas entre os cônjuges fez surgir no mundo jurídico os chamados regimes de bens, não podendo o casamento subsistir sem qualquer de suas categorias.

O presente trabalho tem como objetivo maior apresentar uma análise crítica ao regime da participação final nos aqüestos, um dos regimes de bens trazidos pelo legislador do Código Civil de 2002 (os outros são: regime da comunhão parcial, regime da comunhão universal, e regime da separação de bens) observando os seus prós e contras no contexto social em que vivemos para assim analisarmos sua eficácia.

O regime da participação final dos aqüestos é o novo regime de bens criado pelo legislador civil nacional que veio ocupar o vácuo deixado pelo regime dotal, sendo que, muito pelo contrário, não guarda nenhuma semelhança com aquele.

² VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: direito de família*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 175.

O regime a ser discutido tem semelhanças, na verdade, com outros dois regimes já existentes no ordenamento pátrio, o regime da separação de bens e o regime da comunhão parcial, como veremos adiante, porém possui características próprias.

Esse regime de bens, traz muitas dúvidas por não ser ainda compreendido em seus meandros. Primeiramente por ser novíssimo em nosso ordenamento jurídico e em segundo lugar, pela complexidade que o mesmo oferece, pois está inserido em nada menos que quinze artigos do Código Civil. Além disso, os doutrinadores brasileiros repetem o mesmo discurso superficial sobre o regime a ser analisado, sendo pouquíssimos, e em artigos esparsos, os que trazem alguma informação diferente das cansativamente repetidas.

Para alcançarmos o objetivo pretendido, analisaremos a origem do regime estudado; bem como o contexto e os motivos que levaram o legislador de 2002 a incluí-lo como opção para os nubentes; faremos uma breve análise comparativa com as legislações estrangeiras; e detalharemos os artigos que regem o objeto de nosso estudo.

Também exporemos as principais críticas relativas ao regime da participação final nos aqüestos trazidas pelos doutrinadores nacionais e estrangeiros, desde a viabilidade ou inviabilidade do regime em relação ao contexto social brasileiro, até as críticas levantadas aos riscos patrimoniais relativos ao citado regime de bens. Frisando que, em relação a algumas críticas, mostraremos soluções para amenizá-las, como no caso dos riscos patrimoniais.

Por fim, concluiremos o estudo respondendo uma complexa questão: será o regime da participação final nos aqüestos letra morta em nosso ordenamento?

1 - DO REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUESTOS

1.1 - Origem

Vários autores tentam nos trazer a origem do regime ora estudado, mas se torna difícil identificar quem possui razão sobre o ponto de partida para a criação daquele, pois as teorias são controversas.

A teoria que encontramos na maioria dos autores tais como os conceituados Silvio Rodrigues³ e Paulo Luiz Netto Lobo⁴, é a de que o regime da participação final nos aquestsos surgiu nos países de origem germânica e se espalhou daí para os demais países, sendo mais evidente nas legislações dos países escandinavos.

Porém, temos outras teorias interessantes como a encontrada no livro *Direito de Família e o Novo Código Civil* coordenado por Maria Berenice Dias e Rodrigo Cunha Pereira, mas que tem o capítulo sobre regime de bens entre os cônjuges, escrito por Rolf Madaleno⁵, que é a de que o regime estudado nasceu na Costa Rica e foi posteriormente adotado por, entre outros, alemães, franceses, espanhóis, portugueses e argentinos.

³ Cf. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: volume 6*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 173.

⁴ Cf. LOBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado*. arts. 1.591 a 1.673. In: VILAÇA, Álvaro (coord). *Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial*: arts. 1.591 a 1.673, volume XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

⁵ Cf. MADALENO, Rolf. Do Regime de bens entre os cônjuges. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.) *Direito de Família e o novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 184

1.2 - Contexto da construção legislativa do regime da participação nos aquestsos no código civil brasileiro

A estrutura organizacional, tal como os artigos que regem o bojo do Código Civil de 1916, foram concebidos para uma sociedade eminentemente agrária e conseqüentemente patriarcal.

Com as mudanças da sociedade observou-se que as regras contidas naquele ordenamento estavam se tornando ultrapassadas, pois sociedade brasileira hoje é eminentemente urbana, do progresso tecnológico, e tendo como conseqüência o agigantamento das relações de consumo. Tais mudanças não afetam apenas os direitos creditícios entre outros, mas afeta também as relações conjugais.

Com a criação do estatuto da mulher casada, bem como com da lei do divórcio, os cônjuges passaram a ser considerados iguais. Deste modo, tanto o homem quanto a mulher tem direitos e deveres idênticos, bem como tem o direito de ascender social e economicamente.

Os avanços do Código Civil de 2002 consagram as relações conjugais em plano de igualdade e de colaboração dos cônjuges, substituindo o "poder marital" pelo "poder familiar", em tutela dos elevados interesses do casal, dos filhos e da sociedade conjugal como um todo e no exercício de direitos e deveres a ela referentes.

Na mesma diretiva, sobreleva-se a igualdade jurídica dos filhos por imperativo de dignidade, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, com os mesmos direitos e qualificações, em plena proteção do estado de filiação.

Evidentemente, essas alterações essenciais vieram de exigir o acatamento da reforma civilista, em fase legislativa, a tanto que expressivo número de Emendas oferecidas pelo Senado Federal cuidaram, com necessidade, de contextualizar a Constituição a esse novo sistema jurídico-familiar.

Porém, no que tange aos artigos que regem o regime da participação final nos aqüestos não houve reformas relevantes, apenas visando aprimoramentos redacionais, seguindo melhor técnica legislativa, palavras foram acrescentadas, retiradas ou permutadas de alguns artigos, mas sem que fossem alterados os seus conteúdos.

O regime da participação final nos aqüestos aparece neste contexto. Tomando o lugar do regime dotal que não se mostrou útil na nossa sociedade, trouxe o legislador de 2002 o regime estudado.

Este regime, como veremos adiante, traz inúmeras novidades tal como a livre administração dos bens durante a constância do casamento e a partilha do montante que ambos adquiriram durante o matrimônio quando da dissolução da sociedade. Este elemento é o caracterizador maior do regime estudado e foi em razão de tais características que o legislador o escolheu para dar mais uma opção para os nubentes.

Em razão da nova ordem em que vivemos, o legislador viu sua utilidade para casos como os de cônjuges que atuam em profissões diversas em economia desenvolvida e já possuem certo patrimônio ao casar-se ou a potencialidade de fazê-lo posteriormente.

Estabelece o artigo 1.656 que no pacto antenupcial que adotar o regime da participação final nos aqüestos, poder-se-á convencionar a livre disposição dos bens imóveis, desde que particulares. Daí dá para se notar que o regime estudado pressupõe um certo desenvolvimento econômico e financeiro dos cônjuges.

Assim, vimos que o legislador se preocupou com pessoas que necessitam da independência dos seus relativos bens para poderem livremente administrá-los, mas que ao final da sociedade querem ter participação no montante construído. Este é o "público alvo" do legislador de 2002.

1.3 - Conceito

Observando o artigo 1.672 do Código Civil, podemos visualizar as linhas mestras sobre o regime da participação final nos aqüestos. Da seguinte forma dispôs o legislador para conceituar o novel regime de bens trazido para o ordenamento jurídico pátrio:

No regime da participação final nos aqüestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.⁶

A partir do artigo acima citado, a doutrina enfoca a principal característica deste novo regime, demonstrando o seu caráter "híbrido", nas palavras de Washington de Barros Monteiro⁷. Rolf Madaleno diz tratar-se

em realidade, de um regime de separação de bens, no qual cada consorte tem a livre e independente administração do seu patrimônio pessoal, dele podendo dispor quando for bem móvel e necessitando da outorga do cônjuge se imóvel. Apenas na hipótese de ocorrer a separação judicial é que serão apurados os bens de cada cônjuge separando, tocando a cada um deles a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.⁸

⁶ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 15 de set. 2005.

⁷ BARROS, Washington de. *Curso de Direito Civil - Direito de Família*. 2. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2, p. 230.

⁸ MADALENO, 2001, p. 184.

É evidente o amálgama que é o regime analisado quando lemos as simples, mas bastante explicativas, palavras redigidas por Alexandre Guedes Alcoforado Assunção, quando comenta o artigo 1.672 do Código Civil.

O regime da participação final nos aqüestos caracteriza-se pela existência de dois patrimônios distintos. Um pertencente ao homem e outro pertencente à mulher. Tal situação perdura até a dissolução da sociedade conjugal, quando se fará a apuração dos bens adquiridos pelos cônjuges, a título oneroso, na constância do casamento, partilhando-os meio a meio.⁹

Observamos, assim, que o regime da participação final nos aqüestos, em seu nascedouro e sua constância é regido por regras semelhantes às desenhadas pelo legislador para o regime da separação de bens, em que cada cônjuge administra livremente os bens que tenha trazido para a sociedade conjugal, assim como aqueles que adquirir, por si e exclusivamente, durante o desenrolar do matrimônio. Por outro lado, assume de empréstimo regras muito parecidas àquelas dispensadas ao regime da comunhão parcial de bens, quando da dissolução da sociedade conjugal por separação, divórcio ou morte de um dos cônjuges. É por esta razão que Rolf Madaleno¹⁰ conceitua o novel regime como um regime de separação de bens, no qual apenas com a dissolução da sociedade conjugal é que se apuram os bens de cada cônjuge dividindo-os.

⁹ ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. Arts. 1.653 a 1.693. In: FIUZA, Ricardo (coord.). *Novo Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1484.

¹⁰ Cf. MADALENO, 2001, p. 184.

1.4 - O regime da participação final dos aqüestos e as legislações estrangeiras

Quando partimos para o direito comparado, podemos observar que tal regime é utilizado em várias outras legislações, diferentemente do que afirma artigo que tem como fonte o Tabelionato Margarida - Mafra/SC¹¹, que diz não possuir outra legislação no mundo na qual encontra-se o regime da participação final nos aqüestos, restando apenas o Código Civil da Província de Québec (Canadá)¹² que afirma possuir alguns pequenos pontos de contato em relação ao regime brasileiro.

Vaz Ferreira, autor argentino, fala de um "regime de comunidade diferida", em que, "estando os bens sob domínio de cada esposo que tem aptidão para deles dispor livremente. O outro cônjuge não tem direito algum sobre esses bens, nem sequer possui meios de evitar sua dilapidação, na harmonia conjugal, por configurar esse estágio um verdadeiro regime de separação".¹³

Completa ainda outro autor argentino, Taquini, que "por ocasião da dissolução do casamento nasce um direito do outro cônjuge sobre bens alheios".¹⁴

¹¹ Cf. TABELIONATO MARGARIDA. *Casamento: regime da participação final nos aqüestos*. Mafra/SC: 2003. Disponível em: http://www.escriba.com.br/index2.php?option=com_content&task=view&id=88&Itemid. Acesso em 19 mar. 2005.

¹² O Civil Code of Québec, C.q.C., regulamenta o regime da "partnership of acquests" em sua Division II, artigos 448 ao 484. Ao contrário do que afirma o Tabelionato Margarida o regime da "partnership of acquests" é quase idêntico ao regime brasileiro, até mesmo na forma de dividir sua matéria.

CANADIAN LEGAL INFORMATION INSTITUTE. *Civil Code of Québec, C.q.C.* Disponível em: < <http://www.canlii.org/qc/laws/sta/ccq/20041104/part1.html> >. Acesso em: 21 de set. 2005.

¹³ FERREIRA, *apud* MADALENO, 2001, p. 185.

¹⁴ TAQUINI, *apud* MADALENO, 2001, p. 185.

Desta forma, fica configurado que não só na legislação brasileira e canadense existe o regime analisado, pois se encontram também exemplos, como demonstrado, na Argentina e também em tantos outros países, como Alemanha, Espanha, França, apenas com nomenclaturas diferentes, mas com o mesmo sentido do nosso regime, como pudemos também observar quando estudamos a origem do regime em análise.

1.5 – Regras disciplinadoras do regime da participação final nos aqüestos

Os demais quatorze artigos que disciplinam o regime da participação final nos aqüestos demonstram toda a sua complexidade. É o que passaremos a observar quando da análise dos artigos mais importantes que o regem, dividindo-os em vários itens de acordo com seus objetos.

Estarão em foco os detalhes relativos aos bens do patrimônio exclusivo de cada cônjuge e de sua administração, até o que chamaremos de normas de segurança, que tratam de assegurar a não dilapidação do patrimônio a ser apurado, por cônjuge de má-fé. Mas é importante lembrar que tal divisão tem efeito apenas explicativo, pois no Código Civil, como em qualquer outra legislação os artigos são interligados, dessa forma devemos observar o Código como um todo para podermos chegar à interpretação mais correta de cada artigo. Com isso, podem aparecer artigos inseridos não só em um item, mas em dois ou mais.

1.5.1 – Bens do patrimônio exclusivo e administração

Elemento característico nesse regime resulta diretamente do fato de se permitir a preservação da massa patrimonial que a cada um dos cônjuges pertence ao contrair o matrimônio, explicitando a norma com esse escopo que integram um

patrimônio próprio e individualizado os bens que cada cônjuge possuía ao casar, estabelecendo mais que serão acrescidos os bens por ele adquiridos, a qualquer título na constância do casamento (artigo 1.673).

Este artigo também reforça a idéia da livre administração dos bens quando em seu parágrafo único dispõe que a administração dos bens é exclusiva de cada cônjuge, que poderá, inclusive, alienar se forem bens móveis. Já no caso de bens imóveis, um cônjuge, para alienar, necessitará da outorga do outro cônjuge, que poderá ser suprida judicialmente, se negada (artigo 1.648).

Relativo a este tema é necessário fazer menção que os bens imóveis são de propriedade do cônjuge cujo nome constar no registro, é o que reza o artigo 1.681. O parágrafo único adverte que impugnada a titularidade do bem, caberá ao cônjuge proprietário provar a aquisição regular dos bens. Desta forma, vê-se em tal parágrafo que há a inversão do ônus da prova. Uma vez que impugnada a titularidade do bem, é o cônjuge proprietário que deverá provar sua regular aquisição.

É válido salientar que quando os nubentes escolhem este regime, se torna necessário firmar pacto antenupcial, desta forma podem os nubentes pactuar a livre disposição dos bens imóveis que integrem o patrimônio particular, conforme prescrição do artigo 1.656 do Código Civil.

1.5.2 – Regras de liquidação

De grande relevância é observar qual o termo inicial de partição dos aqüestos. Como dispõe o artigo 1.672, é na época da dissolução da sociedade conjugal que nasce o direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso e na constância do casamento. Desde o momento em que é admitida a demanda de separação judicial, observa Carlos

Iruzubieta¹⁵, restam revogados os poderes que os cônjuges adquirem para a administração de seus bens. Entretanto, é a sentença de separação que produz a liquidação do regime econômico do matrimônio.

A apuração do montante dos aqüestos, de acordo com o artigo 1.683 do Código Civil, deve ser necessariamente feita por ocasião da extinção da sociedade conjugal. Tal apuração far-se-á excluindo-se, como consta no artigo 1.674, os bens anteriores ao casamento e os bens que em seu lugar se subrogaram; os que sobrevieram a cada cônjuge por sucessão ou liberalidade; e, as dívidas relativas a estes bens. É necessário dizer que o parágrafo único reza que salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis.

Estatui o artigo 1.675, outrossim, que ao se cuidar da determinação do montante dos aqüestos, fixando o patrimônio comum a ser partilhado, deverão ser computados os valores das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro, assegurando-se, assim, a reivindicação do bem irregularmente doado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou, ainda, que se venha a declarar tais bens, no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução. Para Rolf Madaleno¹⁶, possível é, ainda, a compensação do bem doado por outro do mesmo valor, se com isso concordar o prejudicado.

O artigo 1.676 garante a justa partilha dos bens adquiridos, a título oneroso, na constância do casamento, quando afirma incorporar-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar. Desta forma, caso o cônjuge aliene os bens com a finalidade de burlar a

¹⁵ Cf. IRUZUBIETA, *apud* MADALENO, 2001. p. 186.

¹⁶ Cf. MADALENO, 2001, p. 186

meação, poderá o cônjuge lesado, ou seus herdeiros, reivindicá-los ou requerer a inclusão do valor desses bens no monte partilhável, para a devida compensação.

Se não for possível e nem conveniente a divisão de todos os bens em natureza, sendo igualmente desaconselhável ou impraticável o seu condomínio, reza o artigo 1.684, será calculado o valor de alguns desses bens ou de todos, para sua reposição em dinheiro ao cônjuge não-proprietário. Ainda no mesmo artigo, mas em seu parágrafo único, afirma que não se tornando possível realizar a reposição em dinheiro, serão avaliados e, mediante autorização judicial, alienados tantos bens quanto bastarem.

A morte do cônjuge também põe termo à sociedade conjugal - art. 1.571, I - e, por via de consequência, extingue o regime matrimonial de bens. Portanto, ocorrendo o óbito de um dos cônjuges observaremos o artigo 1.685 do Código Civil, este diz que a apuração do acervo partilhável far-se-á em conformidade com os artigos antecedentes a este: cinqüenta por cento caberá ao cônjuge sobrevivente e a outra metade é transmitida aos herdeiros, em obediência às regras estabelecidas no Código Civil vigente e que veremos melhor quando analisarmos a sucessão no caso de cônjuges casados sobre o regime estudado.

1.5.3 - Responsabilidade por dívidas

Relativamente às dívidas contraídas por apenas um dos cônjuges e posteriormente ao casamento - porquanto as anteriores só ao devedor digam respeito - por elas responderá o cônjuge que contraiu, salvo se provar que, de alguma forma, total ou parcialmente, reverteu o crédito tomado em seu favor do outro, quando, então, este último também responderá. É o que está transcrito no artigo 1.677 do Código Civil.

É válido reforçar que tal disposição refere-se aos débitos estritamente pessoais do cônjuge devedor e que oneram

seus bens privativos, não podendo comprometer solidariamente o patrimônio comunicável.

Na hipótese de um cônjuge solver a dívida contraída pelo outro cônjuge e em seu benefício exclusivo, poderá o que pagou com seus bens exclusivos imputar tal dívida paga à meação do devedor beneficiado (artigo 1.678).

Em qualquer hipótese, as dívidas exclusivas de um dos cônjuges que sejam superiores à sua meação não podem obrigar nem ao outro cônjuge, nem aos herdeiros do devedor, caso se trate de dissolução da sociedade conjugal por morte, conforme observamos no artigo 1.686. Dessa forma, o cônjuge que não contraiu a dívida não responde por ela, e os herdeiros são solidários até o valor correspondente à meação do falecido, ou seja, até o valor da herança.

1.5.4 – Bens adquiridos pelo trabalho comum

O artigo 1.679 institui quotas iguais em créditos estabelecidos em decorrência do trabalho conjunto dos cônjuges, bem como determina o condomínio em mesmas condições na hipótese dos bens terem sido adquiridos na constância do casamento e com a comunhão de esforços laborais, pelo que, como co-proprietários desses bens, aos cônjuges será lícita a administração conjunta dos mesmos e, em caso de dissolução do matrimônio ser-lhes-á lícito demandar a dissolução do condomínio, se possível e pelos modos legais. Caso contrário, podem optar pela venda do bem e a divisão do valor apurado.

Em relação às coisas móveis presumem-se, em face de terceiros, do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro (artigo 1.680), ou se ficar provada que a aquisição do bem é anterior ao casamento pelo cônjuge não devedor (artigo 1674).

1.5.5 – Irrenunciabilidade do direito à meação

A renúncia envolve a desistência de um direito. No caso em tela, temos o direito à percepção da meação por parte do cônjuge, e este a lei diz ser irrenunciável. Rolf Madaleno, sobre a questão, argumenta:

Reza o art. 1.682 ser irrenunciável, nem cessível ou penhorável o direito à meação na vigência do regime matrimonial. Trata-se de direitos e obrigações criados com a finalidade de sustentar economicamente o matrimônio e a família, que precisa de seus recursos para se perpetuar no tempo e não inviabilizar a sua normal constituição e regular desenvolvimento.¹⁷

E complementa o autor argentino Iruzubieta de maneira bastante explicativa, entendendo que se trata de princípio de ordem pública, e que por essa razão não pode o direito a meação ser renunciado nem pela vontade das partes, vejamos:

Que se trata de um princípio de ordem pública que não pode ser contrariado pela vontade das partes e, portanto, não pode o cônjuge renunciar ao direito de perceber a metade de seus ganhos aqüestros, por conta da dissolução de sua sociedade. Também não pode ceder esse direito (o que daria no mesmo que renunciá-lo), nem terceiros podem se servir da meação para satisfação de créditos executivos. Porém, nada impede a sua doação ou cessão depois da adjudicação do cônjuge, desde que não prejudique aos herdeiros necessários.¹⁸

¹⁷ MADALENO, 2001. p. 190.

¹⁸ IRUZUBIETA, *apud* MADALENO, 2001. p. 190.

Caso tal regra não existisse, vale frisar, os cônjuges poderiam alterar o regime de bens sem o preenchimento dos requisitos legais específicos. Desta forma, por exemplo, se um dos cônjuges renunciasse o seu direito à meação, estaríamos vislumbrando não mais o regime da participação final nos aqüestos, no qual quando da dissolução da sociedade conjugal ganha aspectos do regime da comunhão parcial, e sim o regime da separação de bens, em que não existe qualquer meação, pois os bens particulares compreendem a totalidade da herança, sendo transmitidos para os herdeiros.

1.5.6 – Normas de segurança

Como dito anteriormente, chamaremos normas de segurança àquelas que visam proteger o cônjuge, bem como terceiros interessados, de verem o patrimônio a ser apurado quando da dissolução da sociedade conjugal dilapidado em razão da má-fé de algum dos cônjuges.

Alguns dos artigos que serão analisados já foram tratados quando da explicação dos anteriores, mas achamos por bem dar ênfase a este aspecto que achamos fundamental para a eficácia do regime analisado.

Analisando os artigos 1.673 e 1.674, podemos observar que estes definem a administração dos bens, quando do casamento, bem como quais bens serão compartilhados, e quais bens não serão, quando do fim da sociedade conjugal. Porém, não podemos nos esquecer que estes artigos também tentaram se preocupar com a segurança de cônjuges e terceiros.

O parágrafo único do artigo 1.673 traz ressalvas quanto a necessidade de outorga uxória para se poder alienar bem imóvel, mas podendo o cônjuge alienar livremente os bens móveis que o pertencerem. Por outro lado, para se garantir uma partilha dos aqüestos mais justa, o parágrafo único do

artigo 1.674 reza que salvo prova em contrário, presumem-se adquiridos durante o casamento os bens móveis. Tal ressalva recai nos próximos artigos analisados, na medida em que as regras adiante, classificamos como regras de compensação, pois doados ou alienados os bens, móveis ou imóveis, em detrimento da meação, estes poderão ser reivindicados.

O artigo 1.675 dispõe que ao determinar-se o montante dos aqüestos, computar-se-á o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a necessária autorização do outro; nesse caso, o bem poderá ser reivindicado pelo cônjuge prejudicado ou por seus herdeiros, ou declarado no monte partilhável, por valor equivalente ao da época da dissolução.

O artigo estudado proporciona garantia ao cônjuge lesado para reivindicar o bem desviado ou para incluir seu valor no monte partilhável. Estabelece este artigo mecanismo para a preservação do acervo partilhável que por razão de cônjuge mal-intencionado pode sofrer dilapidação em razão da liberdade que este possui para administrar os bens.

O artigo 1.676 na mesma toada do anterior, porém tratando dos bens alienados em detrimento da meação, diz que incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar.

Garante o artigo ora analisado a justa partilha dos bens adquiridos, a título oneroso, na constância do casamento. Caso o cônjuge aliene tais bens com o objetivo de tumultuar a meação, poderá o lesado, cônjuge ou herdeiros, reivindicar esses bens ou requerer a inclusão do valor dos mesmos no monte partilhável.

Também seguindo o regime de compensações, o artigo 1.677 dispõe que pelas dívidas posteriores ao casamento, contraídas por um dos cônjuges, somente este, responderá salvo prova de terem revertido, parcial ou totalmente, em benefício do outro. Desde a criação do Estatuto da Mulher Casada, é

ônus do sócio conjugal devedor, abonar as dívidas que contraiu, provando havê-las suportado em benefício da sociedade conjugal, até porque o regime de bens não enumera as despesas consideradas comuns.

Também pode ser compensada dívida de um esposo, solvida pelo outro e com bens do seu próprio patrimônio, devendo ser atualizado o valor do pagamento imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge, assim dispõe o artigo 1.678 do Código Civil Brasileiro.

O artigo 1.680, diferentemente dos anteriores, tem como objetivo garantir o crédito de terceiro em face do cônjuge devedor casado sob o regime em estudo, quando dispõe que as coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro.

Sem o comando deste artigo poderia o cônjuge devedor esquivar-se do pagamento do débito, camuflando a titularidade dos bens móveis, coibindo assim medidas executórias sobre eles.

Já em relação aos bens imóveis, o Código manteve o velho princípio de que o titular do domínio é aquele que constar do registro (artigo 1.681), mas excepciona no parágrafo único dispondo que uma vez impugnada a titularidade do bem – por um credor do cônjuge não-proprietário, por exemplo – caberá ao proprietário provar a aquisição regular do bem ou dos bens. Deste modo, há uma inversão do ônus da prova, não é o credor que impugnou a titularidade quem deve provar de quem é o domínio, mas o proprietário do bem é quem deve fazer prova em seu favor.

O artigo 1.686 protege cônjuge e herdeiros quando trata da responsabilidade pelo pagamento de dívidas contraídas por um dos cônjuges, quando superiores à meação. Em tais casos, o cônjuge que não contraiu a dívida não responde pela mesma, e os herdeiros serão solidários até ao valor correspon-

dente à metade do falecido, nesse caso até o valor que suas cotas da herança alcançarem. Assim, o pagamento das dívidas do falecido sujeita-se às forças da herança, de modo que, se o valor ultrapassar a sua meação, não poderá obrigar o outro cônjuge ou os herdeiros.

1.5.7 – A sucessão no regime da participação final nos aqüestos

Referente a sucessão, quando o regime de bem escolhido for o da participação final nos aqüestos, ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal em razão do óbito de algum dos cônjuges, observamos uma apuração dos aqüestos regidos semelhantemente ao regime da comunhão parcial.

Sabemos também que a dissolução da sociedade conjugal se dá, de acordo com o artigo 1.571 do Código Civil, pela morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulação do casamento; pela separação judicial; e, pelo divórcio.

Para os casos em que há dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, verificar-se-á o monte sucessível após a separação dos bens conforme as regras traçadas nos artigos já analisados quando do estudo sobre as regras de liquidação, entrando então descendentes, ascendentes ou mesmo o cônjuge supérstite, em sendo esse o caso, nos bens que constituam a meação do cônjuge morto e em seus bens exclusivos, como dispõe o artigo 1.685 do Código Civil.

No que tange a concorrência do cônjuge sobrevivente na partilha, como adiantamos no parágrafo anterior, o mesmo concorre nos bens particulares, uma vez que o regime da participação final nos aqüestos é equiparado, no que se refere à sua dissolução, ao regime da comunhão parcial de bens, devendo ser regulado, no que tange à matéria sucessória de forma semelhante, como dito.

ônus do sócio conjugal devedor, abonar as dívidas que contraiu, provando havê-las suportado em benefício da sociedade conjugal, até porque o regime de bens não enumera as despesas consideradas comuns.

Também pode ser compensada dívida de um esposo, solvida pelo outro e com bens do seu próprio patrimônio, devendo ser atualizado o valor do pagamento imputado, na data da dissolução, à meação do outro cônjuge, assim dispõe o artigo 1.678 do Código Civil Brasileiro.

O artigo 1.680, diferentemente dos anteriores, tem como objetivo garantir o crédito de terceiro em face do cônjuge devedor casado sob o regime em estudo, quando dispõe que as coisas móveis, em face de terceiros, presumem-se do domínio do cônjuge devedor, salvo se o bem for de uso pessoal do outro.

Sem o comando deste artigo poderia o cônjuge devedor esquivar-se do pagamento do débito, camuflando a titularidade dos bens móveis, coibindo assim medidas executórias sobre eles.

Já em relação aos bens imóveis, o Código manteve o velho princípio de que o titular do domínio é aquele que constar do registro (artigo 1.681), mas excepciona no parágrafo único dispondo que uma vez impugnada a titularidade do bem – por um credor do cônjuge não-proprietário, por exemplo – caberá ao proprietário provar a aquisição regular do bem ou dos bens. Deste modo, há uma inversão do ônus da prova, não é o credor que impugnou a titularidade quem deve provar de quem é o domínio, mas o proprietário do bem é quem deve fazer prova em seu favor.

O artigo 1.686 protege cônjuge e herdeiros quando trata da responsabilidade pelo pagamento de dívidas contraídas por um dos cônjuges, quando superiores à meação. Em tais casos, o cônjuge que não contraiu a dívida não responde pela mesma, e os herdeiros serão solidários até ao valor correspon-

dente à metade do falecido, nesse caso até o valor que suas cotas da herança alcançarem. Assim, o pagamento das dívidas do falecido sujeita-se às forças da herança, de modo que, se o valor ultrapassar a sua meação, não poderá obrigar o outro cônjuge ou os herdeiros.

1.5.7 – A sucessão no regime da participação final nos aqüestos

Referente a sucessão, quando o regime de bem escolhido for o da participação final nos aqüestos, ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal em razão do óbito de algum dos cônjuges, observamos uma apuração dos aqüestos regidos semelhantemente ao regime da comunhão parcial.

Sabemos também que a dissolução da sociedade conjugal se dá, de acordo com o artigo 1.571 do Código Civil, pela morte de um dos cônjuges; pela nulidade ou anulação do casamento; pela separação judicial; e, pelo divórcio.

Para os casos em que há dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, verificar-se-á o monte sucessível após a separação dos bens conforme as regras traçadas nos artigos nos artigos já analisados quando do estudo sobre as regras de liquidação, entrando então descendentes, ascendentes ou mesmo o cônjuge supérstite, em sendo esse o caso, nos bens que constituam a meação do cônjuge morto e em seus bens exclusivos, como dispõe o artigo 1.685 do Código Civil.

No que tange a concorrência do cônjuge sobrevivente na partilha, como adiantamos no parágrafo anterior, o mesmo concorre nos bens particulares, uma vez que o regime da participação final nos aqüestos é equiparado, no que se refere à sua dissolução, ao regime da comunhão parcial de bens, devendo ser regulado, no que tange à matéria sucessória de forma semelhante, como dito.

Entendemos, pois, que o cônjuge sobrevivente terá sua meação nos bens adquiridos com os esforços comuns do casal durante o casamento, e que tais bens não devem ser objeto da concorrência.

Deste modo, concorre os demais herdeiros, bem como o cônjuge sobrevivente aos bens particulares do *de cujus*, bens estes, adquiridos anteriormente ao casamento, assim como aqueles adquiridos na constância do casamento de forma individual, ou seja, sem a participação do cônjuge supérstite.

Então, enquanto mantida a sociedade conjugal, os cônjuges são proprietários individuais dos bens e a sua indivisão se mantém todo o tempo em que persiste o casamento, tratando de atender aos custos de manutenção da família constituída. Abrindo-se a sucessão no caso de morte de qualquer um dos cônjuges, são chamados os seus herdeiros. Vale lembrar, ainda, que cada cônjuge poderá dispor por testamento da metade dos bens finais dos seus aqüestos, observadas as limitações acerca das porções indisponíveis, já que a morte extingue o regime patrimonial e abre a comunicabilidade dos ganhos conjugais.

2 - CRÍTICAS AO REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQÜESTOS.

As críticas ao regime da participação final nos aqüestos são muitas. Tendo início quando muitos autores vêem esse regime como letra morta no ordenamento jurídico brasileiro, assim como foi o regime dotal. Desta mesma forma pensa João Andrades Carvalho¹⁹ quando diz “que se trata de um regime sem repercussão na realidade social brasileira”. Ainda no que se refere à questão levantada, afirma Silvio Venosa que:

¹⁹ CARVALHO, *apud* MADALENO, 2001. p. 169.

É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se tratará de estrutura complexa, disciplinada por nada menos que 15 artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, à grande maioria da população brasileira, de baixa renda e pouca cultura.²⁰

A sociedade brasileira, diferentemente da visão que teve o legislador quando da inserção do novel regime no Código Civil é predominantemente de baixa renda e pouca cultura. Tentamos fazer pesquisa empírica para descobrir quantos casais em Recife são casados regidos pelo regime estudado, mas dificuldades como o segredo de justiça impediu a pesquisa. Porém, perguntando em varas e cartórios, bem como a advogados especialistas, observou-se que muitos destes desconheciam o regime da participação final nos aqüestos.

Críticas ferrenhas também são feitas em relação à questão dos riscos de fraudes na partilha. Mesmo com todas as regras de segurança já debatidas, a livre administração dos bens ainda traz riscos enormes à liquidação dos aqüestos. Em relação ao tema escreve Rolf Madaleno:

Tendo em conta a livre administração dos bens - ainda que se considere que a transmissão de bens imóveis depende da outorga do outro cônjuge -, mostra-se frágil e propenso a fraudes o novo regime de participação final nos aqüestos.²¹

Já não é mais possível, assim, considerar apenas o ingresso de uma ação de separação judicial como marco para a apuração contábil do exato acervo dos bens conjugais comu-

²⁰ VENOSA, 2004. p. 198

²¹ MADALENO, 2001. p. 185.

Entendemos, pois, que o cônjuge sobrevivente terá sua meação nos bens adquiridos com os esforços comuns do casal durante o casamento, e que tais bens não devem ser objeto da concorrência.

Deste modo, concorre os demais herdeiros, bem como o cônjuge sobrevivente aos bens particulares do *de cujus*, bens estes, adquiridos anteriormente ao casamento, assim como aqueles adquiridos na constância do casamento de forma individual, ou seja, sem a participação do cônjuge supérstite.

Então, enquanto mantida a sociedade conjugal, os cônjuges são proprietários individuais dos bens e a sua indivisão se mantém todo o tempo em que persiste o casamento, tratando de atender aos custos de manutenção da família constituída. Abrindo-se a sucessão no caso de morte de qualquer um dos cônjuges, são chamados os seus herdeiros. Vale lembrar, ainda, que cada cônjuge poderá dispor por testamento da metade dos bens finais dos seus aqüestos, observadas as limitações acerca das porções indisponíveis, já que a morte extingue o regime patrimonial e abre a comunicabilidade dos ganhos conjugais.

2 - CRÍTICAS AO REGIME DA PARTICIPAÇÃO FINAL NOS AQUÊSTOS.

As críticas ao regime da participação final nos aqüestos são muitas. Tendo início quando muitos autores vêem esse regime como letra morta no ordenamento jurídico brasileiro, assim como foi o regime dotal. Desta mesma forma pensa João Andrades Carvalho¹⁹ quando diz “que se trata de um regime sem repercussão na realidade social brasileira”. Ainda no que se refere à questão levantada, afirma Silvio Venosa que:

¹⁹ CARVALHO, *apud* MADALENO, 2001. p. 169.

É muito provável que esse regime não se adapte ao gosto de nossa sociedade. Por si só verifica-se que se trará de estrutura complexa, disciplinada por nada menos que 15 artigos, com inúmeras particularidades. Não se destina, evidentemente, à grande maioria da população brasileira, de baixa renda e pouca cultura.²⁰

A sociedade brasileira, diferentemente da visão que teve o legislador quando da inserção do novel regime no Código Civil é predominantemente de baixa renda e pouca cultura. Tentamos fazer pesquisa empírica para descobrir quantos casais em Recife são casados regidos pelo regime estudado, mas dificuldades como o segredo de justiça impediu a pesquisa. Porém, perguntando em varas e cartórios, bem como a advogados especialistas, observou-se que muitos destes desconheciam o regime da participação final nos aqüestos.

Críticas ferrenhas também são feitas em relação à questão dos riscos de fraudes na partilha. Mesmo com todas as regras de segurança já debatidas, a livre administração dos bens ainda traz riscos enormes à liquidação dos aqüestos. Em relação ao tema escreve Rolf Madaleno:

Tendo em conta a livre administração dos bens - ainda que se considere que a transmissão de bens imóveis depende da outorga do outro cônjuge -, mostra-se frágil e propenso a fraudes o novo regime de participação final nos aqüestos.²¹

Já não é mais possível, assim, considerar apenas o ingresso de uma ação de separação judicial como marco para a apuração contábil do exato acervo dos bens conjugais comu-

²⁰ VENOSA, 2004. p. 198

²¹ MADALENO, 2001. p. 185.

nicáveis. Descuida-se o artigo 1.674 quando dispõe que o levantamento deve ser conduzido somente “sobrevindo a dissolução da sociedade conjugal...”, na medida em que, a dissipação dos bens conjugais se dá em período anterior à separação. Basta dizer que o cônjuge de má-fé poderá intencionalmente esvaziar seu patrimônio próprio, alienando seus bens, com subterfúgios ou não, de maneira que não existam bens ou qualquer patrimônio para integrar a comunhão quando do desfazimento previamente imaginado da sociedade conjugal. Sabemos também que a necessidade de outorga uxória para alienação de bem imóvel não obsta a condução da vontade, a supremacia da vontade de um dos cônjuges sobre o outro na intimidade do lar.

Isso trará sem dúvida alguma uma instabilidade não só ao consorcio, mas também aos terceiros que contratarem com regidos sob esse regime. Afirma Rolf Madaleno: “É necessário ir adiante das falsas fronteiras físicas ou jurídicas da separação, já que a fraude patrimonial se instala em época muito anterior à real ruptura”.²²

Continua o mesmo Rolf Madaleno de forma pertinente dizendo ser: “Aconselhável ao legislador familista aplicar o princípio da revocatória falimentar, retroagindo no tempo para delimitar o período suspeito da fraude sobre os bens conjugais”.²³

Como dito com outras palavras anteriormente, é com muito mais facilidade que pode surgir a fraude conjugal quando, durante a aparente harmonia da relação nupcial, o cônjuge que arquiteta a sua silenciosa separação, ou que foi notificado da vontade de separação do seu consorte, esvazia por ganância ou em represália o patrimônio em face da partição dos aqüestos com a iniciativa judicial da separação.

²² *Ibid.*, p. 186

²³ *Ibidem.*, p. 186.

Assim, aludindo a boa-fé do consorte e com a livre disposição da sua massa de bens, é clara a possibilidade de dano à meação do cônjuge desatento quanto aos seus direitos.

Desta forma é necessário o legislador prever situações excepcionais, pois o regime de compensações só serve quando sobram bens para a divisão. Mas na realidade podem ocorrer dilapidações enormes dos bens a serem partilhados em razão de desavenças e falta de lealdade de qualquer dos cônjuges, precisando o legislador ir além do marco inicial coincidente com o ingresso da demanda de separação, abrindo espaço para pesquisa revocatória, localizando num tempo razoável o malicioso intento fraudatário do cônjuge que buscou reduzir a real meação do seu consorte.

Como forma de segurança para tais fraudes contra o cônjuge e para com terceiros, podem ser colocadas na escritura do pacto, as cautelas anteriormente mencionadas, como a necessidade de um período suspeito para os atos de disposição de bens. Porém, sem sombra de dúvidas, o casamento se transformaria estritamente em um negócio patrimonial. O casamento passaria a exigir uma contabilidade permanente, sob pena de ser impossível efetuar a comunhão de aqüestos ao final da sociedade.

Também como forma de prevenção às fraudes, para assegurar a compensação de bens ou a recompensa pelo valor equivalente do patrimônio desviado, conforme regem os artigos 1.675 e 1.676, dado o início do processo de separação, convém sejam requeridas medidas cautelares para a segurança da divisão final dos aqüestos a mais igualitária possível. Como sugere e explica Rolf Madaleno:

Talvez a medida cautelar de arrolamento de bens e o trancamento registral de bens imóveis, aeronaves, automóveis, telefones, quotas sociais, embarcações, semoventes e o bloqueio judicial de economias gerem eficácia sufici-

ente para materializar a justa partição final dos bens, assegurando a permanência do cabedal comum, evitando a ocultação ou dissipação de bens comunicáveis e dispensando intrincadas operações processuais de recuperação dos bens desviados.²⁴

Em razão da complexidade do regime estudado, bem como das situações que cria, em relação ao perigo de fraude, fica fácil antever que mesmo com o regime de compensações as inúmeras dificuldades que se farão registrar com morosas prestações de contas e procedimentos judiciais declarando comunicáveis despesas lançadas pelo cônjuge titular de patrimônio que lhe era próprio, mas que restaram em comum pelo anúncio oficial da separação, tornando-se devedor da sociedade matrimonial, são outros pontos de crítica.

Também é válido ressaltar, como já dito anteriormente, e que concordamos veementemente, que a vida conjugal se torna difícil, pois é marcada por desgastantes operações contábeis anotadas ao longo da trajetória nupcial, registrando quantidades que compõem passivo da sociedade, por se tratar de gastos da família, e quantidades que compõem débitos pessoais do outro, passíveis de atualização monetária para compensação no momento da dissolução do regime de bens, inclusive dirigida aos herdeiros se o matrimônio se rompeu por morte de algum dos cônjuges.

O dinheiro já interfere de modo avassalador na história das relações conjugais, sendo um dos principais motivos para reações violentas entre os cônjuges, tal como em casos de traição, sendo perigoso demais que possam os cônjuges desavindos, em função de litigiosa separação judicial, discutir, sob o pretexto de acertarem contas de dívidas e créditos materiais, os ressentimentos represados ao longo de uma conturbada convivência.

²⁴ MADALENO, 2001. p. 187.

3 - CONCLUSÃO

O regime da participação final nos aqüestos será letra morta em nosso ordenamento ou não?

É difícil antever o futuro, contudo, pelo conteúdo do trabalho, podemos perceber que se trata de um regime extremamente complexo e que gera muitas inseguranças, tanto para os cônjuges quanto para terceiros.

Além disso, nota-se que o legislador entendendo que a sociedade brasileira estava mudando, passando homens e mulheres a terem seus próprios negócios, seus próprios bens, não observou contudo que isto acontece com uma minoria da população como já criticamos no capítulo anterior. A grande maioria da sociedade brasileira é formada por pessoas da classe pobre, onde o casamento é um fator de crescimento material. O jovem se casa com a moça para que juntando o pouco que possuem possam ascender, procurar criar os seus patrimônios juntos, e é este o motivo que fez acertadamente o legislador escolher como regime legal o da comunhão parcial de bens.

Assim, entendemos que o regime da participação final nos aqüestos transforma o casamento em um complexo negocial patrimonial, onde se houver conflito na dissolução do vínculo conjugal, as questões a serem levantadas serão inúmeras, o que é terrível para a manutenção do vínculo matrimonial. Até mesmo pela novidade que é o regime estudado nem a doutrina e nem a jurisprudência trata o mesmo de maneira mais profunda, até porque, adiantando nossa resposta à pergunta levantada no início da conclusão, acreditamos que a própria doutrina conceituada não vê nesse regime assunto a ser debatido, pois todos o vêem como um regime natimorto.

Tentamos ao longo deste estudo expor as características principais do regime da participação final nos aqüestos,

ente para materializar a justa partição final dos bens, assegurando a permanência do cabedal comum, evitando a ocultação ou dissipação de bens comunicáveis e dispensando intrincadas operações processuais de recuperação dos bens desviados.²⁴

Em razão da complexidade do regime estudado, bem como das situações que cria, em relação ao perigo de fraude, fica fácil antever que mesmo com o regime de compensações as inúmeras dificuldades que se farão registrar com morosas prestações de contas e procedimentos judiciais declarando comunicáveis despesas lançadas pelo cônjuge titular de patrimônio que lhe era próprio, mas que restaram em comum pelo anúncio oficial da separação, tornando-se devedor da sociedade matrimonial, são outros pontos de crítica.

Também é válido ressaltar, como já dito anteriormente, e que concordamos veementemente, que a vida conjugal se torna difícil, pois é marcada por desgastantes operações contábeis anotadas ao longo da trajetória nupcial, registrando quantidades que compõem passivo da sociedade, por se tratar de gastos da família, e quantidades que compõem débitos pessoais do outro, passíveis de atualização monetária para compensação no momento da dissolução do regime de bens, inclusive dirigida aos herdeiros se o matrimônio se rompeu por morte de algum dos cônjuges.

O dinheiro já interfere de modo avassalador na história das relações conjugais, sendo um dos principais motivos para reações violentas entre os cônjuges, tal como em casos de traição, sendo perigoso demais que possam os cônjuges desavindos, em função de litigiosa separação judicial, discutir, sob o pretexto de acertarem contas de dívidas e créditos materiais, os ressentimentos represados ao longo de uma conturbada convivência.

²⁴ MADALENO, 2001. p. 187.

3 - CONCLUSÃO

O regime da participação final nos aqüestos será letra morta em nosso ordenamento ou não?

É difícil antever o futuro, contudo, pelo conteúdo do trabalho, podemos perceber que se trata de um regime extremamente complexo e que gera muitas inseguranças, tanto para os cônjuges quanto para terceiros.

Além disso, nota-se que o legislador entendendo que a sociedade brasileira estava mudando, passando homens e mulheres a terem seus próprios negócios, seus próprios bens, não observou contudo que isto acontece com uma minoria da população como já criticamos no capítulo anterior. A grande maioria da sociedade brasileira é formada por pessoas da classe pobre, onde o casamento é um fator de crescimento material. O jovem se casa com a moça para que juntando o pouco que possuem possam ascender, procurar criar os seus patrimônios juntos, e é este o motivo que fez acertadamente o legislador escolher como regime legal o da comunhão parcial de bens.

Assim, entendemos que o regime da participação final nos aqüestos transforma o casamento em um complexo negocial patrimonial, onde se houver conflito na dissolução do vínculo conjugal, as questões a serem levantadas serão inúmeras, o que é terrível para a manutenção do vínculo matrimonial. Até mesmo pela novidade que é o regime estudado nem a doutrina e nem a jurisprudência trata o mesmo de maneira mais profunda, até porque, adiantando nossa resposta à pergunta levantada no início da conclusão, acreditamos que a própria doutrina conceituada não vê nesse regime assunto a ser debatido, pois todos o vêem como um regime natimorto.

Tentamos ao longo deste estudo expor as características principais do regime da participação final nos aqüestos,

mostrando seus pontos mais importantes e controversos, Tentamos crer que este regime teria função prática em nossas vidas, mas nos desapontamos quando no decorrer do estudo nos deparamos com críticas ferrenhas e bem fundamentadas já expostas.

Portanto, entendemos que o regime da participação final nos aqüestos tem em seu conteúdo uma idéia bastante pragmática em relação aos bens durante a constância do casamento, podendo os cônjuges administrá-los livremente sem interferências, e que, em países onde o poder econômico é maior pode perfeitamente ter resultados melhores e menos perigosos.

Porém em nossa realidade, devido à baixa renda da população, bem como pelo desconhecimento por parte até mesmo dos especialistas, fica difícil não concordar com os demais doutrinadores e dizer que o regime da participação final nos aqüestos, tal como foi o regime dotal, não terá nenhum valor prático em nossas vidas, sendo apenas mais um ponto a ser estudado nos cursos de direito de família.

4 - REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Alexandre Guedes Alcoforado. Arts. 1.653 a 1.693. In: FIUZA, Ricardo (coord.). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROS, Washington de. **Curso de Direito Civil - Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2004. v.2

CANADIAN LEGAL INFORMATION INSTITUTE. **Civil Code of Québec, C.q.C.** Disponível em: < <http://www.canlii.org/qc/laws/sta/ccq/20041104/part1.html> >. Acesso em: 21 de set. 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 5

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. 6 ed. rev. atual. e ampl. de acordo com o Código Civil 2002. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; JACOB, Cristiane Bassi. A vocação hereditária e a concorrência do cônjuge com os descendentes ou ascendentes do falecido (artigo 1.829, I, do Código Civil de 2002). **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 25, p. 09-40, ago./set. 1999. Bimestral.

GOBBO, Edenilza; NERILO, Luciola Fabrete Lopes. Intercções necessárias entre o direito de família e o direito comercial: as quotas da sociedade limitada na dissolução do casamento, da união estável e na sucessão. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 6, n. 27, p. 05-18, dez./jan. 2005. Bimestral.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Casamento e regime de bens**. Jus Navigandi, Teresinha, a. 7, n.65, mai. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4095>>. Acesso em 07 fev.2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Código civil comentado. arts. 1.591 a 1.673. In: VILAÇA, Álvaro (coord). **Código civil comentado: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1.591 a 1.673**, volume XVI. São Paulo: Atlas, 2003.

hierárquica, sob pena de vilipendiar-se o princípio do juiz natural e da independência da magistratura.

A propósito, é de extrema valia o estudo dos institutos de persuasão e de vinculariedade de decisões, ante a sua relevância no deslinde dos conflitos intersubjetivos de interesses, submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

O ordenamento jurídico brasileiro, hodiernamente, agasalhou o sistema de vinculação obrigatória de atos decisórios, através da Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, a qual merece concentrada reflexão, para que não sejam admitidos desrespeitos aos princípios e comandos insertos na Carta Política de 1988.

O tema em comento traz implícito uma ampla gama de complexidades, dentre elas, o papel que a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem ocupando no cenário jurídico brasileiro, com ou sem o condão de obrigatoriedade, e a necessária procura pela concretização da justiça, máxime pela atividade da magistratura, sob o pálio da livre interpretação das normas e do caso concreto.

Reserva-se colocações a respeito da súmula de efeitos vinculantes, a qual impõe, a princípio, ao magistrado de 1º grau, obediência aos enunciados jurisprudenciais sumulados do Supremo Tribunal Federal, além da estrutura onde está imerso o Poder Judiciário e a necessidade de realização de reformas.

Finaliza-se depositando atenções sobre uma nova visão interpretativa que deve ser conferida à Súmula Vinculante, para que o direito não fique algemado aos ditames dos Tribunais Superiores.

1 - A SÚMULA VINCULANTE E SUAS PECULIARIDADES

O vocábulo *súmula* vem do latim *summula* e, em sentido gramatical, quer dizer sumário, índice ou mesmo resumo.

No direito brasileiro, a palavra “*súmula*” tem se apresentado por conceitos diferenciados, podendo indicar, simplesmente, o resumo de decisão enunciada pelo órgão julgador ou a síntese da orientação jurisprudencial de um determinado tribunal.

