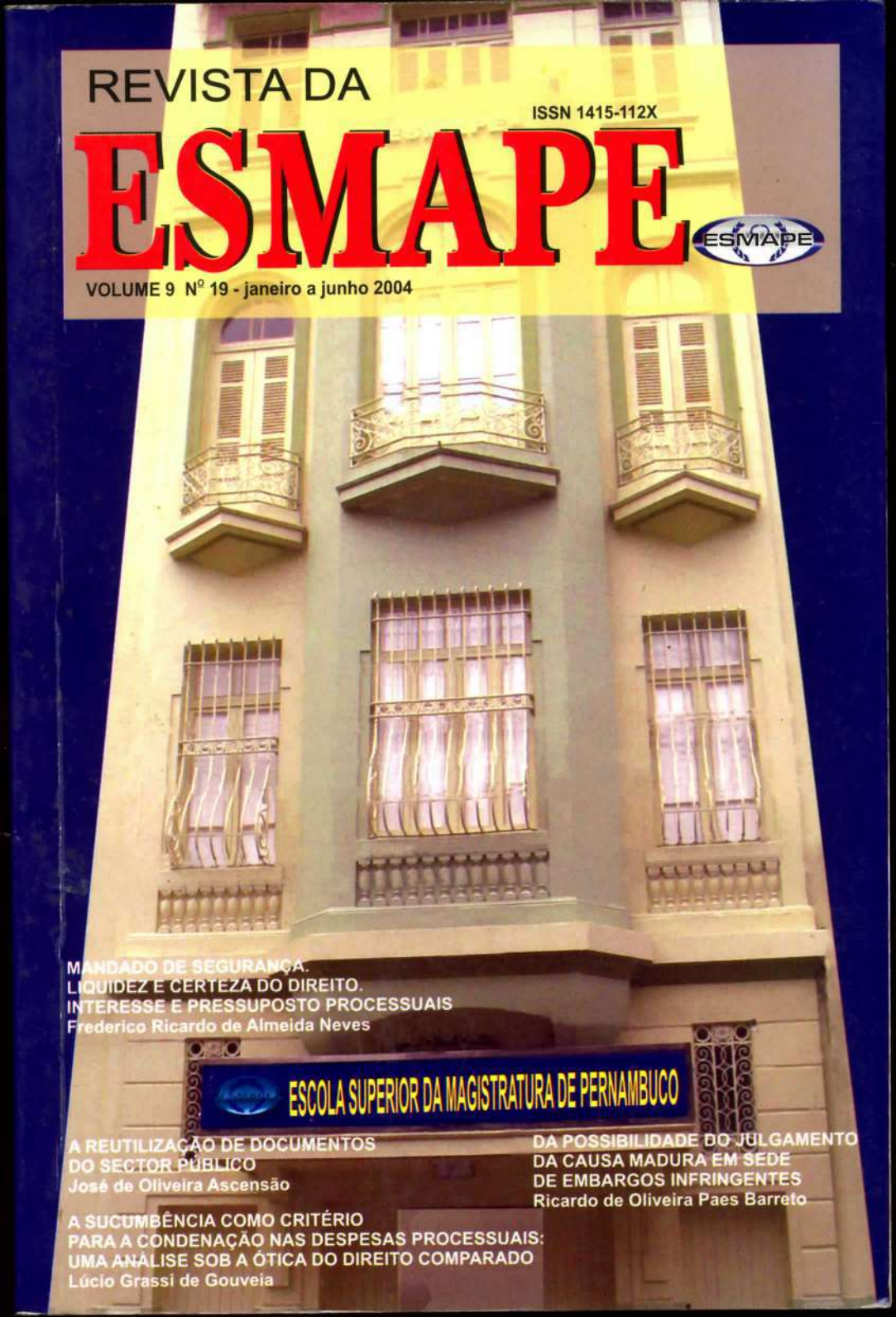
REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE

VOLUME 9 Nº 19 - janeiro a junho 2004



MANDADO DE SEGURANÇA.
LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO.
INTERESSE E PRESSUPOSTO PROCESSUAIS
Frederico Ricardo de Almeida Neves

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

A REUTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS DO SECTOR PÚBLICO
José de Oliveira Ascensão

DA POSSIBILIDADE DO JULGAMENTO DA CAUSA MADURA EM SEDE DE EMBARGOS INFRINGENTES
Ricardo de Oliveira Paes Barreto

A SUCUMBÊNCIA COMO CRITÉRIO PARA A CONDENAÇÃO NAS DESPESAS PROCESSUAIS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO
Lúcio Grassi de Gouveia

A REVISTA DA ESMAPE recebe artigos, pareceres, decisões, sentenças, acórdãos e outros trabalhos jurídicos que atendam as seguintes exigências:

1. Serem inéditos.

2. Digitados em *word for windows*, fonte 12, espaço 1 1/2 e conterem no máximo 20 (vinte) laudas. Os trabalhos devem vir acompanhados de disquete 3 1/2 e sumário.

3. As notas de rodapé não deverão ultrapassar o total de 5 (cinco) por página e as referências bibliográficas, apresentadas no final de cada trabalho, devem obedecer às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT/2000 (6023/2000).

4. O nome completo do autor, endereço e telefone, bem como, um resumo curricular de no máximo 10 (dez) linhas, deverão constar no final do trabalho.

Os originais selecionados pela Comissão Editorial serão submetidos à correção ortográfica e gramatical, podendo ser alterados, com a prévia autorização do autor.

Os trabalhos não serão devolvidos e devem ser remetidos à: Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE – Revista da Esmape – Comissão Editorial, situada na Rua Imperador Pedro II, 221 - Santo Antonio - Recife-PE. CEP: 50010-240 ou revistadaesmape@esmape.com.br

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO
Rua Imperador Pedro II, n.º 221 – Santo Antônio – Recife - PE. CEP.: 50010-240
Site: http://www.esmape.com.br

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO – ESMAPE

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

DIRETORIA

Des JOSÉ FERNANDES DE LEMOS
Diretor

Juiz JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA
Supervisor

Juíza BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS
Coordenadora de Pesquisa e Divulgação Científica e Cultural

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

Juiz SÍLVIO ROMERO BELTRÃO
Coordenador do Curso de Preparação à Magistratura

Juiz ANDRÉ VICENTE PIRES ROSA
Juiz JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO
Coordenadores de Eventos Científicos e Culturais e da Assessoria Jurídica Virtual

Juiz CARLOS FREDERICO GONÇALVES DE MORAES
Juiz SAULO FABIANNE DE MELO FERREIRA
Coordenadores de Comunicação Social

Juiz ROBERTO DA SILVA MAIA
Coordenador de Prática Jurídica Cível em Serviço e em Sala de Aula

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

Juiz ANTÔNIO CARLOS ALVES DA SILVA
Coordenador de Aperfeiçoamento de Servidores

JOSINA DE SÁ LEITÃO
Secretária do Curso de Preparação à Magistratura

JOSÉ ROBERTO FERREIRA MARQUES
Secretário de Administração, Patrimônio e Finanças

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

ISSN 1415-112X

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO

Volume 9 – Número 19
janeiro/junho – 2004

REVISTA DA ESMAPE

Recife Semestral

© Copyright by ESMAPE

ESMAPE - BIBLIOTECA
Tomb. FA 20040107
Local P-01
Ch. 00001355 E

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

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

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

Capa: *Sede da Esmape*

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

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

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

Tiragem: *1000 exemplares*
SOLICITA-SE PERMUTA/EXCHANGE DISUED/ON DEMANDÉ ÉCHANGE

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

Produção Gráfica:
EDIÇÕES BAGAÇO LTDA.
Rua dos Arcos, 150 – Poço da Panela
Recife/PE – CEP 52061.180
Tels./Fax: (81) 3441.0132/3441.0133/ 3441.0134
E-mail: bagaco@bagaco.com.br
www.bagaco.com.br

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

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

Jos/ESMAPE CDD 340.05

Impresso no Brasil • Printed in Brazil • 2004

CORPO DOCENTE

Curso de Preparação à Magistratura

DIREITO CONSTITUCIONAL I
Professor André Régis de Carvalho
Professor Doutor André Vicente Pires Rosa

DIREITO ADMINISTRATIVO I
Procurador João Armando Costa Menezes
Auditor Marcos Antônio Rios da Nóbrega

DIREITO CIVIL I
Juiz Jorge Américo Pereira de Lira

DIREITO PENAL I
Delegado José Durval de Lemos Lins Filho
Juíza Maria Margarida de Souza Fonseca

DIREITO PROCESSUAL CIVIL I
Juiz Sérgio Torres Teixeira
Professor Doutor Lúcio Grassi de Gouveia

DIREITO PROCESSUAL PENAL I
Juíza Stella Maria Mendes Gomes de Sá Leitão
Juiz Adeildo Nunes

DIREITO TRIBUTÁRIO I
Professor Doutor Hélio Silvio Ourem Campos
Advogada Cristiana Pragana Dantas

DIREITO EMPRESARIAL I
Juiz Sílvio Romero Beltrão
Advogado Eduardo Montenegro Serur

ADMINISTRAÇÃO JUDICÍARIA
Juíza Nalva Cristina Barbosa Campello
Juiz José André Barbosa Machado Pinto

DIREITO DA INFORMÁTICA
Juiz Rafael José de Menezes
Advogado Marcelo Tenório

DIREITO PROCESSUAL PENAL II
Juiz Carlos Alberto Berriel Pessanha
Juiz Honório Gomes do Rego Filho

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II
Juiz Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima
Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto

DIREITO CIVIL II
Juiz Rafael José de Menezes
Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

DIREITO PENAL II
Juiz Pedro Odilon de Alencar
Juiz Laiete Jatobá Neto

DIREITO EMPRESARIAL II
Juiz Silvio Romero Beltrão
Advogado Vaudrilo Leal Guerra Curado

DIREITO TRIBUTÁRIO II
Juiz José Viana Ulisses Filho

DIREITO ADMINISTRATIVO II
Auditor Marcos Antônio Rios da Nóbrega
Procurador Fernando José Pereira Araújo

DIREITO CONSTITUCIONAL II
Professor Doutor Francisco Ivo Dantas Cavalcanti
Professora Sabrina Araújo Feitosa Fernandes Rocha
Professora Mayra Andrade Marinho

TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÕES CÍVEIS
Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Juíza Cátia Luciene Laranjeira de Sá Sampaio

DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Juiz Humberto Costa Vasconcelos Júnior
Juiz Luiz Carlos de Barros Figueiredo

DIREITO ELEITORAL
Juiz Mauro Alencar de Barros
Juiz Paulo Henrique Martins Machado

DIREITO PENAL III
Delegado José Durval de Lemos Lins Filho
Procurador Antônio Carlos de V. Coelho Barreto Campello
Juiz Ailton Alfredo de Souza

DIREITO PROCESSUAL CIVIL III
Professor Doutor Alexandre Freire Pimentel
Juiz Ricardo de Oliveira Paes Barreto

DIREITO PROCESSUAL PENAL III
Promotora Patrícia Carneiro Tavares
Juíza Sandra de Arruda Beltrão

TEORIA GERAL DO DIREITO
Professor Emílio Paulo Pinheiro D' Almeida
Professor Ailton Alfredo de Souza

TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DE DECISÕES PENAIS
Juíza Fernanda Moura de Carvalho
Juiz Teodomiro Noronha Cardozo

DIREITO CIVIL III
Juíza Valéria Rúbia Silva Duarte
Des. Leopoldo de Arruda Raposo
Juiz José André Machado Barbosa Pinto
Juiz Eurico Barros

MEDICINA LEGAL
Médico Legista João Carlos Belo da Fonte
Médico Legista Clóvis César de Mendoza

DIREITO DO CONSUMIDOR
Procuradora Rosana Grimberg
Juiz Luiz Mário de Góes Moutinho

RELAÇÃO DOS PROFESSORES DA ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL 2004

METODOLOGIA DA PESQUISA
Professor Doutor João Maurício Adeodato

TEORIA GERAL DO PROCESSO
Professor Doutor Alexandre Freire Pimentel

DIREITO PROCESSUAL CONSTITUCIONAL
Professor Doutor André Vicente Pires Rosa
Professor Doutor Francisco Ivo Dantas Cavalcanti

TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL – Aspectos Processuais
Professor Silvio Romero Beltão

PROCESSO DO CONHECIMENTO
Professor Doutor Lúcio Grassi Gouveia

PROCESSO CAUTELAR
Professor Doutor Hélio Silvio Ourem Campos

PROCESSO DE EXECUÇÃO
Desembargador Frederico Ricardo de Almeida Neves

SISTEMA RECURSAL
Professor João Ferreira Braga

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS I
Professor Ricardo de Oliveira Paes Barreto

DIDÁTICA DE ENSINO SUPERIOR
Juiz Paulo Dias Alcântara

PROCEDIMENTOS ESPECIAIS II
Procurador da República
Francisco Rodrigues dos Santos Sobrinho

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 13

TEORIA

DA PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL
Anamaria Campos Tôrres 23

A NATUREZA MANDAMENTAL NA EXECUÇÃO POR SOMA
Benedito Pereira Filho 37

ASPECTOS GERAIS DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS
Cláudia Oliveira Pachú 73

INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA PARA AS LACUNAS DO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002
Cláudio De Cicco 99

ESTATUTO DO DESARMAMENTO: MEDIDA PROVISÓRIA PODE ADIAR O INÍCIO DE VIGÊNCIA DE NORMA PENAL INCRIMINADORA?
Damásio de Jesus 103

MANDADO DE SEGURANÇA. LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. INTERESSE E PRESSUPOSTO PROCESSUAIS
Frederico Ricardo de Almeida Neves 117

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Hélio Sílvio Ourem Campos 129

A NATUREZA DOS EMBARGOS NO PROCEDIMENTO MONITÓRIO: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO
Isabela Lins Carvalho de Aguiar 149

BIBLIOTECA DA
ESMAPE

UM RESGATE DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A GENIALIDADE DO JURISCONSULTO AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Itamar Dias Noronha Filho 191

DA REDEFINIÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL E SEU EFEITO REVOGADOR EM RELAÇÃO AOS ARTIGOS 15, 194, 262 E 564 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
João Armando Costa Menezes 209

A REUTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS DO SECTOR PÚBLICO
José de Oliveira Ascensão 219

O LEGADO DAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS DA CRIMINALIDADE
José Durval de Lemos Lins Filho 247

O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL – A introdução da teoria da empresa no Direito Comercial Brasileiro pela Lei nº 10.406, de 10.01.2002 (o novo Código Civil Brasileiro) – pressupostos legais para o exercício individual da empresa
José Raimundo dos Santos Costa 263

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DE CIRURGIAS PLÁSTICAS
Luciana Helena Santos 295

A SUCUMBÊNCIA COMO CRITÉRIO PARA A CONDENAÇÃO NAS DESPESAS PROCESSUAIS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO
Lúcio Grassi de Gouveia 317

ALIMENTOS, ÔNUS E ENCARGOS
Maria Berenice Dias 361

O CÓDIGO DE BARRAS COMO MITIGADOR DO DIREITO À INFORMAÇÃO
Maria Carla de Góes Moutinho 367

EXISTE POSSIBILIDADE DE HIERARQUIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS? UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA
Mayra Marinho 403

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Renata Figueirêdo Alves 437

DA POSSIBILIDADE DO JULGAMENTO DA CAUSA MADURA EM SEDE DE EMBARGOS INFRINGENTES
Ricardo de Oliveira Paes Barreto 467

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO: NÃO APLICAÇÃO DE PRECLUSÕES PROCESSUAIS À *REFORMACIO IN MELIUS*
Roberval Rocha Ferreira Filho 481

A HISTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO EM PERNAMBUCO
Rosângela Araújo Viana de Lira 505

O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A TELEOLOGIA DA APLICAÇÃO DA PENA
Teodomiro Noronha Cardozo 543

PÓS-MODERNIDADE, CRISE DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO E CRISE NA LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
Walber de Moura Agra 575

PRÁTICA

SENTENÇA CÍVEL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRATO DE ÊXITO. CONDIÇÃO SUSPENSIVA. DIREITO EVENTUAL.
Jorge Américo Pereira de Lira 613

SENTENÇA DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS
José Viana Ulisses Filho 621

SENTENÇA CÍVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
Luiz Mário de Góes Moutinho 641

DECISÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO. JOGO DE BICHO. PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, DA ISONOMIA E DA EQÜIDADE. AUSÊNCIA DE REPROVABILIDADE SOCIAL DA CONDUTA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.
Paulo Victor Vasconcelos de Almeida 683

ÍNDICE ONOMÁSTICO 693

UM RESGATE DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A GENIALIDADE DO JURISCONSULTO AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Itamar Dias Noronha Filho 191

DA REDEFINIÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL E SEU EFEITO REVOGADOR EM RELAÇÃO AOS ARTIGOS 15, 194, 262 E 564 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
João Armando Costa Menezes 209

A REUTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS DO SECTOR PÚBLICO
José de Oliveira Ascensão 219

O LEGADO DAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS DA CRIMINALIDADE
José Durval de Lemos Lins Filho 247

O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL – A introdução da teoria da empresa no Direito Comercial Brasileiro pela Lei nº 10.406, de 10.01.2002 (o novo Código Civil Brasileiro) – pressupostos legais para o exercício individual da empresa
José Raimundo dos Santos Costa 263

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DE CIRURGIAS PLÁSTICAS
Luciana Helena Santos 295

A SUCUMBÊNCIA COMO CRITÉRIO PARA A CONDENAÇÃO NAS DESPESAS PROCESSUAIS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO
Lúcio Grassi de Gouveia 317

ALIMENTOS, ÔNUS E ENCARGOS
Maria Berenice Dias 361

O CÓDIGO DE BARRAS COMO MITIGADOR DO DIREITO À INFORMAÇÃO
Maria Carla de Góes Moutinho 367

EXISTE POSSIBILIDADE DE HIERARQUIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS? UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA
Mayra Marinho 403

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Renata Figueirêdo Alves 437

DA POSSIBILIDADE DO JULGAMENTO DA CAUSA MADURA EM SEDE DE EMBARGOS INFRINGENTES
Ricardo de Oliveira Paes Barreto 467

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO: NÃO APLICAÇÃO DE PRECLUSÕES PROCESSUAIS À *REFORMACIO IN MELIUS*
Roberval Rocha Ferreira Filho 481

A HISTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO EM PERNAMBUCO
Rosângela Araújo Viana de Lira 505

O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A TELEOLOGIA DA APLICAÇÃO DA PENA
Teodomiro Noronha Cardozo 543

PÓS-MODERNIDADE, CRISE DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO E CRISE NA LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL
Walber de Moura Agra 575

PRÁTICA

SENTENÇA CÍVEL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRATO DE ÊXITO. CONDIÇÃO SUSPENSIVA. DIREITO EVENTUAL.
Jorge Américo Pereira de Lira 613

SENTENÇA DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS
José Viana Ulisses Filho 621

SENTENÇA CÍVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
Luiz Mário de Góes Moutinho 641

DECISÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO. JOGO DE BICHO. PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, DA ISONOMIA E DA EQÜIDADE. AUSÊNCIA DE REPROVABILIDADE SOCIAL DA CONDUTA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.
Paulo Victor Vasconcelos de Almeida 683

ÍNDICE ONOMÁSTICO 693

Apresentação

São dezenove edições em nove anos de publicação, uma média de quatrocentos artigos divulgados dos quase mil que recebemos, solicitações de exemplares das mais diversas instituições de ensino superior do país, de mestres e doutores que fazem a **Revista da ESMAPE** um compromisso estratégico de todos os seus dirigentes, sobrepondo-se às barreiras políticas. Editá-la é, também, contribuir com a tradição do nosso Estado em ser um grande palco literário, sobretudo jurídico.

Somando-se à Revista, que já movimenta a intelectualidade pernambucana, inauguramos um ciclo de palestras com renomados juristas brasileiros, cujos temas objetivam incentivar os juízes a um aprimoramento continuado no âmbito científico-cultural e humanístico.

Novos tempos. Novos desafios. Tornar a Escola Superior da Magistratura de Pernambuco um centro de excelência acadêmica para magistrados e operadores do Direito, depois da aquisição da

nossa sede, é o compromisso da diretoria para o biênio que se iniciou em fevereiro deste ano.

Neste propósito, também, reformulamos a grade curricular do Curso de Preparação à Magistratura, firmamos parceria com a Faculdade Maurício de Nassau para a instalação de cursos de especialização *lato sensu* em Direito Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal, Direito Constitucional, Direito Tributário e Administrativo, além de estarmos investindo na biblioteca, na melhoria das instalações físicas e na contratação de novos professores. Medidas como estas, confirmam que a Esmape vive seu momento áureo.

Des. José Fernandes de Lemos
Diretor

INSTITUIÇÕES QUE RECEBEM A *REVISTA DA ESMAPE*

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

- Biblioteca Central Prof. Pinto Ferreira - Sociedade Caruaruense de Ensino Superior. Faculdades de Direito e Odontologia de Caruaru
- Biblioteca da Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco
- Biblioteca da Câmara Municipal do Recife
- Biblioteca da Comunidade Evangélica Luterana – SP
- Biblioteca da Delegacia de Administração do Ministério da Fazenda – PE
- Biblioteca da Delegacia Regional do Trabalho – PE
- Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
- Biblioteca da Faculdade de Direito do Recife
- Biblioteca da Faculdade dos Guararapes
- Biblioteca da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco
- Biblioteca da Procuradoria Regional do Trabalho – PE
- Biblioteca da Receita Federal – PE
- Biblioteca da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco
- Biblioteca da Secretaria de Assuntos Jurídicos da Prefeitura do Recife
- Biblioteca da Universidade do Estado do Rio de Janeiro
- Biblioteca da Universidade Salgado de Oliveira
- Biblioteca do Bureau Jurídico
- Biblioteca do Centro Universitario Salesiano de São Paulo
- Biblioteca do Instituto de Recursos Humanos de Pernambuco
- Biblioteca do Instituto João Alfredo de Andrade – MG
- Biblioteca do Magistrado Escritor. Tribunal de Justiça de Pernambuco
- Biblioteca do Ministério Público de Pernambuco
- Biblioteca do Senado Federal
- Biblioteca Joaquim Amazonas – Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Pernambuco
- Biblioteca Joaquim Nabuco - Secretaria de Cidadania e Política Social do Estado de Pernambuco
- Biblioteca Nylo Dornelas Câmara - Associação de Ensino Superior de Olinda
- Biblioteca Prof. Everardo da Cunha Luna - Procuradoria Regional da República da 5.ª Região
- Biblioteca Ten. Cel. José Chrispiniano R. C. Brandão – Seção Judiciária de Pernambuco – Petrolina
- Centro de Estudos Jurídicos – Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro
- Centro de Estudos Jurídicos "Juiz Ronaldo Cunha Campos" – MG
- Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça – MG
- Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas – DF
- Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho – ES
- Escola da Magistratura do Amapá
- Escola da Magistratura do Distrito Federal
- Escola da Magistratura do Estado de Rondônia
- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – Núcleo Nova Friburgo
- Escola da Magistratura do Paraná
- Escola da Magistratura do Trabalho – AL
- Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas (SP)
- Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – SP
- Escola da Magistratura Federal da 1ª Região – DF
- Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – RJ
- Escola da Magistratura Trabalhista da 5ª Região – BA
- Escola da Magistratura Trabalhista da 6ª Região – PE
- Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª Região – SP
- Escola de Magistratura Federal da 5ª Região – PE
- Escola dos Magistrados da Bahia
- Escola Judicial "Des. Edésio Fernandes" – MG
- Escola Judicial da Magistratura do Trabalho – MT
- Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região – DF
- Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG

- Escola Nacional da Magistratura – DF
- Escola Paulista da Magistratura
- Escola Superior da Magistratura "Des. Almir Carneiro da Fonseca" – PB
- Escola Superior da Magistratura Catarinense
- Escola Superior da Magistratura de Sergipe
- Escola Superior da Magistratura do Acre
- Escola Superior da Magistratura do Amazonas
- Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas
- Escola Superior da Magistratura do Estado de Goiás
- Escola Superior da Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul
- Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
- Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão
- Escola Superior da Magistratura do Pará
- Escola Superior da Magistratura do Piauí
- Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte – Mossoró
- Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte – Natal
- Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul
- Escola Superior da Magistratura do Trabalho – PB
- Escola Superior do Ministério Público da União – DF
- Faculdade de Direito da Universidade de Brasília
- Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
- Facultá di Giurisprudenza. Dipartimento di Studi Giuridici. Universitá Degli Studi di Pavia – Itália
- Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
- Fundação Biblioteca Nacional (Depósito Legal)
- Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul
- Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
- Fundação Getúlio Vargas
- Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris – PR
- Instituto dos Advogados de Minas Gerais
- Instituto dos Magistrados de Pernambuco
- Instituto dos Magistrados do Brasil – RJ
- Instituto dos Magistrados do Ceará
- Instituto Metropolitano de Altos Estudos – SP
- Justiça Federal de 1ª Instância – PI
- Ministério Público do Estado de São Paulo
- Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República.
- Procuradoria da República – Brasília
- Procuradoria-Geral de Justiça de Pernambuco
- Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas
- Superior Tribunal de Justiça – DF
- Supremo Tribunal Federal – DF
- Tribunal de Alçada Criminal – SP
- Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
- Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco
- Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
- Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
- Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba
- Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas
- Tribunal de Justiça do Estado de Goiás
- Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso
- Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul
- Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
- Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
- Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Subdiretoria do Foro de Petrolina
- Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia
- Tribunal de Justiça do Estado de Roraima
- Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina
- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
- Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
- Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins
- Tribunal de Justiça do Estado do Acre
- Tribunal de Justiça do Estado do Amapá
- Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas
- Tribunal de Justiça do Estado do Ceará

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

TEORIA

ESMAPE

DA PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL

Anamaria Campos Tôrres
Procuradora de Justiça de Pernambuco

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. FUNDAMENTAÇÃO; 3. A LEI DE TORTURA E O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA; 4. DA PROGRESSÃO PROVISÓRIA DE REGIME; 5. CONCLUSÕES

1. INTRODUÇÃO

Ante a frequente apelação do Ministério Público de Pernambuco que, filiando-se à corrente esposada pelo STF, inadmite progressão de regime em crimes hediondos e, porque entendo equivocada esta interpretação da lei, defendo e argumento quanto à possibilidade legal e justa da aplicação, mesmo que nos chamados crimes hediondos, da progressão de regime.

No mesmo diapasão defendo a progressão de regime em processos ainda pendentes de decisão dos Tribunais Estaduais, ou seja, quando pendem recursos previstos no CPP.

Em primeiro momento sirvo-me da postura do STJ, já demonstrada em alguns julgados referentes à Lei de Tortura, entendendo que quando o legislador previu expressamente a possibilidade de progressão de regime para os acusados deste crime, que é considerado pela própria Carta Magna como hediondo e, em sendo a lei que o tipifica posterior à Constituição, deve ser aplica-

da igualmente a progressão aos demais crimes tipificados como hediondos pela Lei 8072/90, por ser mais favorável ao réu. Coerente parece a posição e, conseqüentemente, deve ser aplicada a todos os demais crimes hediondos e os a eles equiparados. O argumento decisivo pelo Superior Tribunal adotado é a consideração de ser inconstitucional interpretação contrária à lei posterior que mitiga a pena.

Muito embora, como já afirmado, posicione-se contrariamente o STF, tenho que a postura de vários julgados do STJ encontram-se melhor fundados, sobretudo porque é considerada a individualização da pena e não a letra fria da lei. Aplica-se o princípio da retroatividade da ***lex mitior***, interpretando-o em consonância com a permissão concedida pela lei aos crimes de tortura. Entende-se conseqüentemente que a sua incidência deve ocorrer em todos os demais delitos em face do tratamento unitário que foi conferido pela Constituição de 1988. Esta é uma interpretação consistente, coerente com o sistema adotado pela melhor doutrina, qual seja, individualização da pena considerando-se as diferenças pessoais e não apenas os elementos do tipo.