Para LÊNIO LUIZ STRECK, as súmulas são o produto, o resultado de um procedimento de uniformização da jurisprudência e, baseando-se em ALVIM PINTO, a considera-as como um resumo da jurisprudência predominante dos tribunais superiores, como forma de expressão interpretativa da maioria absoluta dos julgadores a respeito das questões decididas, ainda que as decisões dos precedentes não tenham sido unânimes.¹

Pode-se dizer, então, no sentido jurídico aplicado no Brasil, que a *súmula* é uma fórmula que sintetiza decisões assentadas por tribunais sobre temas reiterados em diversos recursos. Ela serve, atualmente, de orientação a toda comunidade jurídica, por harmonizar entendimentos eventualmente dissonantes, em todas as instâncias, tornando, assim, os julgamentos mais previsíveis.

A Súmula de Efeito Vinculante, inserida na Carta Política de 1988 através da Emenda Constitucional n.º 45/2004, pode ser vista, ao nosso sentir, como um dizer jurisprudencial sintético, proveniente de julgamentos reiterados e idênticos sobre determinada matéria em sede dos tribunais superiores, que condiciona as decisões dos magistrados de

¹ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia poder e função*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 1995. p. 122 e 188.

jurisdição inferior ao seu conteúdo, bem como os órgãos da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual, distrital e municipal.

Vários foram e são os defensores do efeito vinculativo às súmulas dos Tribunais Superiores, dentre eles, a maioria dos Ministros dos Tribunais Superiores, além de certa parte da doutrina, entre os quais é interessante citar TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER, que, criando uma metáfora entre as peças do brinquedo infantil *lego* com a aplicação da norma ao caso concreto, argumenta, com bastante cautela, que a adoção da súmula vinculante pode ser vista como uma das técnicas que tendem a levar o direito a uma maior previsibilidade, a qual todos desejariam. Pondera esta jurista, no entanto, que nem tudo pode ser objeto de súmulas, mas, exclusivamente, as teses notadamente jurídicas. Além disso, salienta que as súmulas devem ter um sistema de alteração cuja iniciativa seja acessível à própria parte.²

Não faltam, no entanto, opiniões contrárias ao instituto em comento, dentre elas a de eminentes juristas, tais como DALMO DE ABREU DALLARI, LÊNIO LUÍS STRECK, dentre outros, como adiante se verificará.

Em apertada síntese, o posicionamento que se tem adotado para criticar o instituto das súmulas vinculantes se norteia em que a mesma afronta às garantias constitucionais do livre acesso à justiça e do devido processo legal (art. 5º, incs. XXXV e LIV da Constituição Federal de 1988), à tripartição das funções estatais (arts. 2º e 60, § 4º, III da Carta Política de 1988), ao princípio do duplo grau de jurisdição e, principalmente, à independência interpretativa dos magistrados.

² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 320.

Vários dos juristas citados são pacíficos na tese de que não estamos no Sistema da *Common Law*, onde há dois tipos ou efeitos das decisões judiciais sobre os casos futuros: o efeito meramente persuasivo (*persuasive authority*), equivalente ao das atuais súmulas, no nosso sistema, e o efeito vinculante (*binding precedents*). Colocam ainda que mesmo nesta última hipótese, o efeito obrigatório do precedente é sempre relativo, podendo o juiz ora desconsiderá-lo, por se tratar de fatos diversos, e, também, mesmo reconhecendo a identidade do fato, caso ele seja “desarrazoado e inconveniente” (*unreasonable and inconvenient*), rejeitá-lo, desde que o juiz decline cumpridamente as razões para esse julgamento.

Percebe-se, então, que o entendimento trazido pese pela inviabilidade de se introduzir o instituto do precedente absolutamente vinculado nos sistemas jurídicos da família romano-germânica, eis que, neste, a fonte primária do direito é sempre fiel à lei, isto é, às normas gerais e abstratas emanadas do Poder competente, no caso do Brasil, o Legislativo³, através dos representantes legitimamente eleitos pelo povo.

Essa tendência doutrinária caminha no sentido de que os juizes não têm eleitos que formam o órgão estatal legislativo e não possuem legitimidade democrática para criar o direito, porque o povo não lhes legou esse poder. A sua função precípua, na organização estatal, seria a de funcionar como árbitros supremos dos conflitos de interesse na aplicação da Lei.⁴

A propósito, no entendimento de STRECK, as súmulas são uma fórmula de controle do discurso jurídico dominante no plano dos tribunais superiores.⁵

³ E o Executivo, excepcionalmente, nas hipóteses constitucionais (medida provisória).

⁴ BARROS, Marco Antônio de. *Anotações sobre o Efeito Vinculante*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, a. 86/V. 735, p. 101, jan. 1997.

⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro: eficácia poder e função*. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 1995, p. 286.

Uma das críticas também levantadas em face da súmula de efeitos vinculantes é o fato de se supor que o Supremo Tribunal Federal passará a receber, originariamente, inúmeras reclamações de competência (§ 3º do art. 103-A), em virtude do descumprimento das súmulas, o que acarretaria no estrangulamento da capacidade de julgamento desse órgão jurisdicional.⁶

Não obstante as relevantes razões levantadas pelos que defendem a Súmula Vinculante, mormente a possibilidade de desafogar o amontoado de processos repetitivos nos Tribunais Superiores, acreditamos ser a mesma inviável, considerando, além da possibilidade de multiplicação de reclamações ao STF, o grande vício que a padece, qual seja, o bloqueio à liberdade de interpretação plena das leis aos magistrados de 1º grau, a qual constitui, a nosso ver, um vil atentado a própria soberania estatal, prevista como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

2 - O LEITO EM QUE ADORMECE O PODER JUDICIÁRIO: HORA DE DESPERTAR.

2.1 - Estrutura e hierarquia do Poder Judiciário: A dificuldade de se abreviar o Termo Final dos processos no Brasil

O Poder Judiciário é o que tem por missão aplicar contenciosamente a lei a casos particulares.⁷ A Carta Magna de 1988, em seu art. 92, enumera como órgãos desse Poder: o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, os

⁶ Emenda Modificativa Proposta no Plenário do Senado. Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Disponível em: www.amb.com.br. Acesso em: 20 set. 2004.

⁷ LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais, os Tribunais e Juizes Eleitorais, os Tribunais e Juizes Militares, os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, além do agora Conselho Nacional de Justiça, hierarquicamente organizados conforme demonstra o seguinte organograma:



Esses órgãos são harmônicos e gozam de integral independência frente aos demais poderes estatais. Todavia, merece ser ressaltado que os Juizes Inferiores, quando prolatam alguma decisão, têm aberto contra si todo o sistema recursal. Dessa forma, submetido determinado *decisum* a reexame de órgão hierarquicamente superior e tendo este vergastado o que fora anteriormente decidido, devem tais entes jurisdicionais de instância mais rasa consagrar o ato, cuja eficácia, genericamente, é *inter partes*.

O nosso sistema jurídico é formado por instâncias: 1ª instância, também denominada jurisdição inferior e 2ª Instância⁸, também chamada de jurisdição superior. Assim, certa parte da doutrina atribuiu a essa divisão de instâncias o caráter de graus da jurisdição. No entanto, existem bastantes controvérsias acerca de tal denominação.

À toda evidência, é de ser observado que por mais bela que seja a organização judiciária brasileira, com sua alta subdivisão hierárquica, não é ela funcional e constitui um dos verdadeiros motivos para a diuturna caminhada dos processos,

⁸ Constituída, no nosso entender, por todos os tribunais pátrios, inclusive os superiores.

considerando, sobretudo, a vasta diversidade de recursos disponíveis durante o iter procedimental.

Tecendo críticas à formação tripartite dos Poderes, DALMO DE ABREU DALLARI afirma que os três poderes que compõem o aparato governamental dos Estados contemporâneos, sejam ou não definidos como poderes, estão inadequados para a realidade social e política de nosso tempo. Segundo ele, isto pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava o "Estado mínimo", pouco solicitado, mesmo porque só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados.⁹

CARREIRA ALVIM, em passagem bastante contundente, censura a estrutura judiciária brasileira, ao expor que no Brasil, os obstáculos de acesso à Justiça não se ligam, apenas, ao problema da assistência judiciária aos necessitados, configuradora da primeira onda de acesso, e nem à defesa dos interesses da coletividade, notadamente os interesses difusos, configuradora da segunda onda, mas à estrutura judiciária, à inadequação dos processos e dos procedimentos, e, basicamente, à dimensão que se dá ao princípio do duplo grau de jurisdição, para atender à ânsia recursal do jurisdicionado brasileiro.¹⁰

Com ênfase, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI observa que um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração, não admitindo sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horizontalizado.¹¹

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juizes*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 1

¹⁰ ALVIM, J. E. Carreira. *Justiça: acesso e descesso*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 26 mai. 2003.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos*. 1. ed. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 88.

Realmente, toda essa ramificação do Judiciário brasileiro dificulta o acesso do jurisdicionado à justiça, sobretudo pela abundante previsão legislativa de recursos. Os Tribunais, acuados nesse álveo profundo de dificuldades, tentam dar vazão as suas atividades, mas sem absoluto sucesso. Assim, os processos findam com dificuldade e a longo prazo, principalmente se forem utilizados todos os meios de impugnação de decisões existentes nos códigos processuais e demais legislações esparsas.

É patente a necessidade de se restringir a gama de possibilidades de interposição de recursos perante os Tribunais e, sobretudo, suprimir alguns deles do ordenamento jurídico, a exemplo dos embargos infringentes, de divergência e o agravo regimental, todavia, impor vinculação de decisões, utilizando-se da hierarquia estrutural do Poder Judiciário, é atentar contra o próprio Estado democrático.

Institutos alternativos vêm sendo criados pelo legislador, para que haja viabilidade de se pôr termo a todos os processos submetidos ao crivo do Judiciário, entre eles, os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, além dos Juizados Federais. Outros meios de resolução de conflitos de interesse devem ser devidamente implementados e estimulados, como, respectivamente, a Mediação e a Arbitragem, para que se possa ter uma prestação jurisdicional efetiva e racionalizada, atingindo todas as camadas sociais, sem que haja necessidade, sob o pálio da suposta segurança jurídica, de extirpar a liberdade do magistrado em decidir.

2.2 - Existe necessidade de reformas?

É notável que o Judiciário está sendo alvo de duras críticas nas comunidades jurídica e social, ante a alastrada corrupção que se noticia, pelos infindáveis problemas de morosidade na prestação jurisdicional, dentre outros.

A busca pela concretização da justiça deve ser efetiva e a ética impõe ser colocada no pico da pirâmide judiciária,

como escudo sagrado. O sistema tem que capacitar um processo de resultados, capaz de atender aos anseios sociais. Todavia, as garantias básicas previstas na Constituição impendem ser salvaguardadas, entre elas o devido processo legal e o juiz natural.

A cada ano, amontoam-se milhares de processos nos Tribunais Superiores, os quais, em grande parte, decorrem de recursos de órgãos públicos questionando matérias pacificadas. As impugnações em cotejo, à toda evidência, são protelatórias e demonstram ter o vil intuito de estender o máximo possível o julgamento das lides. O fim é a esquiva de custos “improdutivos” para os respectivos cofres públicos, não excluindo, logicamente, a responsabilidade de todos aqueles que compartilham da mesma intenção, sejam ou não entes federais, estaduais, distritais ou municipais.

De acordo com os dados constantes do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, os nossos tribunais estão, a cada ano, abarrotando-se de mais processos, sem, entretanto, verem a estrutura judiciária ser proporcionalmente modernizada. A título de exemplo, em 1990, o Supremo Tribunal Federal, composto por 11 (onze) Ministros, recebeu 16.226 processos e julgou 16.449; em 1995 foram recebidos 25.385 e julgados 34.125; em 2000, foram distribuídos 90.706 recursos e julgados em 86.136 e até 12 de setembro de 2004 foram distribuídos 50.844 meios de impugnação de decisões e proferidos 69.153 julgamentos.¹²

A situação do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe em seus quadros de 33 (trinta e três) Ministros, também é alarmante. Em 1990 foram distribuídos 14.087 e, passados cinco anos, a distribuição chegou a 68.576 recursos. Em 2000, a marca foi espantosa, 150.738 impugnações distribuídas e, no ano de 2003, atingiu a cifra de 216.493. Da década de

¹² BNDPJ. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/>>. Acesso em: 15 set. 2004.

noventa até o ano de 2003, foram distribuídos 1.310.172 recursos e julgados 1.357.556.

No Tribunal Superior do Trabalho a imensa carga de recursos não é diferente. Em 1990 foram repassados aos Ministros 20.276 recursos e em 2003 os dados apontam que foram distribuídas 123.417 súplicas impugnativas.¹³

A tendência é que esses números continuem a crescer, não se sabendo até onde irão chegar. Certo é que o cidadão não pode ser compelido a suportar tamanha morosidade, em face da injustificável lentidão dos caminhos percorridos pelos processos. A propósito, IVAN LIRA DE CARVALHO informa que o alentado volume de ações aforadas em muito pouco tempo, assoberbou de serviço o Poder Judiciário, que padece de sério, muito sério mesmo, estrangulamento.¹⁴

Em amostragem realizada a partir dos dados estatísticos dos feitos distribuídos aos Tribunais Superiores, constatou-se que cerca de 61% dos recursos em tramitação no Supremo Tribunal Federal são interpostos pela União. Em seguida vem o INSS, com 21,94%, e, na terceira posição, aparece o Estado de São Paulo, com 11,59%. Ora, estes, somados, pasme-se, alcançam a marca de 95% de todos os recursos a serem apreciados pelo Supremo, sem se levar em consideração os outros órgãos públicos que também recorrem ao Pretório! O que mais impressiona é que os dados levam a crer que 80% por cento desses recursos discutem temas já sumulados ou com entendimentos já pacificados por aquela Corte.¹⁵

¹³ Idem. Tribunais Superiores. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/>>. Acesso em: 15 set. 2004.

¹⁴ CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões Vinculantes. In: Jus Navigandi, Teresina, n. 41. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=254>>. Acesso em: 22 out. 2002.

¹⁵ DINIZ, Antônio Carlos de A.. Efeito Vinculante e suas conseqüências para o ordenamento jurídico. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=252>>. Acesso em 06 jan. 2003.

Com muita propriedade, DALLARI nos adverte que em muitos lugares há juízes trabalhando em condições incompatíveis com a responsabilidade social da magistratura. A deficiência material vai desde as instalações físicas precárias até as obsoletas organizações dos feitos: o arcaico papelório dos autos, os fichários datilografados ou até manuscritos, os inúmeros vaivens dos autos, numa infundável prática burocrática de acúmulo de documentos.¹⁶

É desalentador para qualquer jurisdicionado a informação de que, sempre com a mesma quantidade de onze Ministros de décadas, julga-se pelo Supremo Tribunal Federal mais de 50 (cinquenta) mil processos por ano, em média.

De bom alvitre ressaltar que os diversos recursos apresentados perante os Tribunais têm objetos idênticos ou semelhantes aos vários já submetidos à reapreciação pelos mesmos, o que redundará em julgamentos repetitivos, de mera reprodução de impressos. Em decorrência do elevado montante de recursos, causas com objetos de alta envergadura, presumivelmente, podem deixar de ter exames mais arduos, o que abre a fenda para existência de injustiças. A prestação da tutela jurisdicional, assim, além de mais lenta, torna-se, inexoravelmente, menos eficaz e com sérios riscos de se apresentar precipitada e, portanto, injusta.

Buscando a fonte do direito comparado, observa-se que a Suprema Corte Norte Americana possui, apenas, 9 juízes, mas, em contrapartida, julgam apenas 160 processos por ano, pois se baseiam no critério de relevância que denominam de *writ of certiorari*. A Corte de Cassação Francesa, com 135 magistrados em sua casa, decide anualmente cerca de 10.000 processos, assim, em média, são 75 casos para cada Juiz, enquanto que a Corte Italiana é composta por 352 magistra-

¹⁶ Op cit., p. 156/157

dos, que julgam em torno de 35.200 processos por ano, ou seja, cerca de 100 processos por ano para cada um deles.¹⁷

Da análise de outros dados estatísticos¹⁸, percebemos que o Brasil tem um elevadíssimo percentual de seu orçamento direcionado ao Judiciário e, no entanto, é patente que ele está ainda longe de ser eficiente. Além da excessiva distribuição de processos e a carência de juízes (número deficiente de juízes; ausência de cargos vagos de juízes; forma inadequada de recrutamento dos juízes; não existência de uma maior especialização dos órgãos de primeiro grau e má qualidade de apoio administrativo, destinado aos magistrados), facilitam a morosidade do Judiciário o desaparecimento da primeira instância e o descomunal formalismo das normais procedimentais.¹⁹

No atual cenário brasileiro, pode ser visualizado um ascendente grau de politização do cidadão, talvez sob as influências exercidas pela mídia, que cada vez mais critica e demonstra a insatisfação de todos com a prestação do serviço incumbido ao Poder Judiciário. A coletividade está vivendo um latente sentimento por mudanças e, dentre as que se fazem necessárias, sem dúvidas, aparece a do referido Poder Estatal. No entanto, as possíveis interferências devem ser serenamente refletidas, para não se solapar o fim colimado pela Carta Política Republicana de 1988, sobretudo direitos fundamentais do jurisdicionado e do próprio magistrado.

¹⁷ LINHARES, Leonardo de Oliveira. Efeito vinculante das súmulas como garantia de um processo de resultados. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2742>>. Acesso em: 06. jan. 2004.

¹⁸ MELO, André Luis Alves de. Dogmas e verdades sobre o caos jurídico no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3111>>. Acesso em: 31 ago. 2005.

¹⁹ VELOSO, Carlos Mário da Silva *apud* PINHEIRO, José Rodrigues. *Qualidade Total no Poder Judiciário*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1997. p. 74.

3 - A SÚMULA VINCULANTE E A ESTAGNAÇÃO DO ATO DE INTERPRETAR O CASO CONCRETO - APONTAMENTOS E ALTERNATIVAS.

A princípio, importante consignar a fé de que os Juizes, com a liberdade que é incita de seu ofício, acabarão por interpretar os casos concretos da maneira que lhes melhor convier, conferindo a uma súmula interpretação diversa da que realmente entende os Tribunais Superiores, se assim achar justo.

É evidente que se um juiz entender que a súmula é injusta, não irá aplicá-la, máxime porque estará isento de qualquer penalidade legal se assim o fizer. Dessarte, indubitavelmente, as reclamações para o Supremo Tribunal Federal proliferarão, o que maculará o escopo maior pregado para a adoção do instituto ora em comento.

Ademais, diante do controle difuso de constitucionalidade, onde o juiz pode deixar de aplicar uma lei, no caso da mesma ser inconstitucional, certamente poderá, também, afastar a aplicação da súmula, quando eivada desse mesmo vício.

A partir da argumentação acima, entendemos, como uma primeira válvula de escape, considerando, sobretudo, que a Súmula Vinculante só tratará de matéria constitucional, que os Juizes declarem a inconstitucionalidade do enunciado sumular, valendo-se do controle difuso de constitucionalidade, interpretando o caso que lhe for dirigido com liberdade, evidentemente, quando possível a utilização de tal instituto.

Sobre o tema, é de ser salientado, como muito bem observa RICARDO ARONNE, que a jurisprudência, normalmente, é comprometida com situações concretizadas, não alcançando, em todos os casos, o que poderíamos chamar de justo. Segundo tal jurista, em um conflito de interesses posto ao Poder Judiciário, por mais semelhante que seja a outro, nunca é exatamente igual, porquanto as lides versam sobre

relações humanas, em razão do que a jurisprudência nem sempre espelhará a justiça em um novo caso concreto a ser apreciado.²⁰ O valor do Direito depende do valor de quem o maneja e de quem o aplica. Se por um abutre, produzirá a injustiça, a desordem; se por um homem probo, a harmonia e a justiça.²¹ Em decorrência de tal fato, resta impossível o acolhimento de uma Súmula Vinculante de forma absoluta, porquanto os grandes manejadores do direito, os Juizes de 1º Grau, restariam incapazes de demonstrar a justiça vislumbrada em um caso levado a seu conhecimento.

Um Poder Judiciário, cuja função primordial é busca da justiça, não pode ter magistrados com uma verdadeira limitação cognitiva de seu ofício. Por mais que possam existir decisões contraditórias e até abusivas, não se deve tolher a liberdade do magistrado na aplicação do enunciado normativo que o mesmo acredite ser o mais próximo da justiça naquele caso. Lembremos que há muito pouco tempo tínhamos atos insuscetíveis de terem sua legalidade questionada perante o Judiciário, um sistema de controle de constitucionalidade das leis extremamente limitado e não dispúnhamos de instrumentos processuais que permitissem a tutela de interesses coletivos e difusos.²²

A súmula vinculante retroagi ao sistema das ordenações manuelinas e filipinas, dos séculos XVII e XVIII, onde os assentos registrados no livro da relação, ao conferir a chamada "interpretação autêntica das leis", tinham autoridade vinculante, a qual deveriam os magistrados obedecer.

²⁰ ARONNE, Ricardo. *Princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996. p. 61.

²¹ AMORIM, Edgar Carlos de. *O juiz e a aplicação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

²² COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Judiciário: qual a Reforma? O Neófito - Informativo Jurídico*. Disponível em: < <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/jurid155.htm>.> Acesso em: 31 ago. 2005.

De fato, por representar quase um princípio jurídico, a súmula demonstra certo grau de normatividade, entretanto, não pode ser vista como lei, eis que apenas é fruto de um processo hermenêutico apurado, visando dar o sentido do texto legal e aplicá-lo. Da mesma forma, não necessariamente reproduz a melhor interpretação de uma norma e, sobretudo, a justiça.

Após sopesar vários elementos, acreditamos que as Súmulas dos Tribunais Superiores não deveriam ser Vinculantes e, sim, Vinculáveis. Basicamente a súmula deveria ter os dois efeitos, à opção do magistrado, como passaremos a sugerir.

O magistrado, de ofício ou mediante provocação, verificaria se a lide a ele submetida estaria ou não em consonância com o entendimento pacificado pelas Súmulas dos Tribunais Superiores e, utilizando-se de certa discricionariedade, julgaria de acordo com a mesma, atribuindo o efeito vinculante a sua decisão, ou julgaria o processo de acordo com o seu entendimento particular, caso observe que o entendimento sumular não se coaduna com a lide submetida, seja porque a mesma não é justa, seja porque está desatualizada, ou porque qualquer outro motivo que ele acredite capaz de tornar aquela súmula inaplicável para o caso, desde que o faça motivadamente, como decorrência do princípio da necessidade de motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

Uma das grandes dificuldades do Poder Judiciário, sem dúvidas, é o expressivo número de processos nas Varas e nos Gabinetes, os quais não dispõem de servidores e magistrados que dêem vazão ao volume de ações e recursos que são distribuídos diariamente. Tratando do tema, JOSÉ TARCÍZIO DE ALMEIDA MELO, Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, raciocina que os Tribunais Superiores estão inviabilizados pelo acúmulo de processos que não conseguem resolver, o que redundaria no comprometimento do bom nome e do prestígio do Poder Judiciário. Há de ser reclamado, para

esse Autor, uma medida de emergência que o supere, sem sacrifício da independência do juiz, da exaustão do direito de defesa, por garantia intangível da constituição, e da qualidade da prestação jurisdicional.²³ A presente proposta visa, assim, além possibilitar a existência de um Judiciário mais eficiente, resguardar aos magistrados o direito de independência funcional e, sobretudo, garantir ao jurisdicionado a existência de um juiz natural neutro para analisar sua demanda, com liberdade de interpretação do caso concreto.

O sistema ora proposto, aproxima-se bastante do que hoje se observa nos Estados Unidos, ou seja, uma espécie de conexão entre a *common law* e a *civil law*. Não obstante a força e tradição do princípio dos *stare decisis*, o magistrado americano tem a prerrogativa de discordar do *case law*. O precedente pode deixar de ter sua eficácia quando se revelar ultrapassado, sendo substituído por decisão que adota uma diferente orientação para o caso, perdendo, via de consequência, o seu valor.²⁴ Assim, mesmo uma decisão que, em tese, tenha autoridade vinculante nesse sistema, não é absolutamente compulsória. No entendimento de FARNSWORTH, o Tribunal pode não querer seguir o precedente, eis que pode ocorrer que a decisão tenha sido concedida de forma errônea, que seja tão antiga que as novas condições a tenham tornada inadequada, ou, finalmente, tenha sido alterada a composição do Tribunal, de modo que o que era anteriormente a opinião de uma minoria enérgica seja agora a da maioria. Por qualquer dessas razões, ou por outras, ele entende que o Tribunal pode se recusar a seguir o precedente e reformar sua anterior decisão.²⁵

²³ MELO, José Tarcízio de Almeida. *Reformas - Administrativa - Previdenciária - Do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 10.

²⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 16.

²⁵ FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. Tradução de Antônio Carlos Diniz Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963. p. 69/70.

Citando o *Case Mcloughlin*, RONALD DWORKIN salienta que os juristas de uma jurisdição específica às vezes divergem – pelo menos quanto aos detalhes – da doutrina estrita tal como esta se aplica a eles. Segundo ele, a maioria dos juristas norte-americanos pensa que os tribunais federais inferiores são absolutamente obrigados a seguir as decisões já tomadas pela Suprema Corte, mas esse ponto de vista, segundo ele, sofre contestações. Como exemplo, DWORKIN apresenta o *case Jjaffree vs. Board of School comm'rs*, onde o juiz da vara federal se recusou a seguir o precedente da Suprema Corte.²⁶

Pelo que se demonstrou, no sistema norte-americano, a imperatividade dos precedentes não é absoluta. Os *cases law* só terão força vinculante se os fatos forem estritamente semelhantes ao submetido à apreciação jurisdicional (*binding* ou *leading precedents*). Mesmo assim, os juízes poderão rever os precedentes sempre que verificarem o estado de desarrazoabilidade ou erro dos mesmos. Os meios utilizados para desarraigar os precedentes são denominados *overruling* e *distinguishing*, os quais, segundo GILMAR FERREIRA MENDES, correspondem, respectivamente, “a superação de determinado entendimento jurisprudencial mediante a fixação de outra orientação” e “a prática utilizada pelos tribunais para fundamentar a não-aplicação do precedente a determinado caso.”²⁷

O Direito Americano, desde o início do século XIX até hoje, sempre apresentou um maior grau de flexibilidade nas decisões judiciais do que o Direito Inglês de nossos dias. Aceitando a doutrina inglesa dos casos antecedentes, pela qual a Corte é obrigada a seguir decisões judiciais, nos casos análo-

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 31/32.

²⁷ MENDES, Gilmar Ferreira *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 172.

gos, as Cortes Americanas foram sempre mais inspiradas e demonstraram um maior espírito de criação, interpretando novamente casos já julgados, em lugar de procurarem adaptar a lei às condições que cercavam o caso que seria julgado. Não aceitaram, porém, as Cortes de Justiça Americanas, a doutrina inglesa de que a Corte Suprema nunca deve rejeitar seus próprios julgamentos anteriores; a Corte Suprema dos Estados Unidos, assim como as Cortes Supremas dos Estados da União, já declararam que uma de suas decisões fora reestruturada e julgada errada e que não deveria ser acatada dessa data em diante.²⁸

A súmula vinculante caminha em sentido contrário ao que vem sendo pregado nos Estados Unidos, onde cada vez mais se observa o crescimento da legislação para o disciplinamento das eventuais questões surgidas e a possibilidade de não acolhimento dos precedentes judiciais.

Aos juizes de 1º grau deve ser concedida a prerrogativa de, diante de um caso concreto, verificar, através de sua interpretação particular, se as súmulas são, realmente, justas e aplicáveis, razão pela qual é impossível se cogitar o acolhimento de um instituto que tolha essa possibilidade, entre eles o da súmula vinculante.

Sem embargo, o instituto da súmula vinculante de nada adiantará frente ao poder criativo que detém os juizes brasileiros, que acabarão por se indisporerem com os Tribunais Superiores, com a declaração de inconstitucionalidades de súmulas, podendo-se gerar, ao contrário do que se espera, o caos social e jurídico.

Diante desse contexto, acreditamos não ser a Súmula Vinculante o melhor caminho para o Judiciário brasileiro, eis que inviabilizar a apreciação do juiz ao caso concreto constitui

²⁸ BERMAN, Harold J.. *O fundamento Histórico do Direito Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p.19/20.

um verdadeiro atentado ao próprio Estado Democrático de Direito. Não deve o magistrado se bitolar, necessariamente, ao entendimento dos Tribunais Superiores, por um simples motivo, nem sempre as súmulas espelharão a justiça de um caso concreto. A única submissão que deve o magistrado se submeter obrigatoriamente é ao próprio ordenamento jurídico, com todos os corolários que lhe são inerentes, na busca da elaboração de uma sentença justa.

Dessa forma, prudente seria ser às súmulas *vinculáveis*, eis que se conservaria os corolários de independência dos magistrados e o direito fundamental do jurisdicionado a submeter sua causa a um juiz natural, neutro. Só com a fluidez do julgador na análise do caso concreto e aplicação do direito que entender conveniente é que poderemos acreditar que a interpretação das normas não restará estática e com sérios perigos de não acompanhar a realidade instável da sociedade.

CONCLUSÕES

O artigo teve como principal alicerce a análise da Súmula Vinculante, ressaltando a impossibilidade, em nossa cultura jurídica, de se admitir uma jurisprudência absolutamente intangível.

Fora mostrada a estrutura sobre a qual o Judiciário se encontra adormecido, ilustrando as críticas que se fizeram e colacionando grande parte das dificuldades encontradas nesse Poder, mormente o exagerado acúmulo de processos nos gabinetes e varas, o que provavelmente vem ensejando a elaboração de leis visando a restrição de interposição de recursos.

Diante de tal fato, trouxeram-se observações acerca da Súmula de Efeitos Vinculantes, defendendo-se a possibilidade do Juiz não aplicar uma súmula, eis que possível seria seu afastamento do caso concreto em sede de declaração de sua inconstitucionalidade pela via difusa.

Além disso, apresentou-se uma nova alternativa para o sistema vinculativo de decisões.

Da investigação perseguida, chegou-se à conclusão de que a Súmula Vinculante padece de um grave e irremediável vício: a violação da liberdade de interpretação dos magistrados para decidir. Assim, a sua admissibilidade no sistema jurídico brasileiro não deve prosperar, eis que o atentado a independência da magistratura implica em uma emboscada ao próprio Estado Democrático de Direito.

Com efeito, não deve ser atribuída a um único órgão a possibilidade de ditar a hermenêutica da Constituição, sobretudo quando os integrantes do mesmo são indicados pelo Chefe do Poder Executivo.

Na alternativa proposta, que está muito próximo ao que vem sendo vislumbrado no ordenamento norte-americano, concluímos que o magistrado poderia se opor à aplicação do precedente sumular dos Tribunais Superiores ao caso, justificando o seu entendimento com uma argumentação que demonstre não ser o mesmo razoável ou justo para resolução do caso concreto que lhe foi submetido, à luz de sua interpretação particular.

A adoção de uma Súmula não Vinculante e, sim, Vinculável, ao nosso ver, atenderia com mais satisfação os anseios da sociedade, eis que o termo dos processos judiciais poderia vir a ser abreviado, se trancada pelo juiz a oportunidade de apresentação de Recurso logo na sentença de 1º grau, se entender por bem em se filiar concretamente ao entendimento proveniente das Cortes Superiores. A Súmula Vinculável, portanto, permitiria que o juiz se vinculasse ou não às súmulas dos Tribunais superiores, justificadamente.

A grande diferença para a Súmula Impeditiva de Recursos, a propósito, está no fato de que esta, de acordo com o texto do novel art. 518, do CPC, sequer denota que o magistrado deve justificar o fato de não estar aplicando uma

súmula, o que, ao nosso entender, aumentará a insegurança jurídica. Entendemos que o magistrado tem pleno direito a não se filiar a uma súmula, mas os jurisdicionados necessitam conhecer as razões para tanto, máxime os motivos concretos que o magistrado entende como justos e razoáveis para decidir de modo diverso dos enunciados sumulares. Acreditamos, assim, que uma súmula vinculável teria uma melhor eficácia e, sobretudo, imbuirá nos juízes um maior senso crítico acerca da legitimidade e justiça das decisões dos Tribunais Superiores.

A propósito, mister trazer à baila algumas afirmativas do Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, CELSO DE MELLO, que, especialmente em seu discurso de posse, asseverou ser infundada a criação de mecanismos que busquem, a partir de reformulações interpretativas subordinantes, imobilizar o poder inovador da jurisprudência, gerando, a partir de verdadeira hermenêutica de submissão, uma grave interdição ao direito do magistrado refletir criticamente e de decidir, segundo convicções fundadas em exegese criteriosa do sistema normativo e com observâncias responsáveis aos limites fixados pelo ordenamento positivo. Para ele, se o juiz não tiver liberdade para decidir, e se também não dispuser do necessário grau de autonomia funcional e de independência intelectual para dirimir, segundo a Constituição e as leis com ela compatíveis, os conflitos de interesses, notadamente aqueles que se estabelecem em função de comportamentos abusivos do Poder Público, tornar-se-á nulo. Diante desses argumentos, enfatiza que o juiz não pode ser despojado de sua independência e o Estado não pode pretender impor a ele a mácula da censura intelectual, que o impeça de pensar, de refletir e de decidir com liberdade.²⁹

Apenas para não se quedar inerte sobre a questão, é importante discorrer que, para sanar todos os males do

²⁹ MELLO, Celso *apud* BOMFIM, B. Calheiros. *A crise do direito e do judiciário*. Rio de Janeiro: Destaque, 1998. p. 114/115.

Judiciário, não bastará se adotar quaisquer dos sistemas de vinculação tratados nessa pesquisa. Não é necessário, tão-somente, ampliá-lo, aparelhá-lo, modernizá-lo e elevar sua dotação orçamentária. É preciso mais: neutralizar seu corporativismo, simplificar seus ritos processuais, facilitar o acesso dos usuários aos seus serviços, dotar a magistratura de espírito público e sensibilidade social, possibilitar a fiscalização da sociedade em sua administração, a redução de ritual solenes e a diminuição de seus custos, a eliminação de instalações suntuosas e mordomias. Se presentes essas premissas, certamente, termos um Poder Judiciário e uma magistratura mais próxima da justiça e da população.³⁰

Mister consignar, por derradeiro, que o trabalho científico não deve se curvar diante de princípios vistos como imutáveis. Ante as lições hegelianas, urge ser cotejado que o processo evolutivo é sacramentado pelo despejo de antíteses, para que, emaranhadas com as diversas teses, chegue-se a uma síntese legítima, condizente, sobretudo, com os mandamentos provindos da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Justiça: acesso e descesso. Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, n. 65, mai. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4078>>. Acesso em: 26 mai. 2003.

AMB. *Emenda Modificativa Proposta no Plenário do Senado. Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB*. Disponível em: <www.amb.com.br>. Acesso em: 20 set. 2004.

AMORIM, Edgar Carlos de. *O juiz e a aplicação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ARONNE, Ricardo. **Princípio do livre convencimento do juiz**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

BARROS, Marco Antônio de. Anotações sobre o Efeito Vinculante. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, a. 86, v 735, jan. 1997.

BERMAN, Harold J. **O fundamento Histórico do Direito Americano**. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

BNDPJ. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/bndpj/stf/>> . Acesso em: 15 set. 2004.

CARVALHO, Ivan Lira de. Decisões Vinculantes. In: **Jus Navigandi**, Teresina, n. 41. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=254>>. Acesso em: 22 out. 2002.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. Judiciário: qual a Reforma? **O Neófito – Informativo Jurídico**. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/jurid155.htm>> Acesso em: 31 ago. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DINIZ, Antônio Carlos de A.. Efeito Vinculante e suas consequências para o ordenamento jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=252>>. Acesso em 06 jan. 2003.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. Revisão Técnica de Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARNSWORTH, E. Allan. **Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos**. Tradução Antônio Carlos Diniz Andrada. Rio de Janeiro: Forense, 1963.

LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LINHARES, Leonardo de Oliveira. Efeito vinculante das súmulas como garantia de um processo de resultados. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2742>>. Acesso em: 06. jan. 2004.

MELLO, Celso *apud* BOMFIM, B. Calheiros. **A crise do direito e do judiciário**. Rio de Janeiro: Destaque, 1998.

MELO, André Luis Alves de. Dogmas e verdades sobre o caos jurídico no Brasil . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3111>>. Acesso em: 31 ago. 2005.

MELO, José Tarcízio de Almeida. **Reformas – Administrativa – Previdenciária – Do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VELOSO, Carlos Mário da Silva *apud* PINHEIRO, José Rodrigues. **Qualidade Total no Poder Judiciário**. Porto Alegre: Sagra Luzsatto, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia poder e função.** Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos.** 1. ed. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

APOSENTADORIA DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS

Rudolf Nebl Jardim

Servidor da Corregedoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Bacharel em Direito. Aluno do Curso de Preparação para Concurso e Aperfeiçoamento Jurídico da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.

SUMÁRIO

1 - APRESENTAÇÃO. 2 - CONCEITO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. 3 - REGIME GERAL. 4 - REGIMES PRÓPRIOS. 5 - MODALIDADES. 5.1 - Aposentadoria por Invalidez. 5.2 - Aposentadoria Compulsória. 5.3 - Aposentadoria Voluntária. 6 - REGRAS DE TRANSIÇÃO. 6.1 - Regra de Transição do art. 2º da EC nº 41/03. 6.2 - Regra de Transição do art. 6º da EC nº 41/03. 6.3 - Regra de Transição do art. 3º da EC nº 47/05. 7 - CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8 - REFERÊNCIAS.

1 - APRESENTAÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar as principais regras referentes à inativação dos agentes públicos ocupantes de cargos públicos efetivos, fazendo, para tanto, breve contextualização da matéria, identificando as modalidades de aposentadoria e as normas atualmente vigentes (gerais e de transição).

Excetuadas as carreiras típicas de Estado, definidas por leis que regulamentem ou venham a regulamentar o art. 247 da Constituição Federal, as quais devem ser regidas pelo regi-

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia poder e função.** Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos.** 1. ed. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

APOSENTADORIA DOS SERVIDORES ESTATUTÁRIOS

Rudolf Nebl Jardim

Servidor da Corregedoria-Geral do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. Bacharel em Direito. Aluno do do Curso de Preparação para Concurso e Aperfeiçoamento Jurídico da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.

SUMÁRIO

1 – APRESENTAÇÃO. 2 – CONCEITO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. 3 – REGIME GERAL. 4 – REGIMES PRÓPRIOS. 5 – MODALIDADES. 5.1 – Aposentadoria por Invalidez. 5.2 – Aposentadoria Compulsória. 5.3 – Aposentadoria Voluntária. 6 – REGRAS DE TRANSIÇÃO. 6.1 – Regra de Transição do art. 2º da EC nº 41/03. 6.2 – Regra de Transição do art. 6º da EC nº 41/03. 6.3 – Regra de Transição do art. 3º da EC nº 47/05. 7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8 – REFERÊNCIAS.

1 – APRESENTAÇÃO

Este trabalho tem por objetivo analisar as principais regras referentes à inativação dos agentes públicos ocupantes de cargos públicos efetivos, fazendo, para tanto, breve contextualização da matéria, identificando as modalidades de aposentadoria e as normas atualmente vigentes (gerais e de transição).

Excetuadas as carreiras típicas de Estado, definidas por leis que regulamentem ou venham a regulamentar o art. 247 da Constituição Federal, as quais devem ser regidas pelo regi-

me estatutário, cada ente federado tem a liberdade para contratar servidores adotando o regime jurídico estatutário (cargo efetivo) ou o contratual (emprego público).

Aos empregados públicos e aos ocupantes, exclusivamente, de cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, bem como aos contratados temporariamente, aplica-se o Regime Geral da Previdência Social - RGPS (§ 13 do art. 40 da CR); aos agentes públicos ocupantes de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, como também aos das suas autarquias e fundações públicas, é assegurado o direito a regime previdenciário próprio, uma vez regulamentado pelo respectivo ente federativo, consoante dispõe a Constituição da República (art. 40, *caput*).

2 - CONCEITO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Constituição da República garantiu a todas as categorias de trabalhadores o direito à previdência social (art. 6º), a qual “*tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.*” (Art. 3º da Lei nº 8.212/91).

Assim sendo, existem, hoje, dois regimes de previdência social pública no Brasil: um destinado a agentes públicos ocupantes de cargos efetivos nos diversos entes da federação (Regime Próprio de Previdência Social - RPPS) e outro destinado aos demais trabalhadores¹ e segurados (Regime Geral da Previdência Social - RGPS).

¹ O exercente de mandato eletivo (federal, estadual ou municipal), desde que não vinculado a regime próprio de previdência social, é segurado obrigatório do RGPS, consoante Art. 12, I, j, da Lei nº 8.212/91, alterada pela Lei nº 10.887/04.

3 - REGIME GERAL

Vários eram os institutos de aposentadoria e pensões (além de inúmeras regras) destinados aos trabalhadores da iniciativa privada, tendo ocorrido uma unificação legislativa em 1960, quando da edição da primeira Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807, de 26/08/60). Esses Institutos de classe tiveram uma sobrevida até 21/11/1966, quando, por intermédio do Decreto-Lei nº 72, foram unificados no INPS (Instituto Nacional de Previdência Social). O Decreto nº 99.350, de 27 de junho de 1990, mediante fusão do INPS com o IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social), criou o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal cuja atribuição é arrecadar e gerir recursos previdenciários, bem como conceder e manter os benefícios. Atualmente, a organização da Seguridade Social (aposentadoria, assistência social e assistência à saúde) é regulamentada pela Lei nº 8.212, de 24/07/1991.

Desde os primeiros Institutos até os dias atuais (INSS), os trabalhadores a eles vinculados, para fazerem jus ao recebimento de qualquer benefício, tiveram que contribuir para tanto². Essa regra foi mantida na atual Constituição, ao dispor, no *caput* do art. 201: “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, (...)”. [grifo nosso]

O tratamento dispensado aos agentes públicos era diferente. O direito à aposentadoria e a outros benefícios era concedido de forma graciosa pelo Estado, com recursos do Tesouro, como uma espécie de prêmio pelos serviços prestados, não sendo necessário qualquer tipo de contribuição³.

² Ressalvadas algumas categorias que, para a obtenção dos benefícios, não lhes era obrigado o recolhimento previdenciário, a exemplo dos trabalhadores rurais (assistência social).

³ Alguns entes federados (o Estado de Pernambuco, por exemplo) recolhiam de seus agentes contribuições previdenciárias para fins de assistência à saúde e pensão, as quais não tinham por finalidade o custeio de aposentadorias.

Note-se que a atual Carta Magna (na redação original do seu art. 40), promulgada em 05/10/1988, manteve tais regras para o servidor público.

Essa noção dos servidores públicos possuírem regime previdenciário é recente. Apenas em 1993, com a promulgação da Emenda Constitucional (EC) nº 3, que alterou o § 6º do art. 40⁴, surgiu no texto constitucional a necessidade de contribuição dessa categoria de trabalhadores com a finalidade de custeio de aposentadorias.

4 - REGIMES PRÓPRIOS

Incumbe a cada ente federado, em face da autonomia político-administrativa que possuem, mediante lei, estabelecer, normatizar e fazer cumprir a regra estabelecida no art. 40, pelo que existem, na ordem jurídica vigente, diversos regimes de previdência social. Ressalte-se que, caso algum desses entes que ainda não tenha instituído o seu próprio regime previdenciário, poderá, mediante adesão ao RGPS, filiar seus agentes públicos ocupantes de cargo efetivo àquele regime geral.

Sobrevindo a criação de um instituto de previdência social daquele ente, no entanto, os servidores migrarão do RGPS para o RPPS, sendo certo que os valores até então recolhidos por esses servidores retornarão ao ente federado, por intermédio de compensações.

Os Regimes Próprios de Previdência Social são regulamentados pela Lei nº 9.717/98, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.887, de 18/06/2004. O art. 3º dessa lei estabelece:

As alíquotas de contribuição dos servidores ativos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para os

⁴ § 6º: "As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei."

respectivos regimes próprios de previdência social não serão inferiores às dos servidores titulares de cargos efetivos da União, devendo ainda ser observadas, no caso das contribuições sobre os proventos dos inativos e sobre as pensões⁵, as mesmas alíquotas aplicadas às remunerações dos servidores em atividade do respectivo ente estatal.

Atualmente, a alíquota estabelecida para os servidores da União é de 11% e a dos servidores do Estado de Pernambuco é de 13,5%⁶.

A regra geral (RGPS e RPPS) é que os empregadores também devem contribuir para o fundo previdenciário. Com relação à contribuição dos entes federativos aos seus regimes próprios de previdência social, obrigação prevista no "caput" do art. 40 da Constituição, esta "não poderá ser inferior ao valor da contribuição do servidor ativo, nem superior ao dobro desta contribuição", consoante disposto no art. 2º da Lei nº 9.717/98.

É possível a acumulação de mais de um benefício, desde que tenha sido lícita a acumulação dos cargos (art. 37, XVI, CR), quer seja de dois efetivos no mesmo ente ou dois em entes diferentes; também é possível a acumulação de um ou dois benefícios de regimes próprios e um vinculado ao RGPS.

A Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/1998, trouxe profundas mudanças nas regras de aposentadoria dos agentes públicos, tendo instituído a noção de TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO, eliminando a contagem de tempos fictícios para

⁵ A alíquota de contribuição incidirá sobre o valor dos proventos de aposentadorias e pensões que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do RGPS (§ 18 do art. 40).

⁶ No RGPS, atualmente, o desconto do empregado varia de 7,65 a 11%, dependendo da faixa salarial de contribuição (a do empregado doméstico é 8%), limitado ao teto (R\$ 2.668,15 em setembro/2006); a contribuição a cargo da empresa é de 20% (a do empregador doméstico é de 12%), sobre o total das remunerações pagas (art. 22, I e art. 24 da Lei nº 8.212/91).

a concessão dos benefícios (licença-prêmio não gozada contada em dobro, p.ex.), afastando a regra até então vigente no texto constitucional, onde prevalecia a noção de TEMPO DE SERVIÇO. Também previu a possibilidade de adoção de um valor máximo para os proventos de aposentadoria, igual ao previsto para o RGPS, desde que o ente federado institua regime previdenciário complementar (art. 40, § 14 da CR).

Por sua vez, a EC nº 41, de 19/12/2003, também alterou significativamente as regras de inativação dos agentes públicos, estabelecendo caráter contributivo e SOLIDÁRIO, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ATIVOS e INATIVOS e dos PENSIONISTAS (nova redação do caput do art. 40 da CR).

Finalmente, em 05/07/2005, foi promulgada a EC nº 47, a qual estabeleceu novos critérios de transição para aqueles agentes públicos que ingressaram no serviço público antes da Emenda Constitucional nº 20/98 (16/12/1998).

Feito este brevíssimo histórico, passaremos a analisar como ficaram as regras de aposentadoria dos agentes públicos vinculados a um Regime Próprio de Previdência Social no Brasil.

5 - MODALIDADES

Como visto, um trabalhador aposentar-se-á por um Regime Previdenciário Próprio, se titular de um cargo público efetivo de algum dos entes da federação, caso esse ente o tenha instituído, ou pelo Regime Geral da Previdência Social, em todos os demais casos. Interessa-nos analisar as normas relativas à primeira hipótese.

O art. 40 da Constituição da República (CR) prevê três hipóteses de inativação: por invalidez permanente (inciso I), compulsoriamente, aos 70 anos de idade (inciso II) ou voluntariamente (inciso III), desde que implementadas as exigências constitucionais relativas à idade mínima, tempo de

contribuição, tempo de efetivo serviço público e tempo no cargo no qual se pretende aposentar.

Afora as possibilidades de inativação voluntária previstas nas regras gerais (art. 40, III, "a" e "b") vigentes para aqueles que ingressaram no serviço público após 01/01/2004, existem regras especiais destinadas àqueles servidores ocupantes de cargos públicos efetivos, vinculados a um ente federativo que tenha instituído um Regime Próprio de Previdência Social, nomeados antes da publicação das Emendas Constitucionais que alteraram, significativamente, as regras aposentatórias, como adiante analisaremos.

5.1 - Aposentadoria por invalidez

Prevista no inciso I do art. 40 da CR: "por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, na forma da lei" - dispensa maiores comentários.

5.2 - Aposentadoria compulsória

Aos setenta anos de idade, também com proventos proporcionais ao tempo de contribuição (inciso II do art. 40 CR). Está tramitando no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 457/05), no sentido de aumentar tal limite para 75 anos⁷.

⁷ A PEC tem por objetivo alterar o inciso II do § 1º do art. 40, que passaria a vigorar com a seguinte redação:

"II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição, aos setenta anos de idade, ou aos setenta e cinco anos de idade, na forma de lei complementar;"

Em seu art. 2º, essa Proposta acrescenta um artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fazendo valer essa regra, desde a publicação da Emenda Constitucional, para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União.

5.3 – Aposentadoria voluntária

É a modalidade que abrange o maior número de beneficiários e a que mais sofreu alterações. Inicialmente, ressalte-se que a EC nº 20/98 extinguiu a aposentadoria voluntária proporcional por tempo de serviço, constando, atualmente, do texto constitucional (art. 40, III) duas possibilidades de inativação voluntária do servidor: pela implementação das exigências idade e tempo de contribuição (alínea “a”) ou por implementar o requisito idade, somente (alínea “b”). Os critérios são diferenciados para os sexos e, em ambos os casos, exige-se, para a obtenção do benefício, tempo mínimo no cargo em que se pretende aposentar e de efetivo serviço público, conforme adiante detalhado.

Pela regra do inciso III, alínea “a”, do artigo 40, será necessário cumprir, na data do requerimento:

REQUISITOS	IDADE MÍNIMA	TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	EFETIVO EXERCÍCIO NO SERVIÇO PÚBLICO	TEMPO NO CARGO
HOMENS	60	35	10	5
MULHERES	55	30	10	5

Por essa regra, os proventos serão calculados tomando-se por base 100% da média⁸ dos valores que serviram de base para as contribuições, limitando-se ao valor da remuneração auferida no cargo (§2º do art. 40), e serão reajustados pelo mesmo índice e na mesma data do RGPS, e não mais pelo

⁸ Dispõe o art. 1º da Lei nº 10.887/04: “No cálculo dos proventos de aposentadoria dos servidores titulares de cargo efetivo de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, previsto no § 3º do art. 40 da Constituição Federal e no art. 2º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, será considerada a média aritmética simples das maiores remunerações, utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência a que esteve vinculado, correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo desde a competência julho de 1994 ou desde a do início da contribuição, se posterior àquela competência.”

índice de reajuste dos agentes públicos em atividade (não farão jus à regra de paridade). Poderão, ainda, se sujeitar ao teto estabelecido para o RGPS-INSS, desde que o ente federado tenha instituído regime complementar de previdência, consoante § 14 do art. 40, como já mencionamos, sendo certo que essa regra só será válida para os que ingressaram no serviço público após a criação desse instituto.

Consoante estabelecido no § 19 do art. 40, regra incluída pela EC nº 41/03, o servidor que implementar todos os requisitos acima expostos (alínea “a”) e faça a opção de permanecer em atividade, “fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II, desse mesmo artigo, ou seja, após passar, compulsoriamente, para a inatividade, voltará a ter o desconto previdenciário em seus proventos⁹.”

Para se aposentar com fundamento na alínea “b”, o servidor, na data do requerimento, deverá cumprir:

REQUISITOS	IDADE MÍNIMA	TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	EFETIVO EXERCÍCIO NO SERVIÇO PÚBLICO	TEMPO NO CARGO
HOMENS	65	QUALQUER	10	5
MULHERES	60	QUALQUER	10	5

Nesse caso, o valor dos proventos é apurado de forma proporcional ao tempo de contribuição¹⁰.

6 - REGRAS DE TRANSIÇÃO

As regras gerais antes apresentadas, como dissemos, são válidas para aqueles ingressantes no serviço público após

⁹ Aplica-se a mesma regra comentada na nota de rodapé nº 6.

¹⁰ Ressalte-se que essa proporção ainda não foi regulamentada.

01/01/2004. No entanto, as Emendas Constitucionais nº 20/98, 41/03 e 47/05 garantiram aos servidores que ingressaram no serviço público antes das suas respectivas vigências, além da opção de aposentarem-se pelas regras gerais, outras opções, as chamadas regras de transição. São três: os artigos 2º e 6º da EC nº 41/03 e o artigo 3º da EC nº 47/05.

6.1 – Regra de transição do art. 2º da EC nº 41/03

Estabelece que, aos ingressantes em cargo efetivo até 16/12/1998, data da publicação da EC nº 20, é assegurado o direito de opção pela aposentadoria voluntária, com proventos calculados pela média das remunerações utilizadas como base para as contribuições (§ 3º do art. 40), atualizados na forma da lei (§ 17 do art. 40), desde que tenha implementado, cumulativamente, os seguintes requisitos:

REQUISITOS	IDADE MÍNIMA	TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO	EFETIVO EXERCÍCIO NO SERVIÇO PÚBLICO ¹¹	TEMPO NO CARGO
HOMENS	53	35 + PEDÁGIO	5	5
MULHERES	48	30 + PEDÁGIO	5	5

Esse “pedágio” está previsto na alínea “b” do inciso III do art. 2º da EC nº 41/03, que estabelece a necessidade de contribuição de um período adicional, equivalente a vinte por cento do tempo que faltaria, na data da publicação da EC nº 20/98, para atingir o limite de tempo constante da alínea “a” do mesmo inciso (tempo de contribuição mínimo de 35 e 30 anos, para o homem e para a mulher, respectivamente).

¹¹ Não há referência explícita na norma quanto ao tempo de efetivo exercício no serviço público, ficando subentendido que é o mesmo tempo exigido no cargo.

Assim, para exemplificar, se um servidor do sexo masculino, em 16/12/1998, tinha 39 anos de idade e 20 de contribuição, para se aposentar com fundamento nessa regra, precisaria contribuir por mais 18 anos (15 que faltava para atingir o limite dos 35 anos de contribuição mais o “pedágio” de 3 anos¹², equivalente a vinte por cento desse período). Então, ele aos seus 57 anos, poderia requerer sua inativação.

Porém, conforme o inciso II do § 1º do art. 2º da EC nº 41/03, sobre os seus proventos, incidirá um redutor de 5% (cinco por cento)¹³ para cada ano antecipado em relação aos limites de idade estabelecidos na regra geral do art. 40, § 1º, III, “a” (60 anos – homem; 55 anos – mulher). Desta forma, o servidor do exemplo antes citado, por faltar-lhe três anos para atingir a idade mínima da regra geral, receberia proventos de inativação com um redutor de 15%.

No entanto, caso resolva permanecer na atividade até atingir a idade limite para aposentadoria compulsória, fará jus a um abono de permanência nos mesmos termos do estabelecido na regra geral antes descrita, consoante § 5º do art. 2º da Emenda em comento.

6.2 – Regra de transição do art. 6º da EC Nº 41/03

Faculta ao servidor ocupante de cargo efetivo, que tenha ingressado no serviço público até 31/12/2003, data da publicação da Emenda nº 41/03, além da opção de se aposentar pela regra geral do art. 40, poder “*aposentar-se com proventos integrais, que corresponderão à totalidade da remuneração do servidor no cargo efetivo em que se der a aposentadoria, na forma da lei*”, desde que, cumulativamente, preencha os seguintes requisitos:

¹² Esse tempo de contribuição é contado em dias.

¹³ 3,5% para quem reuniu os requisitos para aposentadoria até 31/12/2005 – inciso I do § 1º do art. 2º da EC nº 41/03.

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para os futuros servidores, assim como para os que ingressaram no serviço público após 01/01/2004, ocupantes de cargo público vinculado a um regime próprio de previdência, não há opções: estão sob a égide das regras gerais do art. 40. Para aqueles que ingressaram após 17/12/1998, há duas opções: as regras gerais ou a regra de transição do art. 6º da EC nº 41/03 (direito à integralidade e à paridade, desde que reúna as exigências temporais de efetivo exercício no serviço público, no cargo e na carreira). Já para os ingressantes até 16/12/1998 as possibilidades são maiores. Caberá ao servidor analisar, quando de sua passagem para a inativação, qual a regra mais vantajosa para si.

Existem várias outras situações que não abordamos neste trabalho, como, por exemplo:

- servidores que tenham cumprido todos os requisitos para obtenção da aposentadoria antes da publicação da Emenda Constitucional nº 20 (16/12/1998), que se sujeitam às regras então em vigor (art. 3º da EC nº 20/98);
- magistrados que, até a data da publicação da Emenda antes citada, completaram o tempo de 30 anos de serviço e cinco anos na magistratura, que têm direito adquirido a proventos integrais e paridade plena, podendo requerer a aposentadoria a qualquer tempo¹⁵;
- professores que comprovem exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e nos ensinos fun-

¹⁵ Art. 93, VI da CR (alterado pelo EC nº 20/98): “a aposentadoria dos magistrados e a pensão de seus dependentes observarão o disposto no art. 40.” – regra válida para os magistrados que ingressaram na carreira após 17/12/1998.

damental e médio, que terão uma redução de cinco anos nos requisitos de idade e de tempo de contribuição em relação ao disposto no § 1º, III, “a” do art. 40;

- possibilidade de adoção de regras especiais, definidas em Leis Complementares, para os servidores portadores de deficiência física, que exerçam atividades de risco ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (art. 40, § 4º, I a III), etc.

O objetivo deste trabalho foi o de analisar as principais alterações nas regras de aposentadoria aplicáveis à maioria dos agentes públicos ainda em atividade, as quais ficaram cada vez mais desfavoráveis a esse grupo, sendo certo que não será surpresa alguma a edição, em um futuro não muito distante, de novas regras ainda mais rigorosas para a obtenção do direito ora focado.

8 – REFERÊNCIAS

DIAS, Eduardo Rocha ; MACÊDO, José Leandro Monteiro de. *Nova Previdência do Servidor Público*. São Paulo: Método, 2006.

MELO, Frederico Jorge Gouveia de. *Admissão de Pessoal no Serviço Público: procedimentos, restrições e controles*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

MODESTO, Paulo (Org.). *Reforma da Previdência da Previdência: análise e crítica da Emenda Constitucional nº 41/2003*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. **O Controle das Aposentadorias pelos Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **A Aposentadoria dos Agentes Públicos depois das Emendas Constitucionais**. AMB, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2004.



Prática

SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO PRATICADO CONTRA VIDA INTRA-UTERINA

Abner Apolinário da Silva
Juiz de Direito

Processo nº 001.2002.011388-0

EMENTA: HOMICÍDIO CULPOSO PRATICADO CONTRA VIDA INTRA-UTERINA. FETO EM POSIÇÃO PÉLVICA. INÍCIO DE PARTO NATURAL. SUPERVENIÊNCIA DE DISTÓCIA DE PARTO, QUANDO DA EXPULSÃO DO FETO. ADOÇÃO DA CESÁREA. FETO NATIMORTO. PENA DE DETENÇÃO, CONVOLADA PARA DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, HIPÓTESE DO ART.44 DO CP.

1. Parturiente-primípara, em estado de prenhez, adentra nosocômio pronta para parir. Adverte à denunciada que o médico que acompanhou a gestação, disse-lhe que deveria ser submetida a parto cesárea, porque o concepto encontrava-se em posição pélvica.

2. A neonatóloga-denunciada afirmou que a cesárea foi realizada apenas pela “distócia de parto na expulsão do feto e não pela apresentação pélvica”. Por isso, elegeu como norte o parto pélvico transvaginal.

3. A constatação de que o evento letal foi superveniente à parturição, vem desconstruir a retórica da denunciada, de que as nádegas do feto apresentavam sinais de maceração. Esta, por sua vez, só se dá no corpo morto, pois é um processo de transformação destrutiva do cadáver, que ocorre no meio líquido – água ou líquido amniótico.

4. A denunciada laborou entre o risco e a cautela. Preponderando o desfecho indito-so, pode-se afirmar que o risco suplantou o desvelo, de sorte que, o seu labor resvalou para o evento culposo na seara penal, pois assumiu o risco pela metodologia adotada, quando tinha meio mais seguro de agir, para evitar o resultado antijurídico. Quem prestou o juramento de Hipócrates de manter a vida, provocou, com sua imprudência e imperícia, a morte.

O Estado-promotor denunciou de **CRISTIANE CARLOS DE ALBUQUERQUE SANTOS**, devidamente qualificada nos autos, como incurso nas penas do art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal Brasileiro, por ter ocasionado a morte de um feto, quando dos trabalhos de parto na sra. **J. DE A. G.**

Consta, em síntese, na denúncia, que no dia 7.9.1994, pelas 19:00 horas, a sra. J., em estado de prenhez, deu entrada na Maternidade Oscar Coutinho, com o intuito de parir uma

criança. Ali, a denunciada **CRISTIANE CARLOS**, deixando de observar técnicas de sua profissão, tentou, primeiramente, parto normal, realizando algumas manobras que entendeu necessárias para a facilitação do parto, quais sejam: pressões realizadas no abdômen, corte na vagina para possibilitar a passagem do feto e manobra de Kristeller. Não obtendo sucesso, a denunciada chamou um anestesista para fim de intervenção cirúrgica, com a subseqüente retirada do feto, já morto.

A acusada foi submetida a processo ético-administrativo e recebeu como pena a aplicação de “censura confidencial em aviso reservado” (f.12/13).

A denunciada foi interrogada (f.94/95), seguindo-se-lhe defesa prévia e rol de testemunhas (f.96/98).

Na instrução criminal foram ouvidas cinco testemunhas indicadas pelo órgão do Ministério Público (f.106/108; 118/119; 120/121). Houve desistência da oitiva das testemunhas indicadas pela defesa (f. 115).

Em suas alegações finais (f.135/138), a parte autora pugnou pela procedência da denúncia, com subseqüente condenação da acusada, nas penas do art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal Brasileiro.

A defesa, de sua vez, requereu a absolvição da acusada por entender inexistirem provas suficientes para a condenação (f.140/147).

É o relatório. Passo a decidir.

A denúncia é PROCEDENTE.

A materialidade está alicerçada no protocolo de necropsia (f.89/90).

A acusada, em juízo, negou a autoria do delito. Declarou que “a posição do feto, mostrada pela ultra-sonografia não indicava necessariamente a indicação de parto cesariana, só não havendo a progressão do parto é que se faz necessária a cesariana, por essa razão esperou-se a progressão” (sic). Na

maternidade foram adotadas as medidas rotineiras para facilitar o parto normal, inclusive, o corte na vagina (f.94/95).

Declarou, ainda, que ao realizar a cirurgia, o feto já estava sem vida e apresentava sinais de maceração, o que, no entendimento dela, o óbito havia ocorrido há mais de seis horas. Admitiu a possibilidade de ter ele alcançado êxito letal antes mesmo da paciente haver chegado no Hospital Agamenon Magalhães, onde foi examinada (f.94/95).

Ocorre que ao dar entrada na maternidade, a paciente foi recepcionada pela acusada, que fez subseqüente ausculta fetal. É o que se concebe das declarações prestadas por ela na DPCA e corroboradas em juízo:

Quando J. chegou na Maternidade Oscar Coutinho procedeu a **ausculta fetal** e colocou no **prontuário o sinal de positivo e três interrogações**, explicando que o método utilizado no referido hospital não é preciso, deixa dúvidas quanto aos batimentos cardíacos, havendo a possibilidade de já ter sido encaminhada pelo Hospital Agamenon Magalhães com **ausculta negativa**, recordando-se que a paciente tinha sido avisada antes de ir para a sala de cirurgia que o **feto não estava bem**; (...) que apesar do feto estar em apresentação pélvica anômala, isto é, **apresentação das nádegas**, não quer dizer que o parto não possa ser normal, **não havendo progressão no parto se faz necessário a cesariana** [negritei] (f. 65/66).

A denunciada não fez um despretenso e casual exame fetal, pois registrou no prontuário – como era de se esperar de um técnico – o resultado, apondo o sinal gráfico de positivo, seguido de três interrogações. Embora tenha dito que a criança estava em óbito, o sinal de positivo (+), ao que parece, era uma linguagem simbólica, querendo dizer que o feto estava vivo. Fortalece tal entendimento o que disse acima: “(...)

havendo a possibilidade de já ter sido encaminhada pelo Hospital Agamenon Magalhães com **ausculta negativa (...)**”. Tenho para mim que a ausculta negativa [numa simbologia lúdica, seria o sinal de menos (-)] representa o óbito e o seu oposto – positiva – é vida, sem tirar nem por.

Em sua auto-defesa, a denunciada declarou que antes de ir para a sala de cirurgia, a parturiente foi cientificada por ela, de que o **“feto não estava bem”**. Esta asserção (não estar bem), é construção semântica que enseja multifárias conotações, exceto a de que o feto estivesse morto. Mesmo tendo afirmado em juízo a prematura morte do feto, aqui ela desdiz. Com isso, restou revigorada a fala da primagesta, de que a criança estava viva quando foi atendida naquele nosocômio.

Ora, a constatação de que o evento letal foi superveniente a parturição, vem desconstruir a retórica da denunciada, de que as nádegas do feto apresentavam sinais de maceração.

A maceração só se dá no corpo morto, pois é um processo de transformação destrutiva do cadáver, através da qual ocorre o amolecimento dos tecidos e órgãos, por estarem submersos em um meio líquido e nele ficam embebidos, mais freqüentemente na água ou no líquido amniótico. É um fenômeno evolutivo, por isso apresenta vários estágios, a partir do momento em que se instala. Quando a pele apresenta superfície bolhosa, o óbito se deu em menos de oito horas; quando ocorre o descolamento da epiderme, estima-se que o óbito ocorreu entre 8 e 24 horas. O processo degenerativo continua nas horas que se sucedem, apresentando novos efeitos destruidores.

Na maceração, a pele se torna esbranquiçada, friável, corruga-se e faz com que a epiderme se solte da derme e possa até se rasgar em grandes fragmentos. Isto é bastante evidente nas mãos, onde a pele se desprende a modo de

'luvas'. Externamente, a derme, pelas razões acima apontadas, fica exposta, mostrando-se em geral vermelha brilhante, luzidia, por causa do próprio edema que a embebe e a torna túrgida¹.

A maceração guarda peculiaridades – como visto acima – que não pode ser admitida em juízo, com a simples e trivial afirmação da denunciada da sua existência, sem mostrar a evidência e o quadro clínico desse fenômeno cadavérico, sobretudo tratando-se de uma especialista nos saberes da ciência da vida.

A propósito, a fala da pediatra que recepcionou o natimorto, Maria de Fátima Pedrosa da Silva: “que ao ser retirado o feto já estava morto, mas não estava macerado” (f.34), embora não tenha sido colhida em juízo, não é estanque, ou melhor, não se poderá rotulá-la de “autista”, muito menos de imprestável. A referida fala, está condensada nas demais provas, guardando consonância com a afirmação da auxiliar de enfermagem Éricka Varela. Esta testemunha, sem titubear, foi categórica ao afirmar que o feto não apresentava sinais de maceração, para além do que, conhecia esse fenômeno (f.32/33). Com isso, torna-se débil e inverossímil a versão da denunciada, pois o feto não estava em óbito intra-uterino.

Outro ponto que merece ser enfocado diz respeito à posição do feto. A parturiente declarou que o médico que a acompanhara na prenhez havia constatado a posição pélvica e, por isso, recomendara parto cesariana. Acrescentou que informou a peculiaridade à denunciada, além de lhe ter mostrado a ultra-sonografia.

As declarações da denunciada perante o CREMEPE, DPCA e em juízo, são uniformes e corroboram o que disse a parturiente. Tratava-se de apresentação pélvica incompleta

¹ VANRELL, Jorge Paulete. **Mecanismo da morte**. Disponível em: <www.pericias-fôrenses.com.br/mecamorte.htm>. Acessado em: 01.08.2006.

(modo de nádega), também conhecida como Agripina, em homenagem a mãe do imperador romano Nero, por acreditar-se que ela nasceu nessa condição. Tanto a denunciada quanto a testemunha Éricka, viram através da abertura vulvar, as nádegas do feto.

Malgrado isso, entendeu a denunciada ser um dado sem importância, não sendo condição necessária e suficiente para a indicação de cirurgia. A cesariana, disse ela, foi realizada apenas pela “**distócia de parto na expulsão do feto e não pela apresentação pélvica**” (f.27/28).

O trabalho do parto consiste na expulsão do feto pela via genital da mulher, que vai migrando do seu *status* natural, pelo canal parturitivo. Nesse trabalho biológico às vezes aparecem as distócias do mecanismo, ou sejam, perturbações da marcha ou do trânsito do parto – são as anomalias do parto.

Tratando de distócia fetal, ensina Bussâmara Neme² que “no decurso do parto, o feto pode apresentar diversas condições que dificultam, complicam e/ou impedem a parturição pela via transvaginal”.

Ele apresenta vários tipos de distócias, dentre elas, cita as pélvicas. Em tais situações, eis o que ele recomenda:

Cesária – será a solução de eleição quando surge sofrimento fetal. Nessa condição, em face da presença de vício pélvico limiar, a extração fetal, pela via vaginal, é temerária. Sua indicação, também, se justificará quando a aplicação de fórcepe não se segue de êxito, inclusive na rotação sacra³, fato que denuncia a presença de vício pélvico flagrante (fórcepe falhado).

² **OBSTETRÍCIA BÁSICA**. São Paulo: Sarvier, 1994. p.509, 518

³ Entenda-se como rotação sacra os giros que dá o feto no canal parturitivo, objetivando a expulsão.

Leciona, ainda, o multicitado autor, quanto ao vício pélvico:

Vício pélvico – a desproporção cefalopélvica, inclusive quando limitrofe, contra-indica a via vaginal e agrava, definitivamente, o prognóstico perinatal.

Para fundamentar o seu entendimento, refere-se aos escritores Rosenau & Cols, dizendo: “Para esses autores, a comprovação de biparietal maior que 10cm impõe a prática de cesárea, cuja indicação é, também, obrigatória no vício pélvico (mesmo que limitrofe) e na hiperextensão cefálica.”

Numa linguagem coloquial, quis dizer o autor que se deve utilizar a cirurgia cesareana quando o feto estiver sentado no útero (vício pélvico), na hora de parir (limiar) ou até com parte da cabeça fora da vagina (hiperextensão cefálica). A via eleita citada deve ser adotada, também, quando for utilizado o fórceps (par de colheres metálicas com as quais se extrai o feto do útero) e o mesmo resultar ineficaz. E, ainda, quando a cabeça do feto for desproporcionalmente maior do que a abertura da pélvis (cefalopélvica), ou seja, formação biparietal (cabeça volumosa).

Com isso, mesmo que tenha entendido que deveria aguardar a dinâmica do parto natural, não poderia a denunciada deixar que o feto chegasse a um limiar de estresse que evoluísse para o óbito. Contrário senso estaria o feto entregue à própria sorte, com destino temerário, como, de fato, ocorreu.

Resta considerar se a episiotomia (corte transversal na vagina) efetuada na primípara, resultou em fato típico (lesão corporal).

A episiotomia utilizada indiscriminadamente tem sido combatida pela maciça comunidade médica. Ela rompe a musculatura vaginal, perpassando pelos tecidos eréteis da vulva

e vagina, alcançando vasos e nervos. É um ato agudamente agressivo e invasivo, comprometendo, em muitos casos, a higidez da parturiente, inclusive, acarretando problemas cicatriciais, incontinências urinária e fecal. Por tais razões, dentre outras, seu uso deve ser mitigado e adotado de forma excepcional, em caso de comprovada necessidade.

Emerge das provas encartadas nestes autos, que a denunciada tomou o norte do parto pélvico transvaginal. Com isso, a abertura vulvoperineal não pode ser considerada invasão lesiva à higidez somática da paciente, pois, tornou-se condição imprescindível ao referido parto. A episiotomia facilita possíveis manobras expulsivas do concepto, mormente quando este se encontrava na posição pélvica.

Nessa órbita, a denunciada não agiu com quaisquer das modalidades de culpa. O tipo penal, na espécie, exigiria a vontade deliberada de praticar a conduta delitiva ou a desídia na prática do referido ato.

Embora tenha escolhido a forma temerária no fazer (parto normal), a conduta criminosa não aflorou ao usar como método a episiotomia.

A neonatóloga, ora denunciada, quis, tão somente, facilitar o trabalho do parto normal, acercando-se, no mister, de procedimento adequado, sob o manto protetor da boa técnica. Ademais, o reparo foi feito, com a recomposição do trauma através da episiorrafia (sutura ou costura) do local, não havendo comprovação nestes autos de possíveis seqüelas na pessoa da parturiente.

Consta da denúncia que a acusada realizou manobra de Kristeller, que é “a manobra obstétrica obsoleta, por meio da qual o bebê é empurrado para fora da mãe por uma pressão aplicada sobre o fundo uterino”⁴.

⁴ DINIZ, Simone Grilo; DUARTE, Ana Cristina. *Parto Normal ou Cesárea?: o que toda mulher deve saber (e todo homem também)*. Rio de Janeiro : UNESP, 2004. p.40.

Eis o que declarou a primagesta J., perante o Conselho de Medicina: “que várias pessoas se aproximaram da depoente, inclusive a mulher da limpeza e ficavam empurrando os cotovelos na barriga da depoente” (f.24). A declaração é fortalecida com o depoimento da auxiliar de enfermagem Éricka, que, sem rodeios, disse que a manobra foi executada, embora tenha negado o uso de cotovelos (f.32).

Como visto, trata-se de manobra em franco estágio de obsolescência, e, por isso de uso desaconselhável. Diante disso, é possível concluir que houve sofrimento fetal, em decorrência da metodologia adotada, sobretudo, nas circunstâncias e na forma como foi realizada. A propósito, no processo ético-profissional, concluíram os conselheiros que o método de Kristeller foi utilizado, acarretando sofrimento ao conceito ((f.12).

O conjunto das provas, desenganadamente, explicita que a denunciada se houve com conduta delitativa, na modalidade culposa.

Ela disse que o feto já estava morto quando a parturiente-primípara chegou ao nosocômio, contudo, deixou de informá-la.

Ocorre que à época do fato, estava em vigor a Lei nº 8.078, de 11.9.1990 (Código de Proteção e Defesa do Consumidor). Com ele, foram estabelecidas regras claras para a relação de consumo, abrangendo – dentre outros – o universo dos prestadores de serviços médicos. A luz do referido código, o médico passa a ser fornecedor do serviço (art.3º) e o paciente/usuário, o destinatário final ou consumidor (art.2º).

Pela ótica do legislador consumerista, os profissionais da saúde exercem uma atividade de meio. Aplica-se, pois, a responsabilidade subjetiva, na hipótese de agir com inobservância de determinada regra de conduta, configurando ato ilícito. Se, pelo contrário, a atividade fosse de resultado, a responsabilidade seria objetiva.

Para Wanderley Lacerda Panasco⁵:

(...) a obrigação médica é uma obrigação de meio e não de resultado. Quando se propõe a um tratamento, precípua, o objetivo é de se comportar dentro de uma condição ética de diligência, cuidados, atenção, utilizando os recursos em sua disponibilidade, procurando, enfim, todos os meios a atingir a cura, não descumprindo o contrato, seria inadmissível outra concepção. A jurisprudência de todas as legislações assim o compreende. A sua inadimplência se projetaria se lhe faltassem as condições éticas e contratuais assinaladas, isto é, cuidado, atenção e diligência. Mesmo assim, se a obrigação, sem dúvida alguma é de meio e não de resultado, existe uma outra obrigação tácita que diz respeito a uma ‘cláusula de incolumidade’. O médico deverá satisfazer todas as exigências deste contrato, inclusive a obrigação de informar, devidamente, tudo o que se relacionar com a doença e a cuidar que não se realize nenhum prejuízo fora das circunstâncias do momento.

Os profissionais da saúde obrigam-se a adotar meios que levam à cura, mas não pelo resultado, pois este, pode independe do desvelo deles. Quem procura um profissional da saúde, não tem a certeza de conseguir a cura ou mesmo a minoração do mal, haja vista que não só o cuidado do profissional é suficiente para atingir o desiderato. A gravidade da enfermidade, a predisposição ou a resistência do organismo, uma concausa fazendo aparecer outra doença, são variáveis que podem mudar o curso do tratamento ministrado pelo profissional. Se ele se houve com o cuidado, a destreza e eficiência

⁵ PANASCO, Wanderley Lacerda. *Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.112.

devidos, não maculou o contrato, não violou o texto codificado e – portanto – não há ato ilícito a perquirir.

Embora o CPDC discipline a atuação dos prestadores de serviços, inclusive, dos profissionais da saúde na órbita cível, ele se espria pela seara penal.

Daquela lei, quero enfatizar, tão somente, o art. 14, pelo qual o fornecedor de serviços, para além da culpa, fica obrigado à reparação do dano por defeitos na prestação do serviço, como também, **quando der informações insuficientes e inadequadas com respeito ao risco e a fruição da atividade.**

Emerge claro do texto codificado, que os prestadores de serviços são obrigados a informar, com minúcia, as peculiaridades, os riscos e as vantagens do ato a ser praticado.

Simone Grilo Diniz (médica, mestra e doutora em Medicina Preventiva, professora da USP) e Ana Cristina Duarte (bióloga), lecionam:

Em nosso país, não há uma tradição de consentimento informado em saúde (esclarecer o paciente do procedimento a que será submetido, antes da intervenção), e menos ainda da escolha informada (esclarecer o paciente das diferentes opções de procedimento, para participar da escolha, em parceria com o profissional), ou da recusa informada (o paciente recusar o procedimento com base na informação recebida).

No caso da assistência ao parto, existe, igualmente, o problema da cultura médica. Infelizmente, quanto a cesárea, há grande subestimação desses riscos no caso brasileiro. Defendemos que as mulheres têm direito de decidir sobre como querem seus partos, e, para isso, é importante que estejam informadas dos riscos potenciais da cesárea com base em estudos rigorosos (...)⁶

⁶ Op. cit. p.40.

A “falta de tradição” brasileira de se esclarecer ao paciente a respeito do procedimento ao qual será submetido – criticada pelas autoras – é de toda procedência. Ocorre que não se trata de tradição, mas de descumprimento do texto codificado, eis que no ordenamento jurídico, há o disciplinamento da matéria, através da lei que regula a relação de consumo já referida.

Trata-se de dever ético-legal imposto aos profissionais de saúde e não de uma mera faculdade. Aliás, a matéria também está disciplinada no Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 1.246/88, como se vê:

É vedado ao médico:

Art. 56 - Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.
(...)

Art. 59 - Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta ao mesmo possa provocar-lhe dano, devendo, nesse caso, a comunicação ser feita ao seu responsável legal.

O versículo da Carta de Princípios é suficientemente claro, ao estabelecer que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de lei (art. 5º, II). Ademais, não pode a acusada louvar-se de desconhecer a lei, pois “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, como preconiza o art.3º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Com isso, a denunciada tinha o dever – decorrente do citado art.14 do CPDC – de esclarecer sobre a higidez física da paciente e do feto, os perigos inerentes ao ato a qual seria submetida, não descartando, inclusive, a probabilidade de êxito letal do conceito.

Percebe-se que o intuito do legislador consumerista foi pôr à disposição do tomador do serviço a faculdade de optar pela sua prática ou não. No caso em apreço, o parto não poderia deixar de ser realizado, pois se tratava de um evento biológico, que independia da vontade da paciente, contudo, depois dos esclarecimentos da denunciada, teria como optar pelo parto natural ou cesareana.

A propósito, embora nada soubesse sobre a boa técnica a ser implementada, poderia ser ouvida, quando falou à denunciada qual era o entendimento do médico que a acompanhou ao longo da prenhez. A rigor, se a ciência médica dispunha de duas formas de parto, a escolha, no caso dos autos, era direito da paciente. A imposição ditada pela denunciada de ser o parto normal, ao invés de cesareana, como queria a parturiente, contraria a novel legislação, a qual estava obrigada a cumprir, sobretudo por ser o método mais seguro.

Faço registrar, ainda, que se tivesse cumprido o dever legal de informar a paciente, antes do parto, que o feto estava em óbito intra-uterino, como insistiu em afirmar, a denunciada estaria desobrigada do ônus do ato parturitivo, seguido da morte fetal. Os profissionais da saúde não se comprometem a dar a vida ou a curar, mas a ser diligentes na busca da cura dos pacientes. A ressuscitação é evento sobrenatural que só AQUELE que dá a vida pode fazê-lo. O sucesso ou até o insucesso da empreitada médica, tem amparo no ordenamento jurídico pátrio, desde que tenha sido executada sob o prisma dos conhecimentos científicos à disposição, tenha havido diligência e esmero no fazer.

O tipo penal do homicídio culposo se integraliza quando comprovada a existência da negligência, imprudência ou imperícia.

A negligência se evidencia pela abstenção de ação, pela indiferença, desinteresse, desleixo e torpidez. É a inobservância aos deveres exigidos em determinadas circunstâncias. A omissão é o ponto nuclear da negligência.

A imprudência é conduta comissiva e se caracteriza pela ausência de cautela, o açodamento, precipitação, ausência de previdência, atitude injustificável, ao realizar o ato. O profissional de saúde que adota técnica cirúrgica não reconhecida ou desaconselhada pela comunidade científica, ou que inova, à guisa de experimento, por exemplo, age com imprudência.

A imperícia ocorre pela inobservância das normas, limitação no conhecimento técnico, ou seja, o despreparo, deficiência, ausência de conhecimentos imprescindíveis, desde os rudimentos até o mais avançado meio, que demonstre domínio de determinada profissão.

O profissional de medicina que utiliza meios superados e até abandonados pela comunidade médica, desaconselhados por tal comunidade por ser manifestamente obsoleto e inseguro, age com imperícia.

A acusada atuou com imperícia e imprudência. A manobra de Kristeller, mais precisamente, a energia mecânica, sob forma de pressão, no abdômen da parturiente, reflete a imperícia; a escolha do parto normal espelha a imprudência. Por certo, se, de logo, praticasse a cesárea, haveria maior probabilidade de o feto não vir a morrer. Imperito não é quem não sabe, mas quem deixa de saber o que de hábito toda a comunidade médica utiliza no dia-a-dia. Não é negligente quem deixa de utilizar norma técnica, mas o profissional que deixa de utilizar norma técnica por todos utilizada. Não é imprudente quem utiliza procedimento perigoso, mas quem o faz de forma desnecessária.

A denunciada laborou entre o risco e a cautela. Preponderando o desfecho inditoso, pode-se afirmar que o risco suplantou o desvelo, de sorte que, o seu labor resvalou para a culpa na seara penal, pois assumiu o risco pela metodologia adotada, quando tinha meio mais seguro de agir para evitar o resultado antijurídico. Quem prestou o juramento de Hipócrates de manter a vida, provocou, com sua imprudência e imperícia, a morte.

Em face do exposto, **JULGO PROCEDENTE** a denúncia e **CONDENO CRISTIANE CARLOS DE ALBUQUERQUE SANTOS**, por violar o art. 121 §§ 3º e 4º do Código Penal.

A acusada possui bons antecedentes, tem boa conduta social e personalidade normal. O crime cometido foi um episódio isolado em sua vida. As conseqüências do crime foram graves, pois resultou na supressão de uma vida.

Atento à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade da denunciada, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime (art. 59 do CPB), fixo a pena base em seu mínimo legal, ou seja, **1 ano de detenção. Elevo a pena cominada em 1/3 (§ 4º, do art. 121, do CPB), tornando a pena total e definitiva em 1 ANO E 4 MESES de detenção, que deverá ser cumprida em regime aberto (art. 33, § 2º, "c", do Código Penal Brasileiro).**

Por outra face, verifico que a acusada faz jus ao direito subjetivo da pena restritiva de direitos o que, na visão moderna, é a mais adequada para a reprovação do ato praticado. Assim, **substituo a pena de detenção pela prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de um ano e dois meses, por oito horas semanais. Também condeno a acusada à pena de limitação de fim de semana, pelo prazo de dois meses, a ser cumprida no local e forma, estabelecidos pelo Juízo da Vara de Execução das Penas Alternativas - VEPA (arts. 43, IV, VI, 44, § 2º e 48, todos do CP).**

Transitado em julgado, para a Promotoria de Justiça e havendo recurso pela defesa, expeça-se Carta de Guia provisória.

Com o trânsito em julgado também para a defesa, lance-se seu nome no rol dos culpados e remeta-se o boletim individual ao Instituto Tavares Buril, expedindo-se a Carta de Guia definitiva.

Suspendo os direitos políticos da sentenciada, pelo prazo da condenação e enquanto durarem seus efeitos, por força do art. 15º, III, CF/88. Oficie-se ao T.R.E. comunicando a decisão.

Publique-se a presente decisão, na sua inteireza, no Diário da Justiça.

Custas processuais pela ré.

Registre-se e intimem-se.

Recife, 1º de setembro de 2006.

SENTENÇA. DIREITO
INTERNACIONAL PÚBLICO. DIREITO
CONSTITUCIONAL. CONVENÇÃO
INTERNACIONAL. DENÚNCIA

Francisco Alves dos Santos Júnior
Juiz Federal, 2ª Vara - PE

Processo nº 2004.83.00.026691-1 - Classe 029 - AÇÃO ORDINÁRIA
AUTOR: FRANCISCO ARLES FERNANDEZ SUAREZ (OAB-
PE 016331 - Adriana Mello Oliveira de C. Machado)
RÉU: UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO -
UFPE E OUTRO

Adv.: Procuradoria Federal e Ana Patrícia Farias, OAB-PE 14.615

Registro nº

Certifico que eu,, registrei esta Sentença às fls.....

Recife,/...../2006.

EMENTA:- DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. DIREITO CONSTITUCIONAL. CONVENÇÃO INTERNACIONAL. DENÚNCIA.

- Convenção ou Tratado Internacional só pode ser denunciado de acordo com regras

da Convenção de Havana de 1929 ou da Convenção de Viena de 1969, que traçam regras gerais sobre os Tratados.

- O Pleno do STF já admitiu que Decreto do Presidente da República, que revoga Decreto que promulgou Tratado ou Convenção Internacional, só tenha validade e eficácia quando for referendado pelo Congresso Nacional.

- Os Tratados ou Convenções Internacionais, após a vigência da Constituição de 1988, mesmo antes da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, passaram a ter *status* de regra constitucional, de forma que o ato do Congresso Nacional que refere sua Denúncia terá que ser aprovado pelo *quorum* exigido para Emenda Constitucional.

- A Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior da América Latina e Caribe, promulgada pelo Decreto nº. Decreto nº 80.419, veicula regras de direitos humanos e continua vigente, em face da inconstitucionalidade do Decreto nº. 3.700, de 1999, que revogou aquel'outro.

- Os títulos obtidos em Instituições de Ensino Superior de Países signatários da referida Convenção não precisam ser revalidados em Universidade brasileira para o respectivo registro.

- Procedência.

Vistos etc.

FRANCISCO ARLES FERNANDEZ SUAREZ, qualificado na Inicial, propôs, em 13.12.2004, a presente ação, rito ordinário, contra a UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO - UFPE e o CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE PERNAMBUCO - CREMEPE. Aduziu, em síntese, que seria médico formado em medicina pela Universidade do Oriente - Cuba, em 30.10.1976, conforme diploma que acostou aos autos; que teria obtido o certificado de especialista em ortopedia pela Direção Nacional de Ciências Médicas de Cuba; que em 10.03.1999 teria obtido em Cuba, mediante a Comissão Nacional de Graduados Científicos, o certificado de Doutorado em Ciências Médicas, devidamente homologado pela embaixada do Brasil, conforme documento que acostou; que o Autor sempre foi um estudioso em medicina, havendo por diversas vezes publicado seus trabalhos em revistas de especialidade médica de Cuba e de outros países; que teria trabalhado como professor auxiliar da Universidade Médica de Cuba e médico ortopedista especializado em mãos; que em função da "Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior da América Latina e Caribe", firmada entre a América Latina e o Caribe, na qual o Brasil também seria signatário, o México teria convidado o Autor para trabalhar como médico e para ministrar aulas em sua Universidade; que o México teria registrado o diploma do Autor, o seu certificado de especialista e o seu certificado de doutorado, bem como que teria fornecido ao Autor carteira profissional de médico; que, diferentemente do México, o Brasil insistiria no descumprimento do tratado internacional firmado entre os países signatários; que o Brasil estaria deixando de reconhecer um profissional e estudioso médico de grande potencial, o qual seria de grande valia para

os avanços da medicina no país; que, em 25.01.2002, o Autor teria contraído núpcias com a brasileira Berenice Cândida Sanches; que teria optado por morar no Brasil com ânimo definitivo acreditando que ainda estaria em vigor a “Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior da América Latina e Caribe”, aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto presidencial nº 80.419, de 27.09.1977; que o Autor estaria encontrando dificuldades em efetivar o direito ao registro automático do seu diploma junto à UFPE – Universidade Federal de Pernambuco, pois referida instituição de ensino exigiria a realização de provas de conhecimentos específicos para revalidação, em total descumprimento ao Decreto nº 80.419; que teria direito adquirido à revalidação de diploma nos termos do Decreto nº 80.419; que referido Decreto nº 80.419 estaria em vigor porque o Decreto Presidencial que o revogou não teria validade, uma vez que todo tratado internacional ao ser incorporado pela lei brasileira adquiriria status de lei ordinária, devendo tão somente ser revogado por outra lei ordinária e não por um decreto presidencial. Invocou princípios constitucionais, afirmando que os direitos constitucionais de primeira geração seriam intocáveis na vida das pessoas livres e imunes da ingerência estatal; que o Autor teria direito adquirido à revalidação do diploma; que o Brasil não teria denunciado a Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe; que, entretanto, a denúncia de tratado internacional deveria necessariamente passar pelo crivo do Poder Legislativo; que a eliminação e o combate à discriminação seriam medidas fundamentais para que se garantisse aos estrangeiros, inclusive ao Autor, o pleno exercício dos seus direitos civis e políticos, bem como os seus direitos sociais, econômicos e culturais; que o Autor teria sofrido danos morais pela frustração e decepção em não ter o seu diploma registrado

automaticamente no Brasil, conforme previsto na Convenção Internacional referida. Teceu outros comentários. Invocou decisões judiciais favoráveis e afirmou que estariam presentes os requisitos ensejadores da concessão de antecipação de tutela. Requereu a concessão de antecipação de tutela no sentido de que a Universidade Federal de Pernambuco – UFPE fosse compelida ao recebimento da documentação necessária à promoção do registro do diploma do Autor, do certificado de especialista em ortopedia e do título de Doutorado em Ciências Médicas, independentemente do processo de revalidação e, na seqüência, compelir o Conselho Regional de Medicina – CREMEPE a acolher sua inscrição nos quadros próprios, fornecendo-lhe o correspondente documento de identificação de médico, sob pena de multa arbitrada pelo Juízo, no caso de descumprimento de ordem judicial. Ao final, requereu: a) fosse considerado inconstitucional o Decreto nº 3.007, de 30.03.1999, eis que o mesmo não teria força de lei para revogar o Decreto 80.419/77, que sancionou a Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe; b) fosse considerado vigente e constitucional o Decreto 80.419/77, que dispõe sobre a Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe; c) caso não fosse acolhida a tese de invalidade do Decreto Presidencial nº 3007/99 que revogou o tratado internacional (Decreto 80.419/77), que fosse reconhecido o direito do Autor às garantias Constitucionais previstas no ato jurídico perfeito e direito adquirido para que fosse deferido o reconhecimento automático do diploma médico, especialização em ortopedia e título de Doutorado em Ciências Médicas perante a UFPE, amparados nos termos da Convenção Internacional firmada com Cuba; d) fosse registrado, em definitivo, o Diploma do Autor na Universidade Federal de Pernambuco, independentemente de pro-

cesso de revalidação; e) fosse a Universidade Federal de Pernambuco – UFPE compelida a registrar o certificado de especialista em Ortopedia do Autor, bem como o título de Doutorado em Ciências Médicas, independente de processo de revalidação; f) que o CREMEPE acolhesse a inscrição do Autor no presente órgão e fosse compelido a fornecer o documento necessário para identificação profissional; g) o pagamento de multa diária a ser arbitrada pelo Juízo em caso de descumprimento; h) o pagamento de danos morais a serem arbitrados; i) a citação dos Réus; j) a condenação dos Réus ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, tudo devidamente acrescido de atualização monetária e juros legais. Protestou o de estilo. Atribuiu valor à causa e pediu deferimento. Juntou instrumento de procuração e documentos às fls. 23-53.

Custas recolhidas às fls. 54.

Decisão fundamentada de fls. 56-60 concedendo o pedido de antecipação de tutela e determinando a citação dos Réus.

A Universidade Federal de Pernambuco – UFPE noticiou a interposição de agravo de instrumento no E. Tribunal Regional Federal / 5ª Região, às fls. 67.

O CREMEPE juntou procuração às fls. 75.

O Conselho Regional de Medicina – CREMEPE apresentou Contestação às fls. 76-98. Aduziu, em síntese, que os argumentos espostos na inicial não procederiam, eis que o Conselho Regional de Medicina não poderia realizar a inscrição do Autor, tampouco fornecer documento de identificação de médico à revelia de resolução específica editada pelo Conselho Federal de Medicina; que os médicos que possuem formação acadêmica em universidade estrangeira deveriam proceder à revalidação de seus diplomas junto às universidades públicas brasileiras; que uma vez deferido o pedido de revalidação do diploma pela universidade pública brasileira, o

médico deverá proceder a sua inscrição no Conselho Regional de Medicina do Estado de exercício de suas atividades; que não seria exigida a inscrição de médico estrangeiro na hipótese de participação de programas de intercâmbio técnico e cultural desde que o profissional detenha visto temporário, considerando, outrossim, o reconhecimento pelo Ministério das Relações Exteriores do acordo que teria aprovado tais programas, havendo, ainda, como requisito essencial, a supervisão de um médico brasileiro regularmente inscrito no CRM; que, no entanto, o médico estrangeiro, portador de visto temporário, que venha ao Brasil na condição de cientista, professor, técnico ou simplesmente médico, sob regime de contrato ou a serviço do governo brasileiro estaria obrigado a inscrever-se nos Conselhos de Medicina; que o médico estrangeiro com visto temporário estaria proibido de exercer atividade remunerada, sendo vedada sua inscrição no Conselho de Medicina do respectivo Estado; que o desempenho da atividade médica somente poderá ser efetuado após cumprimento das formalidades previstas nos arts. 1º e 3º do Decreto 44.045, de 19.07.58, que regulamentou a Lei nº 3.268/57; que *in casu* verificar-se-ia a ausência do cumprimento de um dos requisitos essenciais à inscrição, vez que o Autor não procedeu à revalidação de seu diploma junto à universidade federal competente, tornando a decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela *contra legem*; que haveria a impossibilidade jurídica dos pedidos constantes nos itens “b” e “c” da inicial, eis que esta não seria a via eleita para questionar a constitucionalidade do Decreto Legislativo nº 8.419/77 e Decreto nº 3.007/99; que o Decreto nº 80.419/77 teria sido expressamente revogado pelo Decreto nº 3.077/99, tendo como consequência prática a necessidade de revalidação do diploma obtido pelo Autor, impossibilitando-o de efetuar a sua inscrição perante o CREMEPE sem o devido processo de revalidação; que os médicos estariam subordinados às normas

emanadas pelo Conselho Federal de Medicina e Conselhos Regionais de Medicina; que não haveria que se falar em desrespeito a direito adquirido ou ato jurídico perfeito simplesmente porque estes não existiriam no caso em exame; que também não haveria que se falar na existência de dano moral, já que a Autarquia Ré teria agido em estrita obediência às normas legais aplicáveis à espécie, inexistindo, *in casu*, qualquer ação ou omissão ilícita por parte da ré; que para a caracterização do dono moral seria necessário que a conduta causadora fosse qualificada como dolosa, o que não teria ocorrido; que se imporá o indeferimento da antecipação de tutela haja vista a ausência dos pressupostos necessários para sua concessão. Teceu outras considerações. Requereu a suspensão da liminar concedida, até o julgamento final da presente ação, a fim de que fosse apreciada a antecipação de tutela após a instrução processual e, no mérito, a improcedência dos pedidos, invertendo-se o ônus da prova. Protestou o de estilo, pugnando, ao final, pela remessa dos autos ao Ministério Público Federal. Juntou instrumento de procuração às fls. 98.

O CREMEPE noticiou a interposição de agravo de instrumento no E. Tribunal Regional Federal / 5ª Região, às fls. 99.

A Universidade Federal de Pernambuco - UPFE apresentou Contestação às fls. 131-134, aduzindo, em síntese, que, pela leitura atenta das normas internacionais relativas ao caso, restaria evidenciada a inexistência do pretense direito ao registro automático do título acadêmico; que a regra da Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe, internalizada pelo Decreto Legislativo 66/77 e mandada executar pelo Decreto nº 80.419/77 (que veio a ser revogado pelo Decreto nº 3.007/99), teria como destinatário os Estados signatários; que tal regra teria atribuído um dever aos signatários no sentido de que adotassem medidas (legislativas e executivas) para que as universidades procedessem ao reconhecimento ime-

diato dos estudos estrangeiros; que tais medidas jamais teriam sido adotadas; que, com efeito, o que se poderia pensar, de *lege ferenda*, seria o disciplinamento (multinacional) de um banco de dados internacional de instituições de ensino, onde constasse o ato de autorização/reconhecimento do curso, a carga horária de cada formação, o seu conteúdo programático, as instituições com formações equivalentes nos países signatários e as alterações nessas características; que a incorporação/exclusão da instituição/curso a esse banco de dados deveria dar-se segundo dispusesse o regulamento de uma comissão multinacional, onde a consulta as suas informações seria franqueada a qualquer universidade participante onde se poderia apresentar pedido de registro; que feitas tais providências poder-se-ia falar em reconhecimento automático, o qual seria dependente, exclusivamente, da consulta, pela instituição, a esse banco de dados; que, entretanto, como as medidas executivas jamais foram tomadas, a norma invocada não passou de um mero desejo dos países signatários; que não se poderia cogitar de mandado de injunção, vez que a viabilização do desejo expressado na Convenção dependeria não de mera norma interna, mas de acordos multilaterais complementares; que as universidades não poderiam prescindir do procedimento criterioso da revalidação, disciplinado na Resolução nº 1, de 28.01.2002, da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, segundo a qual a equivalência de conteúdo programático e a carga horária seria auferida caso a caso, podendo a instituição de ensino, persistindo dúvidas quanto a essa equivalência, aplicar provas e exames de proficiência ao requerente; que as discrepâncias entre a formação nacional e a estrangeira não poderiam ser integradas por estudos complementares e exames, que se exigiria, em tese, do portador do diploma. Teceu outros comentários e requereu a reconsideração da decisão que concedeu a antecipação de tutela e, ao final, a total improcedência dos pedidos, condenando-se o Autor nos ônus de sucumbência.

Despacho mantendo a decisão agravada e determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Federal, às fls. 135.

Juntada cópia de decisão proferida em sede de agravo de instrumento, às fls. 137-141.

Cópia de decisão proferida em autos de agravo de instrumento, às fls. 143-147.

O Ministério Público Federal apresentou r. Parecer às fls. 152-157 aduzindo, em síntese, que a Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe teria sido retirada, validamente, do ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 3.007/99; que, em razão do Autor haver ingressado no Brasil após o fim da vigência do Decreto nº 80.419/77, jamais poderia ter adquirido o direito à revalidação automática de seus títulos acadêmicos porque, quando do seu ingresso no Brasil, não mais existia aludida regra; que a recusa administrativa versada nos autos não teria acarretado prejuízo moral ao administrado. Ao final, pugnou pela improcedência dos pedidos do Autor.

A UFPE requereu que o Autor fosse advertido no sentido de que o exercício da medicina após a ciência da ordem suspensiva poderia configurar o crime previsto no art. 282 do Código Penal, às fls. 159-160.

O CREMEPE requereu que o Autor fosse intimado a devolver a carteira médica que lhe foi fornecida, às fls. 161. Juntou documentos às fls. 162-170.

Cópia de decisão proferida nos autos a Suspensão Liminar nº 3585 PE (2005.05.00.018279-5), às fls. 174-185.

Decisão intimando o Autor para restituir ao CREMEPE a respectiva carteira profissional, advertindo-o que não poderá exercer a medicina no Brasil, às fls. 186.

O Autor peticionou às fls. 191 afirmando que decisão proferida pelo E. Tribunal Regional Federal / 5ª Região não

mais seria válida, ante a procedência de Agravo Regimental por ele interposto no referido Tribunal. Acostou cópia da v. decisão às fls. 192-199 dos autos.

Ofício solicitando informação acerca da presente ação ordinária, às fls. 203.

O CREMEPE informou que teria sido provido Agravo Regimental interposto pelo Autor, às fls. 205. Juntou cópia do v. acórdão às fls. 206-207.

O Autor juntou cópia de publicação proferida em Agravo Regimental, às fls. 209.

Restou determinada a conclusão dos autos para julgamento, às fls. 210.