A respeito vale ressaltar julgado do teor que segue:

> *Crime hediondo- Regime prisional - Progressão - Admissibilidade, pois a Lei 9455/97, ao admitir o beneficio para os crimes de tortura, conferiu tratamento mais benigno à matéria regulada pela Lei 807/90- incidência da norma no processo de individualização da pena dos demais delitos mencionados no art. 5º, XLIII, da CF em face do tratamento unitário que lhe conferiu o constituinte*

> *de 1998 - Observância do disposto no art. 5º, Xl, também da CF. (...) é dogma fundamental em penal a incidência retroativa da lex mitior, encontrando-se hoje entronizada em nossa Carta Magna, ao dispor que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu'(art. 5º XL). Se a lei 9455/97 admitiu a progressão do regime prisional para os crimes de tortura, conferindo tratamento mais benigno à matéria regulada pela Lei 8072/90, é de rigor a sua incidência no processo de individualização da pena dos demais delitos mencionados no art. 5º, XLIII, da Constituição em face do tratamento unitário que lhe conferiu o constituinte de 1988"(RT 767/537)*

Na mesma linha já se posicionaram entre outros o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o TRF da 3ª Região, sendo clara e indiscutível a argumentação utilizada:

> *Os crimes hediondos, por força de imperativo constitucional, receberam disciplina unitária, assim a Lei 9455/97, ao conceder restritivamente a possibilidade de progressão do regime prisional ao crime de tortura, por ser mais favorável do que a norma do art. 2º§ 1º, da Lei 8072/90, deve repercutir no todo, aplicando-se inclusive, ao crime de tráfico de entorpecente.(RT 763/690)*

A individualização da pena proposta pela lei penal brasileira exige a consideração não apenas do tipo

penal, ressalvando quando da individualização da pena a necessidade de analisar-se não só a ação mas, empregando especial valor à análise do próprio criminoso. Ora, o que efetivamente se tem quando se considera apenas a determinação legal do tipo, é a mais absoluta violência e injustiça do poder estatal sobre a cidadania. Não se pode considerar bagatela o crime de latrocínio, por exemplo, porém como tratar igualmente todos que dele participam, quando a lei diz que se paga na proporção da culpabilidade? E em sendo assim, como não se considerar a situação específica de cada um dos partícipes? Este que é um dos mais graves crimes, pois feridos são dois bens importantes para a paz social, imagine-se em um homicídio qualificado por motivo fútil, quando o que levou ao crime foi a paixão desnorteadora representada pelo ciúme, entendida ainda por muitos como futilidade? Seria todo homicida um ser irrecuperável?

A grande maioria das decisões contrárias à progressão são julgados em crimes de tráfico de entorpecentes em que maior será a injustiça na aplicação do princípio da igualdade, quando sabidamente a maioria das pessoas punidas são mero trabalhadores que regam a terra, ou meros laranjas, pequenos traficantes, repassadores menores de quadrilhas organizadas, cujos cabeças transitam na melhor sociedade e gozam de respeito e consideração pelo bom comportamento, pela vida honrada, principalmente, porque posam de bom moço para não despertar suspeitas. É justo, legal, legítimo o tratamento igualitário?

2. FUNDAMENTAÇÃO

A definição dos criminosos é dada pela individualização da pena. Ali se analisam desde a forma de atuar até vida pessoal, social, conseqüencias do crime, entre outros, imprescindíveis aspectos demonstradores da personalidade do infrator. Correto se nos apresenta a progressão de regime com a mesma individualização que a determinação do quantum na pena.

Como bem ressalta o Min. Vicente Cernicchiaro:

> *o princípio constitucional da individualização da pena contempla três fases; cominação, aplicação e execução. Individualizar é ajustar a pena cominada, considerando os dados objetivos e subjetivos da infração penal, no momento da aplicação e da execução. Impossível por isso, legislação ordinária impor (desconsiderando os dados objetivos e subjetivos) regime único, inflexível.*

Todo o trabalho realizado através de anos com respeito à reforma na execução penal tem como ponto de partida o pensar-se uma execução progressiva, jamais estática, como bem diz Carmem Sílvia de Moraes Barros, não pode consistir na realização dia após dia, da mesma execução, sendo o recluso, ao fim dessa execução imutável, liberado. (A Individualização da Pena, p. 210)

Neste sentido é que a maioria dos sistemas permitem, através de atuação judiciária, atender às necessidades individualizadoras, sempre considerando-se o processo de execução como autônomo, voltado para o futuro.

Inegável é que o processo de execução penal está vinculado a princípios e garantias constitucionais, notadamente da individualização, da personalidade e da proporcionalidade, que efetivam a garantia do devido processo legal e mais que isto asseguram a dignidade humana. A estes somam-se os princípios da personalidade e da proporcionalidade, sendo que este último implica que a pena na execução terá sua forma de cumprimento de acordo com a realidade vivida pelo condenado. Melhor dizendo, considerando o comportamento dia-a-dia, preparando-o para o futuro.

Que preparação advirá da não individualização do cumprimento da pena? Que futuro se descortina quando a vida já tem os prognósticos determinados pela decisão fria do momento em que se considera pura e exclusivamente o crime como determinador do regime inteiro de cumprimento de pena? Há que se considerar na execução o presente e o futuro, não apenas o passado que foi utilizado para a dosimetria, jamais podendo ser único fator a determinar progressão, que diz respeito ao hoje e ao amanhã.

Assim entendem os doutrinadores e aplicadores do direito, destacando-se Sergio Pitombo e Sidney Benetti que ressaltam a preocupação com a futura reinserção do sentenciado na vida social.

Em suma, adequação da pena às mudanças individuais ocorridas com o apenado é imprescindível e necessária condição para que este possa efetivamente reinserir-se na vida da sociedade, além de ser única forma de individualização, quando se poderá distinguir joio e trigo, evitando-se igualdade automática que transforma todos os apenados em monstros, im-

pedindo a possibilidade de recuperação de qualquer um deles.

Cabe à autoridade judicial conformar a pena à realidade e às condições pessoais do condenado, considerando o vivermos em um estado democrático de direito.

3. A LEI DE TORTURA E O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA

É de boa política entender-se que lei posterior mais benéfica na área penal, como um todo, revoga a anterior mais gravosa. Não se pode interpretar com respeito tão só a crime sem descurar-se de pena, falando em pena fala-se de regime de cumprimento desta. A lei penal tratou vinculadamente pena e crime, tanto que ao classificar as penas o aspecto retributivo é considerado, porém é completado com a preocupação de reinseri-lo socialmente. Este é o unânime entendimento de doutrina e jurisprudência e reflete o estabelecido pela lei penal, que prevê sistema progressivo na execução das penas. Estabelece o regime fechado, semi-aberto e aberto. Por uma das crises político-sociais que passou o país, graves mudanças se operaram na orientação da política criminal, devendo-se sobretudo à pressão dos que fazem a imprensa, do que mesmo ao estudo aprofundado de motivos da criminalidade e busca de soluções para a base do problema, preferindo-se o espetáculo que vende jornais e revistas e serve de pão aos famintos de uma ordem social voltada para as desigualdades, e não apenas para espetáculos circenses, onde se banaliza o crime e suas conseqüências, menos ainda suas raízes, razões últimas do seu acirramento.

Neste quadro surgiu a lei de crimes hediondos, qualificação de sentido discutível, pois apenas o inaceitável em suas últimas conseqüências é que se pode considerar crime, logo a hediondez faz parte do sentido emprestado ao nome crime, tanto que muitas condutas já se pensa em retirar deste título. No açodamento da pressão jornalística, seqüestro de ricos, morte de estrelas, criam-se os crimes equiparados aos hediondos, complementando-se as hipóteses consideradas no inciso XLIII do art. 5º. da Constituição Federal, aos quais ela apenas impede fiança, graça, e anistia, acrescentando-se a riqueza de tipos à absurda negação ao direito individual, a uma penalização que além de aflitiva seja individualizada. Cuidam-se igualmente de desiguais, negando-se a essência do justo.

A posteriori vem a tipificação do que seria crime de tortura, posto que era a tortura elemento tão só qualificador de crimes distintos. E nesta lei retoma-se o espírito do constitucionalista, retirando-se o excesso, o abuso, o descontrole emocional que antecipou a lei dos chamados crimes hediondos. Volta o rio ao seu leito natural, aos ditames, limites, garantias da Carta Magna. Aqui os direitos individuais retomam seu lugar e conseqüentemente não se fala em regime totalmente fechado, o que traz como conclusão prática, se hei de matar, fá-lo-ei através de tortura, posto que ao menos terei progressão de regime. Onde a lógica? Apenas a de que essa lei posterior veio trazer, para o rumo legal, limites constitucionais, o direito a pena justa, humana, individual.

Como regime é determinado na pena, como regime é direito penal, como regime é interesse do Estado como forma de respeito às garantias do cidadão, que

não podem ser limitadas ao princípio de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do criminoso, mas que se completa que a pena deve ser adequada à pessoa do criminoso, é que clarissimamente esta norma veio para modificar, na lei de crimes hediondos, a hediondez da pena em regime fechado durante todo o período do seu cumprimento. Não há uma luz no final do túnel, ou melhor, só há luz no final do túnel, que após tantos anos no escuro provavelmente me cegará.

Por uma questão de interpretação há que se concluir, sendo a matéria regime estabelecido no Código Penal, como parte integrante do crime, lei posterior a derroga, desde que mais benéfica.

4. DA PROGRESSÃO PROVISÓRIA DE REGIME

Descobre-se mais um argumento contra esta igualdade indiscriminada, que jamais significou o justo, e nem sequer o legal, trata-se do se saber do perigo de que retiremos de um homem, que por qualquer momento de desatino tirou uma vida, a motivação para mudar, para retornar à sociedade como ser humano, não como animal agressivo, violento, mas como um novo homem capaz de retomar sua vida, seus filhos, seu trabalho. A pena não pode ter caráter aflitivo tão somente, este já se verifica desde a incidência do processo, porém é preciso que após uma fase de isolamento, de efetivo castigo, acredite-se que pode o homem repensar seus atos, e procurar conviver com tranquilidade e paz. Ora, como faremos esta preparação retirando-o de uma jaula e colocando-o no mundo, por vezes 10 anos depois, sem que durante esse período tenha conhecimento das mudan-

Neste quadro surgiu a lei de crimes hediondos, qualificação de sentido discutível, pois apenas o inaceitável em suas últimas conseqüências é que se pode considerar crime, logo a hediondez faz parte do sentido emprestado ao nome crime, tanto que muitas condutas já se pensa em retirar deste título. No açodamento da pressão jornalística, seqüestro de ricos, morte de estrelas, criam-se os crimes equiparados aos hediondos, complementando-se as hipóteses consideradas no inciso XLIII do art. 5º. da Constituição Federal, aos quais ela apenas impede fiança, graça, e anistia, acrescentando-se a riqueza de tipos à absurda negação ao direito individual, a uma penalização que além de aflitiva seja individualizada. Cuidam-se igualmente de desiguais, negando-se a essência do justo.

A posteriori vem a tipificação do que seria crime de tortura, posto que era a tortura elemento tão só qualificador de crimes distintos. E nesta lei retoma-se o espírito do constitucionalista, retirando-se o excesso, o abuso, o descontrole emocional que antecipou a lei dos chamados crimes hediondos. Volta o rio ao seu leito natural, aos ditames, limites, garantias da Carta Magna. Aqui os direitos individuais retomam seu lugar e conseqüentemente não se fala em regime totalmente fechado, o que traz como conclusão prática, se hei de matar, fá-lo-ei através de tortura, posto que ao menos terei progressão de regime. Onde a lógica? Apenas a de que essa lei posterior veio trazer, para o rumo legal, limites constitucionais, o direito a pena justa, humana, individual.

Como regime é determinado na pena, como regime é direito penal, como regime é interesse do Estado como forma de respeito às garantias do cidadão, que

não podem ser limitadas ao princípio de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do criminoso, mas que se completa que a pena deve ser adequada à pessoa do criminoso, é que clarissimamente esta norma veio para modificar, na lei de crimes hediondos, a hediondez da pena em regime fechado durante todo o período do seu cumprimento. Não há uma luz no final do túnel, ou melhor, só há luz no final do túnel, que após tantos anos no escuro provavelmente me cegará.

Por uma questão de interpretação há que se concluir, sendo a matéria regime estabelecido no Código Penal, como parte integrante do crime, lei posterior a derroga, desde que mais benéfica.

4. DA PROGRESSÃO PROVISÓRIA DE REGIME

Descobre-se mais um argumento contra esta igualdade indiscriminada, que jamais significou o justo, e nem sequer o legal, trata-se do se saber do perigo de que retiremos de um homem, que por qualquer momento de desatino tirou uma vida, a motivação para mudar, para retornar à sociedade como ser humano, não como animal agressivo, violento, mas como um novo homem capaz de retomar sua vida, seus filhos, seu trabalho. A pena não pode ter caráter aflitivo tão somente, este já se verifica desde a incidência do processo, porém é preciso que após uma fase de isolamento, de efetivo castigo, acredite-se que pode o homem repensar seus atos, e procurar conviver com tranquilidade e paz. Ora, como faremos esta preparação retirando-o de uma jaula e colocando-o no mundo, por vezes 10 anos depois, sem que durante esse período tenha conhecimento das mudan-

ças ocorridas, da necessidade de novos modos de conviver? A pena passa tão só a especialização no crime. O rancor surdo que leva ao desespero e a pensamentos de revolta. Há muito não é, e nem poderia ser este o único caráter da pena, imprescindível que o Estado dê ao homem chance de se recuperar, para que não o transfome em animal raivoso.

Ora, se já se admite em alguns tribunais que se considere a interpretação de que a nova lei deve ser abrangente, alcançando todos os crimes, posto que favorável ao réu e promulgada posteriormente a lei dos crimes hediondos, este seria um motivo de ordem hermenêutica a justificar a progressão.

Não fosse suficiente ter-se-ia que considerar a individualização da pena, não se aplicando apenas o tipo penal adequado, o regime ali estabelecido, mas sobretudo que a referência a regime fosse sempre apenas inicialmente, posto que ao se indivualizar deve-se saber do caráter, dos vícios, da convivência social, entre outros elementos, e conseqüentemente, acompanhar-se sua conduta durante o cumprimento da pena, ficando ao juízo de execuções, por já fazê-lo em um sem número de outros incidentes da pena, a análise e julgamento caso a caso, da continuidade ou não do regime fechado, permitindo-se ao preso uma esperança de retorno melhor e não a pena de morte em vida, o ficar por seis, oito ou 10 anos em regime fechado, afastado do mundo que um dia terá que recebê-lo, menos homem e mais fera.

Esta discussão me pareceria inócua, não fosse o retrocesso trazido pela lei, que cultua o imediatismo, que busca o sensacionalismo, formas politiqueiras de resolver o problema da criminalidade. Com certeza

causada por muitos motivos que não são interessantes para serem minimizados, ou mesmo retirados do homem pensante. Não sejam as nossas leis ecos de jornais sensacionalistas, nem do poder econômico, mas fruto de temperança, de análise perfunctória dos motivos, das razões e porquês da criminalidade, do estado de insegurança que se vive em algumas cidades brasileiras.

No mesmo diapasão e em nome desta mesma individualização e, sobretudo, do respeito aos direitos do cidadão, que seja admitido ao preso por sentença ainda pendente de recurso, o direito de progressão, vez que não há instrumento hábil para evitar o marasmo dos Tribunais. Que não se lhe permita cumprir a pena integralmente em regime fechado, sem sequer haver uma decisão definitiva.

Tanto quanto dizemos que a criminalidade decorre da morosidade da justiça, podemos dizer que a irrecuperabilidade decorre da morosidade da justiça. No primeiro caso, porque não se acredita que haja um processo e sobretudo que haja uma apenação, no segundo caso, havendo um proceso de primeira instância, não há como se dizer definida uma pena, conseqüentemente, urge uma decisão definitiva pronta, para que não venham os ainda não condenados a pagarem longas penas sem julgamento definitivo.

Este entendimento já vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo próprio Supremo Tribunal de que é cabível a execução provisória, sendo para tanto competente o Juízo das Execuções Penais. O argumento basilar é que se fala em trânsito em julgado e não em coisa julgada, logo cabe, em havendo apenas

ças ocorridas, da necessidade de novos modos de conviver? A pena passa tão só a especialização no crime. O rancor surdo que leva ao desespero e a pensamentos de revolta. Há muito não é, e nem poderia ser este o único caráter da pena, imprescindível que o Estado dê ao homem chance de se recuperar, para que não o transfome em animal raivoso.

Ora, se já se admite em alguns tribunais que se considere a interpretação de que a nova lei deve ser abrangente, alcançando todos os crimes, posto que favorável ao réu e promulgada posteriormente a lei dos crimes hediondos, este seria um motivo de ordem hermenêutica a justificar a progressão.

Não fosse suficiente ter-se-ia que considerar a individualização da pena, não se aplicando apenas o tipo penal adequado, o regime ali estabelecido, mas sobretudo que a referência a regime fosse sempre apenas inicialmente, posto que ao se indivualizar deve-se saber do caráter, dos vícios, da convivência social, entre outros elementos, e conseqüentemente, acompanhar-se sua conduta durante o cumprimento da pena, ficando ao juízo de execuções, por já fazê-lo em um sem número de outros incidentes da pena, a análise e julgamento caso a caso, da continuidade ou não do regime fechado, permitindo-se ao preso uma esperança de retorno melhor e não a pena de morte em vida, o ficar por seis, oito ou 10 anos em regime fechado, afastado do mundo que um dia terá que recebê-lo, menos homem e mais fera.

Esta discussão me pareceria inócua, não fosse o retrocesso trazido pela lei, que cultua o imediatismo, que busca o sensacionalismo, formas politiqueiras de resolver o problema da criminalidade. Com certeza

causada por muitos motivos que não são interessantes para serem minimizados, ou mesmo retirados do homem pensante. Não sejam as nossas leis ecos de jornais sensacionalistas, nem do poder econômico, mas fruto de temperança, de análise perfunctória dos motivos, das razões e porquês da criminalidade, do estado de insegurança que se vive em algumas cidades brasileiras.

No mesmo diapasão e em nome desta mesma individualização e, sobretudo, do respeito aos direitos do cidadão, que seja admitido ao preso por sentença ainda pendente de recurso, o direito de progressão, vez que não há instrumento hábil para evitar o marasmo dos Tribunais. Que não se lhe permita cumprir a pena integralmente em regime fechado, sem sequer haver uma decisão definitiva.

Tanto quanto dizemos que a criminalidade decorre da morosidade da justiça, podemos dizer que a irrecuperabilidade decorre da morosidade da justiça. No primeiro caso, porque não se acredita que haja um processo e sobretudo que haja uma apenação, no segundo caso, havendo um proceso de primeira instância, não há como se dizer definida uma pena, conseqüentemente, urge uma decisão definitiva pronta, para que não venham os ainda não condenados a pagarem longas penas sem julgamento definitivo.

Este entendimento já vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo próprio Supremo Tribunal de que é cabível a execução provisória, sendo para tanto competente o Juízo das Execuções Penais. O argumento basilar é que se fala em trânsito em julgado e não em coisa julgada, logo cabe, em havendo apenas

recurso da defesa, que se faça a execução penal provisorial. A este acresça-se a hipótese de recurso da acusação quando o tempo da prisão for suficiente para o preenchimento dos requisitos para aquisição dos direitos subjetivos do condenado, sobretudo quando esta pena máxima em abstrato não afaste o exercícios desses direitos.

Na prática, o que se verifica é um sem número de apelações do MP, sem outra motivação que a determinação do regime de cumprimento de pena totalmente fechado, com base na lei dos crimes hediondos, e conseqüentemente ferindo o que já defendemos no item anterior. Por vezes esses recursos se arrastam e já conseguiu o seu pleito o apelante, posto que a decisão superior, quando prolatada a pena, está em vias de se completar, tornando absolutamente inútil a discussão de que a progressão de regime faz parte da individualização da pena, e como tal deve ser objeto de análise contínua, verificando-se comportamento carcerário, o presente e o futuro do apenado.

Assim, é indiscutível o quanto é assegurada a garantia constitucional do apenado, quando baste para exercer seus direitos o tempo efetivamente passado no cárcere, não só o tempo posterior à condenação, porém todo o tempo da prisão processual. Não é absurdo posto que, de qualquer sorte, é descontado do tempo final da pena efetivamente aplicada, com trânsito em julgado.

Esta é uma das funções atribuídas por lei ao Ministério Público, posto que legitimado pela própria lei orgânica para tomar medidas necessárias à preservação dos direitos e garantias dos presos. Dispõe a Lei de

Execução Penal que incumbe ao Ministério Público a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional. Eis em sua inteireza o Ministério Público na execução tanto quanto parte quanto como fiscal da lei, logo sendo-lhe imposto o dever de pleitear progressão de regime, sempre que cabível, e quando a lei está sendo inobservada, ante o excessivo tempo que leva o julgamento de um recurso e conseqüentemente a ilegalidade praticada contra o condenado que, esquecido de Deus e dos homens, sequer pode contar com a instituição que deve ser, por excelência, fiscal e guardiã da lei, assegurando os direitos de qualquer cidadão, mesmo os condenados por crime.

Estar-se-á dando efetividade às garantias constitucionais, impedindo-se a ofensa direta a elas através do absurdo entendimento de que a lei dos crimes hediondos deve situar-se em plano tão alto que lei posterior não a derrogue, mesmo cuidando de idêntica matéria. Esta não é a função daquele que defende a Democracia e o estado de direito que, implicitamente, é estado de respeito a direitos e garantias individuais.

5. CONCLUSÕES

Os argumentos apresentados buscam fundar as seguintes conclusões:

a) cabimento da progressão de regime em todos os crimes, considerando-se o autor do fato, seu comportamento carcerário, além, evidentemente, de considerações exigidas pela individuallização da pena.

recurso da defesa, que se faça a execução penal provisorial. A este acresça-se a hipótese de recurso da acusação quando o tempo da prisão for suficiente para o preenchimento dos requisitos para aquisição dos direitos subjetivos do condenado, sobretudo quando esta pena máxima em abstrato não afaste o exercícios desses direitos.

Na prática, o que se verifica é um sem número de apelações do MP, sem outra motivação que a determinação do regime de cumprimento de pena totalmente fechado, com base na lei dos crimes hediondos, e conseqüentemente ferindo o que já defendemos no item anterior. Por vezes esses recursos se arrastam e já conseguiu o seu pleito o apelante, posto que a decisão superior, quando prolatada a pena, está em vias de se completar, tornando absolutamente inútil a discussão de que a progressão de regime faz parte da individualização da pena, e como tal deve ser objeto de análise contínua, verificando-se comportamento carcerário, o presente e o futuro do apenado.

Assim, é indiscutível o quanto é assegurada a garantia constitucional do apenado, quando baste para exercer seus direitos o tempo efetivamente passado no cárcere, não só o tempo posterior à condenação, porém todo o tempo da prisão processual. Não é absurdo posto que, de qualquer sorte, é descontado do tempo final da pena efetivamente aplicada, com trânsito em julgado.

Esta é uma das funções atribuídas por lei ao Ministério Público, posto que legitimado pela própria lei orgânica para tomar medidas necessárias à preservação dos direitos e garantias dos presos. Dispõe a Lei de

Execução Penal que incumbe ao Ministério Público a conversão de penas, a progressão ou regressão nos regimes e a revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional. Eis em sua inteireza o Ministério Público na execução tanto quanto parte quanto como fiscal da lei, logo sendo-lhe imposto o dever de pleitear progressão de regime, sempre que cabível, e quando a lei está sendo inobservada, ante o excessivo tempo que leva o julgamento de um recurso e conseqüentemente a ilegalidade praticada contra o condenado que, esquecido de Deus e dos homens, sequer pode contar com a instituição que deve ser, por excelência, fiscal e guardiã da lei, assegurando os direitos de qualquer cidadão, mesmo os condenados por crime.

Estar-se-á dando efetividade às garantias constitucionais, impedindo-se a ofensa direta a elas através do absurdo entendimento de que a lei dos crimes hediondos deve situar-se em plano tão alto que lei posterior não a derrogue, mesmo cuidando de idêntica matéria. Esta não é a função daquele que defende a Democracia e o estado de direito que, implicitamente, é estado de respeito a direitos e garantias individuais.

5. CONCLUSÕES

Os argumentos apresentados buscam fundar as seguintes conclusões:

a) cabimento da progressão de regime em todos os crimes, considerando-se o autor do fato, seu comportamento carcerário, além, evidentemente, de considerações exigidas pela individuallização da pena.

b) progressão de regime em crimes pendentes de julgamento de Tribunais, como forma de asssegurar ao cidadão a justiça no cumprimento da pena, posto que a resposta, por vezes, mesmo não sendo de absolvição, poderá ser de pena menor, regime mais brando, e, por fim, encontrá-lo já descrente de uma justiça que permite cumprir integralmente uma pena em regime fechado, quando não há julgamento definitivo.

c) a imprescindibilidade de que seja o Promotor de Justiça não mero aplicador de leis, não mero acusador, porém defensor de direitos aviltados por leis que ferem a base constitucional do Estado Democrático de Direito.

A NATUREZA MANDAMENTAL NA EXECUÇÃO POR SOMA

Benedito Pereira Filho

Professor de Direito Processual Civil nos cursos de graduação em Direito, pós-graduação lato sensu *em Direito Civil e Processual Civil e pós-graduação* stricto sensu *- Mestrado em Direito no UNIVEM - Centro Universitário Euripides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha"; professor concursado em Direito Processual Civil no curso de graduação em Direito da FAT - Faculdades Adamantinenses Integradas; professor no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Processual Civil da PUC/PR - Pontifícia Universidade Católica do Paraná - campus de Londrina. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR - Universidade Federal do Paraná. Advogado militante na Comarca de Marília, Estado de São Paulo. Membro fundador do IND -Instituto Nacional de Direito.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. DEVERES DO PRESO. 3. A FALTA DISCIPLINAR. 4. A FALTA GRAVE. 5. O PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. 6. AS SANÇÕES DISCIPLINARES. 7. O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. 8. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Um dado problema não pode ser anunciado por anos e, apesar da acedência, ser esquecido como se fosse algo irremediável. O processo de execução[1] que, de há muíto tempo é criticado agudamente pela doutrina processual e não processual, pelo poder judiciário, pelos advogados militantes, pelos estudantes de direito e, principalmente, pelo povo que, inexoravelmente, sofre as mazelas dessa apontada inoperância, não pode mais continuar nessa condição de inópia jurídica.[2]

. . . . . .

1 *"[...] De fato, há um tempo considerável não há mudanças, senão superficiais, no processo de execução." WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação. In: – (Coord).* ***Processo de execução e assuntos afins****. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.9.*

2 *"[...] Esta discussão, porém, se tem caracterizado, com interessantes embora raras exceções, por traços fortementes redutivos, que se manifestam às vezes negando que exista um problema de eficácia da tutela executiva, ou, ainda, afirmando que esse problema se pode resolver exclusivamente com o direito vigente. No máximo, se admite algum 'ajustamento' interpretativo, ou alguma tímida integração à base de exemplos trazidos, freqüentemente de maneira casual pelos ordenamentos que se supõem serem mais próximos ao nosso." TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos.* ***Revista de Processo****. ano 15, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul.-set. 1990. pp. 72.*

justamente os reais responsáveis pela aplicabilidade das normas que querem os seus ardorosos defensores.[9]

Neste contexto, é oportuno frisar que

> *o jurista formado por escolas, convém lembrar, não será apenas advogado: será também o juiz que fará parte, afinal de contas, de um dos poderes políticos do Estado. A alienação do jurista, deste modo, colaborá também na supressão das garantias de direitos".*[10]

Segundo José Geraldo de Sousa Júnior, "[...] A preocupação é, pois, com a substituição do verbalismo numa recuperação metodológica capaz de resgatar a importância de se ensinar o aluno a pensar [...]"[11]

Por esse caminho transita a tutela executiva. Sua inoperância é amenizada por uma farta legislação que promete uma prestação jurisdicional que, na maioria das vezes, não ocor-

. . . . . .

9 "Essa situação denota mais do que uma lacuna importante no aprendizado jurídico, É ela indicativa de que o ensino jurídico funciona como um sistema fechado em que gravitam os conceitos jurídicos, **cultivados com elevado grau de abstração que os afasta dos dados sociais reais** [sem grifo no original], a tal ponto que os juristas tornam-se prisioneiros do tecnicismo que engendra." AZEVEDO; Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 13.

10 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 p. 47. Esse assunto é tratado, com mais profundidade, pelo mesmo autor, em outra obra: **Hermenêtica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 p 80-81

11 SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. O ensino jurídico no âmbito da introdução ao estudo do direito. In: L YRA, Doreodó Araújo (Org.). Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. pp.94-95. Com uma citação de FERRAZ, o autor denota com percuciência sua opinião da seguinte forma: "[...] deve o curso de Direito observar um método de ensino que envolva uma abordagem critica e questíonadora dos institutos jurídicos, **abordagem essa voltada para a realidade brasileira, com o objetivo de formar profissionais capazes de encausar reformulações sociais e jurídicas** [sem grifo no original].." Idem, ibidem. p. 95. Ver também: AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. A contemporaneidade e o perfil do advogado. **OAB Ensino jurídico: Novas diretrizes curriculares.** Brasilia, 1996. pp. 134-135.

re. Por isso, é mister não só apontar as inconveniências, as mazelas, mas, principalmente, suscitar proposta não de reformas internas, mas de supressão daquilo que de há muito tempo se mostra imprestável para o fim a que se propôs.[12]

Hodiernamente, vive-se em busca da superação, do pronto atendimento das expectativas, da plena satisfação do que se espera, se almeja. Neste desiderato, não pode o direito menosprezar o anseio da população, ao manter uma tutela executiva cuja estrutura e, por conseqüência, sua aplicabilidade contraria toda a expectativa dos jurisdicionados.[13]

Como conseqüência, tem-se total frustração dos cidadãos no direito, no Poder Judiciário[14] e, por via oblí-

. . . . . .

12 "Quanto ao interesse prático em estabelecer-se uma forma de tutela jurisdicional que preste satisfatividade final e definitiva a determinados direitos materiais, sem a exigência irracional e mortificante de ter o litigante vitorioso de percorrer o árduo caminho do procedimento executivo autônomo, com todos os percalços e inconvenientes da defesa (embargos) do executado, parece, ao menos aos juristas familiarizados com nossa experiência forense, assunto que dispensa maiores justificações." SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp. 10-11.

13 "[...] Quem se der ao trabalho de considerar este terrível descompasso entre as exigências e aspirações contemporâneas, e o instrumental de que os processualistas dispõem, terá condições de compreender e avaliar a dimensão da crise de nossas instituições judiciárias." Idem, ibidem. p. 158.

14 "Em recente pesquisa divulgada no jornal 'Novos Rumos' da Associação dos Magistrados do Paraná, feita pelo Instituto Vox Populi, constatou-se que a confiança da sociedade no Judiciário é precária, pois dos entrevistados apenas 14% confiam sempre, 18% confiam na maior parte das vezes; 40% confiam poucas vezes e 27% não confiam nunca;" VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional.** Curitiba: Juruá, 1999. p. 17. Marinoni e Becker denunciam com dados mais alarmantes, ainda, essa triste realidade. De acordo com dados colhidos pelos citados processualistas, "pesquisa realizada no interior do Estado do Espírito Santo - Brasil), 27,8% dos entrevistados afirmaram que a Justiça nunca tratava ricos e pobres com igualdade. Esse número aumentou para 61,4% quando a mesma pergunta foi feita na capital desse Estado. Vinte anos depois, em pesquisa feita pelo Instituto Vox Populi, na qual foram ouvidas 3.075 pessoas distribuídas entre as cinco regiões do Brasil, chegou-se a resultado alarmante: para 80% dos entrevistados, a Justiça é mais rigorosa para os pobres do que para os ricos, e, para 61% é mais rigorosa para os negros do que para os brancos. Da percepção popular desse flagrante tratamento desigual à perda de confiança e de legitimidade há apenas um passo. Tanto que, nessa mesma pesquisa do Instituto Vox Populi, 35% dos entrevistados afirmaram que nunca confiam no Judiciário e 38% que

justamente os reais responsáveis pela aplicabilidade das normas que querem os seus ardorosos defensores.[9]

Neste contexto, é oportuno frisar que

> *o jurista formado por escolas, convém lembrar, não será apenas advogado: será também o juiz que fará parte, afinal de contas, de um dos poderes políticos do Estado. A alienação do jurista, deste modo, colaborá também na supressão das garantias de direitos".*[10]

Segundo José Geraldo de Sousa Júnior, "[...] A preocupação é, pois, com a substituição do verbalismo numa recuperação metodológica capaz de resgatar a importância de se ensinar o aluno a pensar [...]"[11]

Por esse caminho transita a tutela executiva. Sua inoperância é amenizada por uma farta legislação que promete uma prestação jurisdicional que, na maioria das vezes, não ocor-

. . . . . .

9 *"Essa situação denota mais do que uma lacuna importante no aprendizado jurídico, É ela indicativa de que o ensino jurídico funciona como um sistema fechado em que gravitam os conceitos jurídicos,* ***cultivados com elevado grau de abstração que os afasta dos dados sociais reais*** *[sem grifo no original], a tal ponto que os juristas tornam-se prisioneiros do tecnicismo que engendra." AZEVEDO; Plauto Faraco de.* ***Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica****. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 13.*

10 STRECK, Lenio Luiz. ***Jurisdição constitucional e hermenêutica****: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 p. 47. Esse assunto é tratado, com mais profundidade, pelo mesmo autor, em outra obra:* ***Hermenêtica jurídica e(m) crise****: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 p 80-81*

11 SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *O ensino jurídico no âmbito da introdução ao estudo do direito. In: L YRA, Doreodó Araújo (Org.). Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. pp.94-95. Com uma citação de FERRAZ, o autor denota com percuciência sua opinião da seguinte forma: "[...] deve o curso de Direito observar um método de ensino que envolva uma abordagem critica e questionadora dos institutos jurídicos,* ***abordagem essa voltada para a realidade brasileira, com o objetivo de formar profissionais capazes de encausar reformulações sociais e jurídicas*** *[sem grifo no original].." Idem, ibidem. p. 95. Ver também: AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. A contemporaneidade e o perfil do advogado.* ***OAB Ensino jurídico: Novas diretrizes curriculares.*** *Brasilia, 1996. pp. 134-135.*

re. Por isso, é mister não só apontar as inconveniências, as mazelas, mas, principalmente, suscitar proposta não de reformas internas, mas de supressão daquilo que de há muito tempo se mostra imprestável para o fim a que se propôs.[12]

Hodiernamente, vive-se em busca da superação, do pronto atendimento das expectativas, da plena satisfação do que se espera, se almeja. Neste desiderato, não pode o direito menosprezar o anseio da população, ao manter uma tutela executiva cuja estrutura e, por conseqüência, sua aplicabilidade contraria toda a expectativa dos jurisdicionados.[13]

Como conseqüência, tem-se total frustração dos cidadãos no direito, no Poder Judiciário[14] e, por via oblí-

. . . . . .

12 *"Quanto ao interesse prático em estabelecer-se uma forma de tutela jurisdicional que preste satisfatividade final e definitiva a determinados direitos materiais, sem a exigência irracional e mortificante de ter o litigante vitorioso de percorrer o árduo caminho do procedimento executivo autônomo, com todos os percalços e inconvenientes da defesa (embargos) do executado, parece, ao menos aos juristas familiarizados com nossa experiência forense, assunto que dispensa maiores justificações." SILVA, Ovídio Araújo Baptista da.* ***Jurisdição e execução na tradição romano-canônica****. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp. 10-11.*

13 *"[...] Quem se der ao trabalho de considerar este terrível descompasso entre as exigências e aspirações contemporâneas, e o instrumental de que os processuallstas dispõem, terá condições de compreender e avaliar a dimensão da crise de nossas instituições judiciárias." Idem, ibidem. p. 158.*

14 *"Em recente pesquisa divulgada no jornal 'Novos Rumos' da Associação dos Magistrados do Paraná, feita pelo Instituto* Vox Populi, *constatou-se que a confiança da sociedade no Judiciário é precária, pois dos entrevistados apenas 14% confiam sempre, 18% confiam na maior parte das vezes; 40% confiam poucas vezes e 27% não confiam nunca;" VARGAS, Jorge de Oliveira.* ***Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional.*** *Curitiba: Juruá, 1999. p. 17. Marinoni e Becker denunciam com dados mais alarmantes, ainda, essa triste realidade. De acordo com dados colhidos pelos citados processualistas, "pesquisa realizada no interior do Estado do Espírito Santo - Brasil), 27,8% dos entrevistados afirmaram que a Justiça nunca tratava ricos e pobres com igualdade. Esse número aumentou para 61,4% quando a mesma pergunta foi feita na capital desse Estado. Vinte anos depois, em pesquisa feita pelo Instituto* Vox Populi, *na qual foram ouvidas 3.075 pessoas distribuídas entre as cinco regiões do Brasil, chegou-se a resultado alarmante: para 80% dos entrevistados, a Justiça é mais rigorosa para os pobres do que para os ricos, e, para 61% é mais rigorosa para os negros do que para os brancos. Da percepção popular desse flagrante tratamento desigual à perda de confiança e de legitimidade há apenas um passo. Tanto que, nessa mesma pesquisa do Instituto* Vox Populi, *35% dos entrevistados afirmaram que nunca confiam no Judiciário e 38% que*

qua, no próprio Estado.[15] Essa perceptível situação isola o Judiciário, faz com que ele seja "útil" apenas a uma ínfima camada da sociedade.

Pelo fato de o processo de execução enquadrar-se neste panorama caótico, principalmente a execução por quantia, merece um estudo, uma revisão que seja capaz de proporcionar aos interessados uma real prestação da tutela jurisdicional. Sempre é bom frisar que o cidadão tem direito e o Estado, o dever de prestar a tutela jurisdicional, e qualquer desvio neste binômio acarretará perda de legitimidade.

Afinal,

> *toda e qualquer concepção do direito em geral, e da hermenêutica em particular, que não deite raízes nas necessidades sociais, revela-se inconsistente e insuficiente, por maior que seja o engenho, o rigor lógico ou o grau de abstração que alcance.*[16]

Dessarte, o assentimento panorâmico de que a legislação e o judiciário não empregam à tutela executiva o esmero e efetividade necessários a uma prestação jurisdicional condi-

. . . . . .

confiam pouco. Nessa mesma linha de falta de credibilidade, pesquisa da revista Veja, de 11.04.84, disse que 46% dos brasileiros acreditam na Justiça muito pouco ou quase nada. Pesquisa do Jornal Folha de São Paulo, de 15.04.84, indicou que 57% dos paulistas não confiam no Judiciário. E, segundo pesquisa realizada pela empresa de publicidade Grottera, - baseada na pergunta: "Quem ajuda a fazer mais justiça no Brasil?"- 26% das pessoas que foram entrevistadas afirmaram que O poder Judiciário ***não servia para nada****, enquanto que* ***apenas 10%*** *responderam que o Judiciário contribui para a realização da justiça.". MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, Laércio Alexandre. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. In: XII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado na cidade do México, set. 2003. Frente a essa realidade, pode-se afirmar, com raríssimas chances de erro, que, se a pesquisa fosse limitada ao processo de execução, o grau de descontentamento seria integral.*

15 *"O Estado infelizmente não se preocupa com a eficiência do trabalho judiciário, parece mesmo que está satisfeito com a morosidade do andamento dos feitos, pelo menos é a conclusão a que se chega quando se constata a quantidade de processos que contra ele tramitam nos diversos juizos." Idem. ibidem. p. 18.*

16 *AZEVEDO, Plauto Faraco de.* ***Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica****. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 15.*

zente com o dever do Estado e harmonizada com denominado devido processo legal; na sua amplitude material e processual, justifica-se o estudo que ora se propõe.

Tudo isso porque

> *a população tem necessidade de confiar na magistratura, de ter esperança no Judiciário, pois dos três poderes estatais é nele que estão depositadas as esperanças que nos outros dois restaram frustradas. É do Judiciário que se esperam o reconhecimento dos direitos esquecidos em outras esferas, a resposta às arbitrariedades, o reparo das lesões sofridas."*[17]

Por derradeiro, é necessário consignar que nos últimos anos muito se construiu no campo executivo. Os processualistas não mediram esforços para se alcançar uma tutela executiva capaz de atender à obrigação *in natura*[18] específica.

A evolução é encantadora. Talvez, porque "[...] a crise do Direito toca mais ao processualista que, para enfrentá-la, se vê forçado a abandonar o campo de sua especialidade e incursionar em outros temas."[19]

O fato é que a doutrina processual tem se mostrado capaz de apontar os verdadeiros rumos que o processo civil deve tomar. Nesse esteio, graças aos estudos pioneiros de Luiz, Guilherme Marinoni,[20] com suas obras sobre

. . . . . .

17 *VARGAS, Jorge de Oliveira.* ***Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional****. Curitiba: Juruá, 1999. p. 18.*

18 *No vernáculo: conforme a origem.*

19 *PORTANOV A, Rui.* ***Motivações ideológicas da sentença****. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 19.*

20 *É interessante ressaltar que a primeira dissertação acadêmica no Brasil a preocupar-se com a necessidade da antecipação da tutela é de autoria de MARINONI, conforme: Tutela cautelar e tutela antecipatória, publicada pela Revista dos Tribunais, em 1992. A continuidade de seus estudos pode ser vislumbrada nas seguintes obras, dentre outras: A antecipação da tutela; A antecipação da tutela na reforma do processo civil; tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença; Efetividade do processo e tutela de urgência; Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC Tutela inibitória (individual e coletiva).*

a antecipação da tutela, tutela específica e, principalmente, tutela inibitória, a par de inúmeras outras contribuições de relevo,[21] desvendou-se para o cenário jurídico nacional a necessidade e a preocupação com a tutela específica, bem como as formas e os meios de alcançá-la.

No entanto, o mesmo não se pode afirmar em relação a uma determinada espécie executiva que, pela natureza da obrigação ou pela frustração na tentativa de se alcançar a tutela específica, recaia em execução de valores. Com relação a essa espécie executiva não se pode pavonear a doutrina, pois nenhum progresso foi alcançado.

Paradoxalmente, é a execução por soma, a que mais freqüenta o dia-a-dia forense e, por conseguinte, a maior responsável pela frustração na prestação da tutela jurisdicional. Por isso, justifica-se a procura pela sua efetividade para que seja capaz de oferecer ao jurisdicionado a confiabilidade necessária ao seu consagrado direito de ação.

Frise-se que, sem embargo dos atualíssimos estudos acerca da proteção aos direitos coletivos, aos direitos da personalidade (direitos à vida privada, à integridade corporal, à honra, à intimidade, à imagem, ao nome), bem como o direito a um meio ambiente sadio etc. e, principalmente, na riqueza de vantagens com a efetiva possibilidade de inibir a prática do ilícito, há, como já salientado, um vasto campo adstrito à execução por soma que não pode ser olvidado.

. . . . . .

21 A ciência precessual civil deve muito aos estudos de OVÍDIO BAPTIST A; incansável pesquisador, que soube, como ninguém, entender e difundir de forma contextualizada a teoria de Pontes de Miranda. Ressalte-se, ainda, o profundo conhecimento deste processualista não só da doutrina jurídica, mas igualmente dos teorizadores políticos. Entre suas inúmeras obras e para o fim discutido neste trabalho, é imprescindível as seguintes leituras: Curso de processo civil, vols. I a 3; Da sentença liminar à nulidade da sentença; Do processo cautelar; Jurisdição e execução na tradição romano-canônica; Sentença e coisa julgada: ensaios,Teoria geral do processo civil.

A sentença condenatória, totalmente dependente da vontade do réu para ser efetivada, é muito pouco para não dizer que é um nada jurídico. "[...] Reconhecer um direito e não dar-lhe a tutela adequada é o mesmo que não oferecer tutela ao direito em questão. Eis, hoje, a principal questão que preocupa as mentes dos processualistas, ou seja, a efetividade da tutela dos direitos. Apenas uma tutela que seja autenticamente condizente com as expectativas sociais" [22]

A preocupação, então, neste trabalho, na trilha da evolução que os processualistas fartamente debatem na execução da tutela específica, estará voltada para alcançar uma efetivação da condenação por soma[23] que não seja estritamente por intermédio do vetusto processo de execução e sua tipicidade fechada, ou seja, limitada a reconhecida ineficácia dos atos executivos consistentes em penhora-avaliação-arrematação.

Porquanto, buscar-se-á na execução por soma, igualmente, a genuína tutela específica, pois se o processo, tantas vezes lembrado, deve dar a cada um aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter,[24] não se pode admitir que um crédito devidamente reconhecido venha sofrer a destruição e ficar fadado a toda sorte de um letárgico processo executivo.

O ideal seria evitar a execução por soma e nisso as medidas previstas principalmente nos artigos 461 e 84, respectivamente, dos Códigos de Processo Civil e de Defesa do Consumidor são salutares. No entanto, a prática, além de mostrar que nem sempre as medidas constantes

. . . . . .

*22 ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000..33-34.*

*23 "Analisada pelo ângulo da utilidade, a tutela condenatória é a menos efetiva de todas," BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p, 130.*

*24 "[...] il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire." CHIOVENDA, Giuseppe apud ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 20.*

nesses dispositivos são suficientes para evitar a execução substitutiva, tem-se a realidade de que a maioria das execuções é, por natureza, por quantia.

Desta forma, não se preocupar com essa modalidade executiva é, em certa medida, cobrir um santo para descobrir o outro. Por essas razões, a atenção deve ser dirigida para o equívoco e a terrível conseqüência que daí advém de se manter dois processos distintos para prestar a tutela jurisdicional pretendida pelo cidadão, sendo que, no processo de execução para recebimento de pecúnia, o meio sub-rogatório mostra-se letárgico e ineficaz.

Não raro, tem-se o longo percurso de três e não dois processos de conhecimento, todos vocacionados ao duplo grau de jurisdição. Humberto Gomes de Barros, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a esse respeito preleciona da seguinte forma:

> *Nosso Código de Processo Civil afirma que, com a sentença, o Estado cumpre sua função entregando a prestação jurisdicional. Se o derrotado não obedece à condenação, deve o vitorioso promover a liquidação, se a sentença foi iliquida (o que ocorre constantemente) e, após, propor a execução. Temos, então, três processos autônomos e sucessivos. Todos eles com potencial de acesso ao STJ e ao STF. Para os doutrinadores a autonomia dos processos homenageia a ciência processual. A tripartição dos processos, ao meu sentir, carece de qualquer sentido prático. Dela resultam três conseqüências sociais nefastas; a sobrecarga do Poder Judiciário, que é forçado a tríplice esforço; a frustração do litigante vitorioso e o locupletamento do causador do dano.*[25]

. . . . . .

25 BARROS, Humberto Gomes de. O que é prestação jurisdicional. In: XV CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS. Rio de Janeiro, set. 1999.

Todo o esforço será, assim, concentrado para imbuir à tutela executiva uma efetividade condizente com a real necessidade dos jurisdicionados, atrelada aos princípios basilares do direito e às exigências dos tempos atuais. Para tanto, será imprescindível entremear conhecimento e execução, uma prática totalmente contrária ao que se tem hodiernamente.[26]

2. PROCESSO DE CONHECIMENTO E PROCESSO DE EXECUÇÃO

Duas situações aqui devem ser suscitadas. Uma diz respeito ao binômio cognição/execução e a outra ao processo de conhecimento e processo de execução propriamente ditos. Ambas carecem de efetividade, porém há, no segundo exemplo, uma radicalização muito maior do que no primeiro.[27]

Acredita-se que as duas situações podem ser demonstradas pelas hipóteses de se ter, por exemplo, uma antecipação da tutela carente de executividade e, noutro processo, ter-se uma sentença condenatória com trânsito em julgado que, igualmente, necessita de executoriedade. A diferença, apesar das duas requererem a mesma providência (execução) estaria, então, no fato de que na primeira, esta se daria no bojo do próprio processo de conhecimento, enquanto que na segunda, a execução exigiria a formação de outra relação jurídica processual.

. . . . . .

26 "[...] Na verdade, a maior virtude teórica do chamado Processo de Conhecimento não está em ser ele exclusivamente declaratório, mas em não conter execução." SILVA. Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 183.

27 "Uma coisa, porém, é o binômio 'cognição-execução' e outra a dicotomia 'processo de cognição (ou de conhecimento) - processo de execução'." WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** Campinas: Bookseller, 2000. p. 47.

A busca pela equação desses dois momentos processuais, sempre com o escopo de aproximar direito/processo e tutelar devidamente o direito da parte, é de fundamental importância para a efetividade do processo.

Aqui está a síntese de tudo. É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de 'alterar o mundo', ou seja, de conduzir as pessoas à 'ordem jurídica justa'. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, como o instrumental e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço da sua técnica.[28]

No entanto, defender ardorosamente a necessária influência do direito material sobre o processo, sem perquirir uma forma de convergência entre os dois campos (cognição/execução - processo de conhecimento/processo de execução) é o mesmo que descobrir a enfermidade e não atacá-la com o remédio adequado e na dose necessária. Talvez, por isso, José Roberto dos Santos Bedaque não escapou à aguda crítica de Ovídio Araújo Baptista da Silva que, pelo extremo conhecimento das raízes, inclusive filosóficas, que envolvem esse crucial problema da nossa jurisdição, merece transcrição integral:

> *O próprio Bedaque que nos promete no título da obra o que poderia relacionar-se com o tema não consegue libertar-se do conceitualismo, não oferecendo senão uma pálida idéia dessa influência que tanto o impressionou.* ***Na verdade, ele nada soube***
>
> . . . . . .

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p.297.

> ***dizer sobre o que poderá ocorrer depois da sentença de procedência, supondo o processualista ser isso assunto que não lhe compete, posto que o processo, como ciência formal que pretende ser, despreza o que poderá conter uma determinada sentença de procedência, como expressão de suas eficácias*** *[sem grifo no original].*
> *Se algum curioso buscar, em obras institucionais de direito processual civil, informações sobre as sentenças em geral, procurando descobrir as óbvias distinções existentes entre elas, quanto às respectivas cargas de eficácia, por certo ver-se-á frustrado pelo total insucesso da empresa. O direito processual - como as ciências generalizantes, ciências das uniformidades, como a matemática - despreza as diferenças, porque lida exclusivamente com as uniformidades capazes de tornarem-se leis universais. Se perguntarmos a um processualista o que deverá conter a sentença, obteremos seguramente esta surpreendente e reveladora resposta: a sentença deverá conter relatório, fundamentação e decisão. A sentença para ele é pura forma. Em última análise, para o processualista, fiel ao paradigma de sua ciência, todas as sentenças são iguais, todas devem conter os três elementos através dos quais a ciência do processo consegue obter uma lei universal que é, afinal de contas, o que se deve esperar de uma ciência generalizante, preocupada com a formação de leis universais e que, por isso mesmo, distancia-se do individual, no que ele possa ter de diferente, apesar de o conflito judiciário, a lide que fez a glória de muitos processualistas, e que é seu objeto, ser irrepetível, como todos os objetos históricos. O lado*

trágico desta visão obliterada do fenômeno é que, não tratando os processualistas de investigar o conteúdo substancial das sentenças de procedência, dele igualmente não cuidam os juristas do direito material por entenderem, com razão, que isto não seria tarefa de suas respectivas disciplinas, mas incumbência dos processualistas. O vácuo doutrinário que se cria com relação ao problema de classificação de ações e sentenças - ações no plural, referidas às ações de cada direito, depois que este é proclamado existente pela sentença -, como era de supor, confirma e fortalece a ideologia da ordinariedade, com sua vocação congênita para a plenariedade das respectivas demandas, como se a ordinariedade procedimental determinasse a supressão das ações materialmente sumárias. Como se a relação processual se encerrasse com a sentença e o resto, o que viesse depois, como conseqüência do ato Jurisdicional fosse um mero posterius, *externo e indiferente a seu conteúdo.*[29]

Não se conseguirá romper com a nítida separação entre conhecimento e execução sem enfrentar a ideologia que orientou toda a doutrina processual européia, da qual o direito pátrio contaminou-se por inteiro. Necessário se faz, então, perquirir a possibilidade de conviver com um processo de conhecimento enaltecido exageradamente e atrelado a uma atuação judicial totalmente desprovida de império (ordem), numa realidade atual que prima por realização dos direitos como necessário para a efetividade da prestação jurisdicional.

. . . . . .

29 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp. 173-174.

O procedimento ordinário, como é intuitivo, faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor, como se este fosse o culpado pela demora ínsita à cognição dos direitos. Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que ocorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois neste plano há direitos evidentes e não evidentes e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria.[30]

Em outros termos, como efetivar direitos se, para sua realização, basta simples declaração apta a produzir coisa julgada? A bem da verdade, toda a importância que foi legada ao processo de conhecimento, resumindo-o na típica e genuína tutela jurisdicional, lastreada em decisão neutra (=imparcialidade) e recheada de "certeza", por isso plenária, acabou por inviabilizá-lo justamente no ponto que pouco ou quase nada foi dedicado, qual seja: a tutela executiva.[31]

Afirma-se isso, porque o festejado conceito de jurisdição, como sendo o poder de dizer o direito ao caso concreto como fim último do Estado-juiz, perde sentido quando essa declaração cai no vazio dos atos executivos. Mesmos nos casos de urgência, como nas liminares antecipatórias, a dependência da tutela executiva nos moldes

. . . . . .

30 MARINONI, Luiz Gui1hem'le. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 15.

31 "Acrescenta-se a essa mentalidade o fato, que sempre foi assente na opinião de parte considerável da doutrina, da existência do mito da neutralidade do juiz. Erigido a verdadeiro dogma. a razão deste entendimento está calcada na distância que deve manter o juiz das partes. Deve ele ser neutro, liberal, assistir, durante uma larga instrução probatória, o atuar das partes para, ao final, decidir com certeza." PEREIRA FILHO, Benedito. **Pressupostos teóricos para a efetividade material da tutela executiva.** Curitiba, 1999. Dissertação (Mestrado em Direito) -Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.57.

trágico desta visão obliterada do fenômeno é que, não tratando os processualistas de investigar o conteúdo substancial das sentenças de procedência, dele igualmente não cuidam os juristas do direito material por entenderem, com razão, que isto não seria tarefa de suas respectivas disciplinas, mas incumbência dos processualistas. O vácuo doutrinário que se cria com relação ao problema de classificação de ações e sentenças - ações no plural, referidas às ações de cada direito, depois que este é proclamado existente pela sentença -, como era de supor, confirma e fortalece a ideologia da ordinariedade, com sua vocação congênita para a plenariedade das respectivas demandas, como se a ordinariedade procedimental determinasse a supressão das ações materialmente sumárias. Como se a relação processual se encerrasse com a sentença e o resto, o que viesse depois, como conseqüência do ato Jurisdicional fosse um mero posterius, *externo e indiferente a seu conteúdo.*[29]

Não se conseguirá romper com a nítida separação entre conhecimento e execução sem enfrentar a ideologia que orientou toda a doutrina processual européia, da qual o direito pátrio contaminou-se por inteiro. Necessário se faz, então, perquirir a possibilidade de conviver com um processo de conhecimento enaltecido exageradamente e atrelado a uma atuação judicial totalmente desprovida de império (ordem), numa realidade atual que prima por realização dos direitos como necessário para a efetividade da prestação jurisdicional.

. . . . . .

29 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. pp. 173-174.

O procedimento ordinário, como é intuitivo, faz com que o ônus do tempo do processo recaia unicamente sobre o autor, como se este fosse o culpado pela demora ínsita à cognição dos direitos. Tal construção doutrinária é completamente alheia ao que ocorre na realidade social e no plano do direito substancial, pois neste plano há direitos evidentes e não evidentes e na realidade da vida a lentidão do processo pode significar angústia, sofrimento psicológico, prejuízos econômicos e até mesmo miséria.[30]

Em outros termos, como efetivar direitos se, para sua realização, basta simples declaração apta a produzir coisa julgada? A bem da verdade, toda a importância que foi legada ao processo de conhecimento, resumindo-o na típica e genuína tutela jurisdicional, lastreada em decisão neutra (=imparcialidade) e recheada de "certeza", por isso plenária, acabou por inviabilizá-lo justamente no ponto que pouco ou quase nada foi dedicado, qual seja: a tutela executiva.[31]

Afirma-se isso, porque o festejado conceito de jurisdição, como sendo o poder de dizer o direito ao caso concreto como fim último do Estado-juiz, perde sentido quando essa declaração cai no vazio dos atos executivos. Mesmos nos casos de urgência, como nas liminares antecipatórias, a dependência da tutela executiva nos moldes

. . . . . .

30 MARINONI, Luiz Gui1hem'le. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 15.

31 "Acrescenta-se a essa mentalidade o fato, que sempre foi assente na opinião de parte considerável da doutrina, da existência do mito da neutralidade do juiz. Erigido a verdadeiro dogma. a razão deste entendimento está calcada na distância que deve manter o juiz das partes. Deve ele ser neutro, liberal, assistir, durante uma larga instrução probatória, o atuar das partes para, ao final, decidir com certeza." PEREIRA FILHO, Benedito. **Pressupostos teóricos para a efetividade material da tutela executiva.** Curitiba, 1999. Dissertação (Mestrado em Direito) -Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.57.

apresentados pelo código, é lastimável e chega a pôr em dúvida a capacidade do processualista para viabilizar a ação (no plano material) do cidadão que pleiteia em juízo o seu justo direito.[32]

No entanto, a doutrina demora ou não quer perceber isso, pois está exageradamente comprometida com as promessas encantadoras do Estado Moderno, "concretizadas" pela Revolução Francesa como já assinalado. Por isso, a extrema dificuldade de quebrar a ordinariedade, haja vista a resistência que se encontra no meio jurídico, da academia à atuação prática/forense, todos embevecidos com as promessas de "certeza", "segurança" e com a mera proclamação dos direitos, como suficientes para o cumprimento da tutela jurisdicional.