O Autor requereu a expedição de certidão de comprovação de manutenção de tutela antecipada, às fls. 211.

Às fls. 216-231, a parte autora transcreveu decisões proferidas pelos Tribunais quanto ao caso vertente nos autos e requerendo, ao final, a expedição de ofício ao Ministério da Educação para que informasse sobre requisitos de reconhecimento automático dos diplomas oriundos de países signatários do Decreto nº 80.419/77.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o Relatório.

Fundamentação.

I - O Autor é médico, formado na Universidade Oriente, sediada em Santiago de Cuba, cidade da República de Cuba.

Teve sua carteira de médico cassada pelo CREMEPE, porque a Universidade Federal de Pernambuco-UFPE negara a registrar o seu diploma de médico, sob a alegação básica de que não se encontrava revalidado em Universidade Brasileira.

O Autor sustenta a dispensa da mencionada revalidação, em virtude de Convenção Internacional da qual o Brasil é signatário e pretende o registro do seu diploma na Universidade Federal de Pernambuco-UFPE e sua inscrição, como médico, no CREMEPE, para poder continuar exercendo a medicina no Brasil, especificamente em Pernambuco.

II - A Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior da América Latina e Caribe, firmado pelo Poder Executivo e referendado pelo Congresso Nacional via Decreto Legislativo nº. 66, de 1977, foi promulgado pelo Decreto nº. 80.419, de 27.09.1977.

A Lei nº. 9.394, de 1996, conhecida por Lei de Diretrizes da Educação ou ainda por Lei Darcy Ribeiro, saudoso Senador e Educador brasileiro, exige que diplomas de cursos superiores obtidos em outros Países sejam revalidados por alguma Universidade Pública Brasileira, que tenha curso do mesmo nível e área ou equivalente, mas ressalva que fica dispensada essa revalidação quando houver acordo internacional de reciprocidade ou equiparação dispensando essa revalidação (§ 2º do art. 48).

O Ministério da Educação e Cultura baixou a Resolução MEC nº. 01, de 28.01.2002, dispensando a revalidação nos casos previstos em acordo cultural entre o Brasil e o País de origem do diploma.

O Parágrafo Único do art. 4º da Constituição da República, artigo esse que traça princípios que devem orientar o comportamento do Brasil nas suas relações internacionais¹, estabelece que o nosso País "buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações".

¹ Nesse sentido, LAFER, Celso. *A Internacionalização dos Direitos Humanos*. Barueri(SP): Manole, 2005. p. 13.

III - O Decreto nº. 80.419, de 27.09.1977, foi revogado pelo Decreto nº. 3.007, de 30.03.1999, pelo que, segundo a contestação do CREMEPE(fl. 76-97), referida Convenção não teria mais validade no território nacional.

Inicialmente, registro ser totalmente nulo, irritado, sem nenhum valor o Decreto nº. 3.007, de 30.03.1999, porque qualquer Convenção ou Tratado Internacional só pode ser revogado, na verdade denunciado, mediante observância de regras da Convenção de Havana sobre Tratados, firmada em Havana na VI Conferência Interamericana, a 20 de fevereiro de 1929, ratificada no Brasil em 30.07.1929 e promulgada pelo Decreto nº. 18.596, de 22 de outubro de 1929(DOU de 12.12.1929), ou das regras da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, aberta à assinatura em Viena no dia 23 de maio de 1969, ratificada pelo Congresso Nacional do Brasil pelo Decreto Legislativo nº. 215, de 02 de dezembro de 1992.²

A respeito de denúncia de qualquer tipo de Tratado Internacional, consta na acima referida Convenção de Havana:

"Art. 17 -

Os tratados cuja denúncia haja sido convencionada e os que estabelecerem regras de Direito Internacional na podem ser denunciados, senão de acordo com o processo por eles estabelecido.

Em falta de estipulação, o tratado pode ser denunciado por qualquer Estado contratante, o qual notificará aos outros essa decisão, uma vez que haja cumprido todas as obrigações estabelecidas no mesmo.

² V. RANGEL, Vicente Marotta. *Direito e Relações Internacionais*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 291 e 297.

Neste caso, o tratado ficará sem efeito, em relação ao denunciante um ano depois da última notificação, e continuará subsistente para os demais signatários, se os houver.”.

A respeito do mesmo assunto, reza a mencionada Convenção de Viena:

“Art. 42 – VALIDADE E VIGÊNCIA DE TRATADOS

1. (...).

2. A extinção de um tratado, sua denúncia ou a retirada de uma das partes só pode ocorrer em virtude da aplicação das disposições do tratado ou da presente Convenção. A mesma regra se aplica à suspensão da execução do tratado.”.

“Art. 56 – DENÚNCIA OU RETIRADA DE UM TRATADO QUE NÃO CONTÉM DISPOSIÇÕES SOBRE EXTINÇÃO, DENÚNCIA OU RETIRADA.

1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e não prevê denúncia ou retirada, é insuscetível de denúncia ou retirada, a menos:

- a) que se estabeleça terem as partes admitido a possibilidade da denúncia ou retirada; ou
- b) que o direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado.

2. Uma parte deve notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, de conformidade com o parágrafo 1.”.

Na Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América

Latina e no Caribe em questão, cuja cópia se encontra às fls. 42-45 dos autos deste processo, com respeito à sua possível denúncia, consta:

“Art. 18 –

1. Os Estados Contratantes poderão denunciar a presente Convenção.

2. A denúncia será notificada ao Diretor-Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura através de um documento escrito.

3. A denúncia produzirá efeitos 12(doze) meses após o recebimento da correspondente notificação.”.

Como se vê, em nenhuma das Convenções que traçam regras gerais, tampouco na Convenção específica do assunto ora analisado, foi o Chefe do Poder Executivo ou Chefe de Estado de qualquer dos Países signatários autorizado a, por ato interno próprio, revogar um tratado ou convenção internacional, daí a nenhuma validade do noticiado e surpreendente Decreto nº. 3.007, de 1999, acima referido, surpreendente porque editado na época em que o Chefe de Estado e do Poder Executivo do Brasil era o Sr. Fernando Henrique Cardoso, indiscutível intelectual e do qual se esperava conhecimento mínimo do direito internacional.

Por outro lado, internamente, depois de referendado pelo Congresso Nacional, via Decreto Legislativo, dependendo do assunto de que trate, a Convenção ou o Tratado Internacional passa a ter força de Lei(entendimento reinante no C. Supremo Tribunal Federal) ou de Emenda Constitucional

(depois da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004)³, de forma que não pode ser revogado por um simples Decreto do Chefe do Poder Executivo, logo o referido Decreto nº 3.007, de 1999, além de ferir as regras internacionais acima analisadas, também contrariou o nosso sistema constitucional.

³ Constituição da República Federativa do Brasil, com alteração da EC 45, de 2004.

“Art. 5º - (...).

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”.

Mesmo antes do advento dessa nova regra constitucional, introduzida pela EC 45, de 2004, há quem sustente que todos os tratados e convenções relativos a direitos humanos já firmados pelo Brasil, depois da Constituição da República de 1988, em virtude da redação do § 2º do seu art. 5º, passaram a ter natureza de regra constitucional, independentemente de sua reapreciação, com o quorum acima indicado, pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, v. LAFER, Celso. Op. cit, p. 16, *verbis*:

“Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados.”

Registro que fato semelhante aconteceu, no direito interno do Brasil, com leis originariamente ordinárias, que passaram a ostentar *status* de leis complementares, em face de alterações supervenientes na Constituição da República, como aconteceu, por exemplo, com a Lei nº. 5.172, de 1966, Código Tributário Nacional, que por força da posterior Constituição da República de 1967 passou a ser considerada, materialmente, lei complementar. Recentemente, isso aconteceu com a Lei nº. 4.320, de 1964, que traça normas gerais de direito financeiro no Brasil, e que por força do § 9º do art. 165 da atual Constituição da República, também passou a ter força de lei complementar e só pode ser alterada, agora, por lei complementar, como o foi pela lei complementar nº. 101, de 2000.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 8.004/SE, no final da década de setenta do século passado, decidiu que Lei superveniente à Convenção ou ao Tratado terá prevalência no Brasil, exceto quanto à matéria tributária, tendo em vista o art. 98 do Código Tributário Nacional, entendimento esse criticado pelos puristas do Direito Internacional, porque finda por colocar em cheque a seriedade dos Representantes brasileiros em foros internacionais, posto que se sabe que nossa Suprema Corte entende que uma Lei interna poderá tornar sem efeito os tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Obviamente, depois da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, se esses atos internacionais tratarem de direitos humanos e forem ratificados no Brasil com o quorum qualificado de 3/5, só por Decreto Legislativo do Congresso Nacional, aprovado pelo mesmo *quorum*, poderão ser modificados ou ter a respectiva denúncia por referendada. Idem com relação aos tratados e convenções internacionais, relativos a direitos humanos, firmados antes da Constituição da República de 1988, em virtude da regra do § 2º do seu art. 5º.⁴

Registre-se que no sentido por último argumentado já decidiu o mesmo C. Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, que condicionou a denúncia da Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho, feita pelo Decreto nº. 2.100, de 20.12.1996, ao referendo do Congresso Nacional, e concluiu que só a partir desse referendo é que produziria eficácia plena.⁵

* DJV de 29.12.77, p. 9433.

⁴ V. na nota de rodapé anterior os ensinamentos de LAFER, Celso.

⁵ STF, Pleno, ADIN nº. 1.625, rel. então Min. Mauricio Correa. Decisão de 02.10.2003. DJU nº. 80, de 27.04.2006.

(depois da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004)³, de forma que não pode ser revogado por um simples Decreto do Chefe do Poder Executivo, logo o referido Decreto nº 3.007, de 1999, além de ferir as regras internacionais acima analisadas, também contrariou o nosso sistema constitucional.

³ Constituição da República Federativa do Brasil, com alteração da EC 45, de 2004.

“Art. 5º - (...).

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Mesmo antes do advento dessa nova regra constitucional, introduzida pela EC 45, de 2004, há quem sustente que todos os tratados e convenções relativos a direitos humanos já firmados pelo Brasil, depois da Constituição da República de 1988, em virtude da redação do § 2º do seu art. 5º, passaram a ter natureza de regra constitucional, independentemente de sua reapreciação, com o quorum acima indicado, pelo Congresso Nacional.

Nesse sentido, v. LAFER, Celso. Op. cit, p. 16, *verbis*:

“Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados.”

Registro que fato semelhante aconteceu, no direito interno do Brasil, com leis originariamente ordinárias, que passaram a ostentar *status* de leis complementares, em face de alterações supervenientes na Constituição da República, como aconteceu, por exemplo, com a Lei nº. 5.172, de 1966, Código Tributário Nacional, que por força da posterior Constituição da República de 1967 passou a ser considerada, materialmente, lei complementar. Recentemente, isso aconteceu com a Lei nº. 4.320, de 1964, que traça normas gerais de direito financeiro no Brasil, e que por força do § 9º do art. 165 da atual Constituição da República, também passou a ter força de lei complementar e só pode ser alterada, agora, por lei complementar, como o foi pela lei complementar nº. 101, de 2000.

É verdade que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 8.004/SE, no final da década de setenta do século passado, decidiu que Lei superveniente à Convenção ou ao Tratado terá prevalência no Brasil, exceto quanto à matéria tributária, tendo em vista o art. 98 do Código Tributário Nacional, entendimento esse criticado pelos puristas do Direito Internacional, porque finda por colocar em cheque a seriedade dos Representantes brasileiros em foros internacionais, posto que se sabe que nossa Suprema Corte entende que uma Lei interna poderá tornar sem efeito os tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Obviamente, depois da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, se esses atos internacionais tratarem de direitos humanos e forem ratificados no Brasil com o quorum qualificado de 3/5, só por Decreto Legislativo do Congresso Nacional, aprovado pelo mesmo *quorum*, poderão ser modificados ou ter a respectiva denúncia por referendada. Idem com relação aos tratados e convenções internacionais, relativos a direitos humanos, firmados antes da Constituição da República de 1988, em virtude da regra do § 2º do seu art. 5º.⁴

Registre-se que no sentido por último argumentado já decidiu o mesmo C. Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, que condicionou a denúncia da Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho, feita pelo Decreto nº. 2.100, de 20.12.1996, ao referendo do Congresso Nacional, e concluiu que só a partir desse referendo é que produziria eficácia plena.⁵

* DJV de 29.12.77, p. 9433.

⁴ V. na nota de rodapé anterior os ensinamentos de LAFER, Celso.

⁵ STF, Pleno, ADIN nº. 1.625, rel. então Min. Maurício Correa. Decisão de 02.10.2003. DJU nº. 80, de 27.04.2006.

Um simples Decreto do Poder Executivo Federal não é Lei, tampouco Emenda Constitucional, logo não se pode por Decreto revogar uma Convenção ou Tratado Internacional, que tenha sido ratificado pelo Congresso Nacional, daí, repetimos, o nenhum valor do noticiado Decreto nº. 3.007, de 30.03.1997 e sua inconstitucionalidade frente ao art. 49-I da Constituição da República, já que não há notícia de que tenha sido referendado pelo Congresso Nacional.

Aliás, o inciso IV do art. 84⁶ da Constituição da República, invocado nesse Decreto pelo Presidente da República, não lhe outorga esse poder, de forma que houve exercício arbitrário de poder pelo mandatário maior do Brasil, quando editou referido Decreto. E nesse particular ele também fere esse dispositivo da Constituição.

Portanto, ainda que se sustente que a Convenção em debate não trata de direitos humanos, embora seja claro que sim, porque envolve um dos principais direitos dos cidadãos dos Países signatários, o direito ao trabalho e à sobrevivência, pelo acima demonstrado é de se concluir que ela continua em vigor no Brasil, até mesmo porque amolda-se à perfeição ao acima transcrito Parágrafo Único do art. 4º da Constituição da República, dispositivo esse que, como já dito acima, estabelece os princípios gerais que devem nortear o Brasil nas suas relações internacionais.

IV. Agora, passo a examinar se referida Convenção, cujo texto encontra-se às fls. 42-45 dos autos, dispensa realmente a revalidação no Brasil dos Diplomas relativas a cursos superiores

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

obtidos nos Países dela signatários, devendo ser aceito pelas Entidades ora Requeridas, independentemente dessa revalidação.

Nos quarto e oitavo parágrafos do preâmbulo da Convenção em questão, consta:

“Convencidos de que, no quadro da cooperação em apreço, o reconhecimento internacional de estudos e títulos, ao assegurar maior mobilidade, a nível regional, para os estudantes e profissionais, é não apenas conveniente, mas também um fator altamente positivo para a aceleração do desenvolvimento da região, já que compreende a formação e plena utilização de um número crescente de cientistas, técnicos e especialistas.

(...)

Levando em conta que o reconhecimento pelo conjunto dos Estados Contratantes, dos estudos realizados e dos diplomas, títulos e graus obtidos em qualquer deles é instrumento adequado para:

- a) permitir melhor utilização dos meios de formação da região;
- b) assegurar a maior mobilidade de professores, estudantes, pesquisadores e profissionais dentro do quadro da região;
- c) remover as dificuldades que para o regresso a seus países de origem encontram as pessoas que receberam uma formação no exterior;
- d) favorecer a maior e mais eficaz utilização dos recursos humanos da região, com o fim de assegurar o pleno emprego e evitar a emigração de talentos atraídos por países altamente industrializados.”

E no seu artigo 1º:

“Para os fins da presente Convenção:

a) Entende-se por reconhecimento de um diploma, título ou grau estrangeiro, a sua aceitação pelas autoridades competentes de um Estado Contratante e a outorga aos titulares desses diplomas, títulos ou graus dos direitos concedidos a quem possua diploma, título ou grau nacional similar. Esses direitos dizem respeito à confirmação de estudos e ao exercício de uma profissão:

i) (...).

ii) Quanto ao exercício de uma profissão, o reconhecimento significa a admissão da capacidade técnica do possuidor do diploma, título ou grau e confere-lhe os direitos e obrigações do possuidor do diploma, título ou grau nacional cuja posse se exige para o exercício da profissão considerada. Esse reconhecimento não acarreta ao possuidor do diploma, título ou grau estrangeiro isenção da obrigação de satisfazer as demais condições que, para o exercício da profissão considerada, sejam exigidas pelas normas jurídicas nacionais e pelas autoridades governamentais ou profissionais competentes.”

No art. 5º, a Convenção sob análise dispõe:

“Art. 5º Os Estados Contratantes se comprometem a adotar as medidas necessárias para tornar efetivo, o quanto antes possível, para efeitos de exercício de profissão, o reconhecimento dos diplomas, títulos ou graus de educação superior emitidos pelas autoridades competentes de outro dos Estados Contratantes.”.

Conforme já vimos no tópico “I” desta fundamentação, aqui no Brasil a Lei Darcy Ribeiro, Lei nº. 9.394, de 1996,

dispensou a revalidação do diploma, em virtude de tratado ou convenção do qual o Brasil seja signatário, autorizando desde já o seu reconhecimento, vale dizer, permitindo o seu registro e a obtenção do profissional da documentação necessária ao exercício da profissão.

No mesmo sentido, foi a Resolução MEC nº. 01, de 28.01.2002, também acima referida.

E esses diplomas seguem as orientações principiológicas e gerais do art. 4º da Constituição da República, bem como a orientação integrativa internacional da América Latina prescrita no Parágrafo Único(acima transcrito)desse dispositivo constitucional.

Logo, não há necessidade de o ora Autor ter o seu diploma de médico, obtido em Instituição de Ensino Superior da cidade de Santiago de Cuba, na República de Cuba, revalidado em alguma Universidade Brasileira para registro desse diploma na Universidade Federal de Pernambuco-UFPE ou em qualquer outra Universidade Oficial do Brasil e também para sua inscrição no CREMEPE-Conselho Regional de Medicina de Pernambuco e obtenção da respectiva carteira de médico, necessária para o efetivo exercício dessa honrosa profissão em qualquer parte do território nacional.

Idem, pelas mesmas razões, com relação aos demais títulos de Especialista em Ortopedia e de Doutor em Ciências Médicas, que lhe possibilitam também o exercício da atividade de Professor Universitário em qualquer estabelecimento de Ensino Superior Médico do Brasil.

V - No mesmo sentido do consignado no item anterior desta fundamentação, vem se firmando a jurisprudência do E.

E no seu artigo 1º:

“Para os fins da presente Convenção:

a) Entende-se por reconhecimento de um diploma, título ou grau estrangeiro, a sua aceitação pelas autoridades competentes de um Estado Contratante e a outorga aos titulares desses diplomas, títulos ou graus dos direitos concedidos a quem possua diploma, título ou grau nacional similar. Esses direitos dizem respeito à confirmação de estudos e ao exercício de uma profissão:

i) (...).

ii) Quanto ao exercício de uma profissão, o reconhecimento significa a admissão da capacidade técnica do possuidor do diploma, título ou grau e confere-lhe os direitos e obrigações do possuidor do diploma, título ou grau nacional cuja posse se exige para o exercício da profissão considerada. Esse reconhecimento não acarreta ao possuidor do diploma, título ou grau estrangeiro isenção da obrigação de satisfazer as demais condições que, para o exercício da profissão considerada, sejam exigidas pelas normas jurídicas nacionais e pelas autoridades governamentais ou profissionais competentes.”

No art. 5º, a Convenção sob análise dispõe:

“Art. 5º Os Estados Contratantes se comprometem a adotar as medidas necessárias para tornar efetivo, o quanto antes possível, para efeitos de exercício de profissão, o reconhecimento dos diplomas, títulos ou graus de educação superior emitidos pelas autoridades competentes de outro dos Estados Contratantes.”.

Conforme já vimos no tópico “I” desta fundamentação, aqui no Brasil a Lei Darcy Ribeiro, Lei nº. 9.394, de 1996,

dispensou a revalidação do diploma, em virtude de tratado ou convenção do qual o Brasil seja signatário, autorizando desde já o seu reconhecimento, vale dizer, permitindo o seu registro e a obtenção do profissional da documentação necessária ao exercício da profissão.

No mesmo sentido, foi a Resolução MEC nº. 01, de 28.01.2002, também acima referida.

E esses diplomas seguem as orientações principiológicas e gerais do art. 4º da Constituição da República, bem como a orientação integrativa internacional da América Latina prescrita no Parágrafo Único(acima transcrito)desse dispositivo constitucional.

Logo, não há necessidade de o ora Autor ter o seu diploma de médico, obtido em Instituição de Ensino Superior da cidade de Santiago de Cuba, na República de Cuba, revalidado em alguma Universidade Brasileira para registro desse diploma na Universidade Federal de Pernambuco-UFPE ou em qualquer outra Universidade Oficial do Brasil e também para sua inscrição no CREMEPE-Conselho Regional de Medicina de Pernambuco e obtenção da respectiva carteira de médico, necessária para o efetivo exercício dessa honrosa profissão em qualquer parte do território nacional.

Idem, pelas mesmas razões, com relação aos demais títulos de Especialista em Ortopedia e de Doutor em Ciências Médicas, que lhe possibilitam também o exercício da atividade de Professor Universitário em qualquer estabelecimento de Ensino Superior Médico do Brasil.

V - No mesmo sentido do consignado no item anterior desta fundamentação, vem se firmando a jurisprudência do E.

Superior Tribunal de Justiça, da qual destaco notícia de r. Decisão do seu Ministro Presidente, relativa ao Processo SLS nº. 191, que gerou um Agravo Regimental, que foi apreciado e no qual a referida r. Decisão foi mantida por sua Corte Especial(o seu pleno), *verbis*:

segunda-feira, 14 de novembro de 2005

09:46 - Indeferido pedido de universidade para proibir médica cubana de atuar no Recife

O presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ministro Edson Vidigal, indeferiu o pedido da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), a qual pretendia suspender liminar concedida à médica cubana Zoraida de La Caridad Puig Hernandez para que possa atuar como médica na prefeitura do Recife (PE)

No caso, a cubana ajuizou ação contra a UFPE e Conselho Regional de Medicina do Estado de Pernambuco (Cremepe), objetivando compelir a Universidade a promover o registro de seu diploma, independentemente de processo de revalidação, assim como do certificado de especialista de medicina geral integral, e a determinar ao Conselho a efetivação da sua inscrição para expedição da carteira profissional.

Sob a alegação de direito adquirido, com base na Convenção Regional sobre o Reconhecimento de Estudos, Títulos e Diplomas de Ensino Superior na América Latina e no Caribe, imbuída na ordem interna por força do Decreto nº 80.419/77, bem assim pelo fato de ter sido selecionada para trabalhar como médica na prefeitura do Recife (PE), com prazo de apenas cinco dias para apresentar a documentação

pertinente, Zoraida pugnou a concessão de tutela antecipada. O pedido foi deferido pelo juízo da 3ª Vara de Pernambuco.

A Universidade, então, formulou pedido de suspensão de tutela antecipada, tendo o presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, desembargador Francisco Cavalcanti, concedido a contracautela, considerando demonstrado o risco à saúde pública em virtude da seriedade das conseqüências que poderiam advir “da atuação profissional de médicos cujos estudos não foram objeto de averiguação pelos agentes estatais competentes”.

Todavia o Tribunal Regional, ao examinar o agravo interno interposto por Zoraida, entendeu inexistir lesão a justificar o pedido de suspensão. Assim, a Universidade ajuizou novo pedido de suspensão no STJ, sob a alegação de grave ameaça à saúde pública.

Para isso, sustentou que a Convenção Regional não autoriza o imediato registro dos diplomas e certificados expedidos pelas universidades estrangeiras, admitindo, inclusive, a realização de provas e exames de proficiência para fins de revalidação. “Tal forma de proceder pode expor a saúde pública a riscos incalculáveis, uma vez que a atuação médica exige um alto grau de habilidade e competência, sob pena da prática de danos irreparáveis e, até mesmo, da ocorrência de óbitos”, afirmou

Ao decidir, o ministro Vidigal destacou que a questão relativa à alegada inexistência de direito adquirido ao imediato reconhecimento do diploma de Zoraida, em face da Convenção Regional, bem como o Decreto nº 80.419/77, não é passível de análise nesta via excepcional.

”O pedido de suspensão de liminar não possui natureza jurídica de recurso, ou seja, não propicia a devolução do conhecimento da matéria para eventual reforma. Por conseguinte, não se apresenta possível o exame de questões de mérito, cuja competência cabe tão-somente às instâncias ordinárias”, disse o ministro.

Quanto à verificação de demonstração do risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas, o presidente do STJ afirmou não o antever. Isso porque, conforme se verifica nos autos do processo, em razão de convênio firmado como o Ministério de Saúde Pública de Cuba, Zoraida trabalhou como médica no programa Saúde da Família, no município de Cabo de Santo Agostinho (PE), de 1997 a 2002 e foi colaboradora do Departamento de Medicina Social da Faculdade de Ciências Médicas da Universidade de Pernambuco, desenvolvendo atividades de supervisão e acompanhamento de alunos no estágio curricular.

Além disso, a Universidade não trouxe aos autos qualquer irregularidade ou dado concreto baseado no efetivo exercício da medicina por Zoraida que pudesse indicar algum risco à saúde de futuros pacientes. “Cumpra observar, ainda, que, no tocante ao apontado efeito multiplicador, nada foi dito quanto à existência expressiva de outras ações análogas que pudessem vir a receber decisões concessivas de mesmo teor. Forçoso é o reconhecimento, portanto, de que potencial lesivo alarmado pela requerente encontra-se fundado em meras conjecturas incapazes de justificar o deferimento do pedido de suspensão”, destacou o ministro Vidigal.

STJ - Pres. Min. Edson Vidigal - Indeferido pedido de universidade para proibir médica cubana de atuar no Recife

O ora Autor, na petição de fls. 216-231, transcreve ementa de v. Acórdão da Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça, no AGRG nº. 2005/0174544-1, julgado em 20.03.2006,⁷ negando provimento a esse agravo regimental interposto contra a noticiada r. Decisão do então Presidente do referido Tribunal, Dr. Edson Vidigal. Ou seja, autorizou-se uma médica cubana, na mesma situação do ora Autor, liminarmente, a ter o seu diploma registrado na Universidade Federal de Pernambuco-UFPE e a obter no CREMEPE sua inscrição e sua carteira profissional.

CONCLUSÃO

Posto isso, *incidenter tantum*, reconheço a inconstitucionalidade do Decreto nº. 3.700, de 30.03.1999, ratifico a r. Decisão de fls. 56-60, na qual a tutela foi antecipada, julgo procedentes os pedidos desta ação, condeno a Universidade Federal de Pernambuco-UFPE a registrar o diploma de médico do ora Autor, obtido em uma Instituição de Ensino Superior da cidade de Santiago de Cuba, na República de Cuba, bem como os títulos de Especialista em Ortopedia e de Doutor em Ciências Médicas, e também condeno o Conselho Regional de Medicina de Pernambuco - CREMEPE a manter a inscrição do ora Autor e a respectiva carteira profissional de médico que lhe foi fornecida e ainda autorizo o ora Autor a exercer a honrosa profissão de médico em todo o território nacional e também a de Professor em qualquer Estabelecimento de Ensino Superior do Brasil, nos cargos admitidos para os títulos de Especialista em Ortopedia e de Doutor em Ciências Médicas.

Outrossim, condeno os ora Requeridos, *pro rata*, a ressarcirem as custas processuais despendidas pelo ora Autor e a pagar-lhe verba honorária, que à luz do § 4º do art. 20 do

Código de Processo Civil e considerando o grande esforço e dedicação da sua I. Patrona, Dra. Adriana Mello Oliveira de Campos Machado, arbitro em R\$ 5.000,00(cinco mil reais), atualizados a partir do mês seguinte ao da publicação desta Sentença pelos índices do manual de cálculos do Conselho da Justiça Federal, acrescidos de juros de mora legais, à razão de 0,5%(meio por cento) ao mês, contados a partir da data do início da execução desta Sentença, mas incidentes sobre o valor já monetariamente corrigido.

De ofício, submeto esta Sentença ao duplo grau de jurisdição,

P. R. I.

Recife, 01 de agosto de 2006.

ESMAPE - BIBLIOTECA
340.05
P-01
EMPRÉSTIMO

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA-r.
"BIBLIOTECA"



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Fones: (81) 3224.0086 / 3224.1285 / 3224.0837

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

res e interesses, consoante o seu peso e ponderação de outros princípios eventualmente em conflito, e não obedecem, como regras, à lógica do vale ou não vale *à maneira do tudo ou nada*.¹⁰

Os princípios, no entender de alguns autores, poderiam distinguir-se das regras pelo carácter hipotético-condicionante, porquanto, as regras possuem uma hipótese e uma consequência predeterminante da decisão, pois são aplicadas ao modo se, então; enquanto que os princípios servem de vetor para guiar o intérprete, mostrando-lhe o fundamento a ser utilizado, para encontrar a regra de melhor adequação ao caso concreto.

7 - O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Estabelece o art. 5º, § 2º, do Texto Magno, *verbis*:

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Todavia, o mandamento constitucional, a partir de uma interpretação teleológica, permite-nos inferir outros princípios implícitos, quais sejam, o da proporcionalidade e o da razoabilidade etc., sem embargo, conforme Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Júnior de, em matéria penal, serem extraídos da Lei Fundamental outros princípios.¹¹

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando a sério os direitos*. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002, p. 42.

¹¹ CORREA Júnior, Alceu e SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Teoria da pena : finalidade, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 73.

Destarte, a idéia de proporcionalidade, segundo afirma Luiz Francisco Torquato Avólio, remonta aos *arquétipos* de um pensamento jurídico ocidental, ligado sempre à compreensão de direito e sempre se confundiu com a idéia de direito: o *aeuquum*, o *khanón*, a *regula*; o *equilibrium* da balança de *Thémis*, por exemplo.¹²

Afirma Suzana de Toledo Barros que o princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, sendo derivado da força normativa dos direitos fundamentais, traduzida nas garantias materiais objetivadas no Estado Democrático de Direito. O *legislador brasileiro deve observá-lo na regulação das medidas limitativas desses direitos, de modo tal que as restrições impostas observem a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade dos meios*, arremata a autora.¹³

Para Gustavo Santos o princípio da proporcionalidade tem como corolário ou subprincípios: o princípio da adequação e o princípio da necessidade, que constituem o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, cujo escopo é a ponderação de princípios, valores ou interesses.¹⁴

¹² AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas : interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed., rev. e ampl. e atual. em face das Leis 9.296/96 e 10.217/2001 e da jurisprudência. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 55. Nesta perspectiva, a lei do talião (*lex talionis*) significava a proporcionalidade entre o fato criminoso e a pena. Talião significa "tal e qual". Qual o castigo para tal crime.

¹³ Idem, p. 46.

¹⁴ SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do supremo tribunal federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2004, pp. 110 *et sequi*.

8 – O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO COMPARADO

Na Alemanha a proibição da prova ilícita também decorre diretamente de normas constitucionais; todavia, a jurisprudência tem admitido exceções, quer para a legítima defesa do cidadão, quer para a tutela dos interesses superiores do Estado, atendendo ao princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins da prova, fundados no princípio da dignidade da pessoa humana. Para a doutrina alemã o princípio da proporcionalidade é um mecanismo *de proibição de excesso*.

Magalhães, comungando do mesmo pensamento de Avólio, complementa a visão moderna do princípio da proporcionalidade, no tocante à mesma fonte jurisprudencial do StGB alemão (Código Penal), ressaltando o grande interesse do Estado de Direito na efetiva realização da justiça penal, justificando, não obstante, o sacrifício dos direitos individuais, entendendo legítima a derrogação de certas regras de exclusão de prova, ditas pelo interesse de proteção individual, em nome da prevenção e repressão, das formas mais graves de criminalidade.¹⁵

Neste diapasão, o autor arremata e põe em realce, a admissibilidade de provas ilícitas desde que utilizadas para reprimir formas graves de criminalidade, a exemplo de organizações criminosas.¹⁶

Nos EUA não são admitidas provas obtidas com ofensa aos direitos constitucionais, em face do princípio *the fruits of the poisonous tree doctrine*, princípio garantista dos direitos funda-

¹⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 105.

¹⁶ *Opus citatum*, p. 115.

mentais da pessoa humana, como serve de cotejo a quinta ementa da Constituição Americana que assegura ao réu, quando testemunhar, não produzir prova contra si, sendo ineficaz a confissão extorquida por meio de tortura física e ou psicológica.

Todavia, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, diversas pessoas foram presas para investigação sob suspeita. Um brasileiro esteve preso durante dez meses sem acusação formal. A Suprema Corte Americana decidiu ser possível a tortura na fase de investigação se a soberania nacional estivesse em cheque. Recentemente, o Presidente George W. Bush admitiu que iria prosseguir nas escutas telefônicas sem autorização judicial. E, mais recentemente, a Suprema Corte Americana declarou inconstitucional um Tribunal Militar, criado por decreto do Presidente W. Bush, para julgar prisioneiros da guerra EUA *versus* Iraque, que se encontram presos na base militar de Guantãnamo, no território cubano.

Recentemente, o Congresso dos Estados Unidos aprovou uma lei que permite tortura por simulação de afogamento e privação do sono para extorquir confissão de pessoas suspeitas de envolvimento com o terrorismo.

Na Inglaterra sabemos que a prova é formalmente relevante, qualquer que seja sua origem – lícita ou ilícita – ressaltando-se a confissão ilegalmente obtida.

Para a doutrina, havendo conflito de interesses os valores de maior peso suplantam a proibição da prova obtida ilegitimamente, posição com a qual não concordamos. Neste caso, *fala-se, então, em razoabilidade e proporcionalidade, como princípios que autorizariam a superação das vedações probatórias*.¹⁷

¹⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no Processo Penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 104.

9 - ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O Excelso Pretório, na análise da prova ilícita, ainda não firmou posicionamento consolidado. Alguns de seus Ministros apregoam que o princípio do direito comparado: *the fruits of the poisonous tree doctrine* é inadequado à ordem constitucional brasileira (HC 80949-RJ, relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 14.12.2001, votação unânime).

Com efeito, os incisos X, XI, XII e LVI, do art. 5º, da Carta Política, estabelecem, respectivamente, o seguinte:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

Como se depreende do texto do Pacto Federativo Brasileiro, a prova obtida por meio ilícito é inadmissível no processo, sendo correto, todavia, afirmar-se, que a necessidade da prova

visa a assegurar, de forma escoreita, a reconstrução dos fatos, ou seja, da verdade processual, já que não existe uma verdade real, nem mesmo do ponto de vista filosófico.

A distinção que a filosofia clássica faz entre verdade e verdadeiro tem sempre um sentido objetivo: o verdadeiro é o que é - o falso é o que não é. Assim, há uma identidade do verdadeiro com o ser, enquanto que a verdade não é uma coisa, mas consiste em pensar a essência das coisas como de fato elas são. Richard Rorty afirma que o pragmatismo não tem um conceito absoluto de verdade e não aceita a verdade como correspondência.¹⁸

Em *thema probandum* vige o princípio da liberdade das provas pelo julgador: *iura novit curia*, como corolário do princípio da livre convicção - ou persuasão racional das provas - que obriga o juiz a examinar todos os pontos da prova, mas em toda a causa, quando se trata de decidir a verdade, a convicção é algo individual do juiz.¹⁹

Com efeito, considera-se prova obtida por meios ilícitos, do ponto de vista material, aquela produzida sem atender às prescrições legais. Exemplo: apreensão de documentos na casa de um suspeito sem mandado judicial de busca e apreensão e aquelas que forem anexadas ao processo fora dos prazos legais. Do ponto de vista processual, cita-se como exemplo, o documento juntado aos autos sem obediência à regra do art. 475, do Código de Processo Penal.

¹⁸ RORTY, Richard. *Objetividade, relativismo e verdade*: escritos filosóficos. I. Tradução Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1997, p. 39.

¹⁹ MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da prova em matéria penal*. Tradução da 3ª edição: 1848: Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1977 p. 61.

Assim, se existe nos autos outras provas, além daquela acoimada de ilícita, e se aquela prova ilícita não houver influído na apuração da verdade, as demais legitimam a decisão do órgão judiciário, não havendo qualquer nulidade a ser pronunciada, tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas, oriundo do direito liberal francês: *pás de nullité sans grief*. Tal princípio foi positivado pelo legislador pátrio no art. 563, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Logo, a prova lícita não se comunica com a prova obtida ilicitamente e, pelo princípio da proporcionalidade, a prova ilícita só pode ser utilizada a favor do réu, por analogia ao princípio do favor rei, nunca contra o réu, como tem sido afirmado por alguns. E, em alguns casos, a favor da vítima, em legítima defesa (teoria alemã), mas, nunca contra o réu.

Ademais, estabelece o art. 566, do Código de Processo Penal:

não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa.

Luiz Francisco Avólio, no tocante aos meios de obtenção da prova, assim se expressa:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudici-

al ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.²⁰

A Constituição garante a inviolabilidade do sigilo e o princípio do sopesamento exige que o intérprete saiba distinguir entre o devassamento que fere o direito à privacidade no seu objeto, relativamente, a outros objetos de outros direitos também protegidos pelo sigilo: o direito à privacidade, por exemplo, e os limites da função fiscalizadora do Estado.

Conforme Tércio Sampaio Júnior o direito à inviolabilidade do sigilo (*faculdade*) exige o sopesamento dos interesses do indivíduo frente aos interesses da sociedade e do Estado.²¹

A propósito, Francisco Fernandes de Araújo, assevera que o conflito entre os princípios pode ser objeto de ponderação, harmonização e equacionamento.

O sistema jurídico necessita de princípios, como na questão dos valores da liberdade, igualdade, dignidade, democracia, Estado de direito etc., traduzindo-se em exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos.²²

A Suprema Corte Brasileira, em dois casos confrontados, decidiu pela ponderação de bens jurídicos. Em um caso, ponderando o direito individual à intimidade com o direito à

²⁰ AVÓLIO, Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995, p. 55. O autor refere-se ao princípio da proporcionalidade definido pelo Tribunal Constitucional da Alemanha.

²¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Revista da Faculdade de Direito*. USP, 1993, pp. 440-459.

²² ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da proporcionalidade* : significado e aplicação prática Campinas : Copola, 2002, pp.14-17.

produção de prova pelo Estado; noutro, em situação semelhante, decidiu, diametralmente, por devassar o direito à intimidade em detrimento de interesses superiores do Estado.

Caso 01:

EMENTA: INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícita e explícita – presunção de dignidade humana, de intimidade, de intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido a laboratório, “debaixo de vara”, para coleta de material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico – instrumental, considerados a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligada à prova dos fatos”. (HC: 71.373/RS (DJ, de 22.22.96), relatoria do Min. Marco Aurélio Mello.

Caso 02:

EMENTA: – Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda

à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. Bens jurídicos constitucionais como “moralidade administrativa”, “persecução penal pública” e “segurança pública” que se acrescem, – como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, – ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho. 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida, sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do “prontuário médico” da reclamante. (Reclamante: GLÓRIA DE LOS ÁNGELES TREVIÑO RUIZ. Recl. 2040/DF, relatoria do Min. Néri da Silveira, julgamento 21.01.2002, DJ, 27.06.2003).

A jurisprudência da Suprema Corte Brasileira já conta com um razoável repertório pertinente à matéria, separando-se o joio do trigo, ou seja, a prova ilícita da prova lícita, desde que a condenação não se tenha baseado na prova ilegal.²³

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Notitia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em gravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita. Votação unânime. HC 80948/ES, relatoria do Min. Néri da Silveira, julgamento: 07/08/2001, Segunda Turma, DJ 19.12.2001.

“Habeas Corpus. Paciente condenado como incurso no art. 12 da Lei no 6.367/76, à pena de 6 anos de reclusão e 100 dias-multa. 2. Sustentação de que a condenação fora embasada em prova ilícita, obtida no domicílio do paciente. 3. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo indeferimento do writ. 4. Não há falar-se em ilicitude da pro-

²³ Joio (*lolium temulentum*) de princípio tóxico; trigo (*triticum vulgare*) fruto de natureza alimentícia.

va, com a busca domiciliar ocorrida, eis que à vista de flagrante delito. 4. Habeas corpus indeferido.” (HC 73.921-1, 2ª Turma do STF, data do julgamento: 06.08/1996).

“A prova decorrente da escuta telefônica, sem apoio constitucional, não constitui o único elemento a basear o juízo condenatório, em ambos os graus. Certo, no caso, houve um conjunto de provas, referidas nas decisões condenatórias em causa, que levou os julgadores, em ambos os graus, de maneira uniforme, à condenação do paciente. Habeas corpus indeferido. (HC 77.147-BA, rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, julg. 25.08.198, DJ 06.04.2001).

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. CORRUPÇÃO ATIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSAGEM DA PENA: IMPROCEDÊNCIA. 1. A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade. 2. Não se compatibiliza com o rito especial e sumário do habeas corpus o reexame aprofundado da prova da autoria do delito. 3. Sem que possa colher-se dos elementos do processo a resultante conseqüência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal. 4. Não enseja nulidade processual a sentença que, apesar de falha quanto à fundamentação na dosimetria da pena, permitiu fosse corrigida em sede de apelação”. (HC 75.497/SP: São Paulo, Min. Mauricio Correa, 2ª Turma, julgamento 14/10/1997, DJ 09.05.2003, PP 00068 vol. 02109 - 03 pp-00433.

A jurisprudência da Suprema Corte Brasileira já conta com um razoável repertório pertinente à matéria, separando-se o joio do trigo, ou seja, a prova ilícita da prova lícita, desde que a condenação não se tenha baseado na prova ilegal.²³

EMENTA: Habeas Corpus. 2. Notitia criminis originária de representação formulada por Deputado Federal com base em gravação de conversa telefônica. 3. Obtenção de provas por meio ilícito. Art. 5º, LVI, da Constituição Federal. Inadmissibilidade. 4. O só fato de a única prova ou referência aos indícios apontados na representação do MPF resultarem de gravação clandestina de conversa telefônica que teria sido concretizada por terceira pessoa, sem qualquer autorização judicial, na linha da jurisprudência do STF, não é elemento invocável a servir de base à propulsão de procedimento criminal legítimo contra um cidadão, que passa a ter a situação de investigado. 5. À vista dos fatos noticiados na representação, o Ministério Público Federal poderá proceder à apuração criminal, respeitados o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. 6. Habeas corpus deferido para determinar o trancamento da investigação penal contra o paciente, baseada em elemento de prova ilícita. Votação unânime. HC 80948/ES, relatoria do Min. Néri da Silveira, julgamento: 07/08/2001, Segunda Turma, DJ 19.12.2001.

“Habeas Corpus. Paciente condenado como incurso no art. 12 da Lei no 6.367/76, à pena de 6 anos de reclusão e 100 dias-multa. 2. Sustentação de que a condenação fora embasada em prova ilícita, obtida no domicílio do paciente. 3. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo indeferimento do writ. 4. Não há falar-se em ilicitude da pro-

²³ Joio (*lolium temulentum*) de principio tóxico; trigo (*triticum vulgare*) fruto de natureza alimentícia.

va, com a busca domiciliar ocorrida, eis que à vista de flagrante delito. 4. Habeas corpus indeferido.” (HC 73.921-1, 2ª Turma do STF, data do julgamento: 06.08/1996).

“A prova decorrente da escuta telefônica, sem apoio constitucional, não constitui o único elemento a basear o juízo condenatório, em ambos os graus. Certo, no caso, houve um conjunto de provas, referidas nas decisões condenatórias em causa, que levou os julgadores, em ambos os graus, de maneira uniforme, à condenação do paciente. Habeas corpus indeferido. (HC 77.147-BA, rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, julg. 25.08.198, DJ 06.04.2001).

“HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA: ESCUTA TELEFÔNICA. CORRUPÇÃO ATIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSAGEM DA PENA: IMPROCEDÊNCIA. 1. A prova ilícita, caracterizada pela escuta telefônica, não sendo a única produzida no procedimento investigatório, não enseja desprezarem-se as demais que, por ela não contaminadas e dela não decorrentes, formam o conjunto probatório da autoria e materialidade. 2. Não se compatibiliza com o rito especial e sumário do habeas corpus o reexame aprofundado da prova da autoria do delito. 3. Sem que possa colher-se dos elementos do processo a resultante consequência de que toda a prova tenha provindo da escuta telefônica, não há falar-se em nulidade do procedimento penal. 4. Não enseja nulidade processual a sentença que, apesar de falha quanto à fundamentação na dosimetria da pena, permitiu fosse corrigida em sede de apelação”. (HC 75.497/SP : São Paulo, Min. Maurício Correa, 2ª Turma, julgamento 14/10/1997, DJ 09.05.2003, PP 00068 vol. 02109 - 03 pp-00433.

Conclusivamente, em várias oportunidades, o Supremo Tribunal Federal, relativamente a crime permanente (tráfico internacional de substância entorpecente) tem admitido que prescinde de mandado judicial de busca e apreensão pelo estado de flagrância.

“Habeas corpus indeferido. (HC 21392/MG, rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, decisão unânime, DJ 18.11.2002.

No mesmo sentido: HC 73.921/MG, Minas Gerais, rel. Min. Néri da Silveira, 2ª Turma, julgamento 06 de agosto de 1996, DJ 18.08.2000. “PROVA (CRIMINAL), BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR, MANDADO JUDICIAL, INEGIBILIDADE, RESIDÊNCIA, TÓXICO, POSSE, DEPÓSITO, CRIME PERMANENTE, ESTADO DE FLAGRÂNCIA, CARACTERIZAÇÃO, PROVA, ILICITUDE, AUSÊNCIA”.

10 - CONCLUSÕES

Em síntese, no Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade não admite a prova ilícita. Todavia, havendo prova ilícita e prova lícita, esta, não se comunica com aquela.

O princípio do direito comparado norte-americano *the fruits of the poisonous tree* não é totalmente adequado ao ordenamento constitucional brasileiro, sendo bastante que no acervo probatório concorram outras provas - de natureza lícita - conforme previsão do legislador infraconstitucional - art. 566, do Digesto de Processo Penal, para caracterizar-se como legítima.

Observamos, também, que no direito comparado, a matéria prova ilícita não é tema pacífico.

Pelo princípio da proporcionalidade, a prova ilícita somente poderá ser utilizada a favor do réu (princípio do favor rei) e da vítima (no exercício da legítima defesa), por recepção do entendimento do direito comparado alemão.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO CONTRATUAL

Thiago Faria de Godoy Magalhães

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduação na Fundação Escola do Ministério Público do Rio de Janeiro (FEMPERJ), no Complexo Jurídico Damásio de Jesus e Rede de Ensino Luis Flávio Gomes. Professor titular da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Professor titular do Espaço Jurídico. Professor convidado do curso de pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

SUMÁRIO

1 – INTRÓITO. 2 – AS FASES DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS. 3 – RESPONSABILIDADE AQUILIANA Vs RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. 4 – A IMPORTÂNCIA DO PRÉ-CONTRATO. 5 REFERÊNCIAS

1 – INTRÓITO

A proposta da presente dissertação é contextualizar a responsabilidade civil no direito contratual, examinando a dicotomia entre as responsabilidades pré-contratual e contratual. Não é mister examinar em profundidade o instituto da responsabilidade contratual, mas, apenas e tão-somente, sistematizar em um único texto tal quadro comparativo.

Trata-se de tema da mais alta relevância, sobretudo nos dias atuais, em razão do sistema jurídico inaugurado pelo novo Código Civil, pautado, em todos os seus aspectos, no princípio da boa-fé objetiva. Questiona-se acerca da existência ou não de responsabilidade nas negociações que culminarão na celebração de um contrato, perquere-se acerca da responsabilidade após a celebração da avença e sobre eventual diferença entre ambas as responsabilidades, além de investigar-se como se insere nesse contexto a figura jurídica do pré-contrato.

A busca das metas aqui propostas fica irremediavelmente prejudicada sem um estudo preliminar das fases de formação do contrato, eis que este tema se consubstancia em relevante substrato para as noções que se seguirão.

2 - AS FASES DE FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

De plano, consigna-se que não é preocupação aqui esgotar o estudo da formação dos contratos. Visa-se a analisar, apenas, noções fundamentais do tema para viabilizar o bom entendimento da responsabilidade no direito contratual.

Contrato, por definição, é a fonte das obrigações estabelecida pela convergência de duas vontades, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas de natureza patrimonial. Percebe-se, do conceito exposto, a natureza jurídica dos contratos, que é ser um negócio jurídico, ante a autonomia da vontade.

É primordial, portanto, o papel da vontade nos contratos, que aqui aparece sob a forma de consentimento, uma vez que tem mão dupla, por resultar do acordo volitivo. Haverá um contrato quando duas vontades forem conformes, o que resulta de uma aceitação se seguir a uma proposta. Nesse mo-

mento, haverá um contrato formado, embora o caminho para isso não seja assim tão simples.

A razão é que à formação do vínculo contratual, normalmente, precede a um período de formação dessa vontade contratual, um período de negociação, que se desmembra em momentos distintos.

Nesse sentido, são quatro as fases de formação do contrato: negociações preliminares, minuta contratual, proposta e aceitação. É preciso entendê-las, pois apresenta reflexos distintos no tema da responsabilidade.

A fase de negociações preliminares é o começo de tudo, um primeiro momento, sem grandes pretensões, sendo apenas uma fase de sondagens, que, muitas vezes, opera-se através de cartas. É uma fase muito superficial, onde não se trata nada de concreto, não se discutindo preço, formas de pagamento, modo de entrega, prazos ou qualquer outra cláusula. Deste modo, é uma fase que não gera efeito algum, não se assumindo qualquer compromisso, razão pela qual não se cogita aqui de responsabilidade civil.

A segunda fase de formação do contrato é a fase da minuta contratual. Trata-se de uma fase ainda preliminar, pois antecede a proposta. A diferença da primeira fase é que aqui já não são mais apenas sondagens. Já há uma maior importância, pois já se estabelece algumas condições mínimas, de onde resultará uma minuta do contrato, que é um esboço, uma base para o texto do contrato a ser celebrado. Nesta fase, conforme restará demonstrado, já pode haver responsabilidade dos contratantes no caso de ilícito civil.

As terceira e quarta fases, que são proposta e aceitação, podem ser analisadas em concomitância, posto formarem o que se chama de fase de policitação, também chamada de oblação ou fase de pontuação. Com efeito, a pessoa que faz a proposta recebe o nome de policitante ou proponente, enquanto que a pessoa que a aceita é chamada de oblato ou aceitante.

Esta fase se inicia com uma proposta. As duas fases anteriores antecedem a proposta, havendo apenas negociações preliminares e minuta. Aqui prosseguem as negociações, pois nem sempre há imediata aceitação a uma proposta, podendo à proposta sobrevirem sucessivas contra-propostas: é a fase de policitação.