3. CONHECER E SATISFAZER: AINDA UM DESAFIO!

O Direito está em crise. A ciência transita da metodologia tradicional para o Direito novo. O método tradicional, escolástico, dogmático e formalista busca a ciência ideologicamente neutra (avalorativa). Já o Direito novo concebe o Direito como fenômeno social, vê a ciência jurídica como sociovalorativa (não-formal), ciência de problemas práticos (e não simplificações conceituais abstratas), ciência de resultados concretos (e não deduções apriorísticas), ciência, enfim, de decisões criativas (e não decisões automáticas).[33]

É fato incontroverso, pelo menos nos manuais e teses jurídicas, que o processualista está comprometido com

. . . . . .

32 A Lei n. 10.444, de 07 de maio de 2002, é mais uma tentativa de eliminar esse inconveniente.

33 PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 20.

a pronta e efetiva realização dos direitos. Humberto Theodoro Júnior é, entre muitos, categórico neste ponto ao prelecionar:

> *É induvidoso, por isso mesmo, que o direito processual moderno se preocupa menos com a definição e conceituação de suas categorias básicas (ação, jurisdição e processo), - que, aliás, já foram suficientemente trabalhadas pela doutrina dos últimos cem anos - e se ocupa muito mais intensamente com o problema das conexões do processo com o direito material.*[34]

A vista dessa "nova realidade", sem muito esforço, é fácil concluir que para alcançar esse desiderato, necessário faz-se extirpar ou conceder nova roupagem (de efetividade) àqueles entraves à atuação jurisdicional comprometida com este escopo. Para tanto, é igualmente necessário compreender que o processo civil nunca atenderá cem por cento o direito do autor.[35] O processualista Luiz Guilherme Marinoni dá uma noção concreta desse dado:

> *Poucos se dão conta, porém, que, em regra, o autor pretende uma modificação da realidade empírica e o réu deseja a manutenção do* status quo. *Esta percepção, até banal, da verdadeira realidade do processo civil, é fundamental para a compreensão da*

. . . . . .

34 THEODORO JUNIOR, Humberto - **O processo civil brasileiro no limiar do novo século.** Rio de Janeiro: Forense. 2002. pp. 6-7.

35 "As elaborações que vêm de outros ambientes suscitam a dúvida de que tais princípios, sejam. pelo menos hoje em dia, um mito, e que, na verdade, a duração do processo exista sempre em detrimento da parte que tem razão, e que esta parte muitíssimo raramente consiga obter 'tudo aquilo e exatamente aquilo' a que tinha direito." VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo, a. 11, n. 43, p. 143 jul./set. 1986

problemática do tempo no processo ou do conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à cognição definitiva. Em qualquer processo civil há uma situação concreta, uma luta por um bem da vida, que incide de modo radicalmente oposto sobre as posições das partes. A disputa pelo bem da vida perseguido pelo autor, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor (que tem razão) e beneficiar o réu (que não a tem). Isto demonstra que o processo jamais poderá dar ao autor tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter ou que.jamais o processo poderá deixar de pre.iudicar o autor que tem razão. É preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora sempre beneficia o réu que não tem razão. Em um 'processo condenatório', a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo, maior será o dano imposto ao autor e, por conseqüência, maior o benefício conferido ao réu. Se o autor que tem razão é sempre prejudicado pela demora, não é possível esquecer o que isto realmente representa para o cidadão comun que no processo é chamado de autor, tal como se fosse o 'homem sem rosto' do direito liberal.[36]

. . . . . .

36 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 16-11 Essa realidade de que o processo jamais dará ao autor "tudo aquilo e exatamente aquilo que ele teria o direito de obter", caso o seu direito não fosse violado, também não passou despercebido para SILVA: " [...] A esperança de Chiovenda de criar-se um processo dotado de tal perfeição que desse, sempre, ao autor vitorioso tudo aquilo que lhe viesse a ser reconhecido como seu direito, na realidade é um sonho inatingível." SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A "plenitude de defesa" no processo civil. IN:' **Da sentença liminar à nulidade da sentença,** Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 113-114,

Ora, se o autor que vai a juízo já sabe, de antemão, que nunca alcançará, nos exatos termos, o seu direito violado, ainda assim, for obrigado a conviver com as mazelas de um procedimento ordinário que, além da demora, é puro, ausente de executividade, sofrerá como conseqüência lógica frustrações, decepções, produto do resultado da conhecida inefetividade processual.

O processualista, nos últimos anos, elegeu o tempo como inimigo pernicioso e saiu a combate com armas de alto potencial, capazes de reduzir anos a dias. Pugnou pela necessidade dos "processos sumários" com julgamento lastreado em verossimilhança do direito afirmado e, ao que parece, demonstrou incontestavelmente sua razão.

Luiz Guilherme Marinoni, sem dúvida, concentrou esforços nessa batalha contra o tempo ao discorrer em suas várias obras, com muita propriedade, o mal que esse inimigo causa à efetividade da prestação jurisdicional dos direitos:

Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça. Isto para não se falar nos danos econômicos, freqüentemente graves. que podem ser impos-

problemática do tempo no processo ou do conflito entre o direito à tempestividade da tutela jurisdicional e o direito à cognição definitiva. Em qualquer processo civil há uma situação concreta, uma luta por um bem da vida, que incide de modo radicalmente oposto sobre as posições das partes. A disputa pelo bem da vida perseguido pelo autor, justamente porque demanda tempo, somente pode prejudicar o autor (que tem razão) e beneficiar o réu (que não a tem). Isto demonstra que o processo jamais poderá dar ao autor tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem o direito de obter ou que.jamais o processo poderá deixar de pre.iudicar o autor que tem razão. É preciso admitir, ainda que lamentavelmente, a única verdade: a demora sempre beneficia o réu que não tem razão. Em um 'processo condenatório', a demora na obtenção do bem significa a sua preservação no patrimônio do réu. Quanto maior for a demora do processo, maior será o dano imposto ao autor e, por conseqüência, maior o benefício conferido ao réu. Se o autor que tem razão é sempre prejudicado pela demora, não é possível esquecer o que isto realmente representa para o cidadão comun que no processo é chamado de autor, tal como se fosse o 'homem sem rosto' do direito liberal.[36]

. . . . . .

36 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 16-11 Essa realidade de que o processo jamais dará ao autor "tudo aquilo e exatamente aquilo que ele teria o direito de obter", caso o seu direito não fosse violado, também não passou despercebido para SILVA: " [...] A esperança de Chiovenda de criar-se um processo dotado de tal perfeição que desse, sempre, ao autor vitorioso tudo aquilo que lhe viesse a ser reconhecido como seu direito, na realidade é um sonho inatingível." SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A "plenitude de defesa" no processo civil. IN:' **Da sentença liminar à nulidade da sentença,** Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 113-114,

Ora, se o autor que vai a juízo já sabe, de antemão, que nunca alcançará, nos exatos termos, o seu direito violado, ainda assim, for obrigado a conviver com as mazelas de um procedimento ordinário que, além da demora, é puro, ausente de executividade, sofrerá como conseqüência lógica frustrações, decepções, produto do resultado da conhecida inefetividade processual.

O processualista, nos últimos anos, elegeu o tempo como inimigo pernicioso e saiu a combate com armas de alto potencial, capazes de reduzir anos a dias. Pugnou pela necessidade dos "processos sumários" com julgamento lastreado em verossimilhança do direito afirmado e, ao que parece, demonstrou incontestavelmente sua razão.

Luiz Guilherme Marinoni, sem dúvida, concentrou esforços nessa batalha contra o tempo ao discorrer em suas várias obras, com muita propriedade, o mal que esse inimigo causa à efetividade da prestação jurisdicional dos direitos:

Se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz as expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da justiça. Isto para não se falar nos danos econômicos, freqüentemente graves. que podem ser impos-

> *tos à parte autora pela demora do processo e pela conseqüente imobilização de bens e capitais.* ***Se o processo retira da vida o seu próprio impulso, ele não pode - apenas porque se destina a 'descobrir a verdade' - deixar de considerar as necessidades do autor, a menos que deseje celebrar, através de um procedimento fúnebre, não só o seu rompimento com a vida, mas também a sua completa falta de capacidade para realizar os escopos do Estado*** *[sem grifo no original.*[37]

O resultado dessa guerrilha tem sido sentido na legislação que sofre mudanças contínuas na tentativa de se aprimorar e adequar ao que pretende o processualista. Imbuído desse espírito, parece ser necessário e oportuno dar à tutela executiva (principalmente por soma) a mesma relevância que se tem prestado às demais. Mesmo porque, como já salientado, a satisfação das medidas judiciais é de suma importância para a efetividade dos direitos.

No entanto, apesar do esforço de parte da doutrina e da própria legislação que, aos poucos, vai se curvando a antigos desígnios dos processualistas comprometidos com a efetividade da tutela jurisdicional, é imperioso, por mais que se pareça paradoxal, empreitar luta para desinfetar o procedimento ordinário de ranços de uma época liberal que se contenta (e porque serve a elite) de um processo meramente declarativo, sustentado em "ideais de certeza. neutralidade e segurança."

Porquanto, é chegada a hora de agir mais e criticar menos. Como relata Luís Alberto Warat, "[...] o tempo

. . . . . .

37 MARINONI Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17.

das negações absolutas já passou, repeti-lo agora é construir um anarquismo ingênuo..."[38] Diz-se isso, porque a época de apontar o processo de desigual, de corresponder a uma classe em detrimento da outra, deve ser superado para partir-se em busca de uma concretização do que se espera da atividade jurisdicional.[39]

Acredita-se, sinceramente, que os louros da fase dos direitos de primeira geração, consubstanciados nas conquistas de princípios já consolidados no texto constitucional como contraditório, igualdade etc., já passaram. Agora, ainda que tardiamente, é chegado o momento de se concretizar, efetivar essas conquistas sempre voltadas para o resultado que delas se espera.

Contudo, com muito pesar, é forçoso reconhecer que parte considerável da doutrina ainda continua presa a construções de épocas passadas que influenciam por demais aprestação da tutela jurisdicional.

Assim, chega a ser comum debater-se com manuais utilizados largamente na instrução universitária, recheados de "ensinamentos" que conduzem o "aprendiz" e depois, o "profissional" enquanto deflagrador dessa aprendizagem, a entendimentos, capazes de restringirem a atuação do magistrado a mero espectador e, portanto, incapaz de atuar em prol da tutela jurisdicional dos direitos.

. . . . . .

38 MARINONI, Luís Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA. Leonel Severo (Org.). **Teoria do direito e do Estado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p.83.

39 MARINOVI, nesse sentido, aponta para a necessidade de se reconhecer que o processo favorece o réu que não tem razão: "E preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão." MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p. 15-.

tos à parte autora pela demora do processo e pela conseqüente imobilização de bens e capitais. ***Se o processo retira da vida o seu próprio impulso, ele não pode - apenas porque se destina a 'descobrir a verdade' - deixar de considerar as necessidades do autor, a menos que deseje celebrar, através de um procedimento fúnebre, não só o seu rompimento com a vida, mas também a sua completa falta de capacidade para realizar os escopos do Estado*** *[sem grifo no original.*[37]

O resultado dessa guerrilha tem sido sentido na legislação que sofre mudanças contínuas na tentativa de se aprimorar e adequar ao que pretende o processualista. Imbuído desse espírito, parece ser necessário e oportuno dar à tutela executiva (principalmente por soma) a mesma relevância que se tem prestado às demais. Mesmo porque, como já salientado, a satisfação das medidas judiciais é de suma importância para a efetividade dos direitos.

No entanto, apesar do esforço de parte da doutrina e da própria legislação que, aos poucos, vai se curvando a antigos desígnios dos processualistas comprometidos com a efetividade da tutela jurisdicional, é imperioso, por mais que se pareça paradoxal, empreitar luta para desinfetar o procedimento ordinário de ranços de uma época liberal que se contenta (e porque serve a elite) de um processo meramente declarativo, sustentado em "ideais de certeza. neutralidade e segurança."

Porquanto, é chegada a hora de agir mais e criticar menos. Como relata Luís Alberto Warat, "[...] o tempo

. . . . . .

37 MARINONI Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 17.

das negações absolutas já passou, repeti-lo agora é construir um anarquismo ingênuo..."[38] Diz-se isso, porque a época de apontar o processo de desigual, de corresponder a uma classe em detrimento da outra, deve ser superado para partir-se em busca de uma concretização do que se espera da atividade jurisdicional.[39]

Acredita-se, sinceramente, que os louros da fase dos direitos de primeira geração, consubstanciados nas conquistas de princípios já consolidados no texto constitucional como contraditório, igualdade etc., já passaram. Agora, ainda que tardiamente, é chegado o momento de se concretizar, efetivar essas conquistas sempre voltadas para o resultado que delas se espera.

Contudo, com muito pesar, é forçoso reconhecer que parte considerável da doutrina ainda continua presa a construções de épocas passadas que influenciam por demais aprestação da tutela jurisdicional.

Assim, chega a ser comum debater-se com manuais utilizados largamente na instrução universitária, recheados de "ensinamentos" que conduzem o "aprendiz" e depois, o "profissional" enquanto deflagrador dessa aprendizagem, a entendimentos, capazes de restringirem a atuação do magistrado a mero espectador e, portanto, incapaz de atuar em prol da tutela jurisdicional dos direitos.

. . . . . .

38 MARINONI, Luís Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA. Leonel Severo (Org.). **Teoria do direito e do Estado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p.83.

39 MARINOVI, nesse sentido, aponta para a necessidade de se reconhecer que o processo favorece o réu que não tem razão: "E preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão. De nada adianta a doutrina continuar afirmando, retoricamente, que a justiça atrasada é uma injustiça, se ela não tem a mínima sensibilidade para perceber que o processo sempre beneficia o réu que não tem razão." MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p. 15-.

4. OBSTÁCULOS IDEOLÓGICOS À EFETIVIDADE EXECUTIVA

A influência das filosofias racionalistas dos séculos XVII e XVIII sobre o direito, e especialmente sobre o processo civil, além do que ficou dito antes (Capítulo 9), foi mais notável ainda por haver duas conseqüências decisivas e inteiramente dominantes na ciência moderna: (a) o confinamento dos juristas no "mundo jurídico", um mundo conceitual puro, criado pelos próprios juristas, que os eliminou do mundo social, fazendo com que o direito se distanciasse, cada vez mais, da cambiante realidade histórica que lhe cabia regular; (b) a separação entre moral e direito, determinada pela filosofia kantiana, assegurou e fortaleceu a alienação dos juristas, com relação aos problemas sociais e politícos de seu tempo, e contribuiu para mantê-los na servil condição de executores da lei do Estado.[40]

Explicável, assim, o porquê da retórica do direito ficar centrada exclusivamente na lógica discursiva, incapaz de extrapolar o mundo técnico-racional no qual foi inserida. Essa alienação do jurídico, confiante de que poderia tudo resolver com simples raciocínio, como se fossem operações matemáticas, impede, ainda hoje, mudanças que extrapolem a redoma de vidro que o "protege".

José Rogério Cruz e Tucci, sem demonstrar preocupação com as conseqüências desse comprometimento ideológico, acaba, todavia, por corroborar a sua pertinência ao desabar que as reformas sugeridas para agilizar o sistema, quando surgem, "[...] as atenções concentram-se

. . . . . .

40 SILVA,. Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997. p. 155.

em aspectos de natureza técnico-jurídica, esquecendo-se totalmente que o problema da efetividade do processo está ligado a vetores de ordem política, econômica e cultural.[41]

Talvez, por esse viés, explica-se, também, o fato de o processo de execução que Tereza Arruda Alvim Wambier[42] confessa "não saber onde está a causa e onde está o efeito", ter sido relegado a segundo plano, pois, não poderia ser diferente, haja vista a preocupação única e exclusiva do direito moderno reduzido a simples declaração, sem qualquer consideração com o resultado no mundo dos fatos (conseqüências fáticas).

"Não é de estranhar, portanto, que o direito esteja hoje separado do fato, e as únicas ações que a doutrina reconheça sejam aquelas que operam exclusivamente no mundo normativo, as declaratórias, condenatórias e constitutivas, considerando meras conseqüências do ato jurisdicional as eventuais repercussões da sentença, como seus efeitos executivos e mandamentais que, sendo fáticos, para a doutrina, não seriam mais jurídicos.[43]

Se o jurídico (jurisdição) resume-se na declaração do direito aplicado; se ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional[44], não há mesmo porque despender estudos acerca da tutela executiva, atividade secundária e desprendida de conteúdo jurisdicional! A "capacidade" de transformar fato em jurídico, se-

. . . . . .

41 TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. REVISTA DE PROCESSO. São Paulo, a. 17,n. 66. p. 73, abr./jan. 1992.

42 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação. In: (Coord.). Processo de execução e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.9.

43 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônico.** São Pauto: Revista dos Tribunais, 1997. p. 157.

44 Consoante o art. 463 do Código de Processo Civil, ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o oficio jurisdicionaL

gundo essa concepção alienante do direito moderno, e a "auto-suficiência" desse ato afastaram o jurista da realidade social, esta sim a depender de uma efetiva tutela executiva.

O judiciário passou a ter a "nobre" e "dificílima" função de, como um burocrata (despachante), carimbar de jurídico tudo aquilo que se conformar com a lei previamente estabelecida pelo executivo e legislativo. Decreta-se, assim, sua total neutralidade em relação às questões que não se acomodarem na legislação abstrata (como uma luva que se encaixa perfeitamente nos dedos).

> *A neutralidade quanto a valores, herança das correntes filosóficas do século XVII, depois acolhida por Kant, foi um dos pilares sobre os quais se construiu o 'mundo jurídico', como um mundo conceitual, puramente normativo, distante e sem compromisso com a realidade social.*[45]

Esse descompromisso com a realidade social, apontado por Ovídio Araújo Baptista da Silva, diz, claramente, que a atividade jurisdicional não está preocupada com a execução. Por isso, a conformação com um juiz desprovido de poder, pois para aplicar o direito ao caso concreto não é preciso emitir ordens. Daí afirmar Enrico Tullio Liebman "não ser função do juiz expedir ordens às partes".[46]

. . . . . .

45 SILVA. Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 156.

46 "... Não é função do juiz expedir ordens às partes e sim unicamente declarar qual é a situação existente entre elas segundo o direito vigente. Idêntico é, neste terreno, o conteúdo da sentença declaratória e da condenatória." LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 16.

O resultado é a total castração do poder do juiz. Impedido de emitir ordens passou a ser "útil" até uma certa medida, precisamente, até a declaração do direito. Explica-se, também, porque a sentença condenatória não passa de um convite ao devedor para, caso queira, "data vênia", cumpra a obrigação.

Desta feita, em questão de utilidade, a sentença declaratória em nada diverge da condenatória, pois ambas possuem o mesmo efeito prático. A única diferença é que a condenatória dá ensejo à execução forçada e, teoricamente, à declaratória, apesar de igualmente declarar condenar" o Réu como sendo devedor, não teria essa conotação.

Percebe-se que a diferença é terminológica e não de substância. Ovídio Araújo Baptista da Silva, a esse respeito assevera:

> *Hoje, porém, dispondo o direito moderno de duas ações declaratórias, pois a condenatória, sob o ponto de vista substancial, 'não passa de uma declaração' (Liebman,* Embargos do executado, *p. 132), como explicar que apenas esta tenha a virtude de ensejar a execução e não as sentenças meramente declaratórias? Se o juiz, atendendo ao pedido do autor, declará-lo credor, e devedor o réu; ou, declarar que o devedor, em razão da existência do débito, deve satisfazê-lo, sua sentença não terá eficácia capaz de legitimar uma ação de execução dessas sentenças. Será indispensável que o juiz, à declaração da existência do dever de prestar, acrescente à sua declaração o verbo mágico* condenar, *para que as portas do processo executivo se abram.*[47]

. . . . . .

47 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 153-154.

O desafio é, pois, romper com essa engenhosa ideologia que, acima de tudo, retira do juiz qualquer forma de efetivamente influir na vida das pessoas, para conduzir o processo civil como veículo de efetiva realização dos direitos.

5. RACIOCÍNIO DA SUBSUNÇÃO

O Direito é o que dele faz o processo de sua produção. Isso nos adverte de que o Direito nunca é algo dado, pronto, preestabelecido ou pré-produzido, cuja fruição é possível mediante simples utilização do já feito ou acabado. O Direito é produzido em cada ato de sua produção e subsiste com sua aplicação e somente é enquanto está sendo produzido ou aplicado.[48]

A complexidade da vida social, conjuminada na necessidade de uma ordem jurídica justa, suficiente para alcançar os anseios dos homens nela inseridos, vem repudiar uma das formas de realização do direito bastante difundida quando da aplicação da lei ao caso concreto, o raciocínio da subsunção.

Através desta técnica, uma vez criada a lei e colocada, de modo geral e abstrato, à disposição dos componentes da sociedade, basta que o juiz, diante de um determinado fato real, identifique-a e, sem maiores dificuldades, a aplique, por meio de uma sentença. Trata-se de silogismo, em que a premissa maior é a lei geral e abstrata, a premissa menor, o caso concreto a conclusão, a sentença judicial.

. . . . . .

48 PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos jugam. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p-. 25.

Observa-se, neste caso, que, do juiz, nada de extraordinário é exigido; basta que ele cumpra fielmente a função de "boca da lei", como queria Montesquieu, preservando um conservadorismo interpretativo das leis para resolver os problemas apontados no mundo dos fatos mediante puro e simples ajustamento das normas, como um quebra-cabeças, em que as normas elaboradas encaixam-se ao caso concreto.[49]

Caracteriza-se, assim, o papel de memorização de leis e códigos pelos magistrados, contrariando aquilo que se espera do bom exercício da magistratura, eis que

> *o julgador, mesmo que não saiba ou não deseje, quando decide baseado somente no direito positivo, apenas repete o sistema e infunde a megaestrutura estatal ao cidadão, podendo até ser o executor expresso ou tácito daqueles que dominam o conjunto da sociedade.*[50]

Decorrer por esta realidade é, antes de tudo, exercitar uma mudança de mentalidade, tanto na doutrina, como no judiciário, a começar por onde são formados os doutrinadores e os julgadores: os bancos das faculdades, desde o seu currículo até os métodos de ensino. Isto porque tomou-se indispensável um sistema jurídico corporificado que exige normas e juízes atuantes.

. . . . . .

49 Para exemplificar o que foi asseverado, reporta-se ao art. 159 do Código Civil de 1916: "Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência violar direito, ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano." Desta feita, basta ao julgador avaliar se o indivíduo enquadra-se na situação apresentada para atribuir-lhe a conseqüência.

50 ABDALA, Edson Vieira. Esquisitice de juiz (dois novos fundamentos para a rejeição da denúncia). In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). **Lições alternativas de direito processual** (civil, penal e trabalhista). São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 65.

Não se observa, por exemplo, nas grades oferecidas pelas faculdades de direito, disciplinas ou módulos em que se eleva o estudo crítico e a discussão de institutos erigidos a dogmas, insiste-se, sim, em "decorar" os códigos e doutrinas tradicionais, mastigados em apostilas, sabe-se lá como elaboradas, esquecendo-se dos objetivos e princípios ressaltados pelo Estado Democrático de Direito.

Atrelado a este problema, é fácil deparar-se com outros da mesma relevância como os detectados por José Joaquim Calmon de Passos, na passagem de sua obra *Direito, poder, justiça e processo, julgando os que nos julgam*:

> *Tão defeituoso e perniciosos quanto o que vem de ser dito é o sistema de recrutamento e aperfeiçoamento de nossa magistratura, no particular um mal que é extensível a todos os operadores do Direito, vale dizer, também aos advogados e aos membros do Ministério Público. Permitimos que jovens mal saídos de faculdades que lhes dão formação mais que deficiente de logo se habilitarem aos cargos de magistrados, promotores, procuradores ou exerçam a advocacia e isso com a maior liberdade e sem qualquer restrição. Sabemos todos da absoluta falta de seriedade desse sistema de recrutamento e fomação. Foi ele que permitiu o escândalo de termos pessoas com quatro anos de formada já com assento em tribunais se fazem parte do* quinto consangüíneo. *A este quinto o humor negro das vítimas contrapõe o* quinto dos infernos, *constituído pelos magistrados que ainda tentam se manter eretos e têm que amargar todos os dissabores até que sua saúde lhes permita alcançar, por antigüidade, o final de suas carreiras.*[51]

. . . . . .

51 PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processos: julgando -os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 114.

É por essas e outras que não há de se estranhar quando um membro do Ministério Público, Sr. Tarcísio Leite Matos, promotor no julgamento do massacre de Corumbiara, comparando os sem-terra com as saúvas, manifesta-se publicamente: "Ou o Brasil acaba com os sem-terra, ou os sem-terra acabam com o Brasil."[52]

Eis a tarefa mais árdua, exigir de uma classe profissional habituada a identificar a lei correspondente para solucionar dado caso concreto e efetivamente aplicá-la, solucionando o conflito de interesses que modifiquem seu modo de ser, pensar e agir e passem a derramar toda uma carga criativa em suas decisões, contrariando o raciocínio da subsunção.

Este é um problema detectado por pesquisadores da área, como se pode observar pela assertiva de Juan E. Méndez:

> *[...] Os juízes são desencorajados consistentemente a fazer experimentos para adaptação criativa das leis antiquadas aos problemas que devem resolver diariamente. A herança da filosofia positivista de direito não permitiu uma evolução, e o resultado é um formalismo estulto que força os fatos da vida para dentro de categorias legais obsoletas ou simplesmente empurram os fatos da vida para fora dos tribunais.*[53]

Da mesma forma, Ovídio Araújo Baptista da Silva, ao retratar o racionalismo do século das luzes, detecta a problemática acima ressaltada:

. . . . . .

52 REVISTA VEJA. São Paulo, n. 1664 ago. 2000. p. 36.,

53 MÉNDEZ. Juan E. Reforma institucional. inclusive acesso à justiça: introdução. In: MENDEZ. Juan E. O'DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (Orgs.). **Democracia, violência e injustiça**: o não-Estado de direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 244.

> *[...] sendo o sistema jurídico o produto de um legislador iluminado, cuja sabedoria e previdência, além de se dispensar a atividade criadora de Direito por parte do magistrado que o aplica, ainda seria dotado da suprema virtude capaz de dar ao preceito legal* univocidade *de sentido, de modo que a sentença seria certa ou, ao contrário, errada, como qualquer problema matemático [...]*[54]

Para isso, a função interpretativa do julgador deve ser criadora, mas para que esse exercício não seja tido como ideologia, é muito importante ressaltar a preparação intelectual do magistrado, incluindo-se sua formação histórica, social, filosófica, política e jurídica, eis que cada caso concreto traz em seu bojo suas peculiaridades e constante é a evolução social, a exigir do magistrado toda uma adequação à atual realidade das normas que foram elaboradas em momento remoto.

Desta feita, conclui-se que se a regra utilizada quando do raciocínio da subsunção for seguida à risca (premissa maior + premissa menor = conclusão ou lei geral e abstrata + caso concreto = sentença judicial), fatalmente, os valores que compõem o valor fundamental justiça,[55] como por exemplo a igualdade, a liberdade, nem de longe

. . . . . .

54 SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. **Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva.** AJURIS. ano XXV, fi. 72, Porto Alegre, mar. 1998. p. 64.

55 "E para que se alcance a decisão.justa (ius aequum) o órgão julgador e chamado a aplicar o direito ao caso concreto, não mais através de simples subsunção, mas por intermédio da descoberta de valores e decisões de vontade. (...) E mais: há muito não se pensa que a lei (uníssona e racional) é um produto abstrato da razão pura dos legisladores, único baluarte capaz de levar o julgador à decisão justa. Assim como a formação da lei é reflexo multifacetado da obra humana fundada em interesses diversos e expressão do poder, nada obstante buscar em tese o 'correto' e o 'justo', não menos verdadeiro é o que se verifica no âmbito da aplicação do direito, razão pela qual não se pode, nos dias de hoje, imaginar os juízes e tribunais limitados a um esquema de mera execução da lei, despindo-se o julgamento de qualquer conteúdo valorativo." FIGUEIRA JÚNIOR. Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil:** do processo de conhecimento -arts. 270 a 281. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4, tomo I, p. 136.

serão alcançados, portanto, os ideais dos cidadãos que necessitam de um judiciário, além de eficiente, confiável e afirmativo, sensível às transformações sociais para que lhes sejam entregues efetivamente o direito pleiteado, não serão atingidos.[56]

6. CONCLUSÃO

"Não há judiciário mais frágil e desprestigiado do que esse que nega a justiça que lhe pede o cidadão."[57] A citação, acredita-se, pode definir a conclusão. Não é novidade que o processo de execução, principalmente originado de um processo de conhecimento, pelas suas conhecidíssimas mazelas, sempre se manteve alheio à razoabilidade/proporcionalidade que se espera de uma prestação jurisdicional prometida pelo Estado.