A questão de relevo que se apresenta é: como diferenciá-la de proposta? É a seriedade, ou seja, a proposta é ato sério na medida em que contém todos os elementos para a execução do contrato. Na minuta há apenas um esboço, não havendo um texto pronto e acabado. Pela seriedade da proposta, uma simples aceitação é suficiente para formar o contrato. Se o oblato tiver que acrescentar algum ponto faltante, não é policitação, mas sim minuta. Só não se pode olvidar que o oblato pode até acrescentar algo, mas não porque falte algum ponto essencial do contrato, mas sim porque faz uma contra-proposta, caso em que o oblato transmuda-se em policitante.

A grande importância a ser ressaltada da proposta é o seu aspecto vinculatorio, ou seja, diferentemente da minuta, uma vez feita a proposta, o policitante a ela está vinculado. A razão para isso é singela: a seriedade da proposta.

Isso significa que, ao fazer a proposta, o policitante estará obrigado a cumpri-la se o oblato a aceitar, sob pena de

este ir a juízo pedir a execução forçada do contrato ou a reparação de perdas e danos. Nota-se que essa fase de policitação é um vasto campo aberto para a responsabilidade civil.

3 - RESPONSABILIDADE AQUILIANA Vs RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Após a exposição das quatro fases de formação do contrato, com mais clareza se pode visualizar que a celebração deste negócio jurídico pode ser instantâneo, mas, o que é mais comum, que pode haver uma fase inicial de tratativas e negociações, sendo necessária a maturação das negociações antes da culminação na conclusão do contrato.

Abstraindo, para efeitos de responsabilidade, a primeira fase de formação dos contratos, que é a fase de sondagens das negociações preliminares, estudar-se-ão as negociações e tratativas do contrato em duas fases distintas: minuta do contrato e policitação. Em razão da seriedade, na fase de oblação há um maior comprometimento, mas isso não exclui um comprometimento que pode haver na fase da minuta contratual.

É daí que emerge a responsabilidade das partes envolvidas. Apresentam modalidades diferentes, pois distintas são as situações fáticas.

Se há um dever jurídico não observado após a celebração de um contrato, dever jurídico esse constante de um contrato perfeito, o caso será de responsabilidade contratual, pois há um contrato celebrado entre as partes sendo violado.

Por outro lado, se se pensar na responsabilidade anterior ao contrato, não pode esta ser contratual, uma vez que não há contrato. Qual o fundamento, então, desta responsabilidade?

As terceira e quarta fases, que são proposta e aceitação, podem ser analisadas em concomitância, posto formarem o que se chama de fase de policitação, também chamada de oblação ou fase de pontuação. Com efeito, a pessoa que faz a proposta recebe o nome de policitante ou proponente, enquanto que a pessoa que a aceita é chamada de oblato ou aceitante.

Esta fase se inicia com uma proposta. As duas fases anteriores antecedem a proposta, havendo apenas negociações preliminares e minuta. Aqui prosseguem as negociações, pois nem sempre há imediata aceitação a uma proposta, podendo à proposta sobrevirem sucessivas contra-propostas: é a fase de policitação.

A questão de relevo que se apresenta é: como diferenciar minuta de proposta? É a seriedade, ou seja, a proposta é ato sério na medida em que contém todos os elementos para a execução do contrato. Na minuta há apenas um esboço, não havendo um texto pronto e acabado. Pela seriedade da proposta, uma simples aceitação é suficiente para formar o contrato. Se o oblato tiver que acrescentar algum ponto faltante, não é policitação, mas sim minuta. Só não se pode olvidar que o oblato pode até acrescentar algo, mas não porque falte algum ponto essencial do contrato, mas sim porque faz uma contra-proposta, caso em que o oblato transmuda-se em policitante

A grande importância a ser ressaltada da proposta é o seu aspecto vinculatorio, ou seja, diferentemente da minuta, uma vez feita a proposta, o policitante a ela está vinculado. A razão para isso é singela: a seriedade da proposta.

Isso significa que, ao fazer a proposta, o policitante estará obrigado a cumpri-la se o oblato a aceitar, sob pena de

este ir a juízo pedir a execução forçada do contrato ou a reparação de perdas e danos. Nota-se que essa fase de policitação é um vasto campo aberto para a responsabilidade civil.

3 - RESPONSABILIDADE AQUILIANA VS RESPONSABILIDADE CONTRATUAL

Após a exposição das quatro fases de formação do contrato, com mais clareza se pode visualizar que a celebração deste negócio jurídico pode ser instantâneo, mas, o que é mais comum, que pode haver uma fase inicial de tratativas e negociações, sendo necessária a maturação das negociações antes da culminação na conclusão do contrato.

Abstraindo, para efeitos de responsabilidade, a primeira fase de formação dos contratos, que é a fase de sondagens das negociações preliminares, estudar-se-ão as negociações e tratativas do contrato em duas fases distintas: minuta do contrato e policitação. Em razão da seriedade, na fase de oblação há um maior comprometimento, mas isso não exclui um comprometimento que pode haver na fase da minuta contratual.

É daí que emerge a responsabilidade das partes envolvidas. Apresentam modalidades diferentes, pois distintas são as situações fáticas.

Se há um dever jurídico não observado após a celebração de um contrato, dever jurídico esse constante de um contrato perfeito, o caso será de responsabilidade contratual, pois há um contrato celebrado entre as partes sendo violado.

Por outro lado, se se pensar na responsabilidade anterior ao contrato, não pode esta ser contratual, uma vez que não há contrato. Qual o fundamento, então, desta responsabili-

dade anterior ao contrato? Por evidente, não se pode obrigar as partes a contratarem, sob pena de violação do princípio contratual da autonomia da vontade. Não há qualquer problema em se iniciar negociações e se perceber a inviabilidade ou inconveniência do contrato e não celebrá-lo. Disto não advém responsabilidade alguma. Advirá, sim, se se causa culposamente dano à outra parte, pois o art. 186 do Código Civil é claro ao prever que comete ato ilícito quem causa culposamente dano a outrem e o art. 927 do mesmo Diploma Legal é igualmente claro ao prever que quem comete ato ilícito fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade aquiliana do art. 186 do Código Civil.

E quando se causa dano a outrem na fase pré-contratual? Quando uma parte cria justa expectativa de contratação à outra parte, de modo que aquela comece a despender recursos e esta, sem qualquer justificativa, por mero capricho, não conclui o contrato. É o que se chama de exercício de direito potestativo puro, que deve ser tido por conduta ilegítima.

A título exemplificativo, pode se pensar no instituto do casamento. Abstraindo a controvérsia acerca de sua natureza jurídica e imaginando-o como um contrato por haver uma proposta e uma aceitação, pode-se cogitar no caso em que os namorados ficam noivos, marcam casamento, conferem toda uma publicidade ao ato, o noivo começa a contrair uma série de gastos com a montagem de um apartamento e para o pagamento de uma custosa festa de casamento, mas, na hora do ato, a noiva diz, no altar, não a pergunta do padre ou do juiz de paz. Ela causou dano ao outro contratante, pois criou justa expectativa de contratação, mas não contratou, ao final, sem qualquer justificativa. Como a responsabilidade é aquiliana, será ela subjetiva, ou seja, o autor (noivo) terá que provar não só o dano e o nexó causal, mas também a culpa da noiva

na não celebração do casamento. Se este não ocorre por caso fortuito ou por força maior, *u.g.*, porque a noiva foi seqüestrada na véspera, não deve ela qualquer prestação ao noivo, porque não há responsabilidade civil.

É exatamente neste ponto que reside a principal diferença entre responsabilidade contratual e responsabilidade pré-contratual, que é aquiliana. Na responsabilidade pré-contratual, quem alega ter sofrido o dano tem que provar a culpa do agente, o que, às vezes, é muito difícil por ser uma questão subjetiva. Já na culpa contratual não é quem alega ter sofrido o dano que tem que provar a culpa da outra parte, mas sim o inadimplente que tem que provar que não obrou com culpa, tendo o dano advindo de caso fortuito ou força maior. Isso significa que na responsabilidade contratual há culpa presumida. A responsabilidade também é subjetiva, mas a culpa é presumida, invertendo o ônus da prova da culpa.

Outrossim, como segunda diferença, nota-se que no caso da responsabilidade pré-contratual, por inexistir um contrato assinado, o agente só responde pelo rompimento injustificado, enquanto que na responsabilidade contratual, ele responde por qualquer rompimento de qualquer cláusula do contrato, independentemente de dano, pois ele contratou.

Pense-se em uma fase de minuta contratual ou de policação em que Antônio negocia com Benedito o fornecimento de um produto qualquer, sendo certo haver justa expectativa de contratação. Com isso, Benedito começa a contratar pessoal para atender a demanda negociada, gasta com viagens, pesquisas, mas, na hora marcada para a assinatura do contrato, Antônio não aparece e não dá qualquer justificativa. Terá ele responsabilidade pré-contratual. Qual o fundamento? A boa-fé objetiva, que norteia os contratos, pois Antônio não

dade anterior ao contrato? Por evidente, não se pode obrigar as partes a contratarem, sob pena de violação do princípio contratual da autonomia da vontade. Não há qualquer problema em se iniciar negociações e se perceber a inviabilidade ou inconveniência do contrato e não celebrá-lo. Disto não advém responsabilidade alguma. Advirá, sim, se se causa culposamente dano à outra parte, pois o art. 186 do Código Civil é claro ao prever que comete ato ilícito quem causa culposamente dano a outrem e o art. 927 do mesmo Diploma Legal é igualmente claro ao prever que quem comete ato ilícito fica obrigado a repará-lo. É a responsabilidade aquiliana do art. 186 do Código Civil.

E quando se causa dano a outrem na fase pré-contratual? Quando uma parte cria justa expectativa de contratação à outra parte, de modo que aquela comece a despender recursos e esta, sem qualquer justificativa, por mero capricho, não conclui o contrato. É o que se chama de exercício de direito potestativo puro, que deve ser tido por conduta ilegítima.

A título exemplificativo, pode se pensar no instituto do casamento. Abstraindo a controvérsia acerca de sua natureza jurídica e imaginando-o como um contrato por haver uma proposta e uma aceitação, pode-se cogitar no caso em que os namorados ficam noivos, marcam casamento, conferem toda uma publicidade ao ato, o noivo começa a contrair uma série de gastos com a montagem de um apartamento e para o pagamento de uma custosa festa de casamento, mas, na hora do ato, a noiva diz, no altar, não a pergunta do padre ou do juiz de paz. Ela causou dano ao outro contratante, pois criou justa expectativa de contratação, mas não contratou, ao final, sem qualquer justificativa. Como a responsabilidade é aquiliana, será ela subjetiva, ou seja, o autor (noivo) terá que provar não só o dano e o nexos causal, mas também a culpa da noiva

na não celebração do casamento. Se este não ocorre por caso fortuito ou por força maior, *u.g.*, porque a noiva foi seqüestrada na véspera, não deve ela qualquer prestação ao noivo, porque não há responsabilidade civil.

É exatamente neste ponto que reside a principal diferença entre responsabilidade contratual e responsabilidade pré-contratual, que é aquiliana. Na responsabilidade pré-contratual, quem alega ter sofrido o dano tem que provar a culpa do agente, o que, às vezes, é muito difícil por ser uma questão subjetiva. Já na culpa contratual não é quem alega ter sofrido o dano que tem que provar a culpa da outra parte, mas sim o inadimplente que tem que provar que não obrou com culpa, tendo o dano advindo de caso fortuito ou força maior. Isso significa que na responsabilidade contratual há culpa presumida. A responsabilidade também é subjetiva, mas a culpa é presumida, invertendo o ônus da prova da culpa.

Outrossim, como segunda diferença, nota-se que no caso da responsabilidade pré-contratual, por inexistir um contrato assinado, o agente só responde pelo rompimento injustificado, enquanto que na responsabilidade contratual, ele responde por qualquer rompimento de qualquer cláusula do contrato, independentemente de dano, pois ele contratou.

Pense-se em uma fase de minuta contratual ou de policação em que Antônio negocia com Benedito o fornecimento de um produto qualquer, sendo certo haver justa expectativa de contratação. Com isso, Benedito começa a contratar pessoal para atender a demanda negociada, gasta com viagens, pesquisas, mas, na hora marcada para a assinatura do contrato, Antônio não aparece e não dá qualquer justificativa. Terá ele responsabilidade pré-contratual. Qual o fundamento? A boa-fé objetiva, que norteia os contratos, pois Antônio não

fora parceiro de Benedito. É o que se chama de “dano de confiança”.

Antônio será responsável, mas sua responsabilidade não é contratual, pois não houve contrato. É a responsabilidade aquiliana, com fulcro no art. 186 do Código Civil. Isso significa que Antônio só terá o dever de indenizar Benedito se este provar sua culpa, o que é difícil por ser uma questão subjetiva.

Já na responsabilidade contratual, por ser a culpa presumida, a parte lesada não tem que provar que o agente obrou com culpa, mas sim será este que terá que provar a sua não culpa. Imagine-se, novamente, o exemplo de Antônio e Benedito, com a diferença que, aqui, eles estão na fase posterior à celebração de um contrato perfeito de fornecimento. Por contrato, Antônio se obrigou a entregar determinado produto a Benedito. Se Antônio não entrega, ele terá responsabilidade, mas, por haver contrato, Benedito não precisa provar a culpa de Antônio, pois esta é presumida, sendo certo que será Antônio que terá que provar que não obrou com culpa. A responsabilidade ainda é subjetiva, é verdade, posto que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade. Todavia, à vítima é bastante cômodo, pois lhe bastará provar o inadimplemento. Antônio somente se escusará se provar sua não culpa, *v.g.*, provando que uma forte chuva derrubou a única ponte de acesso ao Município da entrega.

Nesse sentido, o contratante prejudicado poderá ingressar em juízo, externando pretensão de cumprimento forçado do contrato. A avença pode agregar obrigação de dar, fazer ou não-fazer, bem como poderá, apenas, exigir uma simples declaração de vontade, tendo, para cada caso, um desmembramento judicial diferente.

Se o inadimplemento ocorre diante de uma obrigação de dar, a entrega do bem pode ser dar compulsoriamente a partir de um mandado judicial. Se o caso envolve uma obrigação de fazer ou não-fazer, o autor pode ajuizar demanda com pedido de tutela específica, com base no art. 461 do Código de Processo Civil, podendo obter, também, resultado prático equivalente. Se impossível, a obrigação de fazer ou não-fazer se converte em obrigação de dar, sendo o inadimplente devedor de perdas e danos. Por fim, caso a pretensão seja apenas uma simples declaração de vontade da outra parte contratante, esta poderá ser substituída por declaração judicial, *v.g.*, no contrato de compromisso de compra e venda de imóveis, onde o promitente se recusa em outorgar a escritura definitiva para registro, podendo este ser efetivado mediante sentença judicial.

4 - A IMPORTÂNCIA DO PRÉ-CONTRATO

Conforme restou demonstrado, há relevante diferença entre as responsabilidades pré-contratual e contratual. Ambas são subjetivas, exigindo a presença do elemento culpa, mas a responsabilidade contratual é bem mais vantajosa para a vítima de eventual dano, pois ela não precisa provar esse difícil elemento subjetivo, somente sendo elidida a responsabilidade do agente se este provar a sua não culpa. É a inversão do ônus de uma difícil prova.

É neste contexto que se insere o instituto do pré-contrato, também chamado de contrato preliminar, promessa de contrato, contrato preparatório ou, ainda, *pactum de contrahendo*. Porque o pré-contrato se insere nesse contexto?

É de todo o conveniente que, sobretudo na celebração de contratos de maior monta, seja celebrado um pré-contra-

to. A razão é bastante simples, ou seja, com o pré-contrato se transforma a responsabilidade aquiliana das negociações e tratativas preparatórias do contrato em responsabilidade contratual, antes mesmo da celebração do contrato definitivo, posto já ser o pré-contrato um contrato. Assim, as partes ficam protegidas, pois, se a outra parte não cumpre o que está sendo negociado, ela não precisará provar a culpa do agente, pois ela é presumida, sendo bastante a prova do inadimplemento. Senão vejamos.

Não se pode confundir pré-contrato com simples negociações e tratativas para a formação de um contrato. O *pactum contrahendo* tem a natureza jurídica de um contrato, embora preliminar. Nele, as partes se comprometem a cumprir o que pactuado e assinado, enquanto que, nas negociações e tratativas sem esse contrato, há apenas negociações, só se configurando a responsabilidade pré-contratual para quem cria justa expectativa de contratação, cause dano a outrem e, cumulativamente, rompa injustificadamente a avença. Com o contrato preliminar, cujo objeto é o compromisso de contratação futura, já há um contrato, de modo que o que fora aí pactuado pode ser exigido judicialmente.

São três as possibilidades de resultado de negociações vestibulares, ou seja, a celebração do contrato definitivo, a desistência do negócio ou a celebração de um pré-contrato. Pode ser que a parte esteja negociando, mas não possa celebrar o contrato nesse momento, sendo de todo conveniente, conforme visto, a celebração do contrato preliminar.

A título de exemplo, o campo esportivo é excelente para se vislumbrar o que aqui está sendo dito. Pense-se na contratação de um craque de futebol ou de um piloto de fórmula 1. O clube ou a equipe começa a negociar com ele, o

preço é astronômico, mas não podem contratá-lo agora porque o contrato dele com outro clube ou equipe está em vigor. Se esse clube ou equipe interessada no atleta apenas realiza minuta contratual ou trocas de propostas e contra-propostas, acertando as bases do futuro contrato, pode ser que, ao final do contrato em vigor, o atleta quebre a confiança e resolva permanecer no clube ou equipe em que está ou, até, prefira uma proposta de terceiro, por qualquer motivo. Nesse caso, a equipe ou clube contratante terá de provar, cumulativamente, a justa expectativa de contratação, o dano que sofreu (na responsabilidade pré-contratual o dano é fundamental, diferente da responsabilidade contratual, onde basta a prova do inadimplemento) e, sobretudo, a culpa do atleta na não celebração do contrato sem qualquer justificativa.

Todavia, se na fase de negociação as partes reduzem as bases do contrato a escrito em um pré-contrato, a responsabilidade do atleta inadimplente será contratual, bastando à equipe ou ao atleta provar que ele assinou um pré-contrato e que restou inadimplente. Para elidir sua responsabilidade, o ônus será seu, devendo provar que não foi para o clube ou equipe, como negociado, por fator alheio a sua vontade, ou seja, por caso fortuito ou motivo de força maior, elidindo sua culpa, *v.g.*, que nunca mais poderá jogar futebol por um problema cardíaco ou nunca mais poderá pilotar uma carro de corrida porque amputou um braço em um acidente superveniente.

Nota-se, portanto, que, *ad cautelam*, é de todo o conveniente que os negociantes assinem um pré-contrato nessa fase de negociações e tratativas que culminarão em um contrato, pois estarão protegidas diante de eventual inadimplemento, por haver responsabilidade contratual e não, meramente, responsabilidade pré-contratual.

5 - REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, s.d.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil. Obrigações e Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. v. II

_____. **Manual de Direito Civil. Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. v. III

MONTEIRO, Washington Monteiro. **Curso de Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. V

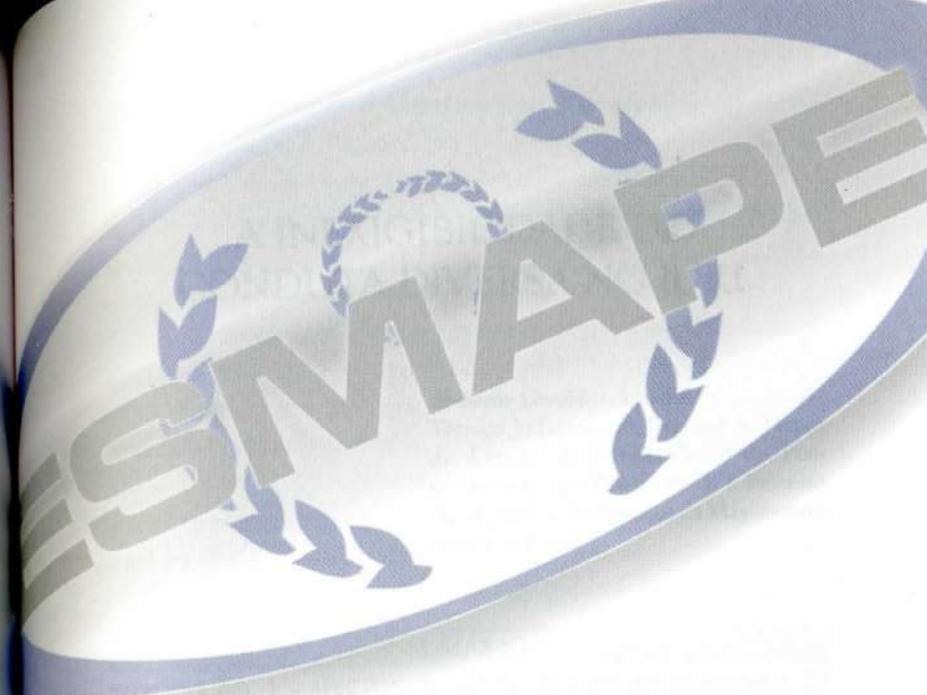
NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. **Código Civil Comentado**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, s.d.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III

_____. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. IV

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. II

_____. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. III



Artigos de alunos

5 - REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, s.d.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil. Obrigações e Responsabilidade Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. v. II

_____. **Manual de Direito Civil. Contratos e Declarações Unilaterais: Teoria Geral e Espécies**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, s.d. v. III

MONTEIRO, Washington Monteiro. **Curso de Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. V

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JR., Nelson. **Código Civil Comentado**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, s.d.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III

_____. **Instituições de Direito Civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. IV

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Teoria Geral das obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. II

_____. **Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. v. III



Artigos de alunos

A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NO JÚRI

Eriberto Cordeiro Amaral

Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça
do Estado de Pernambuco de Pós-
graduando em Direito Penal e Processo
Penal pela Escola Superior da Magistratura
de Pernambuco

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – APECTOS INICIAIS ACERCA DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. 1.1 – Antecedentes históricos. 1.2 – A inexigibilidade de conduta diversa conforme o entendimento jurisprudencial pátrio. 2 – A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. 2.1 – Aspectos controvertidos acerca da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes de homicídio doloso. 2.2 – Excesso Exculpante frente à causa supralegal de excludente da culpabilidade. 2.3 – O abortamento de feto eugênico amparado pela tese da inexigibilidade de conduta diversa. 3 – A QUESITAÇÃO DA TESE DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. 3.1 – A negativa judicial quanto a quesitação. 3.2 – A dificuldade quando da formulação do questionário. 4 – CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

É inoidável a importância da tese da inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de excludente da culpabilidade, possibilitando que se faça uma escoreita justiça, evitando que réus sejam punidos onde a sua culpabilidade inexistente.

A inexigibilidade de conduta diversa é a primeira e a mais importante causa de exclusão da culpabilidade, ao pon-

to de ser considerada como sendo um verdadeiro Princípio de Direito Penal.

Esse princípio é lastreado na responsabilidade pessoal do agente e por conta disso não há como taxar exaustivamente as circunstâncias que excluem a culpabilidade. Por não ser possível enumerá-las, abre-se a fenda para que se aceite as excludentes supralegais.

Com efeito, é cediço que dentre os bens juridicamente tutelados pelo Direito Penal o de incomensurável importância é o Direito a Vida. Porquanto, o agente que lesa tal direito deverá ser punido na medida da sua culpabilidade.

A culpabilidade, como elemento constitutivo do crime, se presta para avaliar o juízo de reprovabilidade da conduta. Esse juízo é sopesado mediante a análise de alguns requisitos, dentre eles a exigibilidade de conduta diversa, sendo certo que não há falar em culpabilidade quando não for reprovável a ação do agente que agiu sob o manto da inexigibilidade de conduta diversa, seja ela legal, como é o caso da obediência hierárquica e da coação moral irresistível, ou supralegal.

O presente trabalho não tem a pretensão de analisar todos os meandros referentes à inexigibilidade de conduta diversa, apenas, sucintamente, tentaremos esclarecer alguns pontos da sua aplicação no Tribunal do Júri.

No capítulo inaugural iremos situar historicamente o surgimento dessa tese no mundo jurídico e as problemáticas para a sua aceitação pela jurisprudência pátria.

Partindo para o enfrentamento do tema, o segundo capítulo se presta a esclarecer, de forma exemplificativa, as hipóteses mais frequentes de cabimento da excludente supralegal nos crimes contra a vida.

A questão da formulação dos quesitos e suas implicações serão debatidas no terceiro capítulo, trazendo, inclusive, sugestões de questionário para votação da tese de inexigibi-

lidade de conduta diversa guindada no Plenário do Júri, culminando com a conclusão desse labor.

1 - ASPECTOS INICIAIS ACERCA DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

1.1 - Antecedentes históricos

O surgimento da tese da inexigibilidade de conduta diversa surgiu no século XIX, quando do célebre caso julgado pelo Tribunal do Império da Alemanha, conforme citado por Cláudio Brandão:

A primeira jurisprudência que versou sobre a matéria foi o caso Leinenänger (cavalo que não obedece às rédeas). O dono de uma empresa de coches ordenou a seu empregado que colocasse no coche um 'cavalo de caça', o qual dificilmente obedece ao comando de parar quando avista a caça. O cocheiro, prevendo a possibilidade de um acidente, negou-se a colocar o cavalo de caça para puxar a carruagem, argumentando que não teria condições de deter o animal se o mesmo avistasse uma caça. O proprietário da empresa de coche, então, ameaçou despedir o seu empregado caso ele se recusasse a obedecer a ordem e o empregado, para não perder o emprego, obedeceu-a. Quando a carruagem encontrava-se em via pública, o cavalo disparou sem controle em direção de uma caça, causando lesões corporais em um transeunte. (BRANDÃO. 2002, p. 176).

Esse caso é citado por diversos autores consultados, inclusive, no artigo confeccionado por Orson S. Lemos. (Revista da Esmape, n. 22, p. 497).

Por ocasião do julgamento desse caso, onde o Tribunal Alemão absolveu o cocheiro, nascia à tese da inexigibilidade

de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade.

É nodal que a busca por uma solução justa, escoreta e digna de encômios como foi essa, se deu em face da necessidade de livrar o cidadão inocente de uma pena que não lhe era merecida.

Com efeito, podemos constatar que o surgimento da prefalada tese se deu numa ocasião em que nenhuma outra seria manejável, ou seja, o pobre do cocheiro iria responder criminalmente por um fato que não quis voluntariamente cometer e que fora compelido a praticar.

É cediço que a culpabilidade é o terceiro elemento do crime, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade. Na prática, ela é o último elemento a ser analisado quando da ocorrência de uma infração penal. Inicialmente faz-se a subsunção entre o fato e a norma penal, posteriormente analisa-se a ilicitude e por fim, verifica-se a culpabilidade.

A culpabilidade por ser um elemento subjetivo, se presta para analisar a ação do infrator, ponderando a reprovabilidade da sua conduta.

Damásio assevera com proficiência acerca da culpabilidade: “exige-se que nas circunstâncias do fato tivesse possibilidade de realizar outra conduta, de acordo com o ordenamento jurídico”. (JESUS, 2002, p. 479).

Outro argumento que merece destaque é o que assevera que

A possibilidade de exigir-se conduta diversa é, segundo a teoria finalista adotada pelo nosso Código, um dos pressupostos da culpabilidade, ou seja, da reprovabilidade penal de uma ação ou omissão típica e antijurídica (DELMANTO, 2002, p. 42).

O essencial é saber: da forma que agiu sua conduta é reprovável? Se a resposta for positiva estar-se-á diante de um

crime. Acaso a negativa se imponha, resta indagar: qual excludente de exigibilidade de conduta diversa se amolda? Coação irresistível ou obediência hierárquica? É evidente que se fossemos adotar somente tais excludentes vários outros casos seriam punidos onde, por circunstâncias tais, não se poderia exigir do agente uma conduta diversa da que ele praticou.

Alguns desses casos serão ligeiramente apontados no capítulo seguinte.

1.2 - A inexigibilidade de conduta diversa conforme o entendimento jurisprudencial pátrio

Com a aceitação da tese da causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa no Direito Alemão, os doutrinadores passaram a se dedicar ao caso. Várias correntes surgiram, umas partindo para a defesa outras rechaçando veementemente tal tese.

Dentre os grandes nomes da nossa doutrina, encontramos Nelson Hungria, que se insurgiu contra, sob o fundamento que as excludentes da culpabilidade só prevalecem as taxativamente enumeradas. (CAPEZ, Direito Penal, 2005, p. 329).

Esse direcionamento guiou nossa doutrina por muitos anos, até que Francisco de Assis Toledo, em julgado histórico do STJ, abriu o precedente. (OLIVEIRA, 2001).

Hodiernamente, em se tratando de apropriação indébita previdenciária, firmou-se o entendimento favorável. Isso, ao que nos parece, se deu em razão da riqueza de produção científica que medeia o tema, tanto pela qualidade, quanto pela quantidade de autores que se dedicaram a demonstrar a viabilidade da excludente em comento.

Na seara dos crimes contra a vida isso não se materializou, sendo sofrível a busca de argumentos sedutores que a abraçasse.

A doutrina moderna encampou escorreitamente a tese da causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, fazendo com que a Jurisprudência tomasse o rumo certo, pois é notório o fato de que a doutrina é a locomotiva da jurisprudência.

Como exemplo trazemos à colação o seguinte julgado da 5ª Turma do STJ:

PROCESSO PENAL E PENAL - HOMICÍDIO - JÚRI - INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA - TESE DA DEFESA - POSSIBILIDADE.

Por ocasião do julgamento pelo Júri, tendo a defesa formulado a **tese de inexigibilidade de conduta diversa**, o quesito correspondente **deve ser formulado aos Jurados, mesmo que inexista expressa previsão legal sobre tal tese** nos dispositivos do Código Penal. **Precedentes.** (HC 12917 - Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI - 18/09/2001 - grifo nosso).

Como visto, com o passar dos anos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento pelo cabimento da causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa, no entanto, não há tal constatação de forma uníssona na jurisprudência pátria.

É de bom alvitre asseverar que essa tese carece de maior utilização nos julgamentos perante o Júri. Na prática, tomamos conhecimento de fatos que se amoldariam perfeitamente, no entanto, exsurge-se a velha tese da legítima defesa em seu lugar. Isso acaba por culminar em constantes nulidades.

Teceremos maiores comentários no capítulo que se segue.

2 - A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA NOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA

2.1 - Aspectos controvertidos acerca da inexigibilidade de conduta diversa nos crimes de Homicídio doloso

Antes de abordar os aspectos referentes aos tipos penais especificadamente, é de bom alvitre asseverar que, mesmo timidamente, a tese da inexigibilidade de conduta diversa vem sendo aceita com parcimônia no STJ, conforme argumentou Cristiano J. de Lima Araújo. (Revista da Esmape, n. 16/17, p.181-185).

Essa tese ainda encontra forte resistência. Por duas razões: primeiro, pela grandiosidade do bem jurídico lesado; segundo, pela má formulação e argumentação teórica por parte da defesa.

Conclui-se que em caso de ocorrência de um crime de homicídio, por se um delito que refere o maior bem do ser humano, a tese de supralegal é de difícil aceitação.

Entende-se que ela é plenamente aplicável, desde que estejam presentes alguns requisitos. A conduta do agente pode ter arrimo em outras causas legais que excluem o crime, seja excludente de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade e mesmo assim será possível utilizar a tese em estudo. (PORTO, 1993, p. 321 e 322).

Neste prisma entendemos que essa tese seria perfeitamente aplicável nos casos em que o familiar põe fim ao sofrimento agonizante de um ente querido, praticando manobras que ponham termo a vida do moribundo, sem ser punido por isso.

Em algumas situações o agente comete o crime, desamparado das excludentes que a lei previu, e mesmo assim não haverá JUÍZO DE REPROVAÇÃO, logo, não há falar em culpabilidade.

Supomos que um médico encontra-se tratando de duas crianças, onde uma delas é seu filho, cardiopata. Ele se vê na necessidade, imperiosa, de sacrificar a criança estranha para salvar seu filho, procedendo com um transplante de coração. Neste exemplo, o referido médico cometeu um homicídio, não há dúvida. A indagação é: sua conduta é reprovável ou qualquer de nós faria o mesmo? Não temos dúvida que optáramos pelo transplante.

Por se tratar de uma causa supralegal e que envolve elemento subjetivo, a configuração da excludente pela inexigibilidade de conduta diversa **requer uma profunda imersão no bojo probatório**, para que fique totalmente límpida a afirmação de que não seria possível exigir do agente uma conduta diferente da que ele praticou, ou seja, deve ficar provado que qualquer outra pessoa em seu lugar teria feito o mesmo.

2.2 – Excesso Exculpante frente à causa supralegal de excludente da culpabilidade

Nas excludentes de antijuridicidade o excesso, se doloso, em regra as afastam, é o que determina o Parágrafo Único do artigo 23 do Código Penal Brasileiro e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial.

Por construção doutrinária o excesso doloso foi denominado de excesso exculpante.

Vejamos os comentários de Nucci:

Excesso exculpante: trata-se de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, não prevista expressamente em lei. Como vimos defendendo na possibilidade do reconhecimento de excludentes supraleais, o excesso exculpante seria o decorrente de medo, surpresa ou perturbação de ânimo, fundamentadas na inexigibilidade de conduta diversa. (NUCCI, Código Penal, 2006, p. 234).

Interessante registrar que o excesso doloso, proveniente de surpresa ou perturbação de ânimo é causa legal de excludente da culpabilidade, prevista no art. 45, parágrafo único, do Código Penal Militar.

Pois bem, em se tratando de excesso exculpante a jurisprudência é quase que unânime em aceitar a causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

2.3 – O abortamento de feto eugênico amparado pela tese da inexigibilidade de conduta diversa

Grande debate se formou a respeito da “legalidade” do abortamento de feto que não tem perspectiva de vida.

As teses são as mais variáveis possíveis, a ponto da matéria ter chegado ao Supremo que em longo julgamento está analisando o caso.

Grandes doutrinadores já se pronunciaram, dentre eles citamos o Professor Roque que fez uma análise proficiente acerca do aborto, ponderando que tal crime só comporta as excludentes expressamente previstas em lei, quais sejam, o aborto necessário, para salvar a gestante e o aborto moral, nos casos de estupro. (ALVES, 2006, p. 85-100).

Entendemos que a conduta de uma gestante ou mesmo do casal, acaso o pai atue na qualidade de partícipe ou coautor do abortamento, encontra-se albergada sob o manto da excludente de culpabilidade, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa.

Não há como negar que inexistente nessa conduta um juízo de reprovação. Muito pelo contrário, para a maioria esmagadora da sociedade o abortamento em tais circunstâncias é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é justo prolongar o sofrimento dos pais, em especial o da gestante, que se vê obrigada a carregar no seu ventre, por meses, um filho que tem como destino certo a morte.

Supomos que um médico encontra-se tratando de duas crianças, onde uma delas é seu filho, cardiopata. Ele se vê na necessidade, imperiosa, de sacrificar a criança estranha para salvar seu filho, procedendo com um transplante de coração. Neste exemplo, o referido médico cometeu um homicídio, não há dúvida. A indagação é: sua conduta é reprovável ou qualquer de nós faria o mesmo? Não temos dúvida que optaríamos pelo transplante.

Por se tratar de uma causa supralegal e que envolve elemento subjetivo, a configuração da excludente pela inexigibilidade de conduta diversa **requer uma profunda imersão no bojo probatório**, para que fique totalmente límpida a afirmação de que não seria possível exigir do agente uma conduta diferente da que ele praticou, ou seja, deve ficar provado que qualquer outra pessoa em seu lugar teria feito o mesmo.

2.2 – Excesso Exculpante frente à causa supralegal de excludente da culpabilidade

Nas excludentes de antijuridicidade o excesso, se doloso, em regra as afastam, é o que determina o Parágrafo Único do artigo 23 do Código Penal Brasileiro e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial.

Por construção doutrinária o excesso doloso foi denominado de excesso exculpante.

Vejamos os comentários de Nucci:

Excesso exculpante: trata-se de uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, não prevista expressamente em lei. Como vimos defendendo na possibilidade do reconhecimento de excludentes supralegais, o excesso exculpante seria o decorrente de medo, surpresa ou perturbação de ânimo, fundamentadas na inexigibilidade de conduta diversa. (NUCCI, Código Penal, 2006, p. 234).

Interessante registrar que o excesso doloso, proveniente de surpresa ou perturbação de ânimo é causa legal de excludente da culpabilidade, prevista no art. 45, parágrafo único, do Código Penal Militar.

Pois bem, em se tratando de excesso exculpante a jurisprudência é quase que unânime em aceitar a causa supralegal de inexigibilidade de conduta diversa.

2.3 – O abortamento de feto eugênico amparado pela tese da inexigibilidade de conduta diversa

Grande debate se formou a respeito da “legalidade” do abortamento de feto que não tem perspectiva de vida.

As teses são as mais variáveis possíveis, a ponto da matéria ter chegado ao Supremo que em longo julgamento está analisando o caso.

Grandes doutrinadores já se pronunciaram, dentre eles citamos o Professor Roque que fez uma análise proficiente acerca do aborto, ponderando que tal crime só comporta as excludentes expressamente previstas em lei, quais sejam, o aborto necessário, para salvar a gestante e o aborto moral, nos casos de estupro. (ALVES, 2006, p. 85-100).

Entendemos que a conduta de uma gestante ou mesmo do casal, acaso o pai atue na qualidade de partícipe ou coautor do abortamento, encontra-se albergada sob o manto da excludente de culpabilidade, qual seja, a inexigibilidade de conduta diversa.

Não há como negar que inexistente nessa conduta um juízo de reprovação. Muito pelo contrário, para a maioria esmagadora da sociedade o abortamento em tais circunstâncias é corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Não é justo prolongar o sofrimento dos pais, em especial o da gestante, que se vê obrigada a carregar no seu ventre, por meses, um filho que tem como destino certo a morte.

3 – A QUESITAÇÃO DA TESE DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

3.1 – A negativa judicial quanto a quesitação

Alguns magistrados se negam a incluir no questionário a tese defensiva arrimada na causa supralegal de exclusão de culpabilidade, em face de não está prevista no ordenamento jurídico, **posicionamento que já contou com o crivo no STF**. (MORAES, 2000)

É lamentável tal constatação, sorte que o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado em sentido oposto, ou seja, pela admissão pacífica da causa supralegal de exclusão de culpabilidade. (CAPEZ, Curso de Processo Penal, 2006, p. 658).

Ressaltamos ainda, que não há nenhum óbice à sua acolhida conforme prevê o texto do art. 484, inc. III, do CPP.

O quesito respeitante à inexigibilidade de conduta diversa dever ser apresentado ao Conselho do Júri de forma desmembrada, trazendo indagações sobre os fatos que dão sustentação aos argumentos da defesa.

A jurisprudência rechaça, veementemente, anulando de pronto o julgamento, quando a quesitação traz apenas um quesito de forma conceitual do que vem a ser essa excludente.

Encontramos relatos que merecem destaque:

No julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo a defesa formulado, em debates orais, a tese de inexigibilidade de conduta diversa, o quesito correspondente deve ser formulado aos Jurados, ainda que não haja expressa previsão legal sobre tal tese nos dispositivos do Código Penal, sob pena de nulidade da decisão popular por configurar cerceamento do direito de defesa. (STJ – REsp – Rel. José Arnaldo, j. 4/11/97, RT 750/589) (in MARREY; FRANCO; STOCCO, 2000, p. 546).

Possibilidade de formulação de quesito a respeito desde que se apresentem ao Júri questões sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico. (STJ, REsp. 2.492, 5ª Turma, JSTJ 18/243).

Mesmo sendo incontroverso o fato de que a tese da excludente ora estudada é de quesitação obrigatória (NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, 2006, p.902), mais incontroverso ainda é o fato de que a mesma é raramente acatada em Plenário e quando o é, muita das vezes é afastada em sede de apelação Ministerial que alega à ocorrência de julgamento contrário as provas dos autos.

Essa constatação fortalece nossa posição de que tal excludente, em se tratando de Crimes contra a vida, só é admitida nos livros, na vida prática ela é diminuta.

Há de se mudar esse quadro. É forçoso reconhecer que a violência hodiernamente chegou a um patamar insuportável, no entanto, devemos ter a consciência de que não existe crime maior que a punição de um inocente.

Neste diapasão, cremos que sempre que for aplicável a tese da inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, ela deverá ser manejada e acatada para suprimir condenações teratológicas.

3.2 – A dificuldade quando da formulação do questionário

Quando se fala em processo da competência do Egrégio Tribunal Popular do Júri, um aspecto atemoriza quase que a totalidade dos Magistrados, trata-se da quesitação. Isso reflete no percentual de anulações de julgamentos do júri em razão de vício quanto a esse ponto.

É salutar asseverar que diante da pesquisa que realizamos, conseguimos poucos exemplos de questionários abordando a tese da inexigibilidade de conduta diversa. Sabemos que

3 - A QUESITAÇÃO DA TESE DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

3.1 - A negativa judicial quanto a quesitação

Alguns magistrados se negam a incluir no questionário a tese defensiva arrimada na causa supralegal de exclusão de culpabilidade, em face de não está prevista no ordenamento jurídico, **posicionamento que já contou com o crivo no STF**. (MORAES, 2000)

É lamentável tal constatação, sorte que o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado em sentido oposto, ou seja, pela admissão pacífica da causa supralegal de exclusão de culpabilidade. (CAPEZ, Curso de Processo Penal, 2006, p. 658).

Ressaltamos ainda, que não há nenhum óbice à sua acolhida conforme prevê o texto do art. 484, inc. III, do CPP.

O quesito respeitante à inexigibilidade de conduta diversa dever ser apresentado ao Conselho do Júri de forma desmembrada, trazendo indagações sobre os fatos que dão sustentação aos argumentos da defesa.

A jurisprudência rechaça, veementemente, anulando de pronto o julgamento, quando a quesitação traz apenas um quesito de forma conceitual do que vem a ser essa excludente.

Encontramos relatos que merecem destaque:

No julgamento pelo Tribunal do Júri, tendo a defesa formulado, em debates orais, a tese de inexigibilidade de conduta diversa, o quesito correspondente deve ser formulado aos Jurados, ainda que não haja expressa previsão legal sobre tal tese nos dispositivos do Código Penal, sob pena de nulidade da decisão popular por configurar cerceamento do direito de defesa. (STJ - REsp - Rel. José Arnaldo, j. 4/11/97, RT 750/589) (in MARREY; FRANCO; STOCCO, 2000, p. 546).

Possibilidade de formulação de quesito a respeito desde que se apresentem ao Júri questões sobre fatos e circunstâncias, não sobre mero conceito jurídico. (STJ, REsp. 2.492, 5ª Turma, JSTJ 18/243).

Mesmo sendo incontroverso o fato de que a tese da excludente ora estudada é de quesitação obrigatória (NUCCI, Código de Processo Penal Comentado, 2006, p.902), mais incontroverso ainda é o fato de que a mesma é raramente acatada em Plenário e quando o é, muita das vezes é afastada em sede de apelação Ministerial que alega à ocorrência de julgamento contrário as provas dos autos.

Essa constatação fortalece nossa posição de que tal excludente, em se tratando de Crimes contra a vida, só é admitida nos livros, na vida prática ela é diminuta.

Há de se mudar esse quadro. É forçoso reconhecer que a violência hodiernamente chegou a um patamar insuportável, no entanto, devemos ter a consciência de que não existe crime maior que a punição de um inocente.

Neste diapasão, cremos que sempre que for aplicável a tese da inexigibilidade de conduta diversa, como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, ela deverá ser manejada e acatada para suprimir condenações teratológicas.

3.2 - A dificuldade quando da formulação do questionário

Quando se fala em processo da competência do Egrégio Tribunal Popular do Júri, um aspecto atemoriza quase que a totalidade dos Magistrados, trata-se da quesitação. Isso reflete no percentual de anulações de julgamentos do júri em razão de vício quanto a esse ponto.

É salutar asseverar que diante da pesquisa que realizamos, conseguimos poucos exemplos de questionários abordando a tese da inexigibilidade de conduta diversa. Sabemos que

tais quesitos exigem uma maior destreza do Presidente do Julgamento para esmiuçar a tese da defesa e compor as indagações que serão apreciadas pelos Juízes Leigos.

Trazemos à baila o seguinte exemplo:

Dos quesitos referentes ao réu J. P. dos S.:
3º quesito - O réu J. P. dos S., em razão da morte de diversos parentes, em incêndio por ele atribuído à vítima, estava enfrentando, na data do fato, uma situação extremamente anormal e humanamente insuportável, sendo que não dispunha de meios para resguardar-se? Respostas: SIM: 5 (cinco) votos - NÃO: 2 (dois) votos.
4º quesito - Em razão das circunstâncias mencionadas no quesito anterior, poderia ser exigida outra conduta do réu? Respostas: SIM: 2 (dois) votos NÃO: 5 (cinco) votos.
Pelo resultado das votações, o Júri acolheu a tese da inexigibilidade de conduta diversa. (Apelação Criminal n.º 02.008192-8, TJ-RO - 13/03/2003 - grifo nosso).

A doutrina não nos presenteia com satisfatório repertório de modelos de quesito. Coligimos um exemplo doutrinário que entendemos salutar descrever e ao final comentar:

1º) A ré..., no dia..., por volta de horas, no lugar (discriminar rua, bairro, cidade)..., produziu (esclarecer o meio ou instrumento que fez uso), na pessoa de... (nome completo da vítima), as lesões corporais descritas no laudo de exame de corpo de delito de fls. (ou exame necroscópico)? 2º) Essas lesões deram causa à morte da vítima (ou, assim agindo, a ré deu início à execução de um crime de homicídio, que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade)? 3º) A ré era submetida a seguidas agressões físicas pela vítima que a ameaçava, com frequência, de morte? 4º) essas agressões e ameaças de

morte criaram, para a ré, uma situação anormal e insuportável? 5º) Em face dessa situação anormal e insuportável, foi a ré levada, diante de atitudes agressivas e de novas ameaças de morte, por não dispor de outra opção, a agir como agiu? 6º) Existem atenuantes em favor da ré? Quais? (JESUS, 2004, p. 389).

Nota-se de logo que a tese fora desmembrada em três indagações. Uma dúvida emerge: se a resposta a quaisquer delas for negativa, ficará afastada tal exclusão? Entendemos que somente prosperará a tese defensiva se houver unanimidade, ou seja, se os jurados, por maioria de votos, responderem afirmativamente em todas as perguntas suscitadas na quesitação supra.

4 - CONCLUSÃO

Conforme nos referimos anteriormente, a inexigibilidade de conduta diversa é um verdadeiro Princípio de Direito Penal, portanto, não se pode afastar tal possibilidade pelo simples fato dessa tese não se encontrar expressa em lei.

É evidente a impossibilidade de enumerar todas as circunstâncias em que a exigibilidade de conduta diversa seria afastada, sendo certo que andou bem o legislador ao fixar a obediência hierárquica e a coação moral irresistível. Ambas foram previstas de forma expressa uma vez que são usuais e representam quase que a totalidade dos casos em que a culpabilidade é afastada por este viés.

Mas, ficou plenamente demonstrado no presente texto, que muitas vezes a conduta do agente é típica, antijurídica, não sendo reprovável, por representar uma causa supralegal de excludente da culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa.

O acatamento dessa tese, quando devidamente configurada, não representa um benefício para o agente. Trata-se de

uma obrigação do Estado democrático de direito. O direito penal é a *ultima ratio*, sendo instrumento de pacificação social, não se presta para punir inocentes.

Vivemos o tempo do chamado “direito penal do inimigo”. Tempo de relativização exacerbada das garantias constitucionais conquistadas com muita luta. Utilizam-se do direito penal, cada vez mais repressor, como sendo remédio para o caos social, ledto engano.

Essa conjuntura de total insegurança não pode e não deve gerar injustiças, principalmente quando emanadas pelo próprio Estado e referendadas pelo judiciário, guardião da nossa Constituição, antes tida como “Cidadã”.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. **Crimes contra a vida e o questionário do júri**. Recife: [s.n.], 2006.

ARAÚJO, Cristiano J. de Lima. A inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade e sua aplicação no Direito Brasileiro. **Revista da Esmape**, Recife, v.7/8, n. 16/17, jul./dez. 2002 a jan./jun. 2003.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1

_____. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CELSO Delmanto et.al. **Código Penal Comentado**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Legislação Complementar,

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal, Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2002. v.1

_____. **Código de Processo Penal Anotado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEMOS, Orson S. Da condição supralegal da inexigibilidade da conduta diversa. **Revista da Esmape**, Recife, v. 10, n. 22, v. 10, jul./dez. 2005.

MARREY, Adriano; FRANCO, Alberto Silva; STOCCO, Rui. **Teoria e Prática do Júri**, 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. **Inexigibilidade de conduta diversa. Natureza: causa supralegal de exclusão da culpabilidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=994>>. Acesso em: 21 set. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Código Penal Comentado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Cláudio Márcio de. **Causas extralegais de exclusão da culpabilidade**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=993>>. Acesso em: 21 set. 2006.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri – Procedimentos e aspectos do julgamento – Questionários**. 7.ed. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1993.

A INFLUÊNCIA DO DIREITO ALTERNATIVO SOBRE O ESTADO OFICIAL. UMA ABORDAGEM SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO E O ESTADO PARALELO ILÍCITO NO BRASIL

Gleber Alexandre Lima Nova

Estudante do Curso de Direito da FIR –
Faculdades Integradas do Recife e
atualmente exerce o cargo de Técnico Judi-
ciário do TJPE, sendo lotado na 2ª Vara
Cível da Capital.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – O POSITIVISMO E A ESCOLA DO DIREITO LIVRE. 1.1 – O positivismo jurídico. 1.2 – O positivismo sociológico. 1.3 – O direito alternativo e a decadência do Estado oficial. 1.4 – O surgimento do Estado paralelo ilícito. 1.4 – Relação entre a prática alternativa, o Estado formal e o Estado paralelo. 2 – CONCLUSÃO. 3 – REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Este artigo volta-se ao tema do direito alternativo, o qual muitas vezes, temos observado, é confundido com um direito rebelde ou até mesmo uma prática fora da lei.

Abordamos o assunto, a fim de descobrirmos qual a influência do direito alternativo sobre o Estado oficial como

ordenamento jurídico e sobre o Estado paralelo ilícito no Brasil.

Partindo do questionamento, se o direito alternativo fundamenta o Estado paralelo, discorreremos na tentativa de mostrar que, apesar de todos os problemas causados e adversidades encontradas pelo Estado de direito, o direito alternativo decorrente do positivismo sociológico, não respalda o surgimento de uma forma de Estado que se situe à margem do ordenamento, e sim, uma forma de interpretação e aplicação alternativa da norma, considerando não só a lei escrita, mas também a decisão que está voltada aos fins sociais do direito.

Iniciaremos através de uma análise histórica, nos primórdios do positivismo, enfocando o seu aspecto sociológico, do qual surgiu a Escola do Direito Livre, pilar do direito alternativo, direito este, que nasceu com o intuito de romper com a idéia de aplicação incondicional, por parte dos legalistas, do direito formal em detrimento a uma observação, interpretação e aplicação do direito, pelo prisma social, visto que o direito não pode deixar de lado a sua finalidade social.

Ainda, abordaremos a decadência estatal no cumprimento de seus deveres dentro do ordenamento brasileiro vigente, motivo pelo qual, já visualizamos que possibilita o surgimento do Estado paralelo, que aparece como “salvador” para parcela da população, evidentemente a mais pobre e sacrificada, que tem, nesse novo modelo estatal, a assistência e segurança não prestada pelo Estado formal, validando, nessa esfera paralela, princípios e normas não válidas no ordenamento oficial.

Como última abordagem, verificamos porque não há de se comungar com o pensamento de que o direito alternativo vem ou poderá vir a legitimar o Estado paralelo.

1 - O POSITIVISMO E A ESCOLA DO DIREITO LIVRE

1.1- O Positivismo Jurídico

Para adentrarmos no embate dicotômico deste capítulo, remontemo-nos, primeiramente, à Grécia antiga, quando Aristóteles já pregava duas formas de justo¹, quais eram, o justo legal (*dikaion nomikón*), que corresponde à parte das prescrições vigentes entre os cidadãos de determinada pólis surgida da *nómos* e, o justo natural (*dikaion physikón*), parte que encontra sua fundamentação não na vontade preceituada, mas na própria natureza. Segundo ele, o justo natural consiste no conjunto de todas as regras que encontram aplicação, validade, força e aceitação universais, ou seja, encontra respaldo na natureza humana e não depende do arbítrio volitivo do legislador, sendo, por conseqüência, de caráter universalista. Por sua vez, o justo legal é aquele que vem expresso na legislação vigente e, portanto, obedece ao padrão volitivo do legislador. Contudo, a vontade do legislador é mutante quando da emissão de desideratos imperativos, o que ocorre em virtude das situações momentâneas e necessidades do povo ao qual sua legislatura está vinculada. Tem-se, desta forma, que a lei está condicionada à própria evolução da razão humana exercida em sociedade.

Avançando no tempo, vemos que o positivismo jurídico baseia-se na concepção de que toda questão deve ter uma solução encontrada no código. A lei escrita deve ser a única fonte para a aplicação do direito. Nesta linha de pensamento

¹ De acordo com P. Moraux, a distinção entre o justo legal (*dikaion nomikón*) e o justo natural (*dikaion physikón*) seria uma derivação das reflexões anteriormente empreendidas por Aristóteles em seu diálogo de primeira fase *Peri dikaiosýnes* (Moraux, *À la recherche de l'Aristote perdu: le dialogue sur la justice*, p. 131).

codicista, durante a Revolução Francesa, no auge da decadência do Estado Absoluto e a ascensão da ideologia burguesa, surgiu a Escola da Exegese, fundamentada no art. 4º do Código Napoleônico, o qual determinava aos juizes a obrigatoriedade de decidir todo e qualquer caso levado à justiça, mesmo na incerteza da lei. Além disso, a Escola da Exegese adotou uma postura meramente interpretativa do conteúdo legal, propiciando o surgimento da pretendida neutralidade axiológica do direito, no sentido de que se o valor é relevante ou necessário, estará contido (positivado) na norma estatal, caso contrário seus destinatários não terão como se contrapor à vontade formal, pois ela mesma já conteria em si o resultado das escolhas valorativas relevantes. Portanto, os adeptos dessa Escola admitiam que o código encerrava todo o direito, não havendo nenhuma outra fonte jurídica a ser pesquisada. O traço dominante era o positivismo legal, contudo o exegetismo não negou o Direito Natural, visto que chegou a conceber que os códigos elaborados de modo racional eram a expressão humana do Direito Natural.

Para o positivismo jurídico, toda solução jurídica não pode ser mais que uma conclusão do silogismo em que, a premissa maior é a lei e a menor é o enunciado de um fato concreto. Em decorrência dessa forma de pensar, foi que surgiram críticas a este modelo, as quais defendiam que o código, por maior rigor técnico-científico que tivesse, não poderia assimilar todos os fatos sociais e por maior que fosse a previsão do legislador, muitas situações indubitavelmente escapariam à percepção. A limitação da produção jurídica à esfera estatal foi outro ponto combatido, posto que seria uma atitude contrária à Ciência do Direito. E mais, afirmar que só a lei seria Direito era recusar a fonte mais autêntica e genuína que seria o costume.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio positivista legalista, além da Escola da Exegese, encontramos também a

Escola dos Pandectistas e a Analítica da Jurisprudência que são consideradas as Escolas de estrito legalismo ou dogmatismo. Em contraposição a estas, também temos as Escolas que se abrem a uma interpretação mais livre do direito, quais sejam, a da Livre Investigação Científica, a Sociológica Americana, a da Jurisprudência dos Interesses, a Realista Americana, a Ecológica, a Vitalista do Direito e Escola do Direito Livre.

1.2 - O Positivismo Sociológico

O positivismo sociológico, o qual adveio da teoria de Augusto Comte, que pretendeu realizar por meio da ciência, uma reforma social, afirmando que a única ciência capaz de reformar a sociedade seria a sociologia ou física social, que era a ciência positiva dos fatos sociais. O surgimento do positivismo sociológico trouxe à tona uma forma de criticar o positivismo legalista, por achar que a reflexão jurídica não deve ser limitada somente à lei. Como precursores dessas idéias temos, Eugen Ehrlich, François Geny e Hermann Kantorowicz.

A Escola do Direito Livre surgiu como uma corrente crítica, freqüentemente radical, que provocou um profundo debate sobre as características do direito, no que tange as formas de criação, interpretação e aplicação. Revelou a deficiência e a insuficiência das concepções até então utilizadas quanto método de direito e reagiu contra o rígido comportamento do intérprete e aplicador do direito que se restringia ao binômio "Lei e Direito", em outras palavras, desencadeou um ataque contundente ao dogmatismo legal, em virtude da redução da atividade do magistrado a uma tarefa simplesmente aplicativa da lei, sonhando qualquer convicção pessoal do julgador, conceito ao qual se enquadrava a Escola Exegética.

Quanto à nomenclatura adotada por essa nova escola, vejamos o que diz Carlos Maximiliano a respeito:

A corrente ultra-adiantada tomou em França por divisa, ou lema, a Livre Indagação (*Libre Recherche*); na Suíça, Áustria e Alemanha, Direito Justo (*Richtiges Recht*), ou Livre Pesquisa do Direito (*Freie Rechtsfindung*). Chamavam-lhe Escola do Direito Livre (*Freies Recht*) os adversários; e alguns adeptos repetiam, tolerantes, a denominação". (MAXIMILIANO, 1998:66).

Escola do Direito Livre, portanto, tornou-se uma nomenclatura abrangente de todas as vertentes deste movimento, porém há de se dividi-lo em duas linhas: a versão extrema, onde se enquadram a Escola do Direito Justo, *Contra Legem*; e a versão moderada, onde se encontram as Escolas da Livre Indagação Científica, da Livre Investigação do Direito e da Livre Pesquisa do Direito.

Provavelmente, um precursor das idéias da Escola do Direito Livre (em ambas as vertentes), não se pode deixar de mencionar do juiz Paul Magnaud, que presidiu, no intervalo de 1889 a 1904, o Tribunal de primeira instância de Chateaufort. O nobre magistrado vivia mergulhado em idéias humanistas avançadas e tinha um extremado senso de solidariedade, motivo pelo qual proferia decisões incomuns, carregando para os mais humildes uma dose elevada de clemência e misericórdia, enquanto que para os mais poderosos, guardava os rigores de suas decisões, trazendo para os seus julgados fatores diversos, como situação social das partes, por exemplo, para ajudar a formar o seu entendimento.

Dentro da vertente moderada, podemos identificar, ainda, duas correntes, uma delas encabeçada por Ehrlich, que desconsiderava a hermenêutica, admitindo-a apenas como mero elemento secundário. Para os seguidores desta corrente, se do estudo do texto não se pudesse, de logo, assimilar de forma inequívoca a solução para o caso em questão, ceder-se-ia o espaço para que o juiz criasse uma norma específica

ca para solucioná-lo. Já a segunda corrente, onde se destaca Gény, recorrer-se-ia a tal expediente somente se esgotados e restado infrutíferos todos os métodos tradicionais de interpretação.

1.3 - O Direito Alternativo e a Decadência do Estado Oficial

O Direito Alternativo remonta suas origens à crise do fetichismo legal. Quando os juristas não mais estavam satisfeitos com a vigência das normas jurídicas, surgiram os métodos modernos de interpretação.

Salleilles, na sua escola histórico-evolutiva que pregava a captação da evolução histórico-social, além de Gény, através de sua livre investigação científica, foram antecessores do direito alternativo.

No Brasil, o surgimento desse direito deu-se no Rio Grande do Sul, na década de 80, como uma alternatividade jurídica contraposta ao *status quo* da legalidade estatal, tendo como primeiro passo para o seu aparecimento, a criação de um grupo de estudos, organizado por alguns magistrados gaúchos, da esfera comum e trabalhista. O Direito alternativo faz uma opção pelos menos favorecidos, opção esta, prática e não apenas retórica como se costuma ver em outras situações. Sua proposta não se reduz ao estrito universo jurídico-acadêmico, ao contrário, de um lado há a proposição do deslocamento do acadêmico para a rua (direito achado na rua), onde há o contato direto com os problemas populares e a utilização do direito como instrumento de luta. De outro lado, apresenta uma proposta maior, de construção de uma sociedade mais justa. Seu projeto não é jurídico, mas político-econômico-social.

A Amilton Bueno de Carvalho e Edmundo Lima Arruda Júnior é atribuída a fundação desse movimento alter-

nativo², que integra praticamente duas frentes de luta, que são diferentes, mas se complementam entre si. A primeira diz respeito às lutas desenvolvidas em nível de instituído³ e a segunda as que se apresenta como instituinte⁴.

Referindo-se, neste momento, à primeira frente, que é a luta no âmbito da legalidade⁵, tem-se nela dois níveis diferentes, quais sejam: o denominado de positivismo de combate⁶, que visa dar eficácia concreta aos direitos individuais e sociais já pertencentes aos textos legais e que não estão sendo aplicados em favor das classes populares. Quanto ao segundo nível, temos o uso alternativo do direito⁷, que é caracterizado pelo uso das contradições existentes dentro do sistema⁸, bem como da vagueza ou ambigüidade de suas normas. Parte do pressuposto de que frente a uma antinomia jurídica⁹ ou à imprecisão significativa, deve o intérprete escolher a opção que esteja mais comprometida com a democracia e os interesses das classes e grupos menos favorecidos dentro do contexto

² Movimento alternativo, visto que não se trata de uma escola jurídica, pelo menos até o momento.

³ A busca da concretização dos direitos conquistados e da releitura do ordenamento jurídico em favor dos menos favorecidos e marginalizados.

⁴ A luta pelo reconhecimento dos direitos emergentes da própria sociedade (direito insurgente, achado na rua, alternativo estrito senso).

⁵ É a luta que se trava no âmbito da legalidade sonogada.

⁶ Termo utilizado por Amilton Bueno de Carvalho para caracterizar a luta jurídica e política que busca tão só o cumprimento das normas jurídicas beneficiadoras das classes populares e que já se encontram positivadas.

⁷ Movimento teórico-prático, originado na Itália, constituído por operadores jurídicos progressistas, sobretudo magistrados, que tem como premissa a negação de que as tarefas de interpretação e aplicação do direito sejam estritamente científicas.

⁸ Diz-se que há contradição no sistema quando o direito positivo apresenta, para uma mesma situação fática, mais de uma norma vigente aplicável, porém havendo um choque entre elas. A aplicação de uma delas negará a outra, ou seja, uma norma vai sofrer relativização em relação a outra.

⁹ A hermenêutica denomina de antinomia jurídica quando ao se aplicar uma norma há a negação da outra.

social. O principal instrumento a ser utilizado no âmbito do uso alternativo do direito é a hermenêutica.

Essa primeira frente de atuação do direito alternativo é aquela na qual o jurista deve trabalhar como regra geral. A maioria dos conflitos pode ser resolvida via positivismo de combate (legalidade expressa) ou pelo uso alternativo do direito (legalidade relida). Entretanto, podem haver momentos onde a ordem normativa poderá ser lacunosa ou injusta. Em outro momento, pode ser que uma lei em tese justa, quando aplicada a um caso concreto, gere uma injustiça. Para esses casos, considerados como exceção, visto a insuficiência do direito positivo, buscar-se-á outras formas de solucionar a questão.

A segunda frente de luta do direito alternativo, que também é a mais controversa, é a que trata da aceitação do chamado pluralismo jurídico, o qual se refere à possibilidade de existência concomitante de uma pluralidade de ordenamentos em um mesmo espaço temporal e geográfico, possuindo um deles a chancela do Estado e os demais não.

Há ainda de se ressaltar, dentro dessa segunda frente de luta, o jusnaturalismo de caminhada que se evidencia pela luta em favor da aplicação irrestrita de alguns direitos fundamentais, como os que se referem à vida e à liberdade, que estão posicionados num patamar acima da ordem jurídica positivada, visto que representam uma conquista histórica da humanidade, portanto, não podendo mais sofrerem qualquer tipo de questionamento e nem serem negados. Seguindo a linha de raciocínio do jusnaturalismo, parte-se do pressuposto de que existe uma ordem supra-legal que determina o conteúdo do direito positivo.

Qualquer reflexão geral sobre o direito que não leve em consideração a realidade econômica do país onde o mesmo é aplicado, estará fadada a ser um mero exercício intelectual sobre a irrealidade. Direito e realidade socioeconômica

estão interligados, são partes de um todo, um interage com o outro. As condições de vida da população norteiam a realidade de fato, ou seja, as relações de poder na sociedade, e estas são permitidas, organizadas, impostas e justificadas pelo direito. Um fator determinante para se entender as gritantes diferenças sociais existentes no Brasil, é a má distribuição de renda. As condições impostas pelo capitalismo internacional e nacional, ao contrário de facilitar a edificação de uma sociedade igualitária e justa, vêm mantendo o povo brasileiro em uma das mais cruéis condições socioeconômicas do mundo. A desigualdade social de nossa população é facilmente visualizada, porém é tratada como natural ou inexistente. Não se identificam culpados nem muito menos ninguém é responsabilizado. O Estado impessoal, regulado por lei, não assume sua parte. As classes mais abastadas também não. A responsabilidade é transferida ao livre mercado e à falta de competência dos desabonados. Porém, Estado impessoal e livre mercado são partes de um mesmo todo, chamado de sistema capitalista e ideologia burguesa e, dessa forma, devem ser estudados. Diante de toda essa situação, cresceu na sociedade, um sentimento generalizado de frustração em relação ao governo. A inexistência de uma política social que atenda aos anseios do povo, bem como, uma política econômica que vise alavancar o desenvolvimento do país, causa uma impressão à população de impotência e falta de vontade política por parte dos governantes. Medidas meramente assistencialistas, com intuito eleitoral, não solucionam os problemas do povo, ao contrário, servem apenas como atitudes paliativas, de pouca eficiência e que, aos poucos, a população vai se conscientizando da necessidade de mudanças profundas, por parte do governo e também dela, para se chegar a um resultado mais satisfatório. A questão é que muitas vezes, os rumos que as pessoas tomam não são os mais adequados.

1.4 - O Surgimento do Estado Paralelo Ilícito

O maior exemplo que temos hoje em dia de Estado paralelo ilícito, é o do narcotráfico. Os traficantes têm seu regimento normativo próprio - fora do âmbito da validade formal -, onde quem desobedecer, é punido até com a própria vida. Porém, eles oferecem a "sua população", meios de sobrevivência não oferecidos pelo Estado de direito, tendo como exemplos, a segurança e oportunidades de trabalho, mesmo que ilegais, mas que suprem a necessidade e o anseio pela melhoria na qualidade de vida, pelo menos material, do ser humano. As pessoas que vivem nas áreas comandadas pelo tráfico de drogas, estão sob a vigência do Estado Formal e do Estado paralelo, tendo elas que, ora se submeterem às normas válidas de um ora às normas não válidas do outro.

O Estado paralelo ilícito encontra-se de veras forte e organizado que o próprio Estado oficial o considera como poder, embora sem admitir, visto que se submete a acordos com o mesmo, exemplificado, recentemente, quando os líderes do narcotráfico, do Estado de São Paulo, promoveram rebeliões carcerárias e ataques a alvos, sobretudo, policiais, gerando o caos quase que incontornável por parte do governo que teve que acordar com o principal líder do tráfico uma trégua ou cessação do conflito causado pelos bandidos.

1.5 - Relação entre a Prática Alternativa, o Estado Formal e o Estado Paralelo

Nenhum país pode se considerar desenvolvido, por maior desempenho que se obtenha no âmbito internacional, porém estando parte de sua população a passar por necessidades, ou seja, o crescimento do país não está sendo refletido no desenvolvimento de seu povo como um todo. Todas as questões sociais acabaram por criar uma demanda popular

por justiça social que acabou chegando, por falta de solução nas outras camadas de poder, ao Poder Judiciário, politizando-o e exigindo soluções para problemas até então tidos como não jurídicos. Grande parte dos juízes se negou, não assimilou ou não foi capaz de atender a esses clamores, gerando uma situação delicada e de insatisfação dentro do próprio Poder, surgindo, dessa forma, o Direito Alternativo. Ora, temos como um dos pressupostos do direito na modernidade, a pretensão de monopólio, por parte do estado, na produção das normas jurídicas, através da qual determina e modifica a conduta da sociedade através de decisões legalmente fundamentadas. Pois bem, o Estado, além de criar o direito¹⁰, embora não na sua totalidade¹¹, vai definir sobre o que é ou não juridicamente relevante. Até aí está tudo muito bem direcionado, porém se o Estado oficial não consegue cumprir com o seu papel, não só jurídico, mas político-econômico-social, decorre que acaba por surgir outra forma de poder, paralelo ao estado, que vai buscar suprir esta falta, como a um amante que preenche a carência afetiva da mulher relegada por seu companheiro. Sobre essa ausência estatal, vejamos o que diz João Mauricio Adeodato:

Ora, diante da pretensão de monopólio do Estado, resta a opção: ou grande parcela da população brasileira não vive o direito – são anjos ou demônios – ou seus inevitáveis conflitos jurídicos, posto que são seres humanos, são tratados por um outro direito, para-estatal. Esta é a conclusão direta do fato de que o Estado subdesenvolvido não consegue distribuir a todos sua justiça e assim ter o monopólio das decisões. Se ele não decide e é preciso

¹⁰ Fontes estatais do direito: lei e jurisprudência.

¹¹ O costume *praeter legem*, apesar de ser considerado fonte subsidiária, tem na sua eficácia uma forma de complementar a lei.

decidir, alguma outra instância terá de fazê-lo por ele". (ADEODATO, 2002:116).

E é, sem sombra de dúvidas, o caso do Brasil, um companheiro ausente – pelo menos para a parcela da população menos abastada -, que não cumpre com o seu dever de Estado oficial, deixando o povo mais humilde a mercê do Estado paralelo ilícito, contraventor, que institui suas normas e tem no seu poder coercitivo, a disseminação do medo, onde as facções criminosas decidem, muitas vezes, como uma forma de demonstração desse poder, quando o comércio deve fechar, a que horas os moradores das áreas controladas por determinada facção deve se recolher as suas moradias – o conhecido toque de recolher –, sob a ameaça de serem punidos, inclusive com a própria vida.

E o que mais preocupa, apesar da contraditória do governo, é que o Estado oficial negocia, faz acordos, com o Estado paralelo ilícito, no intuito de resolver situações calamitosas causadas por este último. Ao invés disso, deveria haver uma repressão incondicional, a imposição da autoridade estatal sobre a “autoridade” paralela, como forma de “por ordem na casa”, mas falta força e determinação política. O crime está enraizado nos corredores judiciários, legislativos e também executivos. Não venham, destarte, os desinformados ou oportunistas de plantão, aproveitar a situação e atribuir ao direito alternativo, qualquer parcela de culpa, por mínima que seja, pelo estado de coisas ilícitas em que está mergulhado o nosso país. O movimento alternativo não é ilícito, anarquista e nem fora da lei. É, pois, um movimento voltado para uma interpretação mais social do direito, através de uma prática jurídica emancipadora, onde, além da utilização da lei prescrita – procurada a todo instante - admite-se, na falta de uma resposta convincente dada pela norma posta, a análise alternativa, dentro dos limites do ordenamento vigente, para se chegar a

uma solução, carreando para os mais necessitados uma decisão justa e humana, correspondendo aos seus anseios e subtraindo um pouco dos dissabores que a vida lhes reservou.

2 - CONCLUSÃO

Percebemos que o tema está longe de ser exaurido. Outros pontos de análise precisam ser abordados como, uma nova concepção do modelo capitalista que hoje se apresenta feroz e implacável; investimentos em áreas sociais, quer seja na saúde, quer seja na segurança e, sobretudo, na educação, bem como, o aprofundamento na própria visão jurídica do assunto.

3 - REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Introdução ao direito alternativo brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do direito**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Brasil sem projeto**. Disponível em: <<http://www.exclusao.blogspot.com/2004/05/brasil-sem-projeto.html>>. Acesso em: 26mar2006.18h.

LIBERATO, Gustavo Tavares Cavalcanti. **O direito alternativo e a escola do direito livre**. Disponível em: <<http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol09/13DireitoAlternativo.htm>>. Acesso em: 28 mar.2006. 19h.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino jurídico e direito alternativo**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O Estado paralelo**. Disponível em:

<<http://www.ces.fe.uc.pt/opiniao/bss/015en.php>>. Acesso em: 24mar2006. 18h10min.

SOUTO, Cláudio. **Tempo do direito alternativo**: Uma Fundamentação Substantiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PRESCRIÇÃO NO DIREITO TRIBUTÁRIO:

Análise doutrinária e efeitos jurisprudenciais
decorrentes das inovações trazidas pelas
últimas modificações legislativas

Leonardo Sales de Aguiar

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP); Pós-Graduando em Direito Público (Curso Preparatório para a Magistratura) pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE); Advogado e Servidor Público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – ASPECTOS GERAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO. 1.1 – Crédito tributário. 1.1.1 – Conceito. 1.1.2. – Formas de extinção do crédito tributário. 1.2 – Prescrição do crédito tributário. 1.2.1 – Origem, conceitos e fundamentos. 1.2.2 – Prazo prescricional no Direito Tributário. 1.2.3 – Interrupção, suspensão e impedimento do prazo prescricional. 1.2.4 – Prescrição intercorrente no Direito Tributário. 2 – ASPECTOS GERAIS DA EXECUÇÃO FISCAL. 2.1 – Intróito. 2.2 – Prescrição na execução fiscal. 2.3 – Causa suspensiva da prescrição na Execução Fiscal (art. 40). 3 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL. 3.1 – Posicionamento da Primeira Seção do STJ. 3.1.1 – Súmula nº 314 do STJ. 4 – CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Através do presente trabalho, almejou-se analisar a possibilidade da decretação de ofício da prescrição intercorrente

em sede de execução fiscal, quando não localizado o sujeito passivo da obrigação e bens de sua propriedade, suscetíveis de penhora.

Para tanto, utilizou-se, além da vasta bibliografia relacionada, a exegese das Leis Ordinárias nºs 6.830/80, 11.051/04 e 11.280/06, bem como da Lei Complementar nº 118/05, e, sobretudo, a análise de inúmeras decisões jurisprudenciais emitidas pelo Superior Tribunal de Justiça, pertinentes à matéria.

Desde a sua edição, a Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), especialmente no que se referem aos dispositivos que tratam da prescrição, provocou vários questionamentos entre estudiosos dispostos a analisá-la, gerando duradouros embates jurídicos e divergentes decisões. Em sua redação originária, a aludida legislação possibilitava o arquivamento perpétuo da execução fiscal, afastando-se a ocorrência da prescrição.

As relações jurídicas, entretanto, não podem subsistir eternamente, ou até que o titular manifeste interesse em exercer o direito de ação correspondente a um direito material, vez que devem propiciar segurança às relações jurídicas. Este é o objeto precípuo do instituto da prescrição.

Em virtude disso, pretende-se fazer uma análise acerca de tal instituto, ressaltando a sua aplicabilidade no direito tributário e a possibilidade do juiz conhecer e decretar-lhe de ofício, em face das recentes alterações surgidas no sistema jurídico-processual brasileiro.

1 - ASPECTOS GERAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

1.1 - Crédito tributário

Sendo a obrigação tributária decorrente de lei, esta é a causa da existência do tributo. Assim, a lei gera o tributo; com a ocorrência do fato gerador, nasce a obrigação tributária

e por meio do lançamento declara-se o crédito tributário (ICHIHARA, 2002, p.145).

Serão oferecidas, a seguir, algumas principais informações acerca do crédito tributário, que servirão de alicerces preliminares ao ingresso no objeto deste trabalho.

1.1.1 - Conceito

O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta (art. 139, do Código Tributário Nacional - CTN). Consiste, portanto, na formalização da relação jurídica tributária, possibilitando ao Fisco, como sujeito ativo, exigir do sujeito passivo, o cumprimento da obrigação tributária principal da qual decorre (ROSA JÚNIOR, 2003, p. 603-604).

De maneira bastante sucinta, esclareça-se que a obrigação existe, abstratamente, na lei, através da definição de hipótese de incidência tributária, e se concretiza com a ocorrência do fato gerador, formalizando-se através do *lançamento tributário*, que se trata do procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, identificar o seu sujeito passivo, determinar a matéria tributável e calcular ou por outra forma definir o montante do crédito tributário, aplicando, se for o caso, a penalidade cabível (MACHADO, 2002, p. 152). Assim, efetivado o lançamento, constituído estará o crédito tributário, e, desta forma, será passível de ser cobrado judicialmente.

Acerca da origem do crédito tributário, Paulo de Barros Carvalho (2004, p. 363) elucida:

Nasce o crédito tributário no exato instante em que irrompe o laço obrigacional, isto é, ao acontecer, no espaço físico exterior em que se dão as condutas inter-humanas, aquele evento hipoteticamente descrito no suposto da regra

matriz de incidência tributária, mas desde que relatado em linguagem competente para identificá-lo. (grifo nosso)

Bernardo Ribeiro de Moraes (2002, p. 385), explica que “o crédito tributário nasce ao se estabelecer a relação jurídica entre o sujeito ativo e o sujeito passivo, diante da ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação tributária”. Acrescente-se que a constituição do crédito tributário se dá através de um ato administrativo denominado lançamento tributário (BALEIRO, 2003, p. 781-782).

A finalidade do crédito tributário é converter a obrigação devida em líquida, certa e exigível, a fim de que seja cobrada por meio de execução, na data ou no prazo da lei. Trata-se, logo, de ser o crédito tributário o direito subjetivo do sujeito ativo da obrigação tributária de exigir, com base na lei, o cumprimento da prestação pecuniária por parte do sujeito passivo, ora contribuinte (ROSA JÚNIOR, 2003, p. 606).

Virgílio Rocha Filho (1998, p. 50) preleciona que crédito tributário:

É toda imposição coercitiva, fundada em lei, com vistas à arrecadação, em dinheiro, para cobrir despesas que representem a universalidade do custo dos serviços de interesse público, previstas no orçamento.

O crédito tributário, portanto, é o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária, que é o objeto da relação obrigacional (MACHADO, 2002, p. 151).

1.1.2 - Formas de extinção do crédito tributário

O crédito tributário é uma obrigação *stricto sensu*, cujo objeto da relação jurídica consiste na prestação que o credor (Estado) pode exigir do devedor (sujeito passivo tributário). A obrigação impõe ao devedor a necessidade jurídica de adimplir a prestação que constitui seu objeto (MORAES, B., 2002, p. 429-430).

Regularmente constituído, somente se extingue o crédito tributário nos casos previstos em lei. É de se ressaltar, ainda, que nem todos os modos da extinção das obrigações do direito privado se aplicam ao crédito tributário, por exemplo, cita-se o caso da *rescisão*, o do *mútuo*, o do *falecimento do obrigado*, etc.

Diante da obrigação que o devedor tem de cumprir suas obrigações tributárias perante o Estado, o CTN, em seu art. 156, elenca as formas que extinguem o crédito tributário e, portanto, a obrigação do devedor.

Apesar do pagamento (inciso I) ser a hipótese mais comum de extinção do crédito, destaque-se a *prescrição* (inciso V) que, tendo em vista sua importância, sobretudo no que concerne ao tema que se propõe a estudar, dedicar-se-á um item específico.

1.2 - Prescrição do crédito tributário

1.2.1 - Origem, conceitos e fundamentos

Disposta como uma das causas de extinção do crédito tributário, a prescrição encontra-se prevista no art. 156, inciso V, do CTN.

O termo “prescrição”, oriundo do latim *praescriptio* (do verbo *prescribere*, de *prae* + *scribere*, escrever antes do começo), significa que, conforme lembra Ribeiro de Moraes (2002, p. 464), no direito pretoriano, uma vez extinto o lapso de tem-

po para o uso da ação, cabe a exceção de “prescrição temporal”, em razão da falta de exercício da ação.

Com a evolução do conceito de prescrição, esta passou a significar a extinção da ação pela expiração do prazo de sua duração. Tem a prescrição, portanto, nos dias atuais, o objetivo de propiciar segurança e estabilidade nas relações jurídicas, impedindo que a prerrogativa do titular exercer seu direito subsista *ad eternum*. As pretensões tardias são inadmissíveis, sendo necessária a existência de um instituto de ordem jurídica que estabilize as relações humanas. Nesse sentido, Adilson Rodrigues Pires (1994, p. 72) elucida que “da inércia do sujeito ativo não pode resultar a eternização do vínculo obrigacional que envolve dois sujeitos da obrigação”.

Como obstrução a essa *eternização*, surge a prescrição que, em face dos ensinamentos de Ribeiro de Moraes (2002, p. 464), representa:

O fenômeno extintivo de uma ação ajuizável, em razão da inércia de seu titular, durante um determinado espaço de tempo que a lei estabeleceu para esse fim. O silêncio da relação jurídica durante um espaço de tempo determinado pela lei, significa a perda da ação atribuída a um direito e da correspondente capacidade defensiva. (grifo nosso)

Destarte, uma vez esgotado esse prazo de duração do exercício da ação, o titular do direito perde a faculdade de utilizá-la. Como o prazo extintivo era da ação, diz que a ação prescreveu. Por outro lado, se se tratasse de prazo extintivo do exercício de um direito, tratar-se-ia de decadência, que se encontra prevista no art. 173, do CTN. Ressalte-se que, a prescrição, extingue diretamente a ação e indiretamente o direito; enquanto que a decadência o faz de maneira inversa.

Nesse sentido, Virgílio Rocha Filho (1998, p. 130) esclarece que:

A *prescrição* consiste na perda do direito de ação capaz de assegurar a cobrança judicial do crédito tributário, por exemplo, a *decadência* corresponde à perda do próprio direito de constituir formalmente aquele crédito, através do lançamento. (grifo nosso)

Mencione-se ainda que, como bem esclarece Cleide Previtalli Cais (2001, p. 484), a prescrição em matéria tributária é diferente da prescrição no direito privado, visto que, naquela, tal instituto, não atinge apenas o exercício do direito de ação de cobrança de um determinado crédito, mas, o crédito em si mesmo, que deixa de existir para todo e qualquer efeito. Isto ocorre em face da prescrição, no Código Tributário Nacional, vir elencada, em seu art. 156, inciso V, como uma das causas de extinção do crédito tributário. Desta feita, na medida em que a prescrição extingue o crédito, impede que, mesmo sem poder ser objeto de uma ação, o crédito permaneça lançado nos anais da Administração.

Por outro lado, no que tange ao instituto da decadência, Paulo de Barros Carvalho (2004, p. 311) findou por delinear seus fundamentos, nestes termos:

Para que as relações jurídicas não permaneçam indefinidamente, o sistema positivo estipula certo período a fim de que os titulares de direitos subjetivos realizem os atos necessários à sua preservação, e perante a inércia manifestada pelo interessado, deixando fluir o tempo, fulmina a existência do direito, decretando-lhe a extinção.

Na esfera tributária, portanto, a decadência acarreta o desaparecimento do direito da Fazenda, consistente em exercer sua competência administrativa para constituir o crédito tributário. Reconhecido o instituto decadência, sua eficácia

jurídica será de fulminar a possibilidade da autoridade competente realizar o ato jurídico-administrativo do lançamento tributário (CAIS, 2001, p. 481).

Observa-se que, tanto na prescrição, quanto na decadência, o fundamento que as sustentam é o mesmo: propiciar segurança nas relações jurídicas a fim de impedir que subsistam eternamente ou até que o titular manifeste interesse em exercer o direito de ação ou o próprio direito.

O curso do prazo decadencial flui inexoravelmente, não se admitindo interrupção nem suspensão, a fim de extinguir o próprio direito subjetivo. Já o curso do prazo prescricional, passível de interrupção e suspensão nos termos da lei, motiva a perda do exercício do direito de ação para fazer valer determinado direito subjetivo (CAIS, 2001, p. 474).

No direito tributário, a decadência ocorre antes da constituição do crédito tributário; já a prescrição (da ação para a cobrança do crédito tributário), por sua vez, somente começa a fluir a partir da efetivação daquele. A prescrição, neste caso, extingue o direito do poder público exercer a ação para fazer valer seu crédito tributário, e, assim, atingirá, também, o próprio direito protegido pela ação (SILVA, A., 2001, p. 365). Com a extinção do crédito tributário, fulmina-se também a respectiva obrigação tributária, cessando a responsabilidade do devedor/executado.

1.2.2 – Prazo prescricional no Direito Tributário

A prescrição (na esfera tributária) constitui-se pela inércia do credor durante o decurso de um certo tempo, como já mencionado. Daí a existência de um prazo de prescrição, assim entendido um decurso de tempo limitado.

Inicialmente, sustentou-se que o direito do Estado em exigir o pagamento do crédito tributário era imprescritível, haja vista a supremacia do interesse público (em ver o crédito

tributário adimplido) em detrimento do interesse privado (em ver prescrita a ação executora do crédito). Sob a mesma ótica, não poderia (e, neste caso, ainda não pode) a Fazenda Pública renunciar o crédito tributário, de natureza *ex lege*.

Contudo, essa teoria bastante contestada, hoje não é mais aceita, sendo possível a prescritibilidade do crédito tributário, ante à inércia do Estado em exigir seu devido cumprimento. Consoante delineado previamente, isto decorre da necessidade de possibilitar segurança às relações jurídicas.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 174, prevê o prazo prescricional ao qual está sujeita a Fazenda Pública, ao determinar que “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva” (grifo nosso).

Quando CTN determina que a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, significa dizer que a Fazenda Pública tem um prazo quinquenal, a partir da constituição definitiva do crédito, para cobrá-lo judicialmente, para propor a execução do crédito tributário (MACHADO, 2002, p. 194); em não ocorrendo, prescrito estará este crédito.

Sendo quinquenal o prazo prescricional para a Fazenda Pública exigir o adimplemento do crédito tributário, ressalta Rodrigues Pires (1994, p. 72), aquela deverá, a partir da constituição definitiva do crédito tributário, ou melhor, desde o momento em que puder exigir, do devedor, a prestação tributária, fazê-lo, sob pena de não poder mais exigir o pagamento até então devido.

A *constituição definitiva do crédito tributário* ocorre quando não mais admitir discussão ou alteração (COELHO, 2003, p. 723-724), o que se dá num dos seguintes momentos:

a) com a **notificação do lançamento** (início da fase oficiosa), sem que o sujeito passivo impugne o ato da autoridade administrativa;

jurídica será de fulminar a possibilidade da autoridade competente realizar o ato jurídico-administrativo do lançamento tributário (CAIS, 2001, p. 481).

Observa-se que, tanto na prescrição, quanto na decadência, o fundamento que as sustentam é o mesmo: propiciar segurança nas relações jurídicas a fim de impedir que subsistam eternamente ou até que o titular manifeste interesse em exercer o direito de ação ou o próprio direito.

O curso do prazo decadencial flui inexoravelmente, não se admitindo interrupção nem suspensão, a fim de extinguir o próprio direito subjetivo. Já o curso do prazo prescricional, passível de interrupção e suspensão nos termos da lei, motiva a perda do exercício do direito de ação para fazer valer determinado direito subjetivo (CAIS, 2001, p. 474).

No direito tributário, a decadência ocorre antes da constituição do crédito tributário; já a prescrição (da ação para a cobrança do crédito tributário), por sua vez, somente começa a fluir a partir da efetivação daquele. A prescrição, neste caso, extingue o direito do poder público exercitar a ação para fazer valer seu crédito tributário, e, assim, atingirá, também, o próprio direito protegido pela ação (SILVA, A., 2001, p. 365). Com a extinção do crédito tributário, fulmina-se também a respectiva obrigação tributária, cessando a responsabilidade do devedor/executado.

1.2.2 – Prazo prescricional no Direito Tributário

A prescrição (na esfera tributária) constitui-se pela inércia do credor durante o decurso de um certo tempo, como já mencionado. Daí a existência de um prazo de prescrição, assim entendido um decurso de tempo limitado.

Inicialmente, sustentou-se que o direito do Estado em exigir o pagamento do crédito tributário era imprescritível, haja vista a supremacia do interesse público (em ver o crédito

tributário adimplido) em detrimento do interesse privado (em ver prescrita a ação executora do crédito). Sob a mesma ótica, não poderia (e, neste caso, ainda não pode) a Fazenda Pública renunciar o crédito tributário, de natureza *ex lege*.

Contudo, essa teoria bastante contestada, hoje não é mais aceita, sendo possível a prescribibilidade do crédito tributário, ante à inércia do Estado em exigir seu devido cumprimento. Consoante delineado previamente, isto decorre da necessidade de possibilitar segurança às relações jurídicas.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 174, prevê o prazo prescricional ao qual está sujeita a Fazenda Pública, ao determinar que “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva” (grifo nosso).

Quando CTN determina que a ação para cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, significa dizer que a Fazenda Pública tem um prazo quinquenal, a partir da constituição definitiva do crédito, para cobrá-lo judicialmente, para propor a execução do crédito tributário (MACHADO, 2002, p. 194); em não ocorrendo, prescrito estará este crédito.

Sendo quinquenal o prazo prescricional para a Fazenda Pública exigir o adimplemento do crédito tributário, ressalta Rodrigues Pires (1994, p. 72), aquela deverá, a partir da constituição definitiva do crédito tributário, ou melhor, desde o momento em que puder exigir, do devedor, a prestação tributária, fazê-lo, sob pena de não poder mais exigir o pagamento até então devido.

A *constituição definitiva do crédito tributário* ocorre quando não mais admitir discussão ou alteração (COELHO, 2003, p. 723-724), o que se dá num dos seguintes momentos:

a) com a **notificação do lançamento** (início da fase oficiosa), sem que o sujeito passivo impugne o ato da autoridade administrativa;

b) com a apreciação, pela autoridade administrativa, em definitivo, da **impugnação do lançamento**;

c) com o conhecimento, pela autoridade administrativa, do ato do sujeito passivo relativo à **apresentação do cálculo do tributo**, acompanhado do pagamento antecipado deste, nos casos de lançamento por homologação.

Com isto, percebe que, a regra geral da constituição definitiva do crédito tributário ocorre com o lançamento tributário e a conseqüente notificação ao devedor a respeito disso. Como exceções, (b) destacamos a hipótese de impugnação do lançamento pelo devedor, em que o prazo prescricional somente começará a correr após o correspondente pronunciamento pela autoridade competente; e (c) acaso se trate de lançamento por homologação, que começará a correr o prazo prescricional no momento em que o devedor apresentar o cálculo e o correspondente pagamento ao aludido lançamento. Independente da situação, definitivamente lançado estará o crédito e o seu prazo prescricional será de cinco anos (SILVA, A., 2001, p. 364-365).

1.2.3 - Interrupção e suspensão do prazo prescricional

O curso do prazo prescricional encontra-se sujeito a causas *interruptivas* (que pressupõe uma prescrição já iniciada para interrompê-la, não mais considerando o prazo decorrido anteriormente), *suspensivas* (que pressupõem uma prescrição já iniciada para paralisá-la, prosseguindo-se depois o curso da prescrição, incluindo-se o prazo anterior) e as *impeditivas* (que evitam seu o início).

Em matéria tributária, apenas elucidaremos acerca das duas primeiras causas: as interruptivas e as suspensivas. A estas últimas nos deteremos quando do estudo específico acerca da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80).

O parágrafo único do art. 174 do CTN elenca as diversas possibilidades de interrupção do prazo prescricional do crédito tributário. Tais casos cessam o prazo de prescrição já iniciado, tornando inoperante todo o curso já decorrido, como se não houvesse existido (AMARO, 1999, p. 391). Finda a causa interruptiva, o prazo quinquenal da prescrição é reiniciado.

Interromper o curso do prazo prescricional para a cobrança do crédito tributário significa apagar o prazo já decorrido e recomeçá-lo. Assim, constituído definitivamente um crédito tributário, começa-se o curso da prescrição. Se depois de algum tempo, antes de se completar o quinquênio, ocorrer uma das hipóteses de interrupção previstas no CTN, o prazo já decorrido fica sem efeito e a contagem dos cinco anos volta a ser iniciada (MACHADO, 2002, p. 194).

Causas interruptivas da prescrição

Como dito alhures, constituído o crédito tributário, isto é, efetivado definitivamente o seu lançamento na esfera administrativa, começa-se a fluir o prazo prescricional para a cobrança do crédito, que somente poderá ser interrompido através de uma de suas causas previstas em lei, mais precisamente na Lei Complementar nº 5.172/66, conhecida como Código Tributário Nacional (CTN). Tais hipóteses interruptivas da prescrição encontram-se previstas no parágrafo único, do art. 174, do CTN, que, em sua redação originária, assim estabelecia:

Art. 174, parágrafo único. A prescrição se *interrompe*:

I - pela citação pessoal feita ao devedor; (inciso modificado pela LC nº 118/05)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua um mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. (grifo nosso)

b) com a apreciação, pela autoridade administrativa, em definitivo, da **impugnação do lançamento**;

c) com o conhecimento, pela autoridade administrativa, do ato do sujeito passivo relativo à **apresentação do cálculo do tributo**, acompanhado do pagamento antecipado deste, nos casos de lançamento por homologação.

Com isto, percebe-se que, a regra geral da constituição definitiva do crédito tributário ocorre com o lançamento tributário e a conseqüente notificação ao devedor a respeito disso. Como exceções, (b) destacamos a hipótese de impugnação do lançamento pelo devedor, em que o prazo prescricional somente começará a correr após o correspondente pronunciamento pela autoridade competente; e (c) acaso se trate de lançamento por homologação, que começará a correr o prazo prescricional no momento em que o devedor apresentar o cálculo e o correspondente pagamento ao aludido lançamento. Independente da situação, definitivamente lançado estará o crédito e o seu prazo prescricional será de cinco anos (SILVA, A., 2001, p. 364-365).

1.2.3 - Interrupção e suspensão do prazo prescricional

O curso do prazo prescricional encontra-se sujeito a causas *interruptivas* (que pressupõe uma prescrição já iniciada para interrompê-la, não mais considerando o prazo decorrido anteriormente), *suspensivas* (que pressupõem uma prescrição já iniciada para paralisá-la, prosseguindo-se depois o curso da prescrição, incluindo-se o prazo anterior) e as *impeditivas* (que evitam seu início).

Em matéria tributária, apenas elucidaremos acerca das duas primeiras causas: as interruptivas e as suspensivas. A estas últimas nos deteremos quando do estudo específico acerca da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/80).

O parágrafo único do art. 174 do CTN elenca as diversas possibilidades de interrupção do prazo prescricional do crédito tributário. Tais casos cessam o prazo de prescrição já iniciado, tornando inoperante todo o curso já decorrido, como se não houvesse existido (AMARO, 1999, p. 391). Finda a causa interruptiva, o prazo quinquenal da prescrição é reiniciado.

Interromper o curso do prazo prescricional para a cobrança do crédito tributário significa apagar o prazo já decorrido e recomenzá-lo. Assim, constituído definitivamente um crédito tributário, começa-se o curso da prescrição. Se depois de algum tempo, antes de se completar o quinquênio, ocorrer uma das hipóteses de interrupção previstas no CTN, o prazo já decorrido fica sem efeito e a contagem dos cinco anos volta a ser iniciada (MACHADO, 2002, p. 194).

Causas interruptivas da prescrição

Como dito alhures, constituído o crédito tributário, isto é, efetivado definitivamente o seu lançamento na esfera administrativa, começa-se a fluir o prazo prescricional para a cobrança do crédito, que somente poderá ser interrompido através de uma de suas causas previstas em lei, mais precisamente na Lei Complementar nº 5.172/66, conhecida como Código Tributário Nacional (CTN). Tais hipóteses interruptivas da prescrição encontram-se previstas no parágrafo único, do art. 174, do CTN, que, em sua redação originária, assim estabelecia:

Art. 174, parágrafo único. A prescrição se *interrompe*:

I - pela citação pessoal feita ao devedor; (inciso modificado pela LC nº 118/05)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua um mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor. (grifo nosso)

Todavia, com o advento da Lei Complementar nº 118/05, publicada no Diário Oficial da União (D.O.U.) em 09 de fevereiro de 2005, vigendo a partir de junho do mesmo ano, findou por alterar e acrescentar dispositivos do Código Tributário Nacional.

Dentre suas modificações, a supracitada lei complementar editou, distintamente do que havia sido originariamente feito, o inciso I, do parágrafo único, do art. 174, que dispunha interromper-se a prescrição “pela citação pessoal feita ao devedor”. Destarte, com a publicação da LC nº 118, passa-se a ser interrompido o curso do prazo prescricional não mais pela citação feita ao devedor, mas “pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”.

Com a modificação do art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, restou por eliminar as divergências jurisprudenciais e doutrinárias acerca de qual momento seria interrompida a prescrição, já que o CTN a previa quando da citação e a Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal) determinava sua interrupção através do despacho do juiz¹.

Como visto, a Lei Complementar nº 118/05 surgiu para eliminar a polêmica gerada pela diferença entre o previsto na redação original do CTN (interrupção pela citação pessoal) e o previsto na Lei nº 6.830/80 (interrupção pelo despacho que ordena a citação). A partir da vigência da LC nº 118, o CTN também atribui efeito interruptivo ao simples despacho inicial que ordena a citação (PAULSEN, 2005, p. 1248).

Com isso, eliminam-se as divergências das Cortes nacionais acerca do momento de interrupção da prescrição em matéria tributária, que, com a LC nº 118/05, passa a ser, inexoravelmente, do despacho do juiz que ordenar a citação.

A primeira causa de interrupção prevista no CTN, como visto, dá-se através do *despacho do juiz que ordenar a citação em*

¹ Art. 8º. [...] § 2º - O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

execução fiscal. A partir da vigência da LC, não mais se torna necessário, para a interrupção do curso do prazo prescricional, seja efetuada citação pessoal ao devedor. Com essa modificação, almejou o legislador impedir que a prescrição se efetivasse em decorrência da não localização do devedor, já que, hodiernamente, apenas com o despacho do juiz que ordenar a citação, venha esta a ser efetivada ou não, interrompido estará o curso do prazo prescricional.

Através das modificações trazidas pela LC nº 118/05, interromper-se-á o curso do prazo para a cobrança do crédito tributário por meio do ato processual proferido pelo juiz (despacho) que determinar o chamamento do devedor aos autos da execução fiscal (citação), a fim de que promova sua defesa (via embargos), indique bens passíveis de penhora ou efetue o pagamento da dívida.²

Constituído o crédito tributário, inicia-se o prazo quinquenal de sua prescrição (art. 174, *caput*, do CTN) e, somente poderá ser interrompido, através de uma de suas causas previstas em lei, dentre as quais, destaca-se a determinação do magistrado para que se efetue a citação ao devedor.

Tendo em vista que as demais causas interruptivas da prescrição (inciso II a IV, do art. 174, do CTN) não possuem direta relação com o tema objeto deste trabalho, deixaremos para tratar delas em momento oportuno.

Destarte, efetivada qualquer das causas previstas no art. 174, do CTN, interrompida estará a prescrição para a cobrança do crédito tributário, desaparecendo, portanto, o seu curso anteriormente decorrido, que ficará sem efeito algum. A interrupção torna ineficaz o cômputo da prescrição que estava decorrendo. O prazo que havia decorrido, desaparece como se não tivesse ocorrido, começando a correr, a partir de então, uma nova prescrição.

² Confira art. 8º da Lei nº 6.830/80.

1.2.4 - Prescrição intercorrente no Direito Tributário

Como visto, o início do curso do prazo prescricional para a cobrança do crédito tributário por parte da Fazenda Pública surge com sua constituição definitiva, isto é, com o lançamento imutável do crédito tributário. Iniciado o decurso do prazo para o cumprimento da obrigação pelo devedor ou para efetivação da prescrição, esta poderá, por qualquer uma das causas previstas em lei, ser suspensa (Lei nº 6.830/80) ou interrompida (CTN). Após o surgimento da causa que sustar, paralisar, cessar o curso da prescrição, reiniciado será o prazo; neste caso, adjetivado de "intercorrente". *Prescrição intercorrente*, portanto, é aquela que "surge após propositura da ação" (CASSONE, 1999, p. 177) e "que ocorre no intervalo posterior a um momento interruptivo" (SILVA, A., 2001, p. 374).