Nesse esteio, a tipicidade "fechada" do processo de execução, totalmente dependente da "boa vontade" do Devedor, deve dar lugar a atos de império por parte do Judiciário. É, em sintese, reconhecer que o Autor/credor, nessa fase, já realizou seus deveres, ao concretizar em direito a sua pretensão levada a juízo.

. . . . . .

56 "Como se vê, o Judiciário, que neste País felizmente é qualificado como Poder nas Constituições, não obstante tantas restrições e dificuldades de ordem prática e política, e que muito aquém está das expectativas da sociedade mundial contemporânea, como, aliás, sempre esteve, deve impor-se como verdadeiro Poder, não através de mera retórica, mas de um processo revolucionário do seu modelo histórico tradicional, hermético e arcaico, a realizar uma profunda mudança em sua estrutura e em sua dinâmica, com planejamento científico e vontade política, transformação essa a ter, como um dos seus pontos fundamentais, a adequada seleção, formação e aperfeiçoamento daquele a quem a lei entrega a bela e árdua missão de julgar. Só assim, teremos o Judiciário que a sociedade está a reivindicar e que todos desejamos: eficiente, ágil, confiável, afirmativo, sensível às transformações sociais e aos sonhos de felicidade da alma humana." TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. **AJURIS.** a. XXV, n. 72, Porto Alegre, mar. 1998. p.57.

57 ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. A falência do judiciário paulista. **Boletim AASP.** São Paulo, n. 2331, p. 1-2, 8 a 14 set. 2003

Cabe, portanto, ao Estado/juiz empregar meio de entregar ao titular desse direito o bem da vida, buscado e devidamente comprovado. Chega de "convite" de excesso de garantia, é necessário utilizar todas as medidas de apoio previstas e possíveis (art. 273, 93°; art. 461, §§4° e 5°, art. 14, inc. V, etc., do CPC) para que o Devedor manifeste-se sobre o cumprimento da obrigação (final ou antecipatória) sob pena de responsabilidade (civil e criminal) por desobediência à ordem de um Estado de Direito legalmente instituído. Afinal, não se pode jamais olvidar a promessa constitucional (art. 5° inciso XXXV) de uma prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

8. REFERÊNCIAS

ABDALA. Edson Vieira. Esquisitice de juiz (dois novos fundamentos para a rejeição da denúncia). In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Lições alternativas de direito processoal (civil, penal e trabalhista).** São Paulo: Acadêmica, 1995. pp. 59-66.

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. A contemporaneidade e o perfil do advogado. **OAB Ensino jurídico: Novas diretrizes curriculares.** Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. pp. 129-142.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. A falência do judiciário paulista. **Boletim AASP.** São Paulo, n.2.331, p. 1-2,8 a 14 set. 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

BARROS, Humberto Gomes de. O que é prestação jurisdicional. In: XVII CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS. Rio de Janeiro, set. 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.** 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

CARVALHO, Amílton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo.** 5. ed. Rio de Janeiro, LUAM, 1997.

Cabe, portanto, ao Estado/juiz empregar meio de entregar ao titular desse direito o bem da vida, buscado e devidamente comprovado. Chega de "convite" de excesso de garantia, é necessário utilizar todas as medidas de apoio previstas e possíveis (art. 273, 93°; art. 461, §§4° e 5°, art. 14, inc. V, etc., do CPC) para que o Devedor manifeste-se sobre o cumprimento da obrigação (final ou antecipatória) sob pena de responsabilidade (civil e criminal) por desobediência à ordem de um Estado de Direito legalmente instituído. Afinal, não se pode jamais olvidar a promessa constitucional (art. 5° inciso XXXV) de uma prestação jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

8. REFERÊNCIAS

ABDALA. Edson Vieira. Esquisitice de juiz (dois novos fundamentos para a rejeição da denúncia). In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (org.). **Lições alternativas de direito processoal (civil, penal e trabalhista).** São Paulo: Acadêmica, 1995. pp. 59-66.

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. A contemporaneidade e o perfil do advogado. **OAB Ensino jurídico: Novas diretrizes curriculares.** Brasília: Conselho Federal da OAB, 1996. pp. 129-142.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. A falência do judiciário paulista. **Boletim AASP.** São Paulo, n.2.331, p. 1-2,8 a 14 set. 2003.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

BARROS, Humberto Gomes de. O que é prestação jurisdicional. In: XVII CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS. Rio de Janeiro, set. 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.** 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

CARVALHO, Amílton Bueno de. **Magistratura e direito alternativo.** 5. ed. Rio de Janeiro, LUAM, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil;** do processo de conhecimento -arts. 270 a 281. v. 4, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução.** 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. Observações a partir de uma visão da ideologia no processo civil. **Revista Jurídica,** Curitiba a. IX, n. 07, Curitiba: 1993. p. 135-138.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** 4. ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

.Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento:** a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme, BECKER, Laércio Alexandre. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. In: XII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado na cidade do México, set. 2003.

MÉNDEZ., Juan R. Reforma institucional, inclusive acesso à justiça: introdução: In: MÉNDEZ, Juan E.; O' DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Democracia, violência e injustiça:** o não-Estado de direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA FILHO, Benedito. **Pressupostos teóricos para a efetividade material da tutela executiva.** Curitiba, 1999. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença.** 4. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

REVISTA VEJA. São Paulo, n. 1.664, 30 ago. 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A "plenitude de defesa" no processo civil. In:. **Da sentença liminar à nulidade da sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 107-127.

____. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **AJURIS - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, WIO XXV, 11. 72, mar. 1998. p. 58-78.

____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: – **Da sentença liminar à nulidade da sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de O ensino jurídico no âmbito da introdução ao estudo do direito. In: LYRA, Doreodó Araújo (org.). **Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. p.93-110.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil;** do processo de conhecimento -arts. 270 a 281. v. 4, tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução.** 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. Observações a partir de uma visão da ideologia no processo civil. **Revista Jurídica,** Curitiba a. IX, n. 07, Curitiba: 1993. p. 135-138.

_____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença.** 4. ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

.Tutela específica: (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento:** a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme, BECKER, Laércio Alexandre. A influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. In: XII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado na cidade do México, set. 2003.

MÉNDEZ., Juan R. Reforma institucional, inclusive acesso à justiça: introdução: In: MÉNDEZ, Juan E.; O' DONNELL, Guillermo; PINHEIRO, Paulo Sérgio (orgs.). **Democracia, violência e injustiça:** o não-Estado de direito na América Latina. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA FILHO, Benedito. **Pressupostos teóricos para a efetividade material da tutela executiva.** Curitiba, 1999. Dissertação (Mestrado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença.** 4. ed. rev. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

REVISTA VEJA. São Paulo, n. 1.664, 30 ago. 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A "plenitude de defesa" no processo civil. In:. **Da sentença liminar à nulidade da sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 107-127.

____. Antecipação de tutela e responsabilidade objetiva. **AJURIS - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre, WIO XXV, 11. 72, mar. 1998. p. 58-78.

____. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** 2. ed. rev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. Processo de conhecimento e procedimentos especiais. In: – **Da sentença liminar à nulidade da sentença.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de O ensino jurídico no âmbito da introdução ao estudo do direito. In: LYRA, Doreodó Araújo (org.). **Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986. p.93-110.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do direito. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

____. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. **Revista de Processo.** ano 15, n. 59, São Paulo: Revista dos Tribunais,jul.-set. 1990. pp.72-97.

TEIXEIRA. Sálvio de Figueiredo. A formação do, juiz contemporâneo. **AJURIS -Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul** ano:XXV n. 72 Porto Alegre: AJURIS, ma 1998. pp.47-57.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo.** ano 17, n. 66, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.-jun. 1992.

VARGAS, Jorge de Oliveira. **Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação da tutela jurisdicional.** Curitiba: Juruá. 1999.

VIGORITI, Vincenzo. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. **Revista dos Tribunais.** ano 11, n. 43, São Paulo: Revista dos Tribunais,jul.-set. 1986. pp. 142-148.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Apresentação. In: (coord.). **Processo de execução e assuntos afins.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. pp.7-13.

WARAT, Luís Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). **Teoria do direito e do Estado.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. pp.81-95.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil.** 2. ed. atual., Campinas: Bookseller, 2000.

ASPECTOS GERAIS DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

Cláudia Oliveira Pachú
Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Assistente da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG).

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO: INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO LÓGICO-SISTEMÁTICO COMO PRESSUPOSTO TEÓRICO PARA FIXAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE; 2. INCONSTITUCIONALIDADE, NULIDADE E ANULABILIDADE: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS; 2.1. Antecedentes históricos da doutrina prospectiva na declaração de inconstitucionalidade das leis e análise de sua aplicação no Brasil; 3. EFEITOS *ERGA OMNES* E VINCULANTE: ANÁLISE DOS SEUS SIGNIFICADOS NAS DECISÕES DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE NA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA; 3.1. Sentenças de rejeição de inconstitucionalidade e seus efeitos; 3.2. Declaração de inconstitucionalidade por omissão e seus efeitos; 4. EFEITOS PESSOAIS E TEMPORAIS NA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS; 4.1. (Im) possibilidade de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 5. CONCLUSÕES; 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO: INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO LÓGICO-SISTEMÁTICO COMO PRESSUPOSTO TEÓRICO PARA FIXAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE.

Inicialmente será feita a análise dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Esta vem a ser a sanção geral aplicada a um ato normativo em desarmonia com o disposto na Constituição. Como bem afirma Miranda,

> *... o problema da eficácia das decisões de inconstitucionalidade não é um problema de Direito processual, mas, sim, um problema de Direito substantivo, porque consiste em saber quais as alterações efetivas que a decisão provoca ou deixa de provocar, quer no respeitante às normas a que se refere, quer no conjunto do ordenamento jurídico estadual.*[1]

A necessidade de preservar a força normativa da Constituição, aliada aos postulados positivistas da unidade e da coerência da ordem jurídica, tendo como pressuposto a hierarquia das fontes de direito, levou à dedução lógica de que as leis inconstitucionais são nulas de pleno direito, *ab initio*, uma vez que são violadoras de normas, hierarquicamente superiores. Desta forma, como afirma Canotilho, a nulidade *ipso jure* das leis constitui-se numa concretização do princípio da hierarquia das normas: *lex superior derogat inferiori.*[2]

A inconstitucionalidade, assim, vem a ser a manifestação de uma antinomia no interior do sistema jurídico e, para colmatá-la, surgiu a necessidade de um controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, garantindo que a Constituição, como lei superior, sirva como parâmetro para aferição da pertinência, ou não, de determinado ato normativo a um sistema jurídico dado.

Porém, uma análise apenas lógica da doutrina da nulidade absoluta dos atos inconstitucionais se mostra insuficiente, pois ela também encontra sua razão de ser

. . . . . .

1 MIRANDA,Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra:, Coimbra Editora, 1996. V. III p. 487.

2 CANOTILHO,José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

na necessidade política de proteger a Constituição contra os atos normativos emanados do legislador, violadores dos limites formais e substanciais das normas constitucionais. Tal necessidade, no século XIX, manifestou-se, sobretudo, na vontade de garantir o princípio da separação dos três poderes, doutrina idealizada por Locke e aperfeiçoada por Montesquieu, na França. Daí, a justificativa das inconstitucionalidades ter sido abordada numa perspectiva mais formal do que substancial, ou seja, dava-se primazia, na aferição de inconstitucionalidade de uma norma, à sua adequação ao procedimento estabelecido na Constituição (inconstitucionalidade formal propriamente dita), bem como ao fato de ter sido elaborada por órgão constitucionalmente competente (inconstitucionalidade orgânica) do que, propriamente, ao conteúdo do ato normativo (inconstitucionalidade substancial ou material).

A inconstitucionalidade por omissão adveio de uma transformação na concepção do Estado, ocasionando a necessidade explícita de reformulações no plano teórico-dogmático, no que diz respeito ao postulado da nulidade das normas declaradas inconstitucionais, como meio de garantir a funcionalidade do discurso dogmático, em detrimento do logicismo formalista predominante na práxis jurídica constitucional.

Para atender às mudanças sofridas na seara teórico-constitucional, é exigida uma maior atuação da jurisprudência na tarefa de concretização das normas constitucionais, colocando, assim, em evidência, a problemática do princípio, de matiz liberal, da separação dos três poderes, bem como da insuficiência de uma teoria que consagra a conseqüência da nulidade absoluta como

decorrência da declaração de inconstitucionalidade. Evidenciou-se o que já era latente na teoria da inconstitucionalidade das normas, que, assim, ficou mais evidente com a introdução, no nosso ordenamento jurídico, desta nova categoria jurídica.

2. INCONSTITUCIONALIDADE, NULIDADE E ANULABILIDADE: DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

Canotilho, analisando a relação entre inconstitucionalidade e nulidade à luz da doutrina civilística e administrativa, afirma ser necessário ter em mente que, inconstitucionalidade e nulidade são conceitos distintos, não sendo a nulidade uma conseqüência necessária que deve advir da declaração de inconstitucionalidade, pois, assim como a *ilicitude* e a *ilegalidade*, na doutrina civilística e administrativa, respectivamente, podem conduzir tanto à nulidade como à anulabilidade do ato, assim também ocorre no caso do fenômeno da inconstitucionalidade na teoria constitucional.[3] As sanções aplicadas ao mencionado fenômeno variam de um ordenamento jurídico estatal para outro.

O rigor lógico não encontra cabal acolhimento no Direito, uma vez que este, pretendendo regular relações que se inserem numa realidade empírica que não obedece aos princípios da lógica formal, não pode prescindir da ilogicidade da vida. Logo, as inconstitucionalidades das leis e atos normativos não encontram justificativa apenas na teoria das fontes do direito, mas antes, também, na dinâmica das relações intersubjetivas que

. . . . . .

3 Id, ibid., *p. 1008.*

constituem o substrato do Direito. Como bem acentua Neves, o ordenamento jurídico é uma espécie de sistema nomoempírico prescritivo e, portanto, não se encontra necessariamente subordinado às leis lógicas do pensamento, inclusive, ao princípio lógico da não-contradição.[4] Gavazzi afirma que o ordenamento jurídico pode, dentro de certos limites, tolerar as antinomias.[5] Tal opinião também é sustentada, dentre outros, por Capella, Lourival Vilanova e Bobbio.[6]

A teoria das nulidades formulada pela doutrina civilista não pode ser aplicada na seara do Direito Público, sem as devidas transmudações. Como bem ressaltou Canotilho, inconstitucionalidade e nulidade não podem ser consideradas como conceitos equiparáveis.[7] Isso faz com que possa ocorrer uma certa flexibilização, quando da declaração de inconstitucionalidade, podendo tanto haver uma eficácia *ex tunc* como *ex nunc*, o que não seria possível se houvesse equiparação de ambos os conceitos.[8] Na doutrina constitucional brasileira, predomina o entendimento de que uma lei inconstitucional é uma lei nula. No entanto, mencionada tese sofreu atenuações, com a previsão, na Lei nº 9.868, de 10.11.1999, da declaração de inconstitucionalidade com efeitos para o futuro. Ressalte-se, no entanto, que, em alguns casos, já havia sido empregada a teoria da anulabilidade dos atos decla-

. . . . . .

4 *NEVES, Marcelo.* ***Teoria da inconstitucionalidade das leis****. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 34.*

5 Apud *NEVES,Marcelo, op. cit, p. 34.*

6 Id. Ibid.

7 *CANOTILHO,José Joaquim Gomes.* ***Direito constitucional****. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 836.*

8 *Melhor dizendo, pode até ocorrer, porém, com efeitos deletérios na teoria da inconstitucionalidade das leis, em decorrência da infringência aos postulados lógicos da Teoria Geral do Direito.*

rados inconstitucionais.[9] A questão se mostra mais problemática, ainda, quando se tenta transportar mencionada equiparação para as decisões prolatadas em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, onde a declaração de nulidade da norma pode ocasionar efeitos no plano da práxis, mais indesejáveis do que a sua não equiparação à nulidade. Quanto a esse respeito, oportuno é lembrar as formulações do Tribunal Constitucional Alemão, onde, em alguns casos foi declarada a nulidade da norma sem a respectiva pronúncia de nulidade, enquanto outros se limitam a constatar que a lei ou situação jurídica ainda não se tornou inconstitucional, apelando para o legislador, às vezes, com prazo estipulado, para que corrija ou adeqüe a situação ainda constitucional.[10]

Como bem ressalta Mendes, a jurisdição constitucional alemã faz uso de uma ampla variedade de técnicas de decisão.[11] A declaração de inconstitucionalidade por omissão tem o condão de fazer com que a doutrina constitucional da nulidade das leis seja revista, uma vez que, muitas vezes, esta declaração se afasta dos objetivos visados pela decretação de inconstitucionalidade. A teoria da inconstitucionalidade por omissão, como uma nova categoria do Direito, trouxe, juntamente com ela, necessidade de reformulações na teoria constitucional vigente, pois a equiparação da inconstitucionalidade à nulidade absoluta se satisfaz no plano teórico, não ousa alcançar o mesmo desempenho no plano da práxis.[12]

. . . . . .

9 *Cf. RE 79.343, Relator, Ministro Leitão de Abreu.* ***Revista Trimestral de Jurisprudência***, 82:*p. 791-795.*

10 MENDES, Gilmar Ferreira. *A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei – 'Unvereinbarkitser klärung'- na jurisprudência da Corte Constitucional Federal Alemã.* ***Revista de Informação Legislativa****, v.30, n.118, p. 61-84.* Ver *também* Idem. *O apelo ao legislador* – appelentscheidung – *na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã.* ***Revista da Ordem dos Advogados do Brasil****, v. XXI, n.56, p.129-153. Ainda:* Idem. *A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania: declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro,* ***Revista de Direito Administrativo****, n.191, p. 40-66.*

11 Idem. *O apelo ao legislador..., p. 130.*

Ferrari sustenta a tese de que a inconstitucionalidade equivale à anulabilidade da lei e, conseqüentemente, no que concerne aos efeitos temporais, sua eficácia é *ex nunc*.[13] A autora citada embasa sua tese na teoria de Kelsen, o qual não admite a existência de nulidade *ab initio*, em virtude da necessidade de haver, antes, uma apreciação judicial dessa nulidade.

Neste sentido aduz:

> *Reconhecer (...) que a norma inconstitucional é nula, e que os efeitos desse reconhecimento devem operar* ex tunc, *estendendo-os ao passado de modo absoluto, anulando tudo o que se verificou sob o império da norma assim considerada, é impedir a segurança jurídica, a estabilidade do Direito e sua própria finalidade.*[14]

No entanto, admite a mencionada autora que em determinados casos, se atribua eficácia *ex tunc* às decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal, tendo como fundamento a teoria de Kelsen que admite a existência de diferentes graus de anulabilidade dos atos.[15]

. . . . . .

12 FARIA, José Eduardo. *Sobre a atualização das categorias jurídicas.* ***Revista Brasileira de Filosofia****, v. XXXIII, n.132, p. 433. O autor ressalta a necessidade da idéia de funcionalidade da dogmática jurídica, advogando que as categorias jurídicas estejam sempre em sintonia com a sociedade, na qual materializa seu escopo e para a qual foi criada.*

13 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. ***Efeitos da declaração de inconstitucionalidade****. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 85.*

14 Id., ibid, *p. 87.*

15 Id., ibid, *p. 15.*

A equiparação da inconstitucionalidade à nulidade implica na fixação de efeitos *ex tunc* à lei declarada inconstitucional e, em determinadas situações, mencionados efeitos não se coadunam com os objetivos visados pela instauração do processo de controle de constitucionalidade, daí advindo a necessidade de criação de novas técnicas de decisão que preencham as lacunas teleológicas da teoria constitucional, mesmo com ilogicidades no seu interior, pois é preferível ilogicidade com resultados satisfatórios a logicismos desenfreados que descambem numa inutilização da própria teoria constitucional. Assim, a introdução de novas técnicas no controle de constitucionalidade no direito brasileiro, como a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição, previstas no parágrafo único do artigo 28 da Lei retromencionada, vieram apenas colmatar uma lacuna no nosso ordenamento jurídico.

Do posicionamento de Ferrari deflui a conseqüência lógica de que a sentença que declara a inconstitucionalidade possui caráter constitutivo e, não, declaratório, uma vez que não se limita a declarar um estado preexistente, mas opera mudanças neste estado.[16] A tese, prevalecente no nosso ordenamento jurídico, é a da nulidade absoluta da lei declarada inconstitucional. No entanto, com a entrada em vigor da Lei nº 9.868/99, houve o claro propósito de permitir a mitigação da referida tese, em casos em que a segurança jurídica assim exija ou em casos de excepcional interesse social, como

. . . . . .

16 Id., ibid.,*p. 91, 95-96.*

previsto no artigo 27 da referida Lei, bem como a possibilidade de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, ou seja, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a correspondente declaração de nulidade da norma, seja no âmbito do processo constitucional definitivo, seja no cautelar.

2.1. Antecedentes históricos da doutrina prospectiva na declaração de inconstitucionalidade das leis e análise de sua aplicação no Brasil

Na jurisprudência norte-americana, podemos encontrar a aplicação da doutrina prospectiva, no famoso caso *Linkletter*, que data de 1965. Antes disso, o entendimento comum e prevalecente, naquele país, era de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade eram retroativos.

Conforme nos informa Enterría, a técnica de anulação prospectiva tem-se desenvolvido nas jurisprudências constitucionais de outros países e nos Tribunais supranacionais europeus, como no Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (Sentença *Defrenne*, de 08.04.76) e, também, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Sentença *Markx*, de 13.06.79).[17] O Tribunal Constitucional espanhol, na sentença constitucional nº 45, de 20 de fevereiro de 1989, teve oportunidade de, pela primeira vez, utilizar mencionada técnica, nos mesmos moldes do sistema constitucional americano.

. . . . . .

17 ENTERRIA, Eduardo Garcia. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.92, p.12-13.

A equiparação da inconstitucionalidade à nulidade implica na fixação de efeitos *ex tunc* à lei declarada inconstitucional e, em determinadas situações, mencionados efeitos não se coadunam com os objetivos visados pela instauração do processo de controle de constitucionalidade, daí advindo a necessidade de criação de novas técnicas de decisão que preencham as lacunas teleológicas da teoria constitucional, mesmo com ilogicidades no seu interior, pois é preferível ilogicidade com resultados satisfatórios a logicismos desenfreados que descambem numa inutilização da própria teoria constitucional. Assim, a introdução de novas técnicas no controle de constitucionalidade no direito brasileiro, como a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição, previstas no parágrafo único do artigo 28 da Lei retromencionada, vieram apenas colmatar uma lacuna no nosso ordenamento jurídico.

Do posicionamento de Ferrari deflui a conseqüência lógica de que a sentença que declara a inconstitucionalidade possui caráter constitutivo e, não, declaratório, uma vez que não se limita a declarar um estado preexistente, mas opera mudanças neste estado.[16] A tese, prevalecente no nosso ordenamento jurídico, é a da nulidade absoluta da lei declarada inconstitucional. No entanto, com a entrada em vigor da Lei nº 9.868/99, houve o claro propósito de permitir a mitigação da referida tese, em casos em que a segurança jurídica assim exija ou em casos de excepcional interesse social, como

. . . . . .

16 Id., ibid.,p. 91, 95-96.

previsto no artigo 27 da referida Lei, bem como a possibilidade de declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, ou seja, a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a correspondente declaração de nulidade da norma, seja no âmbito do processo constitucional definitivo, seja no cautelar.

2.1. Antecedentes históricos da doutrina prospectiva na declaração de inconstitucionalidade das leis e análise de sua aplicação no Brasil

Na jurisprudência norte-americana, podemos encontrar a aplicação da doutrina prospectiva, no famoso caso *Linkletter*, que data de 1965. Antes disso, o entendimento comum e prevalecente, naquele país, era de que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade eram retroativos.

Conforme nos informa Enterría, a técnica de anulação prospectiva tem-se desenvolvido nas jurisprudências constitucionais de outros países e nos Tribunais supranacionais europeus, como no Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (Sentença *Defrenne*, de 08.04.76) e, também, no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Sentença *Markx*, de 13.06.79).[17] O Tribunal Constitucional espanhol, na sentença constitucional nº 45, de 20 de fevereiro de 1989, teve oportunidade de, pela primeira vez, utilizar mencionada técnica, nos mesmos moldes do sistema constitucional americano.

. . . . . .

17 ENTERRIA, Eduardo Garcia. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.92, p.12-13.

Tal sentença teve por objeto a declaração de inconstitucionalidade do sistema de liquidação conjunta do Imposto sobre a Renda da "unidade familiar" matrimonial. O fundamento undécimo desta sentença declarou a eficácia *pro futuro*, não permitindo, assim, a reabertura das liquidações administrativas ou das feitas pelos próprios contribuintes (autoliquidações) anteriores.[18]

Informa-nos, ainda, Enterría que esta doutrina foi mantida no direito constitucional americano através de resolução, prevendo, no entanto, que a sua aplicação somente poderia se dar depois de se proceder a uma valorização extremamente ponderada de cada caso.[19]

Portanto, mesmo nos Estados Unidos, onde vigora o entendimento de que uma lei declarada inconstitucional pela *Supreme Court* é nula de pleno direito e, assim, os efeitos produzidos durante a sua vigência são banidos do ordenamento jurídico, há espaço para a afirmação de produção de efeitos *pro futuro,* em virtude de circunstâncias sociais e políticas que envolvem o controle de constitucionalidade das leis. Sentenças, como a do caso *Linkletter,* nos dão uma amostra do quanto o aspecto fático pode influenciar na construção de novas doutrinas jurídicas, pois, naquele país, vigora o postulado da nulidade das leis inconstitucionais.

No Brasil, o artigo 27 da Lei nº 9.868/99 estabeleceu a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade com efeitos para o futuro, desde que assim seja deliberado pela maioria de dois terços do Supremo Tribunal Federal. Mostra-se, dessa forma, a introdução, no nosso ordenamento

. . . . . .

18 Id., ibid., p. 6.
19 Id. Ibid.

jurídico, da flexibilização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, abrindo espaço para que a jurisprudência possa superar, em alguns casos, a doutrina da nulidade absoluta dos atos declarados inconstitucionais. Ressalte-se, todavia, que em alguns casos, o STF já decidira de tal forma, ou seja, declarara a inconstitucionalidade com efeitos prospectivos ou *pro futuro,* utilizando-se, para isso, de construções como a "teoria da aparência" para garantir os efeitos das "situações constitucionais imperfeitas".[20] Clève lembra que, além da utilização da teoria da aparência (funcionário de fato), pela qual o Supremo não invalida os atos praticados pelo funcionário investido, por força de lei inconstitucional, em cargo público, quando inexistir prejuízo para outrem, resguardando a aparência de legalidade dos atos em favor da boa-fé de terceiros, o Supremo vem fazendo uso, ainda, da teoria da coisa julgada.[21]

Mendes também lembra a questão da coisa julgada, como restrição à aplicação da retroatividade absoluta da declaração de inconstitucionalidade.[22] Lembre-se, porém, de que o limite da coisa julgada não alcança as sentenças penais proferidas com base em normas penais desfavoráveis, uma vez que, ao contrário do que se dá na ação rescisória dos julgados cíveis, a revisão criminal, no direito brasileiro, pode ser intentada a qualquer momento.[23] Por trás dessa exceção, encontra-se o princípio enunciado no art. 5º, XL, da Constituição Federal: "A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

. . . . . .

20 Cf. J. J. Gomes Canotilho. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1992. p. 1011-1012.
21 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 168-169.
22 MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 280.
23 CLÈVE, Clèmerson Merlin, op. cit., p. 169.

3. EFEITOS *ERGA OMNES* E VINCULANTE: ANÁLISE DOS SEUS SIGNIFICADOS NAS DECISÕES DE (IN)CONSTITUCIONALIDADE NA FISCALIZAÇÃO ABSTRATA

No Brasil, a Lei nº 9.868/99 veio preencher um vácuo constitucional, inserindo a previsão do efeito vinculante e *erga omnes* na ação direta de inconstitucionalidade, gerando controvérsias, inclusive, sobre a possibilidade de lei ordinária atribuir efeito vinculante na respectiva ação, já que, segundo alguns constitucionalistas, somente emenda constitucional poderia vir a dispor sobre tal assunto. No entanto, o capítulo quarto da referida Lei, intitulado "Da decisão na ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade", no seu artigo 28, parágrafo único, dispôs que "a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública".