Logo, o curso do prazo da prescrição intercorrente começa a correr, instantaneamente, após o fato ou o momento em que ocorreu a causa determinante da paralisação. Nesse sentido, observando que o despacho do juiz que ordena a citação em execução fiscal interrompe a prescrição, a "intercorrente" se iniciará após a aludida ordem judicial. Deve-se destacar, no entanto, que não há que se falar em prescrição intercorrente quando não advier a causa interruptiva ou não se considerar válido o ato que tornou a prescrição interrompida ou quando o feito judicial permanecer paralisado, por tempo igual ou superior a cinco anos, sem que o exequente tenha concorrido com culpa.³

Souza Campos Batalha (1998, p. 63), em sua obra, esclarece que prescrição intercorrente:

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 106. "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência." Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 26/05/1994. Data da Publicação/Fonte: DJ 03/06/1994, p. 13885, RSTJ, vol. 70, p. 127, RT, vol. 705, p. 198.

É a prescrição que flui, enquanto pendente o processo judicial, a partir do momento em que a parte deixa de desincumbir-se de um encargo processual ou de satisfazer a um ônus processual. O abandono da causa ou a falta de cumprimento de um encargo processual marcam o início do fluxo do prazo da prescrição intercorrente.

A prescrição intercorrente é iniciada a partir do momento em que o autor deixa de movimentar o processo, quando lhe cabia.

Em face disto, percebe-se que esta espécie de prescrição indica, presumivelmente, em matéria de execução fiscal, a inércia imputável à Fazenda Pública, credora e exequente. Assim, se a paralisação do processo de execução fiscal se deve a outros interessados (que não a exequente), a extinção da execução pela prescrição não poderá ocorrer. Como exemplo, pode-se apresentar o caso do retardamento da execução em virtude da interposição e tramitação dos embargos do devedor.

No que tange à legitimidade para alegar a prescrição intercorrente, o entendimento pretérito era que somente cabia a uma das partes, e não, *ex officio*, pelo magistrado. No entanto, como veremos mais adiante, esse entendimento não mais prevalece no sistema jurídico do país.

2 - ASPECTOS GERAIS DA EXECUÇÃO FISCAL

2.1 - Intróito

A *execução fiscal* é um processo de execução, regulado pela Lei nº 6.830/80, que visa ao adimplemento forçado do crédito tributário devidamente constituído em um título executivo, líquido, certo e exigível. Como se pode observar, regra geral, *processo* é o instrumento pelo qual se serve o Estado, no exercício da jurisdição, para compor um conflito litigioso

de interesses (MARQUES, 1974, p. 7). E, em relação à execução fiscal, almeja-se que o Estado (Poder Judiciário) compile a parte passiva ao pagamento de uma dívida, tributária ou não (art. 2º, da Lei nº 6.830/80), perfeitamente constituída através de um título executivo extrajudicial, que, *in casu*, trata-se da certidão de dívida ativa da Fazenda Pública⁴.

2.2 - Prescrição na execução fiscal

Como dito anteriormente, *prescrição* é a extinção da ação em decorrência do decurso do prazo de sua validade, a fim de propiciar segurança e paz nas relações jurídicas e de impedir que o direito subjetivo de executar o crédito tributário subsista *ad eternum*.

A prescrição da execução fiscal, por se tratar de um processo judicial tributário, ocorrerá nos termos do caput do art. 174 do CTN, isto é, com o decurso do seu prazo quinquenal, contados da constituição definitiva do crédito tributário.

Convém mencionar que, nos termos da Súmula nº 106 do STJ, “*proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência*”. Deve, portanto, a fim de ser reconhecida e decretada a prescrição pelo juiz, que a Fazenda Pública se mantenha inerte durante o decurso do prazo prescricional, não devendo a exequente responder pelos atrasos e empecilhos ocasionados por outros interessados.

Todavia, acaso seja ajuizada a ação de execução fiscal e a Fazenda Pública deixe estagnado o feito sem realizar qualquer impulso, a contar da data em que ocorreu o último ato por ela praticado, iniciado se encontrará o curso do prazo da *pres-*

⁴ Vide art. 585, VI, do CPC.

crição intercorrente. Esta, nada mais é, destaca Yoshiaki Ichihara (2002, p. 297), do que a prescrição que ocorre dentro do processo, isto é, a prescrição que passa a fluir com o processo já ajuizado e depois de interrompido o seu curso através do despacho do juiz que ordenar a citação (art. 174, parágrafo único, I, do CTN).

Com o advento da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004 (que incluiu o §4º, no art. 40 da LEF) e da recente Lei nº 11.280/06 (que suprimiu a vedação da decretação de ofício da prescrição referente a direitos patrimoniais), o legislador findou por eliminar divergências jurisprudenciais e doutrinárias acerca da possibilidade ou não da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente em sede de execução fiscal, haja vista tratar-se de direitos patrimoniais, que o CPC vedava a prática (art. 219, § 5º).

Assim, através da publicação dessa lei de 2004, foi inserido, de forma bastante coerente, o §4º, na LEF, que assim dispõe: “*Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato*” (grifo nosso). Com isso, proposta a execução fiscal e não sendo localizados o devedor ou bens de sua propriedade, passíveis de penhora, o juiz suspenderá, pelo prazo de um ano, o curso da execução. Decorrido esse prazo, e não localizado o devedor ou seus bens, será iniciado o curso do prazo quinquenal da prescrição, findo o qual, poderá o juiz, após ouvir a Fazenda Pública, decretar “de ofício”⁵ a prescrição

⁵ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1993. p. 411. “Do latim *ex officio*, de *op(i)ficium*, *officium(ii)*: realização de um dever, tendo, mais tarde, o significado de dever funcional. Locução que autoriza o órgão competente a agir oficialmente, por determinação legal, em razão do ofício, independentemente de aprovação de alguém. Na terminologia jurídica, a locução indica o dever funcional do juiz de determinar a realização de um ato processual, sem necessidade de requerimento das partes. (...)”

de interesses (MARQUES, 1974, p. 7). E, em relação à execução fiscal, almeja-se que o Estado (Poder Judiciário) compila a parte passiva ao pagamento de uma dívida, tributária ou não (art. 2º, da Lei nº 6.830/80), perfeitamente constituída através de um título executivo extrajudicial, que, *in casu*, trata-se da certidão de dívida ativa da Fazenda Pública⁴.

2.2 – Prescrição na execução fiscal

Como dito anteriormente, *prescrição* é a extinção da ação em decorrência do decurso do prazo de sua validade, a fim de propiciar segurança e paz nas relações jurídicas e de impedir que o direito subjetivo de executar o crédito tributário subsista *ad eternum*.

A prescrição da execução fiscal, por se tratar de um processo judicial tributário, ocorrerá nos termos do *caput* do art. 174 do CTN, isto é, com o decurso do seu prazo quinquenal, contados da constituição definitiva do crédito tributário.

Convém mencionar que, nos termos da Súmula nº 106 do STJ, “*proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência*”. Deve, portanto, a fim de ser reconhecida e decretada a prescrição pelo juiz, que a Fazenda Pública se mantenha inerte durante o decurso do prazo prescricional, não devendo a exequente responder pelos atrasos e empecilhos ocasionados por outros interessados.

Todavia, acaso seja ajuizada a ação de execução fiscal e a Fazenda Pública deixe estagnado o feito sem realizar qualquer impulso, a contar da data em que ocorreu o último ato por ela praticado, iniciado se encontrará o curso do prazo da **pres-**

⁴ Vide art. 585, VI, do CPC.

crição intercorrente. Esta, nada mais é, destaca Yoshiaki Ichihara (2002, p. 297), do que a prescrição que ocorre dentro do processo, isto é, a prescrição que passa a fluir com o processo já ajuizado e depois de interrompido o seu curso através do despacho do juiz que ordenar a citação (art. 174, parágrafo único, I, do CTN).

Com o advento da Lei nº 11.051, de 29 de dezembro de 2004 (que incluiu o §4º, no art. 40 da LEF) e da recente Lei nº 11.280/06 (que suprimiu a vedação da decretação de ofício da prescrição referente a direitos patrimoniais), o legislador findou por eliminar divergências jurisprudenciais e doutrinárias acerca da possibilidade ou não da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente em sede de execução fiscal, haja vista tratar-se de direitos patrimoniais, que o CPC vedava a prática (art. 219, § 5º).

Assim, através da publicação dessa lei de 2004, foi inserido, de forma bastante coerente, o §4º, na LEF, que assim dispõe: “*Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato*” (grifo nosso). Com isso, proposta a execução fiscal e não sendo localizados o devedor ou bens de sua propriedade, passíveis de penhora, o juiz suspenderá, pelo prazo de um ano, o curso da execução. Decorrido esse prazo, e não localizado o devedor ou seus bens, será iniciado o curso do prazo quinquenal da prescrição, findo o qual, poderá o juiz, após ouvir a Fazenda Pública, decretar “de ofício”⁵ a prescrição

⁵ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1993. p. 411. “Do latim *ex officio*, de *op(i)ficium*, *officium(ii)*: realização de um dever, tendo, mais tarde, o significado de dever funcional. Locução que autoriza o órgão competente a agir oficialmente, por determinação legal, em razão do ofício, independentemente de aprovação de alguém. Na terminologia jurídica, a locução indica o dever funcional do juiz de determinar a realização de um ato processual, sem necessidade de requerimento das partes. (...)”

intercorrente, independentemente de referir-se ou não a direitos patrimoniais, haja vista o contido na lei.

Com bastante sapiência, almejou o legislador a propiciar segurança e paz social nas relações jurídicas, já que anteriormente à vigência dessas leis, a execução fiscal possuía um caráter de imprescritibilidade, caso não fossem localizados bens do devedor ou o próprio devedor, vez que, advindo qualquer uma dessas situações, o processo seria suspenso e, posteriormente, arquivado *ad eternum* (sem baixa na distribuição), nos termos da antiga redação do art. 40 da LEF. Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 794.737 - RS (2005/0183453-1), da relatoria do Min. José Delgado.

É inadmissível, pois, a tramitação perpétua da ação para a cobrança do crédito tributário, causando, desta forma, tumulto desnecessário à administração judiciária e aglomerando progressivamente inúmeros processos nos arquivos judiciários. Cabe à Administração, quando do cadastro dos contribuintes, fazê-lo de forma mais eficaz e completo possível, a fim de possibilitar a efetiva localização do devedor e de seus bens, sobre os quais possam recair a penhora. E não como ocorria, em muitos casos: ajuizava a execução fiscal, sem dados suficientes à sua efetivação, e a deixava à responsabilidade do Poder Judiciário, para que este diligenciasse e localizasse o devedor, já que, caso não fosse possível, o processo judicial ficaria suspenso por tempo indeterminado, até eventual localização do devedor ou de seus bens.

2.3 - Causa suspensiva da prescrição na Execução Fiscal (art. 40)

Na ação de execução ordinária, suspende-se o processo (art. 791, do CPC) quando recebidos os embargos do deve-

dor; nas hipóteses previstas no art. 265, I a III, do CPC; e quando o devedor não possuir bens penhoráveis. Todavia, o art. 40 da LEF acrescentou mais um caso de suspensão à execução fiscal, que ocorrerá quando não for localizado o próprio devedor, seus sucessores ou responsável(eis). Desta feita, proposta a execução fiscal e, não localizado o devedor - quando da expedição da carta de citação (via postal) ou do mandado de citação (via oficial de justiça) - ou não comparecendo em juízo o devedor após a publicação do edital de citação, bem como não localizando bens em seu nome suscetíveis de penhora, suspenso se encontrará o executivo fiscal, nos termos do art. 40 da LEF. Antes de suspendê-lo, no entanto, deverá o magistrado abrir vista dos autos ao Procurador da Fazenda exequente, para as indicações ou requerimento que achar necessário (PACHECO, 1997, p. 297-298). Suspensa a execução, abrir-se-á vista dos autos, novamente, à Procuradoria exequente para que diligencie o que for recomendável a fim de localizar o devedor e seus bens.

Destaque-se que, anos atrás, caso não fossem encontrados o devedor ou bens de sua propriedade, o executivo fiscal restaria suspenso durante um ano e, após, era arquivado eternamente, vez que o juiz não poderia decretar a prescrição intercorrente de ofício, pois se tratava de direitos patrimoniais⁶, e o executado, por não haver sido encontrado, não compareceria à juízo a fim de argüi-la. Arquivado (para sempre e) sem baixa na distribuição, portanto, encontravam-se os autos da execução fiscal, aglomerando e tumultuando, cada vez mais, os arquivos judiciários.

Humberto Theodoro Júnior (1993, p. 120), com extrema coerência, quanto à redação originária da Lei nº 6.830/80, ressaltava que: "*o absurdo da inovação do art. 40 está, porém, na suspensão indefinida da prescrição, enquanto durar a suspensão,*

⁶ Confira a redação originária do art. 219 do CPC.

também indefinida, do processo executivo arquivado, sem o mesmo ter-se completado a relação processual pela citação do devedor”.

O disposto no art. 40 da LEF era alvo de inúmeras críticas jurisprudenciais e doutrinárias, vez que estabelecia uma injustificável exceção ao princípio geral da prescritibilidade das obrigações.⁷

No entanto, com a publicação da Lei nº 11.051/04, que incluiu o §4º, no art. 40 da Lei nº 6.830/80, o legislador possibilitou, findo o aludido prazo suspensivo e, arquivado os autos da execução fiscal por mais de um quinquênio, o reconhecimento de ofício da prescrição pelo juiz. Com isso, afasta imprescritibilidade das execuções fiscais em situações semelhantes à explicitada acima.

3 – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL

3.1 – Posicionamento da Primeira Seção do STJ

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até o ano de 2004, especialmente por meio dos pronunciamentos dos Min. Relatores Teori Albino Zavascki, José Delgado e Luiz Fux (1ª Turma) e de Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Castro Meira (2ª Turma), sempre foi no sentido de que a prescrição intercorrente em sede de execução fiscal, não poderia ser decretada de ofício, pelo juiz.⁸

Todavia, com o advento da Lei nº 11.051/04 e, sobretudo, recentemente, com a publicação da Lei nº 11.280/06

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 687.076-PE, Voto da Ministra Eliana Calmon. Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: Movelaria União. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, [2005?].

⁸ Confira REsp nº 794.737.

(em vigência desde maio de 2006), tal posicionamento encontra-se, integral e paradoxalmente, alterado.

A Lei nº 11.051/04 incluiu o §4º, do art. 40, da Lei de Execução Fiscal, que dispõe: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, **de ofício**, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato” (grifo nosso). Deve o magistrado, apenas, ouvir previamente a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas e interruptivas do prazo prescricional.⁹

Enquanto que a Lei nº 11.280/06 alterou o art. 219, §5º, do CPC, e aboliu do sistema jurídico-processual brasileiro a determinação que “não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato”¹⁰. A partir de maio deste ano, em face da novel redação do art. 219, §5º, o CPC vem determinando expressamente que “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”, em se tratando ou não de direitos patrimoniais. Acerca disso, observa-se que o STJ já vem se pronunciando a favor da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente em sede de execução fiscal.¹¹

Esta Corte Superior, até os primeiros anos deste século, não emitia pronunciamentos pacíficos acerca da possibilidade de decretação da prescrição intercorrente em sede de exe-

⁹ Nesse sentido, confira também: REsp 773333/RS, REsp 773199/PE, AgRg no REsp 677000/RS, REsp 735220/RS, REsp 781881/RS, REsp 781864/RS, REsp 782204/RS, REsp 780875/RS, REsp 758566/RS.

¹⁰ Referente à antiga redação do art. 219, §5º, do CPC, confira: AgRg no REsp 718663/RS, AgRg no AgRg no Ag 629931/PE, REsp 671627RS, REsp 781881/RS, REsp 781864/RS, REsp 503968/PR, REsp 698755/PE, REsp 698860/PE, REsp 432586/RO, AgRg no Ag 549583/PE, REsp 798869/RS, REsp 800907/RS, REsp 263632/RO, REsp 711234/PR.

¹¹ REsp 844.610/RS, julgado em 05.09.2006, D.J. 15.09.2006, p. 301; REsp 834.618/RS, julgado em 20.06.2006, D.J. 01.08.2006, p. 422; REsp 832.258/SP, julgado em 03.08.2006, D.J. 15.08.2006, p. 202; REsp 861.421/RS, julgado em 05.09.2006, D.J. 15.09.2006, p. 309; REsp 843.760/RS, julgado em 05.09.2006, D.J. 15.09.2006, p. 301; REsp 836.083/RS, julgado em 03.08.2006, D.J. 31.08.2006, p. 263.

também indefinida, do processo executivo arquivado, sem o mesmo ter-se completado a relação processual pela citação do devedor”.

O disposto no art. 40 da LEF era alvo de inúmeras críticas jurisprudenciais e doutrinárias, vez que estabelecia uma injustificável exceção ao princípio geral da prescritibilidade das obrigações.⁷

No entanto, com a publicação da Lei nº 11.051/04, que incluiu o §4º, no art. 40 da Lei nº 6.830/80, o legislador possibilitou, findo o aludido prazo suspensivo e, arquivado os autos da execução fiscal por mais de um quinquênio, o reconhecimento de ofício da prescrição pelo juiz. Com isso, afasta imprescritibilidade das execuções fiscais em situações semelhantes à explicitada acima.

3 - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE NA EXECUÇÃO FISCAL

3.1 - Posicionamento da Primeira Seção do STJ

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até o ano de 2004, especialmente por meio dos pronunciamentos dos Min. Relatores Teori Albino Zavascki, José Delgado e Luiz Fux (1ª Turma) e de Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon e Castro Meira (2ª Turma), sempre foi no sentido de que a prescrição intercorrente em sede de execução fiscal, não poderia ser decretada de ofício, pelo juiz.⁸

Todavia, com o advento da Lei nº 11.051/04 e, sobretudo, recentemente, com a publicação da Lei nº 11.280/06

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 687.076-PE, Voto da Ministra Eliana Calmon**. Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido: Movelaria União. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, DF, [2005?].

⁸ Confira REsp nº 794.737.

(em vigência desde maio de 2006), tal posicionamento encontra-se, integral e paradoxalmente, alterado.

A Lei nº 11.051/04 incluiu o §4º, do art. 40, da Lei de Execução Fiscal, que dispõe: “*Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato*” (grifo nosso). Deve o magistrado, apenas, ouvir previamente a Fazenda Pública, permitindo-lhe argüir eventuais causas suspensivas e interruptivas do prazo prescricional.⁹

Enquanto que a Lei nº 11.280/06 alterou o art. 219, §5º, do CPC, e aboliu do sistema jurídico-processual brasileiro a determinação que “*não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato*”¹⁰. A partir de maio deste ano, em face da novel redação do art. 219, §5º, o CPC vem determinando expressamente que “*o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição*”, em se tratando ou não de direitos patrimoniais. Acerca disso, observa-se que o STJ já vem se pronunciando a favor da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente em sede de execução fiscal.¹¹

Esta Corte Superior, até os primeiros anos deste século, não emitia pronunciamentos pacíficos acerca da possibilidade de decretação da prescrição intercorrente em sede de exe-

⁹ Nesse sentido, confira também: REsp 773333/RS, REsp 773199/PE, AgRg no REsp 677000/RS, REsp 735220/RS, REsp 781881/RS, REsp 781864/RS, REsp 782204/RS, REsp 780875/RS, REsp 758566/RS.

¹⁰ Referente à antiga redação do art. 219, §5º, do CPC, confira: AgRg no REsp 718663/RS, AgRg no AgRg no Ag 629931/PE, REsp 671627RS, REsp 781881/RS, REsp 781864/RS, REsp 503968/PR, REsp 698755/PE, REsp 698860/PE, REsp 432586/RO, AgRg no Ag 549583/PE, REsp 798869/RS, REsp 800907/RS, REsp 263632/RO, REsp 711234/PR.

¹¹ REsp 844.610/RS, julgado em 05.09.2006, D.J. 15.09.2006, p. 301; REsp 834.618/RS, julgado em 20.06.2006, D.J. 01.08.2006, p. 422; REsp 832.258/SP, julgado em 03.08.2006, D.J. 15.08.2006, p. 202; REsp 861.421/RS, julgado em 05.09.2006, D.J. 15.09.2006, p. 309; REsp 843.760/RS, julgado em 05.09.2006, D.J. 15.09.2006, p. 301; REsp 836.083/RS, julgado em 03.08.2006, D.J. 31.08.2006, p. 263.

cução fiscal.¹² Entretanto, com fundamento na nova redação do art. 40, §4º, da Lei nº 6.830/80 e, inclusive, através da recente publicação da Súmula nº 314¹³, tais divergências jurisprudenciais foram abolidas.

No que tange ao art. 40 da supracitada lei, observou-se que o mesmo passou a dispor sobre possibilidade expressa de ser decretada a prescrição intercorrente em sede de execução fiscal, quando paralisado o feito por mais de cinco anos, a serem contados a partir do término do prazo suspensivo previsto no caput do art. 40, §2º, da LEF.

A seguir, esclarecer-se-á acerca da Súmula do STJ, mencionada anteriormente.

3.1.1 – Súmula nº 314 do STJ

Em dezembro de 2005, a Primeira Seção do STJ emitiu a Súmula nº 314, a qual somente veio a ser publicada no Diário da Justiça em 08 de fevereiro de 2006.

O referido entendimento jurisprudencial, com bastante maestria, enuncia que “*em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente*”, vez que resta por abolir as polêmicas dirigidas à decretação da prescrição intercorrente na execução fiscal.

¹² Confira: REsp 2565/RS, REsp 8384/RJ, REsp 35690/SP, REsp 31693/RJ, REsp 31695/RJ, REsp 31696/RJ, REsp 31698/RJ, REsp 31699/RJ, REsp 31700/RJ, REsp 31701/RJ, AgRg no Ag 198807/RS, REsp 208345/PR, REsp 255118/RS, REsp 237079/SP, REsp 106816/PR, EREsp 85144/RJ, EREsp 36855/SP, REsp 188963/SP, AgRg no Ag 396542/SP, REsp 21242/SP, REsp 174357/GO, REsp 242838/PR, AgRg no AG 198807/RS.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 314. “*Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente*”. D.O.U. 08 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 21 fev. 2006.

A Súmula nº 314 do STJ, que teve como relatora de seu projeto a Ministra Eliana Calmon, surgiu para autorizar o reconhecimento da prescrição intercorrente em ações de execução fiscal, depois de decorridos cinco anos contados do prazo final da suspensão prevista no art. 40 da Lei nº 6.830/80.

Este enunciado vem ratificar o entendimento atual que o sistema jurídico brasileiro está passando a adotar, sobretudo em congruência com a atual previsão da Lei nº 6.830/80, que determina a possibilidade da decretação da prescrição intercorrente na execução fiscal, transcorrido o prazo quinquenal, a contar do término da suspensão do processo (art. 40 da LEF).

Anos atrás, caso não fossem localizados bens do devedor suscetíveis de penhora ou o próprio devedor, e decorridos cinco anos sem qualquer manifestação da exeqüente (Fazenda), bem como ausentes quaisquer causas da interrupção prescricional, muitos magistrados do país vinham, ao prolatar suas sentenças judiciais, extinguindo o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, diante do reconhecimento da prescrição.¹⁴

Com isso, entendiam, e de forma plausível, com fulcro no entendimento do Ministro Luiz Fux, que não poderia a Fazenda Pública manter relação processual inócua, sem citação pessoal e com prescrição intercorrente evidente, já que, desta forma, estaria conspirando contra os princípios gerais do direito, segundo os quais as obrigações nasceram para serem extintas e o processo deve representar um instrumento de realização da justiça.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco: 1ª Vara da Fazenda Pública do Jaboatão dos Guararapes. **Sentença judicial**. Tributário. Execução Fiscal. Processo nº 222.1993.000266-9. Exeqüente: Fazenda Pública Estadual. Executado: C. R. G. Juiz de Direito: José H. C. Dias da Silva. Jaboatão dos Guararapes, 13 de outubro de 2003. p. 4.

ção fiscal.¹² Entretanto, com fundamento na nova redação do art. 40, §4º, da Lei nº 6.830/80 e, inclusive, através da recente publicação da Súmula nº 314¹³, tais divergências jurisprudenciais foram abolidas.

No que tange ao art. 40 da supracitada lei, observou-se que o mesmo passou a dispor sobre possibilidade expressa de ser decretada a prescrição intercorrente em sede de execução fiscal, quando paralisado o feito por mais de cinco anos, a serem contados a partir do término do prazo suspensivo previsto no caput do art. 40, §2º, da LEF.

A seguir, esclarecer-se-á acerca da Súmula do STJ, mencionada anteriormente.

3.1.1 – Súmula nº 314 do STJ

Em dezembro de 2005, a Primeira Seção do STJ emitiu a Súmula nº 314, a qual somente veio a ser publicada no Diário da Justiça em 08 de fevereiro de 2006.

O referido entendimento jurisprudencial, com bastante maestria, enuncia que “*em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente*”, vez que resta por abolir as polêmicas dirigidas à decretação da prescrição intercorrente na execução fiscal.

¹² Confira: REsp 2565/RS, REsp 8384/RJ, REsp 35690/SP, REsp 31693/RJ, REsp 31695/RJ, REsp 31696/RJ, REsp 31698/RJ, REsp 31699/RJ, REsp 31700/RJ, REsp 31701/RJ, AgRg no Ag 198807/RS, REsp 208345/PR, REsp 255118/RS, REsp 237079/SP, REsp 106816/PR, EREsp 85144/RJ, EREsp 36855/SP, REsp 188963/SP, AgRg no Ag 396542/SP, REsp 21242/SP, REsp 174357/GO, REsp 242838/PR, AgRg no AG 198807/RS.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 314. “*Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente*”. D.O.U. 08 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 21 fev. 2006.

A Súmula nº 314 do STJ, que teve como relatora de seu projeto a Ministra Eliana Calmon, surgiu para autorizar o reconhecimento da prescrição intercorrente em ações de execução fiscal, depois de decorridos cinco anos contados do prazo final da suspensão prevista no art. 40 da Lei nº 6.830/80.

Este enunciado vem ratificar o entendimento atual que o sistema jurídico brasileiro está passando a adotar, sobretudo em congruência com a atual previsão da Lei nº 6.830/80, que determina a possibilidade da decretação da prescrição intercorrente na execução fiscal, transcorrido o prazo quinquenal, a contar do término da suspensão do processo (art. 40 da LEF).

Anos atrás, caso não fossem localizados bens do devedor suscetíveis de penhora ou o próprio devedor, e decorridos cinco anos sem qualquer manifestação da exequente (Fazenda), bem como ausentes quaisquer causas da interrupção prescricional, muitos magistrados do país vinham, ao prolatar suas sentenças judiciais, extinguindo o processo com julgamento de mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC, diante do reconhecimento da prescrição.¹⁴

Com isso, entendiam, e de forma plausível, com fulcro no entendimento do Ministro Luiz Fux, que não poderia a Fazenda Pública manter relação processual inócua, sem citação pessoal e com prescrição intercorrente evidente, já que, desta forma, estaria conspirando contra os princípios gerais do direito, segundo os quais as obrigações nasceram para serem extintas e o processo deve representar um instrumento de realização da justiça.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco: 1ª Vara da Fazenda Pública do Jaboatão dos Guararapes. **Sentença judicial**. Tributário. Execução Fiscal. Processo nº 222.1993.000266-9. Exequente: Fazenda Pública Estadual. Executado: C. R. G. Juiz de Direito: José H. C. Dias da Silva. Jaboatão dos Guararapes, 13 de outubro de 2003. p. 4.

Entretanto, quando os mencionados julgados vinham, em grau de recurso, a atingir o Tribunal, em alguns casos, com base na obsoleta proibição da decretação da prescrição *ex officio* referente a direitos patrimoniais (antiga redação do § 5º, do art. 219 do CPC), os recursos eram julgados procedentes e o conteúdo da sentença modificado, bem como, em seguida, determinado o retorno dos autos ao juízo *a quo*, a fim de que o magistrado de primeiro grau prosseguisse com a execução. Em outras palavras, a determinação do juízo *ad quem* implicava, na prática, manter o processo arquivado perpetuamente, já que inexistiam bens do devedor passíveis de penhora e o próprio devedor não havia sido localizado. E se não havia sido localizado, não teria conhecimento da tramitação da execução fiscal contra a sua pessoa e, portanto, não poderia argüir a ocorrência de sua prescrição.

Por outro lado, havia ainda entendimentos singulares nas Cortes do país a fim de manter a sentença do juízo *a quo* e reconhecer a possibilidade de se decretar, de ofício, a prescrição em sede de execução fiscal.

O desfecho da execução fiscal, desta forma, dependia da Turma ou Câmara do Tribunal para a qual havia sido distribuído o respectivo recurso. Se numa, era determinado o prosseguimento de sua tramitação *ad eternum*, sem qualquer objetividade; se noutra, era mantido o reconhecimento e decretação *ex officio* de sua prescrição, acarretando a extinção do processo, com baixa na distribuição.

No entanto, conforme mencionado, com o advento das Leis nºs 11.051/04 (que modificou o art. 40 da LEF), 11.280/06 (que modificou o § 5º, do art. 219, do CPC) e da Súmula nº 314 do Superior Tribunal de Justiça, o sistema jurídico nacional, prudentemente, findou por eliminar as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente em execução fiscal, vez que, a partir deste ano, serão admissíveis (i) o reconhecimento de ofício

da prescrição em relação a direitos patrimoniais e (ii) a decretação da prescrição quinquenal intercorrente da execução fiscal, iniciada após decorrido o prazo de um ano do arquivamento previsto no art. 40, da Lei nº 6.830/80.

4 - CONCLUSÃO

A partir de meados de 2001, ao desenvolver atividades laborais em Varas da Fazenda do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), preocupava-me, sobremaneira, como inúmeros processos de execução fiscal subsistiam arquivados *ad eternum* e sem qualquer objetividade, haja vista o executado e seus bens não haviam sido localizados. Observava-se, várias vezes, que a Fazenda Pública exeqüente, no intuito de evitar o advento da prescrição, ajuizava aleatória e inapropriadamente execuções fiscais, em cujas petições iniciais inexistiam as principais informações do contribuinte, quais eram: seu nome completo, seu número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (C.P.F.) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (C.N.P.J.), bem como as principais informações de seu endereço. A ação era proposta nos termos do art. 263 do CPC, todavia, não lograva êxito, vez que, nem ao menos, o devedor era localizado. E nessa situação, havia centenas de processos, quem sabe milhares, entulhando os arquivos judiciais e ocupando os servidores judiciais no cumprimento dos expedientes ordinários das execuções, as quais, jamais, conseguiriam compelir o executado ao cumprimento de sua obrigação, uma vez que, nem ao menos, havia sido encontrado.

Coerentemente, muitos magistrados reconheciam e decretavam, de ofício, a prescrição intercorrente da execução fiscal. Inúmeras sentenças eram reformadas nos juízos *ad quem* com fundamento na redação originária do art. 219, §5º do CPC; outras tantas, sabiamente, eram mantidas, tendo em vista que as obrigações nascem para serem extintas e o proces-

so deve representar um instrumento de realização da justiça, não podendo subsistir perpetuamente.

No entanto, paulatinamente, o STJ vem passando a uniformizar o entendimento acerca da possibilidade da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente em sede de execução fiscal, sobretudo em decorrência das modificações trazidas pelas Leis nºs 11.051/04, 11.280/06, e pela sua Súmula nº 314.

Com isso, observou-se que o sistema jurídico do país, através do advento de várias legislações pertinentes, bem como em face da conseqüente e prudente mutação do entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, vem se adequando eficazmente à nova realidade brasileira e evitando que execuções fiscais inócuas “tramitem”, eternamente, nas prateleiras dos arquivos judiciais, acarretando instabilidade e desequilíbrio às relações jurídicas.

REFERÊNCIAS

- ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1993.
- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sistema de direito processual: civil, tributário, trabalhista**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1998.
- CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASSONE, Vittorio. **Direito tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito tributário: atualizado com as Emendas Constitucionais nos 3, de 17-3-93, 10, de 4-3-96, 12, de 15-8-96, 17, de 22-11-97, 21, de 18-3-99, 29, de 13-9-00, 31, de 18-12-00, 32, de 11-9-01 e 33, de 11-12-01**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. 3. ed. rev. aum. atual. até 1994. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à lei de execução fiscal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

PIRES, Adilson Rodrigues. **Manual de direito tributário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

so deve representar um instrumento de realização da justiça, não podendo subsistir perpetuamente.

No entanto, paulatinamente, o STJ vem passando a uniformizar o entendimento acerca da possibilidade da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente em sede de execução fiscal, sobretudo em decorrência das modificações trazidas pelas Leis n^{os} 11.051/04, 11.280/06, e pela sua Súmula n^o 314.

Com isso, observou-se que o sistema jurídico do país, através do advento de várias legislações pertinentes, bem como em face da conseqüente e prudente mutação do entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores, vem se adequando eficazmente à nova realidade brasileira e evitando que execuções fiscais inócuas "tramitem", eternamente, nas prateleiras dos arquivos judiciais, acarretando instabilidade e desequilíbrio às relações jurídicas.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico brasileiro**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1993.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

BALEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sistema de direito processual: civil, tributário, trabalhista**. 1. ed. São Paulo: LTr, 1998.

CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CASSONE, Vittorio. **Direito tributário: fundamentos constitucionais, análise dos impostos, incentivos à exportação, doutrina, prática e jurisprudência**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito tributário: atualizado com as Emendas Constitucionais nos 3, de 17-3-93, 10, de 4-3-96, 12, de 15-8-96, 17, de 22-11-97, 21, de 18-3-99, 29, de 13-9-00, 31, de 18-12-00, 32, de 11-9-01 e 33, de 11-12-01**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de direito tributário**. 3. ed. rev. aum. atual. até 1994. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 2.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à lei de execução fiscal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

PIRES, Adilson Rodrigues. **Manual de direito tributário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

ROCHA FILHO, J. Virgílio Castelo Branco. **Execução fiscal: Doutrina, jurisprudência, legislação**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1998.

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

SILVA, Américo Luís Martins da. **A execução da dívida ativa da fazenda pública**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1993.

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA-ESMAPE
BIBLIOTECA

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 10.865/2004, INSTITUIDORA DO PIS E DA COFINS-IMPORTAÇÃO

Mariana Vieira Sarmiento

Servidora efetiva do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Pós-graduanda do Curso de Constitucional, Administrativo e Tributário oferecido pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1 – INSTITUIÇÃO DO PIS E COFINS NA IMPORTAÇÃO. 1.1 – Regras Constitucionais de Regência. 1.2 – Origem do PIS e da COFINS-Importação. 2 – ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI Nº 10.865/2004. 2.1 – O fato gerador. 2.2 – A base de cálculo. 2.3 – Possibilidade de compensação na base de cálculo do PIS e da COFINS não cumulativas. 3 – CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional n.º 42 autorizou a criação de contribuições sobre a importação, tendo o Poder Executivo Federal editado a Medida Provisória n.º 164 para instituir a contribuição para os programas de integração social e de formação do patrimônio do servidor público incidente na importação de produtos estrangeiros ou serviços – PIS/PASEP – Importação e a contribuição para o financiamento da

seguridade social devida pelo importador de bens estrangeiros ou serviços do exterior – COFINS – Importação.

A mencionada Medida Provisória inovou a disciplina jurídica do PIS/PASEP e da COFINS que, até então, incidiam apenas sobre a receita (faturamento total) e não sobre as despesas dos contribuintes, tendo sido convertida na Lei n.º 10.865, em 30 de abril de 2004.

Surgiram, assim, diversos questionamentos de ordem formal e material acerca da constitucionalidade da Lei n.º 10.865, vista como um todo, e sobre alguns aspectos pontuais, como a base de cálculo dessas contribuições e a possibilidade de compensação conferida às pessoas jurídicas sujeitas a sistemática do PIS e da COFINS não cumulativa. Por esse motivo, surgiu nosso interesse sobre o assunto em tela.

A metodologia utilizada foi a consulta bibliográfica, a seleção e a análise de jurisprudência no intuito de sincronizar os posicionamentos doutrinários com a prática forense.

Na sistematização, este artigo foi dividido em dois capítulos.

No primeiro, faz-se um breve exame sobre a instituição dessas contribuições. Inicialmente, destacamos os aspectos constitucionais autorizadores de suas criações, e, em seguida, tratamos da origem da Lei n.º 10.865/2006, primordial para uma melhor compreensão do tema.

No segundo capítulo, trazemos as principais controvérsias que envolvem a constitucionalidade e a abrangência do PIS e da COFINS - Importação.

Enfim, na conclusão, procura-se fazer um exame crítico dos pontos estudados à vista dos princípios constitucionais, havendo tomada de posicionamento sobre os mesmos.

Por derradeiro, é de bom alvitre recordar que o presente trabalho não objetiva resolver o problema suscitado, mas tão somente, contribuir para a discussão em torno da matéria e colaborar para outras pesquisas e estudos.

1 - INSTITUIÇÃO DO PIS E DA COFINS IMPORTAÇÃO

1.1 - Regras Constitucionais de Regência

Apesar de prevista no art. 239 da Constituição Federal, a opinião majoritária considera o PIS/PASEP uma contribuição para a seguridade social, pois se sujeita ao regramento jurídico estabelecido no art. 195 e possui sua arrecadação direcionada para financiar o programa do seguro desemprego, benefício a cargo da seguridade social.¹

A COFINS é uma contribuição embasada no art. 195, I 'b' da Constituição Federal, e incide sobre o faturamento ou a receita. O produto de sua cobrança integra o orçamento da seguridade social, sendo de competência da Secretaria da Receita Federal sua arrecadação, fiscalização e lançamento (art. 33 da Lei n.º 8.212/91).

Um aspecto importante é o fato dessas contribuições terem sido estabelecidas com base no inc. IV do art. 195, acrescido pela Emenda Constitucional n.º 42. Em relação às contribuições criadas com base nos três primeiros incisos do artigo em questão, é dispensada a necessidade de Lei Complementar, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURÍDICAS. Lei n. 7.689, de 15.12.88. I. - Contribuições para-fiscais: contribuições sociais, contribuições de intervenção e contribuições corporativas. C.F., art. 149. Contribuições sociais

¹ ALEXANDRINO, Marcelo ; PAULO, Vicente. *Direito tributário na constituição e no STF*. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004. p. 48 e MARTINS, Marcelo Guerra. *Impostos e contribuições federais*. Rio de Janeiro, Renovar, 2004. p. 454.

de seguridade social. C.F., arts. 149 e 195. As diversas espécies de contribuições sociais. II. - A contribuição da Lei 7.689, de 15.12.88, e uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição. **As contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, Lei Complementar. Apenas a contribuição do parágrafo 4.º do mesmo art. 195 e que exige, para a sua instituição, Lei Complementar, dado que essa instituição deveria observar a técnica da competência residual da União (C.F., art. 195, parágrafo 4.º; C.F., art. 154, I).** Posto estarem sujeitas a Lei Complementar do art. 146, III, da Constituição, porque não são impostos, não há necessidade de que a Lei Complementar defina o seu fato gerador, base de cálculo e contribuintes (C.F., art. 146, III, "a"). III. - Adicional ao imposto de renda: classificação desarrazoada. IV. - Irrelevância do fato de a receita integrar o orçamento fiscal da União. O que importa e que ela se destina ao financiamento da seguridade social (Lei 7.689/88, art. 1.º). V. - Inconstitucionalidade do art. 8.º, da Lei 7.689/88, por ofender o princípio da irretroatividade (C.F., art. 150, III, "a") qualificado pela inexigibilidade da contribuição dentro no prazo de noventa dias da publicação da Lei (C.F., art. 195, parágrafo 6.º). Vigência e eficácia da Lei: distinção. VI. - Recurso Extraordinário conhecido, mas improvido, declarada a inconstitucionalidade apenas do artigo 8.º da Lei 7.689, de 1988. (RE 138284 / CE, Relator (a): Min. CARLOS VELLOSO, Julgamento: 01/07/1992, Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO, p. DJ 28-08-1992) (Grifos nossos).

Ocorre que o § 4º do art. 195 prevê que para a instituição de outras contribuições para a seguridade que incidam sobre bases econômicas diferentes das já arroladas no mesmo

artigo (nos três primeiros incisos originais), é preciso que sejam estabelecidas por Lei Complementar, além de serem não cumulativas e terem fatos geradores e bases de cálculo diferentes das demais.²

A grande controvérsia é se o constituinte derivado poderia acrescentar outra fonte de custeio para a seguridade social - um novo inciso - ao art. 195, e, dessa maneira, não se submeter ao disposto no §4º deste artigo, notadamente, no referente à exigência de Lei Complementar para sua criação.

Assim, argumenta-se que as contribuições em comento constituem novos tributos, os quais, por força do disposto no § 4º do art. 195 da Constituição Federal, somente poderiam ser exigidos por Lei Complementar e jamais por Medida Provisória ou mesmo Lei Ordinária.³

Dispõe, ainda, o art. 146, III, a, da Carta Magna que cabe à Lei Complementar a definição de tributos, bem como, os elementos que compõem sua hipótese tributária. Com efeito, o estabelecimento dessas contribuições deveria ter ocorrido por Lei Complementar, pois esta só é dispensável nos incisos originariamente previstos no art. 195, sendo a Emenda Constitucional, instituidora de outras hipóteses para exclusão dessa obrigatoriedade, nitidamente inconstitucional por afrontar as cláusulas pétreas, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal em relação ao extinto IPMF, *verbis*:

EMENTA: - Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisório

² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito tributário na constituição e no STF*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 48.

³ FIGUEIREDO, Adriana Stamato de. PIS e COFINS na importação. Aspectos controvertidos da MP n.º 164/04. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 241, 5 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4908>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

rio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, "b", e VI, "a", "b", "c" e "d", da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivado, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). 2. (...) 3. Em conseqüência, e inconstitucional, também, a Lei Complementar n. 77, de 13.07.1993, sem redução de textos, nos pontos em que determinou a incidência do tributo no mesmo ano (art. 28) e deixou de reconhecer as imunidades previstas no art. 150, VI, "a", "b", "c" e "d" da C.F. (arts. 3., 4. e 8. do mesmo diploma, L.C. n. 77/93). 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, para tais fins, por maioria, nos termos do voto do Relator, mantida, com relação a todos os contribuintes, em caráter definitivo, a medida cautelar, que suspendera a cobrança do tributo no ano de 1993. (ADI 939 / DF, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, Relator (a): Min. SYDNEY SANCHES, Julgamento: 15/12/1993, Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO, p. DJ 18-03-1994) (Grifos nossos).

Dessa maneira, o Executivo e o próprio Legislativo, na ânsia de aumentar a arrecadação estatal, esqueceram que os direitos dos contribuintes estão protegidos por cláusula pétrea e que mesmo Emendas Constitucionais podem ser declaradas pela Suprema Corte como inconstitucionais quando infringirem tais direitos.

1.2 - Origem do PIS e da COFINS - Importação

Dando continuidade a uma série de mudanças introduzidas na legislação tributária nacional, o Poder Executivo Federal editou a Medida Provisória n.º 164, de 29 de janeiro de 2004, que instituiu a contribuição para os programas de integração social e de formação do patrimônio do servidor público incidente na importação de produtos estrangeiros ou serviços - PIS/PASEP - Importação e a contribuição para o financiamento da seguridade social devida pelo importador de bens estrangeiros ou serviços do exterior - COFINS - Importação. Criada na esteira da Emenda Constitucional n.º 42, de 30 de dezembro de 2003, que autorizou a criação das citadas contribuições sobre a importação, inovou, assim, a disciplina jurídica do PIS/PASEP e da COFINS que, até então, incidiam apenas sobre a receita (faturamento total) e não sobre as despesas dos contribuintes.⁴

O objetivo dessa incidência, de acordo com a própria Secretaria da Receita Federal, foi promover a isonomia entre os produtos e serviços importados com os nacionais, que são sujeitos à tributação. Convertida na Lei n.º 10.865/04, de 30 de abril de 2004, esta teve algumas variações em relação à escrita original da Medida Provisória n.º 164, notadamente, na tentativa de driblar uma inconstitucionalidade que já estava sendo denunciada pela doutrina, relativa à base de cálculo dessas contribuições, conforme será visto mais adiante.⁵

⁴ FERRAZ, Diogo. Aspectos controvertidos do PIS - Importação e da COFINS - Importação. Lei n.º 10.865/04 (MP n.º 164/04). *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5744>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

⁵ FIGUEIREDO, Adriana Stamato de. PIS e COFINS na importação. Aspectos controvertidos da MP n.º 164/04. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 241, 5 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4908>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

No intuito de se esquivarem dessa exação, inúmeros contribuintes ingressaram na Justiça requerendo a suspensão da exigibilidade das referidas cobranças sob a alegação de inconstitucionalidade da Lei n.º 10.865/2004. Nesse diapasão, os Tribunais Federais vêm se manifestando da seguinte forma:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ILEGIBILIDADE DO CARIMBO DE PROTOCOLO. CULPA EXCLUSIVA DA SECRETARIA DO TRIBUNAL. RECEBIMENTO DO RECURSO. PIS/PASEP-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. LEI 10.865/2004. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR DENEGADA. - (...) Na hipótese, não se vislumbra a inconstitucionalidade formal ou material da Lei n.º 10.865/2004, que instituiu as contribuições para o custeio da seguridade social denominadas PIS - Importação e COFINS - Importação com esteio no art. 195, IV, da Constituição Federal na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.º 42/2003. - Prevalece no nosso ordenamento jurídico a presunção de constitucionalidade das Leis e dos atos normativos, de sorte que a sua inconstitucionalidade somente deve ser declarada em sede de liminar quando patente a sua incompatibilidade com o texto constitucional, o que não é o caso dos autos.- Agravo de instrumento desprovido e agravo regimental prejudicado. (TRF - QUINTA REGIAO, AG 58263/CE Órgão Julgador: Primeira Turma, Data da decisão: 17/02/2005 DJ - Data::14/03/2005 - Página::705 - N.º::49, Relator(a) Desembargador Federal Francisco Wildo) (Grifos nossos)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. MEDIDA LIMINAR

EM MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI 1.533/51. I- Há tese jurídica sustentável pela constitucionalidade da Lei n.º 10.865/2004, no que tange à exigência dos tributos PIS e COFINS incidentes sobre as operações de importação de bens e serviços, nos exatos termos do art. 195, VI, da Constituição Federal; II- (...). (TRF - SEGUNDA REGIÃO, AGTAG 131824/RJ, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 07/12/2004, DJU DATA:17/12/2004 PÁGINA: 276, JUIZ GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA) (Grifos nossos)

“AGRAVO. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE SENTENÇA EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 7º, I, DA LEI 10.865/04. PIS-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. EFEITO MULTIPLICADOR. LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEI S. - As Lei s gozam da presunção de constitucionalidade, razão pela qual a suspensão dos seus efeitos por sentença, resultando na liberação de mercadorias importadas, só se justifica em caso de ofensa flagrante e incontroversa à Carta Magna.(...). (TRF - QUARTA REGIÃO, AGVSS - AGRAVO NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Processo: 200404010259824 UF: PR Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL, Data da decisão: 25/11/2004 DJU DATA:08/12/2004 PÁGINA: 277, Relator(a) VLADIMIR FREITAS) (Grifos nossos)

Notamos, dessa maneira, que os Tribunais não vêm acolhendo a tese da inconstitucionalidade da cobrança do PIS e da COFINS - Importação, sendo o cerne do problema, e ob-

No intuito de se esquivarem dessa exação, inúmeros contribuintes ingressaram na Justiça requerendo a suspensão da exigibilidade das referidas cobranças sob a alegação de inconstitucionalidade da Lei n.º 10.865/2004. Nesse diapasão, os Tribunais Federais vêm se manifestando da seguinte forma:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ILEGIBILIDADE DO CARIMBO DE PROTOCOLO. CULPA EXCLUSIVA DA SECRETARIA DO TRIBUNAL. RECEBIMENTO DO RECURSO. PIS/PASEP-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. LEI 10.865/2004. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. LIMINAR DENEGADA. - (...) Na hipótese, não se vislumbra a inconstitucionalidade formal ou material da Lei n.º 10.865/2004, que instituiu as contribuições para o custeio da seguridade social denominadas PIS - Importação e COFINS - Importação com esteio no art. 195, IV, da Constituição Federal na redação que lhe deu a Emenda Constitucional n.º 42/2003. - Prevalece no nosso ordenamento jurídico a presunção de constitucionalidade das Leis e dos atos normativos, de sorte que a sua inconstitucionalidade somente deve ser declarada em sede de liminar quando patente a sua incompatibilidade com o texto constitucional, o que não é o caso dos autos.- Agravo de instrumento desprovido e agravo regimental prejudicado. (TRF - QUINTA REGIAO, AG 58263/CE Órgão Julgador: Primeira Turma, Data da decisão: 17/02/2005 DJ-Data::14/03/2005 - Página::705 - N.º::49, Relator(a) Desembargador Federal Francisco Wildo) (Grifos nossos)

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. MEDIDA LIMINAR

EM MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO CABIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI 1.533/51. I- Há tese jurídica sustentável pela constitucionalidade da Lei n.º 10.865/2004, no que tange à exigência dos tributos PIS e COFINS incidentes sobre as operações de importação de bens e serviços, nos exatos termos do art. 195, VI, da Constituição Federal; II- (...). (TRF - SEGUNDA REGIÃO, AGTAG 131824/RJ, Órgão Julgador: QUINTA TURMA, Data da decisão: 07/12/2004, DJU DATA:17/12/2004 PÁGINA: 276, JUIZ GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA) (Grifos nossos)

“AGRAVO. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE SENTENÇA EM MANDADO DE SEGURANÇA. ART. 7º, I, DA LEI 10.865/04. PIS-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. EFEITO MULTIPLICADOR. LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEI S. - As Lei s gozam da presunção de constitucionalidade, razão pela qual a suspensão dos seus efeitos por sentença, resultando na liberação de mercadorias importadas, só se justifica em caso de ofensa flagrante e incontroversa à Carta Magna.(...). (TRF - QUARTA REGIÃO, AGVSS - AGRAVO NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA Processo: 200404010259824 UF: PR Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL, Data da decisão: 25/11/2004 DJU DATA:08/12/2004 PÁGINA: 277, Relator(a) VLADIMIR FREITAS) (Grifos nossos)

Notamos, dessa maneira, que os Tribunais não vêm acolhendo a tese da inconstitucionalidade da cobrança do PIS e da COFINS - Importação, sendo o cerne do problema, e ob-

reto de diversos questionamentos, determinados aspectos ins-tituídos na mencionada Lei, como veremos a seguir.

2 - ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA LEI 10.865/2004

2.1 - O Fato Gerador

O art. 1º da Lei n.º 10.865 declara que as contribuições incidirão sobre a importação de produtos estrangeiros (PIS/PASEP) ou a importação de bens estrangeiros e serviços do exterior, no caso da COFINS. Observa-se que esses serviços podem ser prestados por pessoa física ou pessoa jurídica residente ou domiciliada no exterior, e deverão ser executados no país ou no exterior, desde que nessa última hipótese o resultado se verifique no Brasil.