Quando a lei ou ato normativo é o objeto principal do processo, a decisão de mérito, seja reconhecendo a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, produz eficácia geral e absoluta, valendo para todos (*erga omnes*). Isto significa que a lei ou ato normativo declarado (in)constitucional não poderá ser mais aplicado pelos juízes ou tribunais. Podemos falar de qualidade de coisa julgada formal e material dessas decisões? Conforme expõe Santos, a formal "consiste no fenômeno da imutabilidade da sentença pela preclusão dos prazos para recursos. (...) Imutável o ato *dentro do processo*,

esgota-se a função jurisdicional".[24] A coisa julgada material impede que a relação material, decidida em um processo determinado, seja novamente objeto de reexame, neste ou em outro processo, pelo mesmo juiz ou outro tribunal, entre as mesmas partes. Vale ressaltar que aqui estamos falando da análise de lei ou ato normativo, em tese.

É necessário lembrar que a identificação da eficácia da coisa julgada material e da eficácia *erga omnes* é contestada por alguns juristas, uma vez que aquele efeito provém de uma decisão tomada em um processo que tem por objeto uma relação jurídica entre partes que discutem sobre seus direitos subjetivos, enquanto que, no processo de declaração de (in)constitucionalidade, em tese, não se dá a presença de partes propriamente ditas e nem há discussão sobre direitos subjetivos imediatos. Por estas razões, Brito chega, até mesmo, a questionar a natureza de "ação" atribuída à ação declaratória de constitucionalidade. No entanto, não discorda da qualidade de "ação" da ação direta de inconstitucionalidade.[25] Para Brito, a eficácia natural e a autoridade de coisa julgada são atributos específicos da ação e, não tendo esta tal caráter, por não possuir partes, faltar-lhe-iam mencionados atributos.[26]

A não aceitação do caráter de ação (na declaratória de constitucionalidade) pelos argumentos do autor, em certa medida, atingiria também a ação direta de in-

. . . . . .

24 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, p. 43-44.

25 BRITO, Edvaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Coords.). **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 40.

26 Id. Ibid. p. 49-50.

constitucionalidade genérica. Quanto a este aspecto, interessante é o posicionamento de Triepel, ao advogar que, quanto mais política fosse a questão submetida à justiça constitucional, menos se deveria cogitar dos conceitos da processualística ordinária. [27]

Portanto, já em 1929, Triepel tomou consciência do caráter específico que deve nortear a justiça constitucional e, em especial, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Além do mais, as sociedades técnicas e de massas parecem pedir um aperfeiçoamento do direito, principalmente do direito público. Os conceitos elaborados pelo direito privado parecem não se coadunar com os conflitos de massa surgidos na era atual. O caráter político-jurídico, em regra, das decisões que envolvem as questões constitucionais não parece, assim, ser a única resposta a essa necessidade de criação de novos conceitos aplicáveis ao ramo do direito público. As questões processual-constitucionais também podem moldar-se a essas novas realidades. E é a isso que estamos assistindo na área da justiça constitucional, em particular, na fiscalização da constitucionalidade das leis. A viabilidade da garantia da supremacia da Constituição depende, de certo modo, do bom funcionamento das instituições jurisdicionais. E é para isso que os juristas devem voltar-se, a fim de que possam contribuir com o Legislativo na elaboração de uma disciplina constitucional-processual esclarecedora e compatível com o asseguramento dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, não esquecendo, no entanto, o aspecto social que envolve todo o direito.

. . . . . .

27 Apud *MENDES, Gilmar Ferreira Mendes.* ***A declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei...****, p. 64.*

Mendes afirma ser conseqüência da eficácia geral ou *erga omnes*, sob o ponto de vista processual, a impossibilidade da questão ser novamente submetida ao controle do STF.[28]

Ferreira Filho entende que o efeito geral, *erga omnes*, do controle jurisdicional principal significa a impossibilidade de aplicação do ato reconhecido como inconstitucional, para o futuro, em virtude da supressão de sua eficácia jurídica.[29]

No controle por "via de ação", ou seja, quando a ação judicial for ajuizada com a finalidade específica de examinar a constitucionalidade da lei, sem que nenhuma relação jurídica esteja em discussão, a declaração de inconstitucionalidade valerá *erga omnes*, o que não ocorre no controle por "via de defesa", onde a decisão judicial só prevalece entre as partes da demanda, e na causa em que for proferida, como ocorre nas ações em geral.[30]

Com a introdução do controle abstrato de normas, através da Emenda nº 16/65, passou o Supremo a admitir que as suas decisões proferidas em tal sede teriam eficácia *erga omnes,* não necessitando, assim, de serem submetidas ao Senado Federal, conforme dispunha o art. 42, VII, da Constituição de 67/69.

O efeito vinculante, no direito processual-constitucional brasileiro, está previsto no art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988, que foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 3, de 17.03.1993.

. . . . . .

28 *MENDES, Gilmar Ferreira. Op.cit., p. 93.*
29 *FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.* ***Comentários à Constituição****..., p. 33.*
30 *BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil.* ***Revista de Direito Público****, n.4, p. 34-38.*

Assim, os atos normativos contrários à decisão proferida pelo STF ou de igual conteúdo, emanados dos outros órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, serão considerados, independentemente do ajuizamento de nova ação, constitucionais ou inconstitucionais, se, num ou noutro sentido, houver-se pronunciado o STF em uma ação declaratória de constitucionalidade. O mesmo ocorrendo, agora, nas ações diretas de inconstitucionalidade, por força do disposto no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99.

O efeito vinculante diferencia-se da eficácia *erga omnes*, no direito alemão, segundo Pestalozza, porque aquele que advém dos *fundamentos determinantes* da decisão obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que foi dada pela Corte ao ato normativo, objeto de controle.[31] O mesmo não se pode dizer do direito brasileiro, haja vista que, como já foi visto anteriormente, o efeito vinculante se aplica apenas ao Poder Executivo e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Portanto, o Legislativo não se encontra obrigado a seguir a interpretação dada pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade, podendo, por isso, reeditar nova norma com o mesmo conteúdo que tenha sido declarada inconstitucional por este órgão.

No Brasil, o instituto do efeito vinculante não possui, ainda, contornos bem definidos, pelos quais se possa diferenciá-los, com segurança, do instituto do efeito *erga omnes*. O texto constitucional de 1988 não se

. . . . . .

31 Apud *MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit. p. 84.*

esmera em clareza. A nítida impressão é que ele deixou que a jurisprudência definisse seu conteúdo, traçando, enfim, as linhas básicas desse novo instituto de direito processual-constitucional. A única diferença apontada no direito constitucional brasileiro foi feita pelo Ministro Moreira Alves, firmando a diferença entre a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante no âmbito restrito ao do Poder Judiciário, em termos unicamente processuais.

3.4. Análise dos efeitos nas sentenças de rejeição de Inconstitucionalidade

A Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, dispôs sobre a matéria em seu artigo 23, nos seguintes termos: "Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade". No Brasil, mesmo antes da edição da referida Lei, o Supremo Tribunal Federal já adotava tal posicionamento, afirmando que o não-pronunciamento da inconstitucionalidade em sede de ação direta de inconstitucionalidade genérica implicava na constitucionalidade do ato normativo, exigindo-se, tal como ocorre na decretação de inconstitucionalidade, a manifestação da maioria absoluta dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 143 c/c o art. 173).[32]

. . . . . .

32 Cf. *MENDES, Gilmar Ferreira.* ***Controle de Constitucionalidade****..., p. 299; ver também CLÈVE, Clèmerson Merlin.* ***Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo****..., p. 172.*

3.5. Conseqüências advindas da declaração de inconstitucionalidade por omissão

No que diz respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão é que se percebe o quanto a técnica do controle de constitucionalidade vem ganhando novos contornos e exigindo uma elaboração mais apurada das técnicas de decisão adotadas pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 103, § 2°, apenas determina que, uma vez declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para tomar as providências necessárias e, se se tratar de órgão administrativo, para o fazer em trinta dias. Claro está, pelo dispositivo retromencionado, que as decisões proferidas nas ações que envolvam um órgão legislativo têm caráter nitidamente declaratório, uma vez que o texto constitucional utiliza a expressão: "será dada ciência"; enquanto nas ações originadas por omissão dos órgãos administrativos, o caráter das mesmas é mandamental, pois o STF determina a supressão da omissão pelo órgão administrativo, no prazo de trinta dias, contados da publicação do acórdão no Diário da justiça da União.[33]

A dificuldade de se fixar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade por omissão, de forma que esta não venha a limitar-se apenas ao plano normativo, mas também se expanda para o plano da práxis, é um desafio para os operadores do direito. A Constituição brasi-

. . . . . .

33 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 198.**, São Paulo: Saraiva, 1992. v. 2, p. 231. Ainda: idem. **Curso de Direito Constitucional.** 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 35.

leira adotou uma saída que não se mostra satisfatória no plano pragmático, principalmente, quando se trata de omissão dos órgãos legislativos, uma vez que, neste caso, reconhecida a inconstitucionalidade por omissão, caberá apenas ao STF dar conhecimento ao órgão legislativo de sua omissão inconstitucional, sem determinação de medida alguma para suprir a detectada inconstitucionalidade. No Direito brasileiro, quando se trata de conceder efetividade a normas que digam respeito ao exercício de direitos e liberdades previstos na Constituição e prerrogativas referentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania em caso concreto, o remédio adotado é o mandado de injunção, previsto na Constituição Federal, no art. 5°, LXXI.

No Brasil, a solução adotada pela Constituição é tímida. Talvez tenha norteado o Constituinte o respeito ao princípio da separação de poderes e a liberdade de conformação do legislador.[34] No entanto, isto ocasionou uma certa paralisia do órgão jurisdicional diante das omissões do legislador, fazendo com que o controle de constitucionalidade por omissão fique muito a desejar no plano pragmático.

4. EFEITOS PESSOAIS E TEMPORAIS NA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS

Analisar-se-á, aqui, as conseqüências da concessão de medida cautelar no controle abstrato de normas, pois, como preceitua o art. 102, I, "p", da Constituição Federal

. . . . . .

34 *"Considerações de política jurídica envolvem aqui não só o princípio da divisão de poderes (...) e, especificamente, a chamada liberdade de conformação do legislador (...), mas também as eventuais conseqüências da declaração de inconstitucionalidade". (MENDES, Gilmar Ferreira.* ***Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos****. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 60).*

de 1988, ao Supremo Tribunal Federal é assegurada a competência para conceder tal medida nas ações diretas de inconstitucionalidade. A Lei nº 9.868/99, a qual dispôs sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação direta de constitucionalidade, previu, nos seus artigos 11 e 21, respectivamente, a possibilidade de concessão de medida cautelar em ambas as ações.

A possibilidade de interposição de medida cautelar foi prevista, de forma expressa, primeiramente, pela Emenda Constitucional n° 7, de 13 de abril de 1977, que acrescentou a alínea "p" ao art. 119, I, da Constituição Federal de 1969. Porém, como ressalta Clève[35], tais cautelares já vinham sendo admitidas pela jurisprudência do Supremo, constando a mesma, inclusive no seu Regimento Interno, no art. 170, § 1°.[36]

Faz-se necessário, inicialmente, frisar que a matéria não se encontra disciplinada na Constituição Federal de 1988, tal como não se achava prevista na Emenda n° 7, de 1977. Cabia à jurisprudência do STF a fixação de tais efeitos, que previa a eficácia *ex nunc* das decisões prolatadas em sede de medida cautelar. Porém, excepcionalmente, já havia a aplicação da eficácia *ex tunc* em tais medidas, como quando a norma impugnada somente produz efeito instantâneo (como a que desconstitui situações pretéritas), porém com repercussão, ainda que indireta, para o futuro[37].

. . . . . .

35 CLEVÈ, Clèmerson Merlin. Op. cit., p. 159.

36 Esclarecedoras, a esse respeito, são as palavras de Castro, que transcrevemos a seguir: "É lembrável, nessa ordem de idéias, que a Corte Suprema brasileira, em boa hora e com excelente inspiração, exerceu essa potestade discricionária nesse mesmo terreno do controle direto e abstrato da supremacia da Constituição, o que fez, por exemplo, quando implantou a possibilidade da suspensão liminar da eficácia de leis objeto da primitiva representação de inconstitucionalidade, a cargo privativamente do Procurador-Geral da República. (CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. **Revista Forense**, v.335, n.92, p.41.

37 ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 13.

Tal vácuo constitucional foi preenchido com a Lei nº 9.868/99, que prevê a eficácia contra todos e a atribuição de efeitos *ex nunc* nas medidas cautelares neste tipo de ação, ressaltando, no entanto, no seu artigo 11, § 1°, a possibilidade expressa de eficácia *ex tunc*, desde que assim seja decidido por maioria absoluta de seus membros.

No que diz respeito à ação declaratória de constitucionalidade, havia discussão na doutrina pátria em torno da sua possibilidade ou não. No entanto, com a promulgação da Lei supramencionada, não há mais espaço para discussões doutrinárias. Frise-se, por oportuno, que a concessão da medida cautelar, nesse tipo de ação, tem o condão de determinar que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo, objeto da ação, até o seu julgamento definitivo, como se encontra expresso no seu artigo 21, tendo o Supremo Tribunal Federal, tal como ocorre também no caso de medida cautelar prolatada em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a incumbência de publicar a decisão de concessão da medida em seção especial do Diário Oficial da União, a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias. O julgamento definitivo da decisão deverá ocorrer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda da eficácia da medida cautelar concedida.

4.3. (Im)possibilidade de medida cautelar em sede de ação direta de inconstitucionalidade por omissão

A jurisprudência do STF vem se firmando, no sentido da impossibilidade de medidas cautelares em tais ações. No entanto, como lembrou o Ministro Sepúlve-

da Pertence, tal impossibilidade não é absoluta, com a possibilidade de sua concessão quando se tratar de deter um risco causado pela falta de regulamentação.[38] Portanto, daí se depreende quantas transmudações na metodologia do Direito exige a "lógica da vida".

5. CONCLUSÕES

1. A construção jurisprudencial exerce papel fundamental na questão da fixação dos efeitos da declaração de (in)constitucionalidade no controle abstrato de normas.
2. Depreende-se, ainda, a necessidade de superação de postulados dogmáticos vigentes na teoria da inconstitucionalidade, em virtude das necessidades de ordem pragmática, com a introdução, inclusive, de novas técnicas de decisão, como a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto e a interpretação conforme a Constituição, já utilizadas em outros países.
3. A teoria da inconstitucionalidade por omissão se mostra carecedora de implementações no plano legislativo para que possa alcançar seus objetivos, dentre eles, o problema central da constitucionalidade, que é o da eficácia e efetividade da norma constitucional.

. . . . . .

38 Ver ADIMC. Relator, Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ da União, do dia 19.05.95, p. 13990.

6. REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. A evolução do controle da constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sávio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BARBI, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.4, p.34-43, abr./jun.1968.

BRITO, Edvaldo. Aspectos inconstitucionais da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39-50,

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.335, n.92, p. 17-44, jul./set. 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev., Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Portugal: Almedina, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____.Declaração de inconstitucionalidade de dispositivo normativo em sede de juízo abstrato e efeitos sobre os atos singulares praticados sob sua égide. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v.XXXIII, n.132, p. 433-445, out./dez. 1983.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. Justicia Constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficácia de las leyes inconstitucionales. **Revista de Direito Público,** São Paulo, n.92, p. 05-16, 1989.

FARIA, José Eduardo. Sobre a atualização das categorias jurídicas. **Revista Brasileira de Filosofia,** São Paulo, v.XXXIII, n.132, p. 433-445, out./dez. 1983.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1 (arts. 1º a 43) e v. 2. (arts. 44 à 103).

_____. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira. A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n.3, de 1993. In: MARTINS, Ives Granda da Silva e MENDES, Gilmar Ferreira. **Ação declaratória de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 39-50.

_____. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. Declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro**. Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n.191, p. 40-66, jan./mar. 1993.

_____. O apelo ao legislador – *appellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, v.XXIII e XXXI, n.56, p. 129-153, jan./abr., 1992.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. II.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA PARA AS LACUNAS DO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Cláudio De Cicco
Professor de História do Pensamento Jurídico da Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus (FDDJ).

Lecionou Norberto Bobbio em sua *Teoria do Ordenamento Jurídico*[1] que "o ordenamento jurídico não nasce num deserto", ou seja, surge em uma sociedade em que já existem usos e costumes, tradições, marcas de legislações anteriores etc. Isso vale até mesmo para o legislador constituinte originário, uma vez que seu próprio poder deriva da tarefa que lhe foi confiada pela nação soberana. Ora, uma nação se distingue por seus usos, costumes e tradições comuns a seus cidadãos, e não é lícito – sob pena de questionar a legitimidade de seu próprio poder – que quem represente a nação os ignore. Por essa razão, geralmente, as Constituições acabam por consagrar certos direitos fundamentais já consagrados em Constituições anteriores. Se isso é fácil de ser aceito em matéria constitucional, *a fortiori*, o será em matéria de legislação ordinária, como é o caso do Código Civil.

Pergunta-se, então, se será lícito invocar legislação anterior quando tal Código for lacunoso. Respondeu o Prof. Miguel Reale, logo que a nova Lei entrou em vigor:

. . . . . .

1. TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. cap. II, 2, p. 41.

> *O estudo comparativo [entre o Código antigo e o novo] (...) é da maior importância, porquanto torna possível o aproveitamento do valioso cabedal de doutrina e de jurisprudência por este [o Código anterior] acumulado durante oitenta e cinco anos de vigência*[2].

Para citar um exemplo ocorrido devido a lacuna ideológica ou a mero esquecimento, o Código atual não prevê mais o pagamento de indenização pelos prejuízos causados em uma propriedade por quem a invada e a danifique. Isso constava expressamente no Código antigo, que, em seu art. 503, disciplinava:

> *O possuidor manutenido, ou reintegrado na posse, tem direito à indenização dos prejuízos sofridos, operando-se a reintegração à custa do esbulhador, no mesmo lugar do esbulho.*

Para que se evite a injustiça de quem for esbulhado ter de arcar com todas as despesas causadas por uma invasão, considerada ilegal pela Justiça que o reintegrou na posse, só restará – pois se está diante de uma lacuna do Novo Código – recurso à interpretação histórica: a jurisprudência vinha consagrando o pagamento da referida indenização como de justiça. Não há por que concluir que agora não caberá indenização, pois a nova Lei nada diz a respeito. Mesmo o art. 4.º da Lei de Introdução prevê o recurso, além da analogia, aos costumes e aos prin-

. . . . . .

2. NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: ESTUDO COMPARATIVO COM O CÓDIGO CIVIL DE 1916.

cípios gerais do Direito, para preencher lacunas do ordenamento jurídico. E, pelo que consta, e o bom senso o comprova, não mudaram tanto assim a escala de valores e os costumes do povo brasileiro, a ponto de poder se dizer que pagar indenização por estragar bens dos outros é coisa do passado!

Se isso desestimular invasões e estragos de esbulhadores, tanto melhor para a paz no campo e nas cidades do nosso imenso país.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UNB, 1999. Cap. II, 2, p. 41.

NOVO CÓDIGO CÍVIL BRASILEIRO: ESTUDO COMPARATIVO COM O CÓDIGO CÍVIL DE 1916. Prefácio de Miguel reale. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 2003. p. 7.

ESMAPE - BIBLIOTEC.
Tomb. FA 20040107
Local P-01
Ch. 00001355 E

ESTATUTO DO DESARMAMENTO: MEDIDA PROVISÓRIA PODE ADIAR O INÍCIO DE VIGÊNCIA DE NORMA PENAL INCRIMINADORA?[1]

Damásio de Jesus
Professor

Os arts. 29, 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento[2] dispõem sobre os prazos:

1. de expiração das autorizações para o porte de arma de fogo concedidas em face da legislação anterior[3] (art. 29);
2. para o registro das armas de fogo ainda não registradas (art. 30);
3. de entrega das armas de fogo não registradas à Polícia Federal (art. 32).

Afirmam essas disposições:

> *Art. 29. As autorizações de porte de armas de fogo já concedidas expirar-se-ão 90 (noventa) dias após a publicação desta Lei.*
> *Parágrafo único. O detentor de autorização com prazo de validade superior a 90 (noventa) dias*
> . . . . . .

1 *Data em que terminamos este artigo: 21 de abril de 2004.*
2 *Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que revogou a Lei das Armas de Fogo (Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997).*
3 *Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, e sua regulamentação, contida no Decreto n. 2.222, de 8 de maio de 1997.*

poderá renová-la, perante a Polícia Federal, nas condições dos arts. 4.º, 6.º e 10 desta Lei, no prazo de 90 (noventa) dias após sua publicação, sem ônus para o requerente.

Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas deverão, sob pena de responsabilidade penal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, solicitar o seu registro apresentando nota fiscal de compra ou a comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos.

Art. 32. Os possuidores e proprietários de armas de fogo não registradas poderão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias após a publicação desta Lei, entregá-las à Polícia Federal, mediante recibo e, presumindo-se a boa-fé, poderão ser indenizados, nos termos do regulamento desta Lei.
Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo e no art. 31, as armas recebidas constarão de cadastro específico e, após a elaboração de laudo pericial, serão encaminhadas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, ao Comando do Exército para destruição, sendo vedada sua utilização ou reaproveitamento para qualquer fim.

Ocorre que, de acordo com a Medida Provisória n. 174, de 18 de março de 2004, publicada no *Diário Oficial da União* de 19 de março de 2004, a data de início dos prazos dos referidos dispositivos foi adiada. Eles deveriam ser considerados a partir da data da publicação da Lei n. 10.826/2003, a qual ocorreu em 23 de dezembro de 2003. Nos termos da mencionada Medida Provisória, porém, cumpre que sejam contados a partir do dia da publicação do decreto de regulamentação do Estatuto do Desarmamento, ainda não editado.

A Medida Provisória n. 174/2004, na verdade, ampliou temporalmente a validade legal dos portes já concedidos e os prazos para o registro inicial e entrega das armas de fogo irregularmente possuídas.

No caso do art. 29, na redação original, sem se levar em conta a Medida Provisória, as autorizações de porte de armas de fogo já concedidas expirariam 90 dias após 23 de dezembro de 2003 (data da publicação da Lei n. 10.826/2003). Depois desse prazo, deveriam ser consideradas ilícitas a sua propriedade, posse etc., conduzindo os fatos, por exemplo, à tipicidade do crime descrito no art. 14 do *Estatuto do Desarmamento* (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido). Diante da Medida Provisória, o lapso de 90 dias teve seu termo *a quo* alterado, passando para o dia da publicação do decreto de regulamentação, ainda inexistente.

Na hipótese do art. 30, em sua feição primitiva, os proprietários e possuidores de armas de fogo em situação irregular, isto é, não registradas, sob pena de responsabilidade criminal, precisavam legalizá-las no prazo de 180 dias após a publicação da Lei n. 10.826/2003 (23 de dezembro de 2003). Depois desse lapso, não sendo registradas, incidiria, em princípio, o crime do art. 12 da nova Lei Especial (posse irregular de arma de fogo de uso permitido). Em face da Medida Provisória n. 174/2004, esse prazo terá início na data da publicação da regulamentação vindoura.

De acordo com a primeira redação do art. 32, os detentores de armas de fogo não registradas tinham o prazo de 180 dias, após a publicação da Lei n. 10.826/2003 (23 de dezembro de 2003), para entregá-las à Polícia Federal. Omisso o detentor, recairia o fato, por exemplo, nas malhas dos crimes dos arts. 12 ou 14 da Lei nova (posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso permitido). Por força da Medida Provisória, teremos como data inicial do prazo o dia da publicação do decreto de sua regulamentação.

Vê-se que a Lei nova, qual seja a que instituiu o Estatuto do Desarmamento, fixou um período original para que os cidadãos afastassem suas armas de fogo da ilegalidade ou renovassem os registros concedidos nas hipóteses de seus arts. 29, 30 e 32. Desde que houvesse a regulamentação da Lei n. 10.826/2003, ultrapassados os limites temporais permissivos, quais sejam 90 ou 180 dias a partir de 23 de dezembro de 2003[4], passariam a viger as normas penais incriminadoras, de modo que a sua propriedade, posse, detenção, porte etc. configurariam crimes. Com o advento da Medida Provisória n. 174, alterando o *dies a quo* da contagem dos lapsos, foi adiada a data de vigência das normas definidoras dos tipos penais delitivos da Lei n. 10.826/2003, no que tange às matérias reguladas pelos mencionados dispositivos, pressupondo-se já vigente o decreto regulamentador. De maneira que não se deve observar períodos de 90 ou 180 dias posteriores a 23 de dezembro de 2003, e sim os mesmos prazos a partir da publicação das futuras disposições de regulamentação, ficando condicionada a incriminação à entrada em vigor do novo decreto. Vê-se que, por via

. . . . . .

4 *Data da entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento.*

oblíqua, o Executivo alterou a eventual data de início de vigência das normas incriminadoras da Lei nova, aquelas que exigem regulamentação. Assim, por exemplo, um fato o qual seria considerado crime em face da Lei nova desde 22 de março de 2004, isto é, 90 dias depois da publicação do Estatuto do Desarmamento, passou a condicionar a sua tipicidade à edição do novo Regulamento[5].

Inegavelmente, dispositivo que adia o início de vigência de lei incriminadora é de natureza penal. Daí as questões:

1.ª) o Executivo pode legislar sobre matéria penal?
2.ª) medida provisória pode adiar, por via indireta, a data de início de vigência de norma incriminadora, uma vez que o art. 62, § 1.°, I, "b", da Constituição Federal, com redação da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, proíbe expressamente sua edição em matéria penal?
3.ª) se medida provisória não tem força criadora de infração penal, cabendo esse poder somente à lei[6], pode ela modificar a data da entrada em vigor de lei penal incriminadora?

Há dois posicionamentos:

1.°) a medida provisória pode disciplinar matéria de Direito Penal, desde que beneficie o réu.

Atendidos os argumentos dessa corrente, os dispositivos questionados, adiando a entrada em vigor de algumas normas incriminadoras do Estatuto do Desarma-

. . . . . .

5 *Não desconhecemos que alguns tipos penais da Lei n. 10.826/2003 não condicionam a tipicidade do fato ao Regulamento, por exemplo: disparo de arma de fogo (art. 15).*
6 *Art. 5.º, XXXIX, da CF.*

mento, não estão criando crime nem impondo pena, não contrariando o princípio da legalidade (ou da reserva legal). Como ensinam Celso Delmanto *et al.*sete, à regra segundo a qual a medida provisória não pode ser aplicada no campo penal, "deve-se abrir exceção quando for favorável ao acusado". Assim também, prosseguem: o decreto-lei[8], "embora inconstitucional, pode e deve ser aplicado em matéria penal (STJ, RHC n. 3.337, j. em 20.9.1994, *DJU* de 31.10.1994)"[9]. André Luís Callegari explica que a vedação constitucional:

> *tem por finalidade precípua preservar o direito de liberdade. (...) Saliente-se que não se permite medida provisória que trata de matéria penal mais rigorosa. A recíproca, contudo, não é verdadeira. Apesar do vício no processo legislativo, deve beneficiar o réu por se tratar de medida mais favorável (...) ainda que não convertida em lei*[10].

No mesmo sentido, para Edilson Mougenot Bonfim e Fernando Capez, nos casos de medida provisória que, por exemplo, estabeleça novas causas de diminuição de pena ou de perdão judicial:

. . . . . .

7 *DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. A Medida Provisória n. 1.571-7/97 como causa de extinção da punibilidade dos delitos fiscais.* **Boletim do IBCCrim**, *São Paulo, n. 62, jan. 1998.*

8 *Nota do autor: antes da Carta Magna de 1988, o Presidente da República podia editar decreto-lei nas hipóteses de urgência ou de relevante interesse público. O decreto-lei foi substituído pela medida provisória.*

9 *No mesmo sentido: CERNICCHIARO, Luiz Vicente.* Direito Penal na Constituição. *São Paulo: RT, 1991. p. 69 (tratando de decreto-lei); DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida.* Op. cit.*; SILVA PINTO, Sebastião da. O decreto-lei como fonte imediata do Direito Penal.* RT *618/410; STF,* RTJ *59/727; STF, RHC n. 64.182, rel. Min. Néri da Silveira,* DJU *de 27.2.1987.*

10 *A Medida Provisória n. 1.571-6, de 25.9.1997.* Abolitio criminis *ou* novatio legis in melius *nos crimes de não-recolhimento das contribuições previdenciárias.* **Boletim do IBCCrim**, *São Paulo, n. 61, dez. 1997.*

> *embora se trate de matéria penal, não há falar em ofensa à reserva legal, pois a norma não está definindo novos crimes, tampouco restringindo direitos individuais ou prejudicando, de qualquer modo, a situação do réu*[11].

No mesmo sentido, Fernando Capez ensina que, não obstante o impedimento constitucional, não se justificam as restrições materiais da Carta Magna, as quais só foram estabelecidas para impedir que medida provisória defina crimes e imponha penas[12]. Assim, em face dos fundamentos dessa orientação, a norma a qual adia a entrada em vigor de lei incriminadora, sendo favorável ao réu, ainda que advinda de medida provisória, deve ser aplicada.