Parte da doutrina impugna esse preceito legal argumentando que não há fundamento para a cobrança dessas contribuições nos serviços que forem realizados fora no país, porque, dessa maneira, o tributo estaria alcançando fatos que não ocorreram no território nacional. Em contrapartida, há entendimentos no sentido que não cabe perquirir a tributação do serviço prestado no exterior já que se este for desenvolvido integralmente fora do Brasil só poderá ser aqui tributado se o resultado se verificar neste país, ou seja, se a utilidade do aludido serviço for usufruída em território nacional.⁶

Vale referir que essa discussão é semelhante à existente atualmente em relação ao Imposto sobre Serviços, o qual, a partir da edição da Lei Complementar n.º 116/03 passou também a incidir sobre a importação de serviços.

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. ISS sobre Importação de Serviços no Exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 100, p. 39-51, jan.2004.

Inicialmente, para a ocorrência dessa cobrança, é essencial saber o que será considerado resultado para tornar possível a determinação de quando um serviço executado no exterior será tributado por essas contribuições. Na Lei não há qualquer esclarecimento a respeito, trazendo sérias dificuldades na sua aplicação prática, pois, por certo, haverá determinadas situações em que a identificação de onde e quando se verificou o resultado do serviço será bastante complicada.⁷

É evidente que se a atividade desempenhada em outro país não chegar a produzir nenhum resultado no Brasil não há que se falar em incidência do tributo, pois, tratar-se-á de uma atividade alheia ao nosso território. Porém, se o serviço prestado fora do Brasil, trouxer alguma utilidade ou proveito à pessoa situada na jurisdição nacional, será possível a cobrança das respectivas contribuições.

Em relação ao Imposto de Renda, a Lei Complementar n.º 104, de 10 de janeiro de 2001, acrescentou ao art. 43 do Código Tributário Nacional a possibilidade de tributação de receita ou de rendimentos vindos do exterior. Porém, em relação a esse imposto, a Constituição exige expressamente no art. 153, § 2º, que ele seja informado pelos princípios da universalidade e da generalidade, ou seja, o mesmo deve incidir sobre todas as pessoas que possuam capacidade econômica e sobre todos os rendimentos auferidos a qualquer título pelo contribuinte.

Na realidade, o objetivo da inclusão dos serviços que foram prestados no exterior como hipótese de incidência dessas contribuições, além de aumentar a arrecadação, foi encarecer os serviços desenvolvidos fora do país, estimulando a utilização da mão de obra nacional, sendo, também, uma questão de política fiscal.

⁷ FIGUEIREDO, Adriana Stamato de. PIS e COFINS na importação. Aspectos controvertidos da MP n.º 164/04. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 241, 5 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4908>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

O fato gerador dessas exações, previsto no art. 3º da Lei em estudo, ocorrerá com a entrada dos referidos bens no território nacional, ou o pagamento, crédito, entrega, emprego ou a remessa de valores a residentes ou domiciliados no exterior como contraprestação por serviço prestado. No art. 4º, § único, da Lei n.º 10.865/04 é disposto, ainda, que o fato gerador será considerado ocorrido, mesmo no caso de despacho de bens importados sob regime suspensivo de tributação do Imposto de Importação, o que indica uma inclinação do fisco a tributar, inclusive, as importações realizadas sob o regime de admissão temporária.⁸

Nesses casos, a tributação na entrada desses bens feriria o princípio da capacidade contributiva, pois não revelaria qualquer nova riqueza ou acréscimo patrimonial por parte do importador, já que tais bens não são incorporados ao seu patrimônio, sendo importados apenas para que neles sejam prestados alguns serviços ou que sejam expostos ao público durante determinado período, sendo, posteriormente, devolvidos aos seus proprietários no exterior.

Em suma, constatamos que se parte do serviço for desenvolvida no Brasil a cobrança dessas contribuições não causa maiores problemas, pois haverá uma prestação de serviços ocorrida em nosso território. Todavia, se a atividade for integralmente prestada no exterior, a autoridade fazendária terá sérias dificuldades de analisar a realização e a utilidade do resultado para o contribuinte nacional, o que poderá gerar inúmeras demandas judiciais para esclarecimento da tributação no caso concreto.

⁸ FERRAZ, Diogo. Aspectos controvertidos do PIS - Importação e da COFINS - Importação. Lei n.º 10.865/04 (MP n.º 164/04). *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5744>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

2.2 - A Base de Cálculo

Em relação a base de cálculo, é importante frisar que o art. 7º, I, da Medida Provisória n.º 164/04 previa que na importação de bens, seria “o valor aduaneiro que servir ou que serviria de base de cálculo do imposto de importação, acrescido do montante desse imposto, do ICMS devido e do valor das próprias contribuições”. Tendo em vista a grande rejeição que essa disposição recebeu por parte da doutrina, a Lei de conversão n.º 10.865 teve a redação do referido artigo alterada, para excluir a parcela referente ao Imposto de Importação.

Não obstante essa manobra, alega-se que o legislador não obteve êxito, pois a própria Constituição Federal no art. 149, §2º, III, ‘a’ define que a base de cálculo para as contribuições incidentes sobre as operações de importação corresponderá ao valor aduaneiro, e um conceito preexistente e solidificado não pode ser livremente modificado ou distorcido conforme os interesses da Fazenda Nacional, segundo imposição expressa do art. 110 do Código Tributário Nacional.⁹

Com efeito, analisando o art. 77 do Decreto n.º 4.543 de 26/12/02, também conhecido como Regulamento Aduaneiro, observamos que integra o valor aduaneiro: o custo de transporte da mercadoria importada até o porto ou o aeroporto alfandegado de descarga ou o ponto de fronteira alfandegado onde devam ser cumpridas as formalidades de entrada no território aduaneiro, bem como os gastos relativos à carga, à descarga e ao manuseio, associados ao transporte da mercadoria importada, até a chegada aos locais referidos no inciso I e o custo do seguro da mercadoria durante as operações referidas nos incisos I e II.

⁹ FERRAZ, Diogo. Aspectos controvertidos do PIS - Importação e da COFINS - Importação. Lei n.º 10.865/04 (MP n.º 164/04). *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5744>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

Assim, o valor instituído pela Lei que disciplinou a incidência do PIS e da COFINS- Importação como base de cálculo das referidas contribuições é bem mais abrangente que o valor aduaneiro considerado para os demais tributos nas relações internacionais.

Irresignados com esse alargamento do conceito do valor aduaneiro, os contribuintes buscaram no Judiciário uma definição para esse problema. Todavia, a jurisprudência ainda não é uníssona nessa questão, estando a mesma, inclusive, sendo objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal. Considerando a impossibilidade da extensão do valor aduaneiro, selecionamos os julgados a seguir:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA A SEGURIDADE SOCIAL. PIS-IMPORTAÇÃO. COFINS-IMPORTAÇÃO. LEI 10.865/04. ART. 7º. LEI COMPLEMENTAR. DESNECESSIDADE. ANTERIORIDADE. ART. 246 DA CF. VALOR ADUANEIRO. CONCEITO CONSTITUCIONAL. ART. 149, § 2º, I, A, DA CF/88. INCONSTITUCIONALIDADE. – Desnecessária a edição de Lei Complementar, eis que, em havendo expresse suporte constitucional decorrente da EC n.º 42/03, o exercício da competência tributária prevista no inciso IV do art. 195 pudesse dar através de Lei ordinária. A exigência de Lei Complementar só existe para contribuições de seguridade social não previstas no texto constitucional, instituídas no exercício da competência residual de que trata o art. 195, § 4º, da Constituição. – O prazo da anterioridade tem início com a edição da Medida Provisória que institui ou majora ou tributo e não a contar da data de publicação da sua Lei de conversão. – A norma contida no art. 246 impede a regulamentação por Medida Provisória apenas daqueles pontos do texto constitucional que tiveram alterações até setembro de 2001,

data de publicação da Emenda n.º 32/01. – O art. 7º da Lei 10.865/04, ao fixar a base de cálculo do PIS/PASEP Importação e da COFINS – Importação, extrapolou o conceito constitucional de valor aduaneiro, definindo-o como se pudesse abranger, também, na importação de bens, o ICMS devido na importação e o montante das próprias contribuições. – Violação ao art. 149, § 2º, I, a, da CF. – Suscitado incidente de arguição de inconstitucionalidade”. (TRF- QUARTA REGIÃO, AC - APELAÇÃO CIVEL Processo: 200472050033141 UF: SC Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 27/09/2005 DJU DATA:19/10/2005 PÁGINA: 930 Relator(a) LEANDRO PAULSEN) (Grifos nossos)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. PIS-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. CRIAÇÃO POR EMENDA CONSTITUCIONAL. BASE DE CÁLCULO. ALTERAÇÃO DO CONCEITO DE VALOR ADUANEIRO FIRMADO PELO GATT. INOBSERVÂNCIA DO TRATADO INTERNACIONAL. POSSIBILIDADE. Entrada de mercadoria através do sistema de leasing. afastamento, da base de cálculo, do valor do ICMS que seria devido, se não houvesse a isenção legislador constituinte, ainda que derivado, pode criar espécies tributárias novas que, quando regulamentadas, pode o legislador infraconstitucional deixar de observar os conceitos e leitos pelos tratados e convenções internacionais, como é o caso do GATT, que elegeu conceito próprio de valor aduaneiro. **na entrada de mercadoria, no território nacional, através de arrendamento mercantil, não deve compor a base de cálculo o valor que seria devido a título de ICMS**, uma vez considerada a isenção deste nas importações pelo sistema de leasing. agravo regimental improvido.” (TRf - QUINTA REGIAO, AGA - Agravo

Regimental no Agravo de Instrumento - 56153 Processo: 200405000145800 UF: CE, Órgão Julgador: Quarta Turma, Data da decisão: 22/06/2004 DJ - Data: 15/09/2004 - Página: 981 Relator(a) Desembargador Federal Lazaro Guimarães) (Grifos nossos)

Em sentido contrário, admitindo a possibilidade de inclusão do ICMS e das próprias contribuições no cálculo para apuração das mesmas, já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. PIS-IMPORTAÇÃO E COFINS-IMPORTAÇÃO. VALOR ADUANEIRO. TRATADO INTERNACIONAL. LEI N.º 10.865/04. 1. (...) 2. É a posição firme do STF que os Tratados são recepcionados pela ordem jurídica pátria no mesmo espaço destinado à legislação infraconstitucional, como elas devendo amoldar-se ao texto constitucional. Não há falar, pois, em supremacia ou em hierarquia superior aos tratados em relação às Leis regularmente elaboradas. 3. Não há qualquer mácula ao PIS-Importação e COFINS-Importação, já que a Lei n.º 10.865/04 veio regulamentar o § 2º do art. 149 da CRFB/88, trazendo a lume o que é “valor aduaneiro” para as contribuições sociais de que trata, as quais, por sua vez, podem ou não ter a mesma base de cálculo de outros tributos. (TRF QUARTA REGIÃO, AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 200404010333970 UF: RS, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 06/10/2004 DJU DATA: 27/10/2004 PÁGINA: 540 Relator(a) MARIA LÚCIA LUZ LEI RIA) (Grifos nossos)

Na Suprema Corte, o julgamento do recurso sobre a inclusão do ICMS na base de cálculo da COFINS, iniciado em

24 de agosto de 2006, foi suspenso em decorrência do pedido de vistas do Ministro Gilmar Mendes. O relator, Ministro Marco Aurélio, em seu voto, destacou que o valor correspondente ao ICMS não revela medida de riqueza apanhada pela expressão constante do art. 195, I, 'b', da Carta Magna. Salientou, ainda, que a COFINS só pode incidir sobre o faturamento, que significa o somatório dos valores das operações negociais realizadas, excluindo qualquer valor diverso de sua respectiva base de cálculo, sob pena de infringir o princípio da razoabilidade. Ao final, votou no sentido de não se incluir na base de cálculo da contribuição - faturamento - o valor correspondente ao ICMS. No mesmo sentido votaram a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Sepúlveda Pertence. Em sentido contrário, votou o Ministro Eros Grau. Após a vista do Ministro Gilmar Mendes, ainda restam votar a Ministra Ellen Gracie e Celso de Mello.

Vislumbramos, assim, que apesar de existir uma tendência para a exclusão do valor pago ao ICMS e das próprias contribuições de suas bases de cálculo, o assunto ainda não é pacífico nos Tribunais Federais, sendo relevante destacar que, até a presente data, não houve pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal a esse respeito.

Além disso, o dispositivo apresenta uma outra situação, agora de ordem matemática, que podemos chamar de, no mínimo, confusa, como tentaremos explicar na seqüência.

Já tivemos oportunidade de verificar que a citada Lei estabelece a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS incidentes sobre a importação de mercadorias e bens. Porém, a legislação do tributo estadual prevê a inclusão do valor das contribuições para o cálculo do ICMS na importação.¹⁰

¹⁰ SILVA, Matheus Simões Gonçalves da. Inconstitucionalidades da Medida Provisória n.º 164, de 29/01/2004. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 302, 5 mai. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5152>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

Assim, enquanto a Lei do ICMS determina que o valor das contribuições seja incluído em sua base de cálculo, a Lei que instituiu o PIS e a COFINS-Importação prevê que o valor do ICMS esteja compreendido em suas bases de cálculos, ou seja, para se calcular o valor do ICMS é necessário saber o valor das contribuições e vice-versa, o que inviabiliza que seja feita a apuração tanto do ICMS, quanto do PIS e da COFINS incidentes na importação.

Na opinião de Kiyoshi, essa sistemática trata-se de uma maneira “perversa e enrustida” de calcular a quantia de cada tributo, pois qualquer aumento do ICMS reflete imediatamente no valor do PIS e da COFINS a ser pago e vice-versa. Exemplifica, dito autor, que a elevação da alíquota da COFINS, pela Lei n.º 10.833/03, acarretou imediato aumento do ICMS que, por sua vez, majorou novamente o valor da COFINS a ser pago, porque ela incide, também, sobre o valor do ICMS, além de incidir sobre si própria, sendo uma “loucura generalizada, um verdadeiro samba do crioulo doido”.¹¹

Neste ponto, devemos lembrar que os tributos não são meios de sanção e, igualmente, não devem ter efeitos confiscatórios, devendo, sempre que possível, obedecerem ao princípio da capacidade contributiva.¹²

O fato é que a Constituição Federal, ao autorizar a incidência de contribuições sobre a importação, explicitou que ela teria como base de cálculo o valor aduaneiro, que corresponde ao valor da transação comercial, acrescido das demais parcelas autorizadas pelo Regulamento Aduaneiro. Portanto, a

¹¹ HARADA, Kiyoshi. Tributos. Cultura da nebulosidade. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 293, 26 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5121>>. Acesso em: 06 abr. 2006.

¹² PARISI, Fernanda Drummond. Das inconstitucionalidades das novas contribuições PIS e COFINS sobre a importação. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 510, 29 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5930>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

aludida Lei quando estabeleceu as parcelas a serem pagas do ICMS e das próprias contribuições como integrantes da base de cálculo, instituiu um valor aduaneiro específico para as ditas operações, além de dificultar, sobremaneira, a sistemática de apuração das mesmas.

Ademais, o cálculo na forma como fixado na Lei é de-veras prejudicial ao contribuinte, pois estabelece uma espécie de efeito cascata, se o ICMS aumentar, majora as contribuições, que por sua vez elevam o ICMS, e, assim, sucessivamente, ofendendo, de forma evidente, o princípio constitucional do não - confisco.

2.3 - A Possibilidade de compensação na base de cálculo do PIS e da COFINS não cumulativas

O art. 15, da Lei n.º 10.865/04 estabelece que as pessoas jurídicas submetidas à apuração não cumulativa do PIS/PASEP e da COFINS poderão descontar crédito, para fins de determinação dessas contribuições, em relação às importações sujeitas ao pagamento das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS - Importação.

Ocorre que, de acordo com o art. 8º, II, da Lei n.º 10.637/02 e o art. 10, II, da Lei n.º 10.833/03, as pessoas jurídicas tributadas pelo Imposto de Renda com base no lucro presumido continuam sujeitas à sistemática cumulativa do PIS/PASEP e da COFINS, de maneira, que essa possibilidade de compensação não alcança essas empresas, além das instituições financeiras, hospitais, empresas de telecomunicações, dentre outras.

Em relação à diferença de tratamento entre as empresas que declaram o Imposto de Renda com base no lucro real e as que utilizam o lucro presumido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já decidiu que não ofende ao princípio da isonomia, *verbis*:

Assim, enquanto a Lei do ICMS determina que o valor das contribuições seja incluído em sua base de cálculo, a Lei que instituiu o PIS e a COFINS-Importação prevê que o valor do ICMS esteja compreendido em suas bases de cálculos, ou seja, para se calcular o valor do ICMS é necessário saber o valor das contribuições e vice-versa, o que inviabiliza que seja feita a apuração tanto do ICMS, quanto do PIS e da COFINS incidentes na importação.

Na opinião de Kiyoshi, essa sistemática trata-se de uma maneira “perversa e enrustida” de calcular a quantia de cada tributo, pois qualquer aumento do ICMS reflete imediatamente no valor do PIS e da COFINS a ser pago e vice-versa. Exemplifica, dito autor, que a elevação da alíquota da COFINS, pela Lei n.º 10.833/03, acarretou imediato aumento do ICMS que, por sua vez, majorou novamente o valor da COFINS a ser pago, porque ela incide, também, sobre o valor do ICMS, além de incidir sobre si própria, sendo uma “loucura generalizada, um verdadeiro samba do crioulo doido”.¹¹

Neste ponto, devemos lembrar que os tributos não são meios de sanção e, igualmente, não devem ter efeitos confiscatórios, devendo, sempre que possível, obedecerem ao princípio da capacidade contributiva.¹²

O fato é que a Constituição Federal, ao autorizar a incidência de contribuições sobre a importação, explicitou que ela teria como base de cálculo o valor aduaneiro, que corresponde ao valor da transação comercial, acrescido das demais parcelas autorizadas pelo Regulamento Aduaneiro. Portanto, a

¹¹ HARADA, Kiyoshi. Tributos. Cultura da nebulosidade. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 293, 26 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5121>>. Acesso em: 06 abr. 2006.

¹² PARISI, Fernanda Drummond. Das inconstitucionalidades das novas contribuições PIS e COFINS sobre a importação. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 510, 29 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5930>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

aludida Lei quando estabeleceu as parcelas a serem pagas do ICMS e das próprias contribuições como integrantes da base de cálculo, instituiu um valor aduaneiro específico para as ditas operações, além de dificultar, sobremaneira, a sistemática de apuração das mesmas.

Ademais, o cálculo na forma como fixado na Lei é de veras prejudicial ao contribuinte, pois estabelece uma espécie de efeito cascata, se o ICMS aumentar, majora as contribuições, que por sua vez elevam o ICMS, e, assim, sucessivamente, ofendendo, de forma evidente, o princípio constitucional do não - confisco.

2.3 - A Possibilidade de compensação na base de cálculo do PIS e da COFINS não cumulativas

O art. 15, da Lei n.º 10.865/04 estabelece que as pessoas jurídicas submetidas à apuração não cumulativa do PIS/PASEP e da COFINS poderão descontar crédito, para fins de determinação dessas contribuições, em relação às importações sujeitas ao pagamento das contribuições para o PIS/PASEP e a COFINS - Importação.

Ocorre que, de acordo com o art. 8º, II, da Lei n.º 10.637/02 e o art. 10, II, da Lei n.º 10.833/03, as pessoas jurídicas tributadas pelo Imposto de Renda com base no lucro presumido continuam sujeitas à sistemática cumulativa do PIS/PASEP e da COFINS, de maneira, que essa possibilidade de compensação não alcança essas empresas, além das instituições financeiras, hospitais, empresas de telecomunicações, dentre outras.

Em relação à diferença de tratamento entre as empresas que declaram o Imposto de Renda com base no lucro real e as que utilizam o lucro presumido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já decidiu que não ofende ao princípio da isonomia, *verbis*:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. PIS-IMPORTAÇÃO. COFINS-IMPORTAÇÃO. LEI N.º 10.865/2004. RECOLHIMENTO. BASE DE CÁLCULO. VALOR ADUANEIRO. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. COMPENSAÇÃO. DEPÓSITO JUDICIAL.

1. As modificações efetivadas pela EC n.º 42/2004 no art. 195 e incisos da CF/88 autorizam o recolhimento do PIS e da COFINS na importação. 2. A sistemática de recolhimento do imposto de renda com base no lucro real diferente daquela com base no lucro presumido não ofende o princípio da isonomia e, aderindo o contribuinte a esta última, submete-se a suas regras próprias. (...)" (TRF-QUARTA REGIÃO, Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO, Processo: 200404010446533 UF: RS, Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data da decisão: 16/02/2005, DJU DATA:02/03/2005 PÁGINA: 297 Relator(a) ALVARO EDUARDO JUNQUEIRA) (Grifos nossos).

Por outro lado, argumenta-se que apesar do art. 195, § 9º da Constituição Federal ter previsto que o legislador ordinário poderia distinguir alíquotas ou bases de cálculo do PIS e da COFINS em razão da atividade econômica desenvolvida pela empresa e/ou utilização intensiva de mão de obra, não autorizou critério diferenciador com base no regime de tributação adotado. Ademais, na legislação do Imposto de Renda, o art. 14, da Lei n.º 9.718/98, elege um rol de empresas que são obrigadas a adotarem a apuração pelo lucro real, sendo manifestamente inconstitucional só conferir direito ao crédito dessas contribuições às empresas que se submetem à sistemática do PIS e da COFINS não cumulativas.¹³

¹³ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.p. 13-14.

Alega-se, dessa maneira, que esta situação desrespeita o princípio da isonomia, protegido pelo art. 150, II, da Constituição Federal, pois privilegia os contribuintes submetidos à sistemática não cumulativa das contribuições "normais" para o PIS/PASEP e COFINS, que apesar de terem a carga tributária aumentada, podem utilizar créditos para minorar o referido aumento, em detrimento daqueles que estão impedidos legalmente de utilizar tal crédito.¹⁴

Além disso, a própria sistemática não-cumulativa do PIS e da COFINS, instituída sob o fito de desonerar a cadeia produtiva, deve ser analisada com certa desconfiança, pois, em alguns casos, representa um efetivo aumento na carga tributária. O legislador, quando vedou ao contribuinte a utilização do direito ao crédito em algumas situações que deveriam ser consideradas nesse cálculo, como p.ex., as despesas administrativas e de vendas, acabou elevando a carga tributária, porque o contribuinte é obrigado a manter esses gastos para realizar sua atividade operacional, e não seria justo não ter direito ao crédito sobre esses valores.¹⁵

Dessa maneira, por certo, haverá diversos questionamentos no Judiciário na tentativa de estender o direito ao crédito dessas contribuições às demais pessoas não beneficiadas pelo teor da Lei n.º 10.865, tendo como fundamento principal a quebra do princípio da isonomia.

¹⁴ FERRAZ, Diogo. Aspectos controvertidos do PIS - Importação e da COFINS - Importação. Lei n.º 10.865/04 (MP n.º 164/04). *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5744>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

¹⁵ NIEHUES, Amauri Sebastião. Aspectos constitucionais da nova Cofins à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 675, 11 mai. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6703>>. Acesso em: 06 abr. 2006.

3 - CONCLUSÃO

A Lei Ordinária n.º 10.865/04 que disciplinou a incidência do PIS e da COFINS na importação, apesar de ter fundamento na Constituição Federal, contém uma série de aspectos de constitucionalidade duvidosa.

Primeiramente, analisando o aspecto formal, vimos que legislador pátrio, ao invés de editar uma Lei Complementar nos moldes do art. 154, I, da Constituição Federal para a instituição dessas contribuições, se utilizou uma artimanha bastante questionável para se livrar dessa exigência. Por meio de uma Emenda Constitucional acrescentou um novo inciso ao art. 195, para legitimar suas exigências por simples Lei Ordinária.

Porém, agindo dessa maneira, esqueceu que os direitos dos contribuintes estão protegidos por cláusula pétreia e que até mesmo Emendas Constitucionais podem ser declaradas pela Suprema Corte como inconstitucionais quando violarem tais direitos.

Passando a análise dos aspectos materiais do PIS e da COFINS- Importação observamos que a mencionada Lei instituiu como fato gerador o serviço realizado parcialmente ou integralmente no exterior, desde que no último caso seu resultado ocorra no território nacional.

É evidente que se parte do serviço for realizada no Brasil a cobrança dessas contribuições não causa maiores problemas, pois haverá uma prestação de serviços desenvolvida em nosso território. Todavia, se a atividade ocorrer no exterior, a autoridade fazendária terá sérias dificuldades para analisar a realização e a utilidade do resultado para o contribuinte nacional, o que poderá gerar inúmeras demandas judiciais para esclarecimento da tributação no caso concreto.

Além disso, ao instituir o valor que serviria como base de cálculo para as contribuições em análise, o legislador criou

um mecanismo próprio para apurar a quantia devida, acrescentando ao valor aduaneiro, a importância devida a título de ICMS e das próprias contribuições.

Porém, a Constituição Federal quando autorizou a incidência de contribuições sobre a importação explicitou que ela teria como base de cálculo o valor aduaneiro, que corresponde ao valor da transação comercial, acrescido das demais parcelas autorizadas pelo Regulamento Aduaneiro. Logo, a citada Lei, no momento que estabeleceu as parcelas a serem pagas do ICMS e das próprias contribuições como integrantes da base de cálculo, instituiu um valor aduaneiro específico para essas operações, além de dificultar a sistemática de apuração das mesmas.

Não podemos esquecer, nesse momento, que o Código Tributário Nacional expressamente proíbe que a legislação tributária modifique conceito e/ou definições já sedimentadas em nosso ordenamento jurídico.

Ademais, o cálculo, na forma como fora fixado na Lei, é deveras prejudicial ao contribuinte, pois estabelece uma espécie de efeito cascata, se o ICMS aumentar, majora as contribuições, que por sua vez elevam o ICMS, e, assim, sucessivamente, ofendendo, de forma evidente, o princípio constitucional do não - confisco.

Merece destaque, ainda, a possibilidade conferida às pessoas jurídicas sujeitas a tributação não cumulativa do PIS e da COFINS compensarem o valor pago a título do PIS e da COFINS na importação.

Nesse caso, ao atribuir esse direito apenas a uma parcela de contribuintes, a Lei n.º 10.865/2004 ofendeu diversos princípios constitucionais, notadamente, o da isonomia.

Dessa maneira, considerando as disposições constitucionais atinentes à problemática, *data maxima venia*, concluímos que para constitucionalidade da cobrança das contribuições do PIS e da COFINS - Importação seria necessário, pri-

meiro, que se editasse uma Lei Complementar disciplinando suas estruturas, e que nessa nova Lei se realizasse uma série de ajustes em relação ao regime atual, em especial, excluindo de suas bases de cálculo o valor relativo ao ICMS e o das próprias contribuições, bem como conferindo o direito à eventual compensação a todos os sujeitos passivos que forem contribuintes do PIS e da COFINS.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito tributário na constituição e no STF**. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2004.

COELHO, Sacha Calmom Navarro. **Curso de direito tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FERRAZ, Diogo. Aspectos controvertidos do PIS - Importação e da COFINS - Importação. Lei n.º 10.865/04 (MP n.º 164/04). **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5744>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

FIGUEIREDO, Adriana Stamato de. PIS e COFINS na importação. Aspectos controvertidos da MP n.º 164/04. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 241, 5 mar. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4908>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

HARADA, Kiyoshi. Tributos. Cultura da nebulosidade. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 293, 26 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5121>>. Acesso em: 06 abr. 2006.

MACHADO, Fernando Bicca. A sistemática da não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 860, 10 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7513>>. Acesso em: 13 abr. 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MARTINS, Marcelo Guerra. **Impostos e contribuições federais**. Rio de Janeiro, Renovar, 2004.

MELO, José Eduardo Soares de. **A importação no direito tributário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NIEHUES, Amauri Sebastião. Aspectos constitucionais da nova Cofins à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 675, 11 mai. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6703>>. Acesso em: 06 abr. 2006.

PAULA, Rodrigo Francisco de. Ensaio sobre as contribuições do sistema constitucional tributário: enfoque a partir da teoria dos tributos vinculados e não-vinculados e da esquematização formal da regra-matriz de incidência. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 1012, 9 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8218>>. Acesso em: 11 abr. 2006.

PARISI, Fernanda Drummond. Das inconstitucionalidades das novas contribuições PIS e COFINS sobre a importação. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 510, 29 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5930>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. ISS sobre Importação de Serviços no Exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário*. N.º 100, janeiro de 2004, pp. 39-51. São Paulo: Dialética, 2004.

SILVA, Matheus Simões Gonçalves da. Inconstitucionalidades da Medida Provisória n.º 164, de 29/01/2004. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 8, n. 302, 5 mai. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5152>>. Acesso em: 30 mar. 2006.

Legislação:

BRASIL, Código Tributário Nacional.

BRASIL, Constituição do Brasil de 1988.

BRASIL, Decreto n.º 4.543, de 26 de dezembro de 2002.

BRASIL Lei Complementar n.º 104, de 10 de janeiro de 2001.

BRASIL, Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991.

BRASIL, Lei n.º 10.637, de 30 de dezembro de 2002.

BRASIL, Lei n.º 10.833, de 29 de dezembro de 2003.

BRASIL, Lei n.º 10.865, de 30 de abril de 2004.

BRASIL, Medida Provisória n.º 164, de 29 de janeiro de 2004.

Jurisprudência:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RE 138284 / CE, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator (a): Min. Carlos Velloso, Julgamento: 01/07/1992, p. DJ 28-08-1992.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 939 / DF, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Relator (a): Min. Sydney Sanches, Julgamento: 15/12/1993, p. DJ 18-03-1994.

BRASIL, Tribunal Regional Federal - 5ª Região, AG 58263/CE, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator(a) Desembargador Federal Francisco Wildo, Data da decisão: 17/02/2005 DJ - Data::14/03/2005 - p. 705 - N.º:49.

BRASIL Tribunal Regional Federal - 2ª Região, AGTAG 131824/RJ, Órgão Julgador: Quinta Turma, Relator: Juiz Guilherme Calmon Nogueira Da Gama, Data da decisão: 07/12/2004, DJU Data:17/12/2004 - p. 276.

BRASIL Tribunal Regional Federal - 4ª Região, AGVSS - Agravo Na Suspensão De Segurança Processo: 200404010259824 UF: PR Órgão Julgador: Corte Especial, Relator (a) Vladimir Freitas, Data da decisão: 25/11/2004, DJU Data: 08/12/2004 - p. 277.

BRASIL Tribunal Regional Federal - 4ª Região, AC - Apelação Cível Processo: 200472050033141 UF: SC Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator (a) Leandro Paulsen Data da decisão: 27/09/2005 DJU Data: 19/10/2005 - p. 930.

BRASIL Tribunal Regional Federal – 4ª Região, AG Processo: 200504010249227 UF: PR Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator (a) Alvaro Eduardo Junqueira, Data da decisão: 24/08/2005 DJU Data: 14/09/2005 – p. 555.

BRASIL, Tribunal Regional Federal – 5ª Região, AGA - Agravo Regimental no Agravo de Instrumento - 56153 Processo: 200405000145800 UF: CE, Órgão Julgador: Quarta Turma, Relator (a) Desembargador Federal Lazaro Guimarães, Data da decisão: 22/06/2004 DJ - Data: 15/09/2004 – p. 981.

BRASIL Tribunal Regional Federal – 4ª Região, AG - Agravo De Instrumento, Processo: 200404010333970 UF: RS, Órgão Julgador: Primeira Turma Relator (a) Maria Lúcia Luz Leiria, Data da decisão: 06/10/2004, DJU Data: 27/10/2004 – p. 540.

BRASIL Tribunal Regional Federal – 4ª Região: AG - Agravo De Instrumento, Processo: 200404010446533 UF: RS, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator (a) Alvaro Eduardo Junqueira, Data da decisão: 16/02/2005, Dju Data: 02/03/2005 – p. 297.

COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: EFICÁCIA RESCISÓRIA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FUNDADOS NO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC¹

Maurício Barboza de Melo

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP. Pós-Graduando *latu sensu* em Direito Constitucional, Tributário e Administrativo pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Advogado.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO. 2 – COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E AS DIVERSAS CORRENTES ACERCA DO TEMA. 3 – (IN)CONSTITUCIONALIDADE E ALICANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 3.1 – Medida Provisória: Via Inadequada para Legislar sobre Direito Processual Civil. 4 – DIREITO INTERTEMPORAL E A INAPLICABILIDADE DO DISPOSITIVO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 741 DO CPC ÀS SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA. 5 – NECESSIDADE DE EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE DO STF EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO. 6 – CONCLUSÕES.

¹ Trabalho apresentado para avaliação da disciplina Justiça Tributária II, ministrada pelo Professor Jackson Borges de Araújo, no Curso de Pós-Graduação *latu sensu* em Direito Constitucional, Tributário e Administrativo da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE

1 - INTRODUÇÃO

No presente trabalho, o que propomos é uma breve investigação acerca do alcance e do sentido do disposto no art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil que, com a redação determinada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, tratou de expressamente consignar que nos casos de embargos à execução que versem sobre a inexigibilidade do título, esses serão assim considerados quando o título judicial estiver fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal².

O estudo da regra em questão mostra-se importante uma vez que sua aplicação proporciona a desconstituição da coisa julgada, princípio constitucional consagrado entre os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e informador da segurança das relações jurídicas, característica marcante do estado democrático de direito.

O dispositivo em análise foi instituído por medidas provisórias, sucessivamente reeditadas até a Emenda Constitucional nº 32, que tiveram por principal objetivo conceber ainda mais privilégios ao Poder Público em juízo.

De proêmio põe-se a séria questão da constitucionalidade formal da inovação, por haver sido veiculada através de medida provisória, já que a Emenda Constitucional nº 32, que lhe é posterior, veiculou expressa proibição de medidas provisórias versarem sobre matéria processual (art. 62, §1º, I, b, da CF/88).

De outro lado, a que se realizar o estudo da regra em confronto com o princípio constitucional da coisa julgada.

² "Art. 741. Na execução fundada em título judicial, os embargos só poderão versar sobre:

[...]

II - inexigibilidade do título; [...]"

2 - COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E AS DIVERSAS CORRENTES ACERCA DO TEMA

Há polêmica a respeito da inovação legislativa - inaugurada via medida provisória - tanto na doutrina quanto na jurisprudência. De plano, existem aqueles que simplesmente consideram inconstitucional por ofensa ao princípio da coisa julgada³, que no entendimento dos autores estaria em posição hierárquica mais elevada do que outros princípios constitucionais, inclusive o da supremacia da constituição, o que para nós não parece, *data venia*, verdadeiro, uma vez que, por questão simplesmente lógica, este último é o pressuposto de validade para a sobreposição da Carta Magna - e por conseqüência os princípios nela insculpidos - aos demais atos normativos.

Outra corrente, dando máxima prevalência ao princípio da supremacia da Constituição, considera insuscetível de execução qualquer sentença tida por inconstitucional, independentemente do modo como tal inconstitucionalidade se apresenta ou da existência de pronunciamento do STF a respeito, seja em controle difuso, seja em controle concentrado. Os argumentos dos que defendem essa concepção podem ser assim resumidos, segundo a lição de Humberto Theodoro Júnior⁴:

[...] a inconstitucionalidade não é fruto da declaração direta em ação constitutiva especial, decorre da simples desconformidade do ato estatal com a Constituição.

³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 8. ed., São Paulo: RT, 2004. p. 1156; DALLAZEM, Dalton Luiz. Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. *Revista Dialética de Direito Processual*, p. 14-21

⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. A Reforma do Processo de Execução e o Problema da Coisa Julgada Inconstitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 89, p. 94-95, jan./jun.2004.

O STF apenas reconhece abstratamente e com efeito *erga omnes* na ação direta especial. Sem essa declaração, contudo, a invalidade do ato já existe e se impõe a reconhecimento do judiciário a qualquer tempo e em qualquer processo onde se pretenda extrair-lhe os efeitos incompatíveis com a Carta Magna. A manter-se a restrição proposta, a coisa julgada, quando não for manejável a ação direta, estará posta em plano superior ao da própria Constituição, ou seja a sentença dispendo conta o preceito magno afastará a soberania da Constituição e submeterá o litigante a um ato de autoridade cujo respaldo único é a *res judicata*, mesmo que em desacordo com o preceito constitucional pertinente. A ação direta junto ao STF jamais foi a única via para evitar os inconvenientes da inconstitucionalidade. No sistema de controle difuso vigorante no Brasil, todo juiz ao decidir qualquer processo se vê investido no poder de controlar a constitucionalidade da norma ou ato cujo cumprimento se postula em juízo. No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, está credenciado a recusar execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado.

Registre-se que o posicionamento consubstanciado nos argumentos acima elencados, apesar da consistência, em verdade, acabam por conferir aos embargos à execução uma eficácia rescisória muito maior que a prevista no parágrafo único do art. 741 do CPC, já que se assim pudesse ser deveria o instituto buscar apoio não no regramento infraconstitucional analisado, mas diretamente na Constituição Federal de 1988. Além disso, ao se admitir a ineficácia das sentenças em tão amplos domínios, restaria violado o próprio princípio da coisa julgada – que também tem fundamento constitucional –,

bem como comprometer-se-ia um dos escopos primordiais do processo, o da pacificação social mediante eliminação da controvérsia, eis que se daria oportunidade à permanente renovação do questionamento judicial de lides já decididas.

Acatar o posicionamento liderado por Humberto Theodoro seria, ainda, dar ensejo a que qualquer juiz, simplesmente invocando a inconstitucionalidade, negasse execução a qualquer sentença, inclusive as proferidas por órgãos judiciários hierarquicamente superiores, propiciando a perene instabilidade do julgado⁵. Aliás, a crítica é do professor Barbosa Moreira⁶ que exemplifica:

Suponhamos que um juiz esteja convencido da incompatibilidade entre certa sentença e a Constituição, ou da existência, naquela, de injustiça intolerável, se considere autorizado a decidir em sentido contrário. Fatalmente sua própria sentença ficará sujeita à crítica da parte agora vencida, a qual não deixará de considerá-la, por sua vez, inconstitucional ou intoleravelmente injusta. Pergunta-se: que impedirá esse litigante de imputar em juízo a segunda sentença, e outro juiz achar possível submetê-la ao crivo de seu próprio entendimento? O óbice concebível seria o da coisa julgada; mas, se ele pode ser afastado em relação à primeira sentença, porque não poderá sê-lo em relação à segunda?

Por oportuno, ressalte-se que há entre as duas citadas correntes aqueles que defendem a constitucionalidade do dis-

⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à Execução com Eficácia Rescisória: Sentido e Alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. *Revista de Processo*, n. 125, p. 79-91, jul. 2005.

⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a Chamada 'relativização' da coisa julgada material. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 22, p. 108-109.

positivo buscando dar-lhe alcance compatível com seu enunciado. Mesmo entre esses últimos, contudo, há divergências. Isso porque uns sustentam que a inexigibilidade do título executivo judicial seria invocável apenas nas restritas hipóteses em que houvesse precedente do STF em controle concentrado de constitucionalidade declarando a inconstitucionalidade do preceito normativo aplicado pela sentença. Outros vêm no texto normativo um domínio maior, abarcando não apenas as situações referidas, mas também quando a sentença exequianda der aplicação a preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF em controle difuso e suspenso por resolução do Senado e também quando a sentença exequianda nega aplicação a preceito normativo declarado inconstitucional via controle direto.

3 – (IN)CONSTITUCIONALIDADE E ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 – Medida Provisória: via inadequada para legislar sobre Direito Processual Civil

Inicialmente, cumpre a realização de uma análise mais aprofundada dos aspectos que circundaram a edição da medida provisória responsável pela introdução da regra disposta no parágrafo único do art. 741 do CPC.

É cediço que as medidas provisórias constituem, no âmbito da Carta Magna, um instrumento marcado pelo caráter da excepcionalidade, conjugando-se os pressupostos da relevância e da urgência.

Nenhum desses requisitos estão presentes no caso de se legislar sobre direito processual civil, embora alguns possam, em interpretação extremamente ampliativa, identificar o da relevância. Mas sob nenhuma ótica pode se considerar urgen-

te a ponto de se dispensar a apreciação da matéria pelo legislador ordinário.

Não se desconhece que o instituto das medidas provisórias vinha sendo utilizado extensivamente, em franco desafio à definição constitucional e aos pressupostos respectivos, constitucionalmente exigidos. Sabe-se, igualmente, que a repressão judicial desses reiterados abusos tem sido utilizada apenas em casos de flagrante “excesso do poder de legislar”, porque a presença, em cada caso, dos mesmos pressupostos, é matéria posta inteiramente à discricionariedade da autoridade presidencial.

Ocorre que – com vistas a pôr cobro não apenas à edição indiscriminada de atos assim, mas também ao uso desbragado do lamentável expediente das reedições – foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 32/2001, que emprestou nova redação ao art. 62 da *Lex Mater*.

Como se vê, por meio da EC n.º 32/2001 apenas se materializou, melhor dizendo, constitucionalizou-se as limitações que a doutrina e a jurisprudência pátrias já impunham à desenfreada e abusiva edição de medidas provisórias pelo Governo. Significa que a edição de medida provisória em direito processual, mesmo antes da EC 32/2001, já era manifestamente rejeitada pelos aplicadores do direito, ante a frontal inobservância dos requisitos da relevância e urgência.

Por isso, cabe acrescentar que – malgrado essas dificuldades – consideramos que a matéria da inadequação formal merece, neste caso, uma atenção especial. E isso precisamente porque, aqui, o instrumentó foi utilizado não só para alterar direito processual, mas também para lesar direito individual (coisa julgada) inserido no campo imodificável da Carta Magna (CF, art. 60, § 4º).

A legislação processual, até mesmo na mais superficial análise a que venha a ser submetida, não apresenta, sobremaneira, a necessária relevância e urgência a justificar o desvio do

meio constitucional hábil à sua alteração, a lei ordinária, pela via estreita da medida provisória. Apenas diante de tal fato já seriam inconstitucionais todas as alterações legislativas (em direito processual) advindas da MP 2.180-35/01, pois oriundas de fonte viciada. Tanto é que a própria Emenda Constitucional n.º 32/01 vedou a utilização de medida provisória como meio de reforma da legislação processual, assim como se depreende da nova redação dada ao art. 62 da CF.

Oportuno registrar, ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre a impossibilidade de se legislar em matéria processual via medida provisória, nos autos da ADIMC - 1.753-2/DF (onde se questionou a ampliação do prazo decadencial - de 2 para 5 anos - para proposição de ação rescisória por pessoa jurídica de direito público), cuja relatoria foi atribuída ao Min. Sepúlveda Pertence. Acompanhe-se:

1. Medida Provisória - excepcionalidade de censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa.

Assim, demonstrado o "excesso de poder de legislar", tem-se que a regra do art. 10 da Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, ao legislar sobre direito processual civil, acrescentando o parágrafo único ao art. 741 do CPC, violou flagrantemente os pressupostos constitucionais da relevância e da urgência, ambos previstos na redação do art. 62 da CF.

4 - DIREITO INTERTEMPORAL E A INAPLICABILIDADE DO DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC ÀS SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO ANTERIORMENTE À SUA VIGÊNCIA

Não obstante nosso posicionamento acerca da inconstitucionalidade formal do art. 10 da Medida Provisória n.º 2.180-35, de 24 de agosto de 2001 (que acrescentou o parágrafo único ao artigo 741 do CPC), não é possível simplesmente ignorar a regra ou tê-la por inadmissível, haja vista a existência de copiosa jurisprudência posicionando-se pela aplicação da regra.

Nesse sentido, cumpre destacar alguns dos aspectos relativos à aplicabilidade da regra, seja aos processos em curso, seja às demandas a serem ajuizadas. Sendo norma de natureza processual tem aplicação imediata, alcançando os processos em curso.

Contudo, como todas as normas infraconstitucionais, também ela está sujeita à cláusula do art. 5º, XXXVI da Constituição Federal de 1988, segundo a qual "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada." Em observância a essa garantia, na há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativamente às sentenças cujo trânsito julgado tenha ocorrido em data anterior a vigência da MP n.º 2180-35/2001. É que nesses casos há, em favor do beneficiado pela sentença, o direito adquirido de preservar a coisa julgada com a higidez própria do regime processual da época em que foi formada, e que não previa a sua rescisão por via de embargos.

A relevantíssima questão do direito intertemporal foi tratada, com a costumeira proficiência, pelo Ministro José Delgado⁷, que assim se posicionou sobre o tema:

⁷ In Pontos Polêmicos das Ações de Indenização de Áreas Naturais Protegidas - Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais. *Revista de Processo*, n. 103, p. 9-36, jul./set.2001.

O que a Carta Política inadmitte é a irretroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença de que já não caiba mais recurso.

De outra parte, qualquer alteração no instituto mesmo da coisa julgada, determinando seu enfraquecimento ou dilargando as hipóteses onde se admite o ataque ao julgado, não incide no que pertine às sentenças já transitadas em julgado, visto que também, neste particular, rege a lei vigorante ao tempo em que o trânsito em julgado se deu. (...)

O fator tempo tem sua importância para definir a caracterização da coisa julgada, importância essa que é relativa e que produz o mencionado efeito em face de duas circunstâncias: o esgotamento das vias recursais permitidas pelo ordenamento jurídico ou o conformismo da parte vencida por não se pronunciar no prazo devido contra a condenação que lhe foi imposta.

Ora, é extrema de dúvidas que se o título judicial era exequível há época do seu trânsito em julgado, qualquer modificação – ainda que afete o próprio instituto da coisa julgada – não pode atingi-lo, inclusive em face das regras de direito intertemporal, que consolidam o regime da coisa julgada no momento do trânsito em julgado da decisão, apresentando-se como ato jurídico inatacável a partir de tal momento.

Também nesse sentido colhe-se recente decisão monocrática da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence⁸ onde, ao negar seguimento a recurso extraordinário, reconhece expressamente a impossibilidade de aplicação do dispositivo introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001 aos títulos executivos judiciais formados anteriormente à sua vigência. Confira-se:

⁸ RE 477630/RS, Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27.04.2006, DJ 16.05.2006, p. 67

DECISÃO : RE, a, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (f. 55): 'EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. APELAÇÃO. ALEGAÇÃO DE INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC (MP Nº 2.180-35, DE 24-08-2001). 1. Sem adentrar na questão da inconstitucionalidade do art. 741, § único, do CPC, objeto da ADIN nº 2418-DF, este Tribunal tem entendido o seguinte: a) a lei processual civil em comento não pode ser aplicada aos títulos executivos judiciais formados anteriormente à sua vigência; b) em relação às situações formadas após a vigência da lei precitada, a aplicação do dispositivo só se dará quando o título exequendo se formar posteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal que retiraria a exigibilidade do título, em respeito ao ordenamento jurídico como um todo.

2. Inaplicável o disposto no art. 741, parágrafo único, do CPC (redação da MP 2.180-35/2001), no caso em apreço, em que o título executivo judicial transitou em julgado anteriormente à vigência do dispositivo citado, bem como antes da publicação do acórdão do Plenário do STF, contrário à tese por ele adotada.

3. Apelação desprovida'.

Aduz que o acórdão recorrido ao afastar a aplicação do art. 741, parágrafo único do CPC, – o qual dispõe que o título executivo judicial decorrente de sentença que deu interpretação incompatível com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal é inexigível – violou o art. 5º, XXXVI, da Constituição.

É inviável o RE. A controvérsia, de ordem processual, versa sobre a exigibilidade do título executivo judicial a teor do parágrafo único do art. 741 do CPC introduzido pela MP nº 2.180-35/2001. A pretensa ofensa ao

sentenças, para estabelecer que, sendo elas, além de inconstitucionais, também contrárias a precedente da Corte Suprema, ficam sujeitas a rescisão por via de embargos, dispensada a ação rescisória própria.

Como é cediço, o controle de constitucionalidade repressivo exercido pelo Poder Judiciário efetiva-se tanto da forma concentrada (via direta), quanto da forma difusa (via indireta).

Com relação ao controle difuso (ou incidental), é permitido a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar, no caso concreto, a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição da República. Por outro lado, o controle concentrado (ou abstrato) de constitucionalidade só pode ser feito pelo Supremo Tribunal Federal, independentemente da existência de um caso concreto (ou seja, pode ser feito em face de ato normativo em tese).

Essa distinção entre as espécies de controle de constitucionalidade repressivo judiciário é de suma importância para nosso estudo, tendo em vista os exclusivos efeitos que delas se irradiam.

Realmente. No controle difuso, a questão da (in)constitucionalidade é decidida *incidenter tantum*, quer dizer, não é o objeto principal da lide. Daí porque os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, apesar de serem *ex tunc* (retroativos), só se operam entre as partes litigantes naquele feito. A única hipótese de se irradiar os efeitos da decisão do caso concreto para outros processos é aquela prevista na CF (art. 52, X), que é assim elucidada por Alexandre de Moraes¹¹:

A Constituição Federal, porém, previu um mecanismo de ampliação dos efeitos da declaração incidental de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

¹¹ In *Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo : Atlas, 2001.

(CF, art. 52, X). Assim, ocorrendo essa declaração, conforme já visto, o Senado Federal poderá editar uma resolução suspendendo a execução, no todo ou em parte, da lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, que terá efeitos erga omnes, porém, *ex tunc*, ou seja, a partir da publicação da citada resolução senatorial.

O poder de “suspensão” do Senado é discricionário, ou eminentemente político, não estando sujeito a prazo para apreciar a questão, e sua decisão não retroage (efeitos *ex nunc*).

Diferentemente, do controle difuso, no controle concentrado a decisão de (in)constitucionalidade produzirá efeitos retroativos (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*). A importância dada a esta espécie de controle é tamanha que o legislador preocupou-se em limitar a legitimação ativa das pessoas para suscitarem a questão junto ao Pretório Excelso (art. 103 da CF e Lei n.º 9.868/99), evitando-se a banalização do instituto. O exercício do controle concentrado pode ser feito em ação declaratória de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, possibilitando que o STF defina a interpretação conforme a Constituição, com ou sem redução do texto analisado.

Feitas essas breves considerações, passa-se a cotejá-las com o parágrafo único do art. 741 do CPC, que apresenta a seguinte redação:

Parágrafo Único - Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexecutável o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.”