2.º) medida provisória não pode tratar de matéria penal, ainda que beneficie o acusado.

É a posição a qual adotamos.

Mostra-se tranqüilo o entendimento de que, sob o império do princípio da legalidade, medida provisória não pode criar delitos e impor penas[13]. Como diz González Macchi, de acordo com o princípio de reserva legal ou da legalidade:

. . . . . .

11 Direito Penal – *Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 172.*

12 Curso de Direito Penal – *Parte Geral. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1, p. 44.*

13 *Nesse sentido, na doutrina: TOLEDO, Francisco de Assis.* Princípios básicos de Direito Penal. *São Paulo: Saraiva, 1986. p. 25; DOTTI, René Ariel.* Curso de Direito Penal – *Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 228; PRADO, Luiz Regis.* Comentários ao Código Penal. *São Paulo: RT, 2002. p. 22; PRADO, Luiz Regis.* Curso de Direito Penal brasileiro – *Parte Geral. São Paulo: RT, 2002. v. 1, p. 113; DELMANTO, Celso* et al. Código Penal comentado. *6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 4; FRANCO, Alberto Silva.* Código Penal e sua interpretação jurisprudencial – Parte Geral. *7. ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1, p. 27 e ss., n. 2.01, "a"; MIRABETE, Julio Fabbrini.* Código Penal interpretado. *São Paulo: Atlas, 2000. p. 98; LEAL, João*

> *corresponde exclusivamente à lei penal tipificar os fatos puníveis e as conseqüências jurídicas que eles geram. Nesse sentido, somente uma lei emanada do Poder Legislativo pode proibir as condutas consideradas puníveis e impor-lhes uma sanção, em virtude do princípio constitucional que regula o sistema de separação e equilíbrio de poderes.*

Por essa razão, conclui: "são inadmissíveis os decretos-leis de caráter penal, como também os regulamentos administrativos que imponham sanções penais[14].

De admitir-se que medida provisória, sem ferir o princípio da legalidade, por não definir delito nem impor pena, beneficiando o réu, venha a ser aplicada antes de transformar-se em lei[15]?

Cremos que não. A disposição contida em medida provisória a qual retarda a vigência de lei incriminadora, sendo de natureza penal, ainda que benéfica ao agente, encontra obstáculo, para nós intransponível, no art. 62 da CF, que determina:

. . . . . .

José. Direito Penal Geral. *São Paulo: Atlas, 1998. p. 101; TEMER, Michel.* Elementos de Direito Constitucional. *São Paulo: RT, 1989. p. 153; JESUS, Damásio de.* Código Penal anotado. *15. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 4 (concordando com o entendimento jurisprudencial). No mesmo sentido, na jurisprudência: STF,* RTJ *151/331; STJ, RHC n. 1.068, rel. Min. Costa Lima,* DJU *de 27.5.1991, p. 6972; STJ, 5.ª T., Recurso Especial n. 244.902, rel. Min. Edson Vidigal,* DJU *de 19.6.2002, p. 199; Tribunal Federal Regional 4.ª Reg., RHC n. 412.908,* DJU *de 23.8.1990, p. 18785; TACrimSP,* Revista de Jurisprudência e Doutrina do TACrimSP *9/164.* Vide *também sobre o tema: SILVA FRANCO, Alberto. A medida provisória e o princípio da legalidade.* RT *648/366; BONFIM, Edilson Mougenot; CAPEZ, Fernando.* Op. cit. *p. 170, "a".*

14 *PESSOA, Nelson R.; MACCHI, José I. González (Orgs.).* Código Penal comentado. *Assunção: Bibliográfica Jurídica Paraguay, 2000. p. 15, n. 2.*

15 *A questão diz respeito exatamente a isso, qual seja, se a medida provisória pode produzir efeito antes de se transformar em lei. Se já foi transformada em lei, não existe problema, uma vez que estamos em face de uma* lei penal *disciplinando o caso.*

> *§ 1.º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:*
> *I – relativa a:*
> *(...)*
> *b) direito penal (...).*

Em face da Emenda Constitucional n. 32, que tornou cláusula pétrea a proibição questionada, a Medida Provisória n. 174/2004 é, pois, inconstitucional. Como dizia JOSÉ FREDERICO MARQUES, apreciando o tema das fontes das leis criminais, "nem mesmo normas *permissivas* ou finais, de Direito Penal, podem emanar de quaisquer dos demais poderes da soberania nacional"[16] (grifo nosso). Em outra passagem, afirmava:

> *Não pode o Executivo, no exercer suas funções regulamentares, alterar os limites entre o lícito e o punível traçados na lei regulamentada, nem mesmo* in melius *para o sujeito ativo*[17].

Se a CF nega a possibilidade questionada, tratando de direitos fundamentais, não é admissível ao intérprete fazer distinções, obedecendo-se ao princípio da efetividade. Como ensinam J. J. Gomes Canotilho e Jorge Miranda

. . . . . .

16 *Nota do autor: normas* permissivas *são as que admitem a prática de um fato típico, como as que prevêem a legítima defesa, o estado de necessidade etc.*

17 Tratado de Direito Penal. *Atualização de Antônio Cláudio Mariz de Oliveira; Guilherme de Souza Nucci; Sérgio Eduardo Mendonça de Albuquerque. Campinas: Bookseller, 1997. v. 1, p. 179-180. No mesmo sentido, tratando de decreto-lei: STF,* RTJ *86/408.*

> *este princípio, também designado por princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas, é hoje invocado no âmbito dos direitos fundamentais*[18].

Ora, se a Carta Magna impõe com toda clareza que medida provisória não pode disciplinar tema de Direito Penal, não é permitido a qualquer título estabelecer diferença entre norma prejudicial e benéfica ao acusado, excepcionando a segunda hipótese. À vista do princípio da interpretação efetiva, é mais eficiente a manutenção da regra da proibição total do que a da permissão parcial. Como nos ensinou o Supremo Tribunal Federal, citando Celso Antônio Bandeira de Mello:

> *no exercício gratificante da arte de interpretar, 'descabe inserir na regra de direito o próprio juízo – por mais sensato que seja – sobre a finalidade que conviria fosse por ela perseguida'. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele*[19].

. . . . . .

18 Apud *MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso.* Curso de Direito Constitucional. *6.ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. p. 31.*

19 *Plenário, RE n. 166.772, rel. Min. Marco Aurélio,* DJU *de 16.12.1994, p. 34896.*

Não podemos nos esquecer de que a finalidade da restrição a que a medida provisória reine sobre Direito Penal diz respeito a não se permitir que a vontade única de uma pessoa, qual seja o Presidente da República, determine regras sobre direitos fundamentais, não cabendo invocar, em favor da tese diversa, lições de países onde impera o parlamentarismo. Como dizem Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, "o povo é o único soberano, a fonte do poder do Estado, e, conseqüentemente, sem a intervenção legítima de seus representantes, não pode haver lei penal"[20].

A admissão da analogia *in bonam partem* também não serve de argumento contrário. Ocorre que nela há uma lei penal regendo matéria similar, ao contrário do que acontece com a medida provisória, a qual não é lei.

E na prática, como fica a situação?

Vigente o Estatuto do Desarmamento, a maioria de suas normas se encontra sem eficácia, pois não foi regulamentado. Significa que algumas definições de crimes não podem ser aplicadas, por exemplo: as normas que tratam de armas de fogo de uso permitido e restrito. Não sabemos, legalmente, quais os seus conceitos, tendo em vista que a Lei das Armas de Fogo foi revogada pelo Estatuto do Desarmamento; o Decreto n. 2.222/97 disciplinava a lei anterior, que foi revogada; e a Lei nova – o Estatuto – não foi ainda regulamentada[21]. Resultado: certas normas incriminadoras da Lei n. 10.826/2003 não podem ser aplicadas, lembradas, como ressalva, as que não necessitam de regulamentação.

. . . . . .

20 Direito Penal brasileiro – *Parte Geral. São Paulo: RT, 1997. p. 127, n. 38.*

21 Vide, *no art. 23 do* Estatuto do Desarmamento, *que remete ao seu inexistente Regulamento, a classificação das armas de fogo de uso permitido, proibido e restrito.*

A Medida Provisória n. 174/2004, como vimos, determina que os prazos dos arts. 29, 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento só tenham início a partir da data da publicação do novo Regulamento. Não podia fazê-lo, segundo nossa opinião. De maneira que, para nós, os termos iniciais dos prazos dos referidos artigos não sofreram alteração. Vencidos, porém, as normas incriminadoras podem ser aplicadas? Exemplo: no dia 22 de março de 2004, venceu o prazo de 90 dias para que o detentor de porte pudesse renovar a autorização (art. 29). Já no dia 23 de março, sem renovação do porte, o portador da arma de fogo podia ser preso em flagrante pelo crime do art. 14 do Estatuto (porte ilegal de arma de fogo)?

Cremos que não, por não existir regulamentação de como proceder-se à renovação do porte. O mesmo se pode dizer de outros delitos, como os definidos no art. 12 do Estatuto, conforme nos esclarece Marcelo Lessa Bastos[22].

De lembrar-se que, com a entrada em vigor da antiga Lei das Armas de Fogo (Lei n. 9.437/97), aconteceu fato semelhante. Nos termos do seu art. 20, a entrada em vigor do art. 10, que descrevia os crimes, deveria ocorrer após o lapso de seis meses, prazo concedido pelo art. 5.°, para a regularização das armas de fogo mediante o devido registro, o que só foi possível viabilizar após a publicação do Regulamento da Lei, contido no Decreto n. 2.222/97, publicado no dia 8 de maio de 1997. Por tal motivo, surgiram duas correntes:

. . . . . .

22 *Estatuto do Desarmamento – não incidência, por ora, de seu art. 12 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido).* Boletim do IBCCrim, *São Paulo, n. 137, p. 12, abr. 2004.*

1.ª) a contagem devia ser feita a partir da promulgação da Lei n. 9.437/97 (20 de fevereiro de 1997), ensejando a entrada em vigor das normas descritivas dos crimes em 20 de agosto de 1997;

2.ª) o termo inicial correspondia à data de publicação do Decreto n. 2.222/97, acarretando a entrada em vigor das leis definidoras das figuras penais em 8 de novembro de 1997. Essa foi a posição adotada pela 5.ª Turma do Superior Tribunal de Justiça[23]. Curioso notar que, nessa ocasião, o Ministério da Justiça, por sua Assessoria de Comunicação Social, referendou a segunda orientação, divulgando-a mediante comunicado publicado na Imprensa Oficial.

Diante do Estatuto do Desarmamento, as normas de algumas figuras delitivas que não necessitam de regulamentação entraram em vigor no dia 23 de dezembro de 2003, data da publicação da Lei n. 10.826/2003. Exemplos: omissão de cautela (art. 13), disparo de arma de fogo (art. 15), supressão ou alteração de marca ou numeração de arma de fogo (art. 16, parágrafo único, I) e tráfico internacional de arma de fogo (art. 18). Nesses casos, não configurando as disposições normas penais em branco, a tipicidade independe de complemento (regulamentação). Nos outros crimes, contudo, constituindo os dispositivos leis penais em branco, a adequação típica fica condicionada à inobservância de "determinação legal ou regulamentar" (elemento normativo dos tipos), a ser prevista no complemento.

. . . . . .

23 *RHC n. 7.423,* DJU *de 15.6.1998, p. 140; RHC n. 6.726,* DJU *de 24.11.1997, p. 61252.*

Chega-se à conclusão de que, nas definições as quais requerem complemento, qual seja a regulamentação, como ela ainda não existe, são atípicos todos os fatos cometidos a partir da data da entrada em vigor do Estatuto do Desarmamento (23 de dezembro de 2003)[24]. É o que ocorre, por exemplo, nas figuras que mencionam armas de fogo de uso restrito, permitido e proibido (arts. 12, 14 e 16). Como não sabemos quais sejam, isto é, não temos elementos para classificá-las como de uso permitido, proibido ou restrito, não podemos enquadrar os fatos nos modelos legais. Criou-se uma espécie de anistia[25] temporária, perdurando a impunidade até que seja regulamentado o Estatuto do Desarmamento e satisfeitos determinados prazos.

Em suma, salvo as normas de incriminação que não dependem de regulamentação, somente serão típicos os fatos descritos no Estatuto do Desarmamento após:

1.º) o advento do decreto de regulamentação;
2.º) ultrapassados os prazos dos arts. 29, 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003, quando renovados seus termos iniciais.

. . . . . .

24 *Nesse sentido: Desarmamento ainda está no papel.* Jornal de Brasília, *Brasília, 19.4.2004. Segundo essa notícia, 17 artigos do Estatuto necessitam de regulamentação, inclusive os que definem crimes.*

25 *Expressão empregada por Marcelo Lessa Bastos no artigo citado, p. 13.*

MANDADO DE SEGURANÇA. LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. INTERESSE E PRESSUPOSTO PROCESSUAIS

Frederico Ricardo de Almeida Neves
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco – C.E.J.
Professor da Universidade Católica de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

Segundo regra contida no artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição da República,

> *conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.*

Daí extraem-se importantes corolários, sobrelevando considerar o de que, para o adequado manejo da via excepcional do mandado de segurança, exige o texto constitucional a demonstração, de forma clara e inequívoca, logo no limiar do processo, pelo impetrante, da "liquidez e certeza" do direito subjetivo que alega estar ameaçado ou haver sido violado, por ato de autoridade ou de pessoa a ela equiparada.

O traço evidenciador da "liquidez e certeza" do direito, na concepção buzaidiana, reside na sua incontestabilidade, sendo certo que,

se surge a seu respeito qualquer controvérsia, quer de interpretação, quer de aplicação, já não pode constituir fundamento para a impetração de Mandado de Segurança[1].

O direito líquido e certo, bem se percebe, tem, na base de sua definição, a característica da indiscutibilidade, em ordem a não gerar controvérsia e em condições que possibilitem a sua pronta identificação. Disso deflui que, se o direito do impetrante sugere alguma dúvida e, bem por isso, não tem aparência de "liquidez e certeza", deve o interessado trilhar os caminhos próprios, sendo de todo incabível, na hipótese, a via peregrina do mandado de segurança.

Quanto a isso, não há vozes dissonantes.

O ponto central que se pretende dilucidar nestas breves linhas – sobre o qual há algum dissenso - está em saber se o exame da "liquidez e certeza" do direito material, invocado em sítio mandamental, confunde-se com o próprio mérito da segurança ou, ao contrário, envolve tão somente o processo. Noutros termos: é de perquirir-se se a falta de "liquidez e certeza" do alegado direito, com rigor de técnica, conduz a um pronunciamento judicial de mérito (definitivo e, por isso, desafiador de coisa julgada material), ou simplesmente de cunho processual (terminativo, que faz coisa julgada apenas formal).

Responder a essa pergunta é o que se intentará fazer de seguida, com a convicção de que o assunto aqui versado apresenta importante significação prática porque, a prevalecer a natureza puramente processual do

. . . . . .

1 BUZAID, Alfredo.Juízo de Amparo e Mandado de Segurança – Contrastes e Confrontos.**Separata da Revista da Faculdade de Direito da USP**, a. LVI, Fasc. I, 1961, p. 223.

decisório, o intérprete-aplicador, na sua primeira intervenção no feito, percebendo nitidamente a ausência de "liquidez e certeza" do direito invocado, poderá trancar o processamento do pedido no nascedouro, por inadequação da via eleita, de harmonia com os princípios da efetividade e da economia que governam a doutrina processual contemporânea, sem que isso possa representar uma negação do direito substantivo do impetrante, que, sem a mais mínima dúvida, poderá ser perseguido através de outros itinerários procedimentais.

Do mero enunciado dessa premissa já emerge, bem nítida, a solução que se apresenta correta para o caso, qual seja, a de considerar perfeitamente possível o juiz impedir o trânsito do pedido mandamental, indeferindo-o de plano, mediante um pronunciamento jurisdicional terminativo – é claro – quando não constatar a "liquidez e certeza" do direito, isso por dupla razão: 1ª) inexistência de interesse de agir, entendido esse pelo prisma da inadequação do procedimento escolhido pelo autor; 2ª) ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular da relação jurídico-processual do mandado de segurança, de jaez eminentemente constitucional.

Quanto à primeira causa apontada como justificadora do indeferimento, insta rememorar que o interesse processual, para além de manifestar-se pelo binômio utilidade e necessidade do processo como meio capaz de resolver conflitos intersubjetivos de interesses, traduz-se "numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial"[2]

. . . . . .

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 39.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I, p. 52.

Em sede doutrinária firmou-se a límpida orientação no sentido de que "cada espécie de ação reclama um interesse de agir específico", encartando-se "no aspecto da utilidade, a escolha correta do procedimento adequado à pretensão deduzida"[3]

> *O interesse processual, portanto, é uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da lesão argüida na inicial. Haverá, pois, falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação. Se alguém, por exemplo, foi esbulhado em sua posse, fará pedido inadequado, faltando-lhe interesse, se pleitear a declaração de que é proprietário. Nesse exemplo, o pedido só pode ser de devolução da posse, indevidamente esbulhada.*[4]

Assim, nessa linha de raciocínio, não tem interesse processual quem impetra mandado de segurança sem demonstrar inconcussamente a "liquidez e certeza" do direito material, isso porque a tutela jurisdicional excepcional perseguida não se mostra apta a assegurar a proteção requerida na inicial.

. . . . . .

3 FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.. 151 e 152.

4 GRECO FILHO, Vicente.**Direito Processual Civil Brasileiro**. 17.ed.São Paulo: Saraiva,, 2003,v.1, p. 81 e 82.

A segunda razão indicada como capaz de autorizar o indeferimento liminar da petição inicial resulta da lição iniludível de Pontes de Miranda, para quem, no mandado de segurança, faltantes a "liquidez e a certeza" do direito,

> *a pretensão processual* não pode ser admitida* *porque nesse remédio jurídico processual são pressupostos constitucionais tanto a certeza dos fatos quanto a liquidez do direito* (os destaques não pertencem ao texto)[5] *(...)*
>
> *A sentença desfavorável, na ação de mandado de segurança, declara, mas, se a decisão se fundou em que não havia certeza e liquidez, não há sentença sobre o mérito, mas sim sentença de inadmissibilidade da pretensão processual. O autor tinha a pretensão à tutela jurídica, exerceu-a, mas a pretensão processual não foi de admitir-se, porque são pressupostos da admissibilidade do remédio jurídico processual a certeza e a liquidez...*[6]

. . . . . .

* O Juízo de admissibilidade não se confunde com o Juízo de mérito. É que, todo ato postulatório subordina-se a dois prismas de análise: o primeiro destina-se a verificar se estão satisfeitos os requisitos indispensáveis à legítima apreciação do mérito da postulação; o segundo, subseqüente, resultando positivo o primeiro, visa examinar o próprio conteúdo do que se postula, para acolher ou rejeitar o pedido. Veja-se, por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 11.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, p.. 260 a 268.

5 **Comentários à Constituição Brasileira de 1967**, Emenda n.1, de 1969, t. V/367.

6 **Tratado das Ações. Ações Mandamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. Tomo VI, p.. 60.

Logo, quando Pontes de Miranda diz que a pretensão mandamental não pode ser admitida na ausência de "liquidez e certeza" do direito, quer ele sugerir, a toda evidência, uma decisão terminativa, sem exame de mérito.

Isso porque,

> *inadmissível, para o caso levado a Juízo, à providência jurisdicional invocada, faltará legítimo interesse em propor a ação, porquanto inexiste pretensão objetivamente razoável que justifique a prestação jurisdicional requerida. Pas d'interêt, pas d'action*[7]

Colha-se, igualmente, o ensinamento de Celso Agrícola Barbi, no sentido de que

> *...o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza...*

E, na seqüência, ao dissertar sobre a liquidez e certeza enquanto condição da ação mandamental, assevera ser

> *preciso não apenas que haja o direito alegado, mas também que ele seja líquido e certo. Se ele existir, mas sem essas características, ensejará o exercício da ação por outros ritos, mas não pelo específico do mandado de segurança*[8]

. . . . . .

7 MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil.** 5.ed.São Paulo: Saraiva, 1977. v.. I, p.. 160.

8 **Do Mandado de Segurança**. 5.ed.Rio de Janeiro: Forense, Rio de Janeiro, 1987, p.. 79 e 87.

Confira-se, ainda, o abalizado pronunciamento de Cássio Scarpinella Bueno - que não discorda da orientação de que "liquidez e certeza" é pressuposto processual indispensável ao manejo do mandado de segurança –, vazado nestes termos:

> *por sentença denegatória do mandado de segurança deve ser entendida não só aquela que não conhece do mandado de segurança por carecer o impetrante de alguma condição da ação ou de* algum pressuposto processual (inclusive não ser ele titular de direito líquido e certo) *pelo que superado o vício que motivou a extinção da ação sem julgamento do mérito, possível a renovação de sua pretensão mesmo em mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 15)...*[9] *(...)*
>
> *Assim, decisão que, em mandado de segurança, extingue a ação por entender não concorrente o direito líquido e certo não aprecia qualquer mérito, qualquer lide, qualquer pedido do autor, pelo que não pode revestir-se de coisa julgada (material)..."*[10] *(Não há grifos no original).*

Ora, se se trata de pressuposto processual – como demonstrado, *ex abundantia,* nos textos acima transcritos -, a sua falta deve ser conhecida de ofício pelo juiz, em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, independentemente de provocação, não parecendo razo-

. . . . . .

9 Liminar em Mandado de Segurança. In: **Controle Jurisdicional dos Atos do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais,1998. V. 3, p. 239.

10 Coisa Julgada e Sentença "Denegatória" em Mandado de Segurança. **Revista de Processo**, n. 80, p. 222-235,Out./ dez. 1995.

ável supor que o órgão jurisdicional seja compelido a processar pedido flagrantemente descabido, para somente poder enfrentar essa matéria, que se reputa prefacial (falta de liquidez e certeza do direito), após a observância de todo o *iter* procedimental do mandado de segurança (com a indispensável assinalação de prazos para informações da autoridade apontada como coatora e parecer do Ministério Público, sem contar com a eventual citação de litisconsortes passivos necessários, respectivas defesas, etc.), quando é consabido que o fator tempo no processo é causador, bastas vezes, de gravames irreparáveis.

Ressoa palmar que, em casos tais, não se afirma que o impetrante não tem o direito substantivo pleiteado. Apenas deixa-se consignado que, no processo movido, não restou presente o pressuposto específico da "liquidez e certeza" do direito apontado como ameaçado ou violado, inserto na própria Constituição da República, pelo que o impetrante é carecedor da ação mandamental.

Objetar-se-á que a "liquidez e certeza" do direito é o próprio mérito da segurança. Com o devido respeito, não deve ser levada demasiado longe essa construção. O mérito do mandado de segurança reside no próprio direito substancial que se pretende ver restaurado ou preservado, e não no pressuposto da "liquidez e certeza", indispensável tão somente enquanto requisito processual exigido para a utilização do remédio heróico.

É preciso ter em conta – nunca é demais repetir – que

> *o pedido do impetrante não é para que se declare ser ele titular de direito líquido e certo: o pedido é para que se reconheça ser titular de um direito,* 'tout court'. *A condição de certeza (*e liquidez*) é apenas para sua proteção por essa via processual, nada tendo a ver com a essência do direito alegado*[11]

Retenha-se, por último, o que está contido no artigo 8º da lei de regência n.º 1.533/51, a teor do qual a petição inicial "será desde logo indeferida quando não for caso de mandado de segurança ou lhe faltar algum dos requisitos desta lei", sendo ainda certo que, nesse contexto – pouco importando se a hipótese é de indeferimento da inicial ou de posterior decreto de extinção do processo sem julgamento do mérito –, seguro é que, duma forma ou doutra, o pronunciamento judicial que inadmite a segurança por ausência de "liquidez e certeza" do direito substantivo, ante o disposto no artigo 15 do citado diploma legal, não tem a característica da definitividade e, por isso, não faz coisa julgada material. *Aliter* se se cogita de decisão que, apreciando o mérito, nega expressamente o direito substancial do impetrante; nesse caso, o julgamento dará ensanchas à coisa julgada material.

Mesmo que se admitisse, ***ad argumentandum tantum***, envolver o exame da "liquidez e certeza" do direito, o próprio mérito da segurança, forçoso é concluir-se que o juiz, ainda assim, poderá indeferir a inicial na ausência daquela característica, exata e precisamente porque dito pronunciamento judicial não impedirá o impetrante de procurar, noutras latitudes, o reconhecimento do seu alegado direito material.

. . . . . .

11 BARBI, Celso Agrícola. **Do Mandado de Segurança**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 264.

Note-se que a admissibilidade do mandado de segurança também não prescinde da demonstração irretorquível da ilegalidade do ato que se impugna, bastando que se atente para a afirmação de Castro Nunes no sentido de que

> *o ato contra o qual se requer o mandado de segurança terá de ser manifestamente inconstitucional ou ilegal para que se autorize a concessão da medida. Se a ilegalidade ou inconstitucionalidade não se apresentam aos olhos do juiz em termos inequívocos, patente não será a violação, e, portanto, certo e incontestável não será o direito. É pela evidência do dever legal da autoridade, seja para praticar o ato, seja para abster-se de o praticar, que se mede o direito correspondente com a qualificação de certo e incontestável*[12]

Todas essas considerações, sem embargo do peso dos argumentos contrários e do prestígio de quem os emprega, levam-me à conclusão de que a falta de "liquidez e certeza" do direito material é causa que autoriza o indeferimento da petição inicial do mandado de segurança.

A mais valia desse pensamento está na busca de uma maior efetividade do processo de modo a assegurar no caso específico ao impetrante inexitoso o direito de, prontamente cientificado da inadequação da via eleita,

. . . . . .

12 **Do Mandado de Segurança**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. § 83, p. 142.

procurar, sem dilações indevidas, na sede própria, a satisfação da sua pretensão.

Ao fim e ao cabo, convém ainda deixar sublinhado que o órgão jurisdicional não pode ficar inerte, em estado de relativa letargia, contribuindo para a banalização do uso do mandado de segurança e, o que é inaceitável, permitindo a criação de uma certa expectativa de sucesso no espírito do impetrante.

Urge que o intérprete-aplicador do direito, na perspectiva do caminho conducente à economia do processo, implemente uma mudança de mentalidade para que o judiciário possa alinhar-se ao compromisso de prestar uma tutela adequada, pronta e eficiente; e essa mudança de mentalidade na atividade forense surge indissociável da idéia de abandono de certos dogmas e formalismos ortodoxos, que muitas vezes, no âmbito do direito processual civil, só servem para dificultar a atuação expedita do órgão jurisdicional, prejudicando irremediavelmente o interesse substancial das partes.

NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Hélio Sílvio Ourem Campos

Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Professor Adjunto da UNICAP. Juiz Federal. Juiz da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência/ Brasília. Juiz da Turma Recursal do Estado de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e pela Faculdade de Direito de Lisboa (Equivalência). Doutorado pela Faculdade de Direito de Lisboa. Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (Revalidação). Ex-Procurador do Município do Recife e do Estado de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA/FONTES DE DIREITO TRIBUTÁRIO. 3. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. 3.1. Toda obrigação é "ex lege". 3.2. Há a acessória e a principal (art. 113, CTN). 3.3. Ver art. 3º, CTN. (conceito de tributo). 3.4. Responsabilidade Tributária (vide arts. 128 a 138). 3.5. Substituição Tributária para frente. 3.6. Sobre a denúncia espontânea. 4. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. 5. GARANTIAS E PRIVILÉGIOS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

INTRODUÇÃO

A Associação dos Juízes Federais /Pernambuco realizou vários Cursos de Atualização em Direito nestes últimos anos. Todos eles foram um sucesso.

Nesta iniciativa, coube-me as disciplinas Direito Constitucional e Direito Tributário. Sobre esta última, fiquei com as "Normas Gerais do Direito Tributário". O assunto é imenso, pois envolve, no mínimo, desde o art. 96 até o final do CTN, no art. 218. E não são poucos os problemas que neles estão contidos. Responsabilidade Tributária, as hipóteses de suspensão, extinção e exclusão do crédito, a diferença entre débito e responsabilidade, lançamento e suas conseqüências no âmbito da prescrição e da decadência, o princípio constitucional da isonomia e a ordem de preferência quando do concurso entre as pessoas de direito público, são apenas algu-

mas das questões controvertidas, não apenas no âmbito doutrinário, mas também no jurisprudencial.

A seguir, vai um breve resumo sobre alguns destes assuntos, acompanhado do reconhecimento de terem sido evitados tantos outros.

1. LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA

O CTN (art. 96 e ss), nesta expressão, faz inserir não apenas as **leis**, mas ainda os **tratados e as convenções internacionais**, os **decretos** (que servem à fiel execução das leis - art. 84, inc, IV, parte final, CF/88) e as **normas complementares** (aqui, com especial destaque para os Convênios, que buscam facilitar a fiscalização e a arrecadação tributárias. Vide também o art. 34, § 8º, ADCT, CF/88[1], que trata do ICMS. Nesta hipótese (art. 34, § 8º), os Convênios viriam suprir a lacuna então deixada pela ausência de lei complementar. Interessante observar que o mesmo Congresso que se atribuiu um prazo de sessenta dias para a confecção desta lei, cuidou, na própria previsão constitucional, de dispôr sobre o que fazer diante do descumprimento do prazo).

Sobre a legislação tributária, variadíssimos são os temas suscitados. Eis alguns deles:

a) há quem defenda existir hierarquia entre as leis complementares e as ordinárias. Para escorar este raciocínio, costuma-se dizer que o quórum de maioria absoluta, exigido pela lei complementar (art. 69, CF/88), privilegia-la-ia diante do quórum de maioria simples, necessário à edição de uma lei ordinária (art. 47, CF/88). Diz-se, também, que o fato topográfico de o art. 59, CF/88 trazer, logo no inciso II, as leis complementares, e, só no inciso III, as ordinárias, justificaria padrões hierárquicos distintos. Com isto, jamais uma lei complementar poderia vir a ser alterada por uma lei ordinária, sob pena de inconstitucionalidade. O próprio exemplo da edição de lei complementar para a COFIS, quando isto, segundo o STF, era desnecessário, dá uma idéia de que o problema não está em se construir uma hierarquia entre ambas, pois toda a questão gira em torno de saber se a Constituição deferiu o assunto para a esfera da lei complementar ou da lei ordinária. Se a Constituição diz que a matéria é de lei ordinária, mesmo que ela esteja tratada por lei complementar, isto não desautoriza que, por lei ordinária, se modifique total ou parcialmente a lei complementar, dado que sobre ambas (lei ordinária e complementar) deve prevalecer a Constituição, que é efetivamente a norma que merece ser obedecida sobre todas as outras. Note-se que o CTN (L. nº 5172/25.10.66), que foi editado quando ainda em vigor a Constituição de 1946, passou a ser entendido como lei complementar, não por outro motivo senão o decorrente do fato de que a nova Constituição que se anunciava (1967) exigia para tratar daquele conteúdo (*normas gerais de tributário*) a categoria de lei complementar. Assim, é a Constituição que determina o tipo de norma a ser utilizada. A obediência que a lei ordinária deve prestar não é à lei complementar, mas à Constituição;

. . . . . .

1 ADCT, CF/88. "Art. 34 (...) § 8º Se, no prazo de sessenta dias contados da promulgação da Constituição, não fôr editada a lei complementar necessária à instituição do imposto de que trata o art. 155, I, b, os Estados e o Distrito Federal, mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, fixarão normas para regular provisoriamente a matéria."

b) diz-se que não cabe medida provisória em matéria de lei complementar. Em favor do raciocínio, apresenta-se a impossibilidade de, em matéria de lei complementar, haver delegação (art. 68, § 1º, CF/88), acrescentando-se que, no art. 62 CF/88, há uma simples referência à expressão *lei*, e isto autorizaria concluir pela impossibilidade da utilização deste expediente, dado que a CF/88, sempre que a ela queria fazer referência, o fazia expressamente. Ocorre que, seguramente, não é verdade que a CF/88, ao utilizar a expressão lei, apenas diga sistematicamente respeito à lei ordinária. São alguns exemplos do contrário: quando, no art. 5º, inc. II, CF/88 vem disposto que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", naturalmente não se está restringindo à lei ordinária, pois seria um absurdo admitir a interpretação de que há a autorização constitucional do descumprimento das leis complementares. Quando, no art. 150, inc. VI, al. "c" c/c § 4º, CF/88, vem disposta a imunidade dos impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, dá-se a previsão da necessidade de vir a atender os requisitos da *lei*; e, sem dúvida, esta lei é complementar, por imposição do art. 146, inc. II, CF/88 (*cabe à lei complementar regular as limitações constitucionais ao poder de tributar*). Na verdade, isto ocorre porque não é possível interpretar a Constituição em artigos isolados, fazendo-se necessária a visão da Constituição como um todo. Além do mais, a antipatia não é um método recomendado pela hermenêutica, pois com ela não se interpreta, mas apenas se ataca;

c) ainda sobre medida Provisória. Para alguns, ela não caberia, em Direito Tributário, mas, diante de situação excepcional, há quem indique a decretação de estado de sítio, quando são possíveis certas restrições a direitos - art. 139, CF/88 (vide Roque Antônio Carrazza).

Há quem entenda que, nas matérias onde não é possível a delegação (art. 68, § 1º, CF/88), também não cabe a medida provisória (art. 62, CF/88), que também deveria ser entendida como uma delegação.

Particularmente, parece-me indiscutível que, em se tratando de guerra externa ou sua iminência ou em caso de calamidade pública (art. 148 e art. 154, II, ambos da CF/88), há a relevância e a urgência, estando cumpridos os requisitos constitucionais. Na verdade, a natureza jurídica da medida provisória não é outra senão a de uma medida cautelar. Assim, cabe refletir o porquê de, no mundo moderno, tudo estar sendo feito às pressas. No Judiciário, multiplicavam-se as liminares. No Executivo, multiplicam-se as medidas provisórias, às vezes até para impedir que o Judiciário antecipe a tutela contra a Fazenda Pública (Vide que, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04-6, Rel. Min. Sydney Sanches, foi mantido o art. 1º, L. nº 9494/97, proibindo-se a tutela antecipada contra a Fazenda Pública);

d) acaso concedida, por medida provisória, uma isenção, e esta não vier a ser aprovada pelo Congresso Nacional, cabe ao mesmo dispor sobre as relações daí decorrentes. Ocorreu fato deste tipo quanto ao imposto de importação no início dos anos 90. Foi

concedida isenção de imposto de importação. A importação foi feita calcada em medida provisória isentiva. A medida provisória não foi convertida em lei, e o Fisco passou a querer executar aqueles que haviam procedido a importação isenta por força da medida provisória rejeitada. Particularmente, tenho o entendimento de que se o Congresso nada regular, descumprindo um dever constitucional que é seu, cabe ao contribuinte, avocando o princípio da segurança jurídica, se opor à iniciativa do Estado;

e) existe *direito adquirido à dívida de um certo valor*[2], não podendo, sem que haja violação a este direito fundamental, uma nova legislação vir a *retroagir* (art. 5º, inc. XXXVI, CF/88), ferindo uma cláusula pétrea, porquanto seja este um direito individual (art. 60, § 4º, CF/88);

f) discute-se se a alteração de prazo para o pagamento de tributo exige, ou não, lei. Entendo que tudo aquilo que se faz necessário para que o Estado exija uma determinada quantia do contribuinte ou responsável pelo pagamento do tributo é matéria de lei, ainda mais quando se sabe que, com as altas taxas de juros, cada vez mais tempo é dinheiro. Há opiniões divergentes, entendendo que não é preciso lei para alterar prazo de pagamento de tributo;

g) atos infra-legais. Para uns, eles não têm espaço no Direito Tributário (vide art. 5º, inc. II, CF/88[3] - Aliomar Baleeiro). Para outros, eles têm, citando a necessidade da

. . . . . .

2 *É equivocado o entendimento de que só haja direito adquirido ao crédito, e não ao débito. Também há direito adquirido do devedor ao seu débito, não podendo o credor exigir licitamente algo diverso do que aquilo que é efetivamente devido.*

3 *"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."*

uniformização de entendimento por parte da Administração Pública. É necessário que os atos administrativos sejam padronizados, em nome da segurança jurídica;

h) para uns[4], o princípio da anualidade existe na CF/88, extraindo-o da previsão constitucional da Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 165, § 2º, CF/88)[5]. A questão é que existem exceções constitucionais ao princípio da anterioridade (art. 150, § 1º, CF/88. Ver também a anterioridade nonagesimal no art. 195, § 6º, CF/88), como então se admitir como irremediável o princípio da anualidade, que é de mais fortes tradições democráticas, e mais consentâneo com a segurança jurídica. Afinal, se, na anterioridade, basta, em regra geral, esperar o ano seguinte (art. 150, inc. III, "b", CF/88 - no último dia do ano, a garantia praticamente inexiste), tal não ocorre com a anualidade, que exige que o tributo esteja previsto na lei orçamentária cujo encaminhamento remonta a agosto do ano anterior, desde os termos do art. 35, 2º, inc. III, ADCT CF/88, "o projeto de lei orçamentaria da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro, e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa." Logo, é o princípio da anualidade orçamentária bem mais compatível com a segurança jurídica.

. . . . . .

4 *Diz JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira.* ***Dicionário Jurídico Tributário.*** *2.ed. ver. Atual. São Paulo : [s.n.], 1996. p. 08: "O Diploma Excelso não consagrou a anualidade tributária, embora alguns renomados autores, a exemplo de Ives Gandra Martins e Flávio Bauer Novelli, sustentem que o art. 165, § 2º, teria acolhido o referido princípio entre nós."*

5 *A Constituição do Estado de Minas Gerais traz, em seu interior, este princípio. O princípio da anualidade predica que não basta que o tributo haja sido criado no ano anterior ao de sua cobrança, pois requer que esteja incluído na lei orçamentária.*

2. INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA / FONTES DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Há quem defenda que, no direito, não há lacunas lógicas; podendo haver, contudo, lacunas axiológicas. Dito de outro modo, o direito sempre fornece uma solução para os casos concretos. Ocorre que nem sempre a solução parece ser a mais justa. Daí, a corrente do apriorismo filosófico, embora reconheça a possibilidade de lacunas de valores, reafirmar que, pelo *princípio da liberdade*, tudo aquilo que não está proibido, está permitido; não havendo a necessidade de lei para a autorização.

Entretanto, ao se falar em integração do direito, pressupõe-se a sua descontinuidade, dado que não se integra algo que já está íntegro. Este é o campo da analogia, que, segundo Rubens Gomes de Souza - um dos Autores do CTN[6], pode ser de dois tipos; sendo permitida, em Direito Tributário, apenas aquela que chamou de analogia por compreensão (ex.: lista de serviços, que, embora sejam consideradas exaustivas, utilizam expressões como "e congêneres" etc), estando vedada a analogia por extensão. Afinal, não se pode criar tributo sem lei (princípio da legalidade estrita ou da tipicidade). Sobre a analogia, vide ainda os arts. 108, inc. I e § 1º, CTN[7].

Sobre a permissão, no direito positivo brasileiro, de novas formas de interpretações, tais como a interpretação econômica (que teve à frente Enno Becker, defende que o

. . . . . .

6 *Ao lado de Gilberto de Ulhôa Canto e de Gerson da Silva*

7 *CTN, art. 108: "Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: a analogia; os princípios gerais de direito tributário; os princípios gerais de direito público; a equidade. § 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei. § 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido."*

que importa, na interpretação da norma tributária, é o conteúdo econômico do fato gerador. Isto serviu a regimes totalitaristas como os de Hitler e de Mussolini e funcional (que teve à frente Benvenuto Grizziotti) e defende que são quatro os elementos na interpretação da norma tributária: técnico, político, econômico e jurídico. A posição majoritária vai no sentido de que, em nome da tipicidade cerrada, também chamada de legalidade estrita, não se encontra, nos arts. 109 e 110, do CTN, espaço para a consagração destas correntes. Se é possível à Fiscalização descobrir que um contrato de comodato, em realidade, encobre um de locação, não se trata de fugir ao formalismo da lei, mas apenas de evitar que o Fisco venha a ser enganado. Se a Constituição utiliza a expressão salário (já prevista na CLT) - art. 195, inc. I e art. 201, § 4º, ou imóvel por acessão física - art. 156, inc. II, CF/88, graças ao que se chama de subsunção normativa não se pode alterar a legislação subconstitucional, invertendo estes conceitos, sob pena de se estar mudando a própria Constituição, sem a obediência ao quórum qualificado, nem tampouco observando que nem sempre o órgão que assim faz tem poderes para mudá-la.

Quanto à possibilidade de interpretação literal, prevista no art. 111, CTN, na verdade o que se pretende é dizer que quando alguém não paga um tributo, alguém por ele deverá estar pagando. Assim, as desonerações não devem ser interpretadas de forma extensiva. Afinal, as normas de exceção devem ser interpretadas não como regra, mas como exceções.

Quanto à orientação de que leis claras não devem ser interpretadas, foi dito que isto não procede, dado que para

se concluir que algo é claro, primeiramente, há a necessidade de se interpretar. Ocorre que se a lei é efetivamente clara, ao se reproduzi-la com outras palavras, corre-se o risco de tornar confuso algo que anteriormente não o era. De fato, a afirmativa de que a lei clara não se interpreta, buscava retirar do Poder Judiciário a margem de discricionariedade, graças à desconfiança que este Poder chegou a trazer consigo em meio à população e ao Poder napoleônico.

Enfim, para se interpretar uma lei é preciso passar por três estágios: o da literalidade, o do sistema e o teleológico ou finalístico. Afinal, não se conhece um artigo se a sua leitura fôr isolada das demais normas e do mundo social.

3. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Se é verdade que o interesse público é indisponível, e sempre se encontra em posição de supremacia frente ao do particular; não é menos verdade que pode haver coincidência entre o interesse público e o do cidadão. Além do mais, em que pese estas características, não se deve dizer que o princípio da igualdade entre o cidadão e o Estado encontra-se irremediavelmente afastado, dado que, em um Estado Democrático de Direito (art. 1º, "caput", CF/88), o exercício do Poder Soberano impõe a si mesmo a necessidade de observar os limites da lei[8]. O Estado

. . . . . .

8 *Conta-se que um certo general romano, quando em guerra com os latinos, fixou uma linha a partir da qual nenhum dos seus soldados poderia ultrapassar, sob pena de morte. Ocorre que o seu filho dileto, o mais corajoso, aquele por quem ele despertava maior estima, violando o comando do pai, pegou em armas e se lançou, sozinho, ao combate com o inimigo. Saiu vitorioso, trazendo consigo os sinais da proeza. Esperava o filho que o pai lhe elogiasse a coragem. Ocorre que, previamente, já se havia estabelecido que aquele que ultrapasse o limite deveria ser punido com a pena capital. E assim se fez. Daí se concluiu que aquele que tem o poder de fazer a lei também deve suportá-la, independente das conseqüências.*

deve suportar a lei que ele faz através dos mecanismos democráticos - democracia direta ou indireta, dado que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, como, por exemplo, através de plebiscito, referendo ou iniciativa popular (art. 1º, Par. Ún. e art. 14, ambos da CF/88).

Neste tema, é de se advertir que o CTN inspirou-se nos estudos que admitem débitos sem responsabilidade e vice-versa. (*Schuld e Haftung*). Assim, é possível que haja coincidência entre o contribuinte e o responsável pela dívida; mas também são possíveis outras três situações: quando o contribuinte simplesmente sai da relação (por exemplo, em face da sua morte), permanecendo apenas o responsável; quando o contribuinte permanece na relação, estando o responsável na condição de solidariedade ou de subsidiariedade. Apenas para dar uma idéia do que se diz, apontam-se dois exemplos: o da dívida prescrita (aqui, embora o credor não disponha de ação para compelir o devedor, se acaso o mesmo, por uma questão de moral, decidir pagar o débito, não poderá, posteriormente, voltar atrás na sua iniciativa; pois, apesar de não haver a responsabilidade, existia o débito) e o da situação jurídica do fiador (neste caso, embora o fiador de contrato de locação não haja contraído o débito, tem a responsabilidade de pagá-lo, solidária ou subsidiariamente com o locatário, a depender do tipo de locação).

3.1. Toda obrigação é "ex lege"

Haja vista o disposto no art. 5º, inc. II, CF/88. Em Direito Tributário, apenas não cabe aquela contraída mediante acordo de vontades. Cabe, porém, a decorrente

de ato ilícito e diretamente da lei. Ver, ainda, art. 146, inc. III, "b", CF/88.

3.2. Há a acessória e a principal (art. 113, CTN)

É principal tudo aquilo que implica em pagamento de dinheiro (obrigação de dar). É o caso do tributo (art. 3º, CTN) e da multa. É acessório tudo aquilo que viabiliza o cumprimento da principal, quer consista em prestações positivas (fazer) ou negativas (não fazer). São deveres instrumentais, ou seja, atos que instrumentalizam a arrecadação do Estado. Exemplos: declarar imposto de renda, possuir CPF (pessoa física) ou CGC (pessoa jurídica), emitir nota fiscal, não importar para além da cota permitida. Discute-se, também, se a obrigação acessória inadimplida simplesmente converte-se em obrigação principal (penalidade pecuniária), conforme o que predica o art. 113, § 3º, CTN, ou se, de fato, ocorre uma novação objetiva. Pessoalmente, sou partidário da segunda posição. Afinal, se a obrigação acessória foi descumprida, e, por isto, vem a se pagar uma penalidade, não significa dizer que ela não continue descumprida. Apenas, surge uma nova obrigação, que não se confunde com a inadimplida, mas que deve ser prestada como uma pena decorrente do ato ilícito.

3.3. Ver art. 3º, CTN. (Conceito de tributo)[9]

Quanto a este assunto, muito já se discutiu, concluindo-se, dentre outras coisas, pela possibilidade de o mes-

. . . . . .

9 CTN, art. 3º: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada."

mo vir a ser lançado em moeda de conta ou indexador econômico (ex: BTNF, UFIR etc, a depender da lei), defendendo-se, também, que não constitui majoração de tributo a atualização do valor monetário da sua respectiva base de cálculo, bastando que a lei preveja um determinado indexador (CTN, art. 97, § 2º). Por um certo período, defendeu-se a tese de que Estados e Municípios não poderiam ter os seus próprios indexadores, argumentando que a matéria implicava em legislar sobre sistema monetário, o que seria privativo da União Federal (CF/88, art. 22, inc. VI). O contra-argumento, no entanto, saiu vitorioso, ao se defender que, sendo o Brasil uma federação, imprescindível seria fazer valer a autonomia financeira dos entes que a compõem, cabendo aos Municípios legislarem sobre os impostos municipais (art. 156, CF/88), bem como aos Estados legislarem sobre os impostos estaduais (art. 155, CF/88). Logo, se correção monetária de tributo também é tributo, naturalmente poderiam Estados e Municípios legislarem sobre a correção monetária dos seus próprios tributos (art. 24, inc. I c/c art. 30, inc. III, ambos da CF/88). Também sobre os indexadores, não é sem importância saber que, por um certo período a TR foi utilizada como indexador tributário. Ocorre que a TR não refletia a perda do valor de compra em face da inflação. Logo, descabendo a aplicação da TR, começou-se a defender que nenhum outro indexador deveria ser aplicado, o que implicaria em enriquecimento indevido da parte do contribuinte, que se cingiria ao pagamento do valor histórico que, nem de longe, refletia o valor real, em face da elevada inflação. Neste diapasão, defende que se aplique o princípio da isonomia entre o Fisco e o contribuinte,

extraindo daí a conclusão de que o mesmo indexador deve ser aplicado aos débitos e aos créditos do Fisco.

Outro tema de realce, ainda dentro desta mesma característica, é o de que, no Brasil com inflação alta (anos 70/90), nem sempre ela era a mesma nas várias regiões de um país com dimensões continentais como o nosso, surgindo, por isto, índices setoriais. Logo, por vezes, poderia ser mais apreciado pelas empresas não ter valores depositados em juízo garantindo a suspensão da exigibilidade dos seus débitos, pois, aplicando os mesmos recursos nas atividades empresariais, seria possível que houvesse uma maior valorização. Há quem afirme que duas pessoas com quantias do mesmo valor (valor de um automóvel Monza, por exemplo), acaso uma delas depositasse o montante em Juízo, ao cabo de um ano o dinheiro '"valorizado", no máximo, compraria uma bicicleta.

Sobre a chamada *maquiagem* dos indexadores (que não refletiam a inflação real), parece-me difícil identificá-la, dado a estrutura do Poder Judiciário e a presunção relativa de verdade que mune os atos do Poder Público.

Quanto ao tributo não se tratar de sanção de ato ilícito, isto parece evidente do ponto de vista lógico. Afinal, tributo é prestação, enquanto a sanção é conseqüência do descumprimento da prestação. Isto não significa, no entanto, que não estejam tanto o tributo quanto a multa inseridos no conceito amplo de obrigação tributária principal. Do ponto de vista axiológico, reconhece-se que, via de regra, aquele que paga o tributo não imagina que com ele compra civilização, sentindo um certo descon-

tentamento. Além do mais, é preciso que se considere que a atual Constituição prega o princípio da presunção do estado de inocência (CF/88, art. 5º, inc. LVII)[10]. Logo, se, por exemplo, o Fisco verificar a existência de renda, irá tributá-la, desconhecendo a possibilidade de sua origem ilícita. É claro que, após sentença condenatória transitada em julgado, sucumbe a presunção de inocência, e surtem os efeitos extrapenais da condenação, a saber: a perda em favor da União do bem ou valor que constitua proveito auferido com o crime. (art. 91, inc. II, "b", CP).

Como se vê, de fato, todo o CTN trata de obrigação tributária, pois revela como credor e devedor devem se comportar perante o tributo.

3.4. Responsabilidade Tributária (vide arts. 128 a 138)

Também prevista a figura do responsável tributário no art. 121, inc. II, CTN. Este instituto pretende satisfazer as necessidades do Estado, diminuindo a sonegação; simplificando, com isto, a arrecadação. Existe desde a vigência do CTN. Na responsabilidade tributária, pode haver a exclusão do contribuinte (substituição), ou o contribuinte pode permanecer na relação, ficando o terceiro com a responsabilidade subsidiária ou solidária.

O CTN distingue três tipos de responsabilidades: dos sucessores (imobiliária, pessoal e empresarial); terceiros (solidariedade, inclusive para as conseqüências moratórias; não incluindo, contudo, as penalidades. É possível a

. . . . . .

[10] CF/88, art. 5º, inc. LVII: "ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória"

responsabilidade *pessoal* de terceiros, desde que tenham desobedecido a lei ou a contrato social, com excesso de poderes); por infrações (quanto ao tributo, quem paga é o próprio contribuinte, e quanto às penalidades, quem paga é o próprio responsável pela infração, salvo se estiver cumprindo ordens explícitas, ou o descumprimento decorrer de imperícia, imprudência ou negligência, quando se deverá ponderar se houve culpa "in eligendo" ou "in vigilando" do contribuinte).

É também de ser dito que se é possível falar em responsabilidade da parte do sujeito passivo da relação tributária, também o é em relação ao Estado, desde que se comprove o nexo causal. Assim ocorre, dado que ao Estado cabe suportar a lei que fez. Ver também o art. 37, § 6º, CF/88 (*responsabilidade objetiva)*[11]

3.5. Substituição Tributária para frente
(exs.: veículos, bebidas, cigarros etc.)

Está prevista, no atual Texto Constitucional, no art. 155, § 2º, "b", CF/88 e art. 150, § 7º, CF/88. Existe desde o CTN em nome da praticabilidade, reduzindo a sonegação e simplificando a arrecadação. Há quem defenda que ela viola vários princípios constitucionais. O atual Min. Presidente do Eg. STJ, Dr. Antônio Pádua Ribeiro, em palestra sobre o assunto, realizada pelo CEJ- Centro de Estudos Judiciários, assume a posição de que o instituto é constitucional, não apenas pelas suas antigas origens no Direito bra-

. . . . . .

11 CF/88, art. 37, § 6º: "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

sileiro, mas também porque entende que não há violação ao princípio da tipicidade; afinal, além do ICMS, a antecipação do pagamento do tributo ao fato gerador, nem de longe surgiu com a Emenda Constitucional nº 03/93 (que alguns pretendem, nesta parte, inconstitucional, por defenderem a existência de violação ao princípio da isonomia), porque isto já ocorre com o imposto sobre transmissão "inter vivos" (cujo pagamento é anterior ao registro do imóvel, sendo com o registro que se opera, no direito brasileiro, a transferência da propriedade imobiliária), com o imposto de exportação (cujo pagamento antecede a exportação) e com a taxa judiciária (que é paga antes da efetiva prestação do serviço jurisdicional).

Sobre a não cumulatividade, segundo o Ministro, basta que o tributo não incida em cascata para restar atendida esta exigência.

Quanto a ferir o princípio da isonomia, por violação à capacidade contributiva, e, por isto, afrontar cláusula pétrea, considera um excesso a afirmativa, concluindo pela não violação do art. 60, § 4º, inc. IV, CF/88. Entretanto, há um argumento contraposto ao fato de algo tão antigo vir a ser, agora, rediscutido. É o de que a inflação e a alta taxa de juros exigiram uma nova postura diante do dinheiro. E tempo é dinheiro.

3.6. Sobre a denúncia espontânea

Deve ser dito que só a verdadeira espontaneidade desonera da multa fiscal. Evidentemente que, para ser espontânea, é necessário que não tenha havido início de fiscalização ou de qualquer outro procedimento administrativo.

Embora haja intensa discussão sobre o assunto, entendo que o parcelamento da dívida não autoriza falar em denúncia espontânea, dado que, para que esta ocorra, faz-se necessário, além da espontaneidade, o pagamento do tributo corrigido, acompanhado dos seus juros de mora; ou o depósito do valor arbitrado pelo Fisco, que goza de presunção relativa de verdade (a presunção "juris tantum" admite prova em contrário). Vide art. 138, CTN.

A responsabilidade tributária é objetiva, de onde se conclui que independe da intenção do agente ou do responsável (art. 136, CTN).

4. CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Lançamento. **Conceito** - ato ou procedimento e suas conseqüências no âmbito da decadência e da prescrição.

O CTN diz que o lançamento é um procedimento no art. 142, e diz que é um ato no art. 150, não resolvendo, portanto, a discussão. O fato é que o lançamento tem uma dupla natureza jurídica, pois declara a obrigação e constitui o crédito tributário.

Modalidades. São três: por declaração do contribuinte (basta declarar o fato - art. 147, CTN); de ofício pela Administração (art. 149, CTN) e por homologação (art. 150, CTN). No primeiro e no segundo casos, o prazo decadencial começa a ser computado desde o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado ou da data em que se torne definitiva a decisão que anulou o lançamento por vício formal (art. 173, CTN). No caso do lançamento

por homologação, o prazo decadencial começa a ser contado a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, CTN).

Para aqueles que entendem que o lançamento é um ato, feita a notificação ao contribuinte, encerra-se o prazo decadencial, começando a fluir o prescricional, que se interrompe, nos termos do art. 174, Par. Ún., CTN. Há mesmo quem admita que o prazo decadencial flua até o termo final para o pagamento (vencimento). No entanto, para aqueles que defendem que se trata de um procedimento, faz-se necessário que a Administração Pública decida não apenas a reclamação acaso interposta, mas também o recurso administrativo dentro do prazo decadencial, sob pena de perda do direito de constituir o seu crédito no tempo aprazado (art. 173, CTN). O assunto é intrincado, mas considero que esteja recheado de conteúdo ideológico, pois, pela conveniência, poder-se-á assumir um ou outro entendimento.

Quanto às **modalidades de lançamento**, como já foi dito, são três. Uma, ligada ao Estado. É o lançamento de ofício, muito comum nas autuações, embora não seja delas privativo (ex.: IPTU). Outra, ligada ao contribuinte, quando este declara os fatos, cabendo à Administração Pública fazer incidir a norma sobre eles, chegando assim a um resultado quanto ao valor que é devido. A terceira modalidade é aquela na qual o contribuinte declara o fato e o direito, realizando o pagamento ao Fisco. A este, no entanto, caberá homologar, expressa ou tacitamente, o que foi feito. Se ficar calado, entende-se que houve a homologação. Caso contrário, verificando alguma irregularidade, lança de ofício o valor devido. É o chamado lançamento

por homologação, cujo fato gerador é o marco para o prazo decadencial (art. 150, § 4º, CTN). Nas outras duas modalidades, o prazo decadencial vai do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, ou então, desde a data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente feito (art. 173, CTN).

Vide, ainda, sobre suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário.

5. GARANTIAS E PRIVILÉGIOS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Ver art. 195, § 3º, CF/88: "A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios."

Ver também o art. 186, do CTN que predica: "O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.

A administração tributária envolve a fiscalização, havendo um enorme interesse dos contribuintes por obter as certidões negativas e as equivalentes às negativas, o que é permitido se o crédito do Fisco não se encontrar vencido; ou, estando havendo a cobrança, estiver realizada a penhora; ou, ainda, se a exigibilidade do mesmo encontrar-se suspensa (vide art. 206, CTN).

. . . . . .

(*) Bibliografia em: www.ourem.cjb.net

A NATUREZA DOS EMBARGOS NO PROCEDIMENTO MONITÓRIO: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO

Isabela Lins Carvalho de Aguiar
Bacharela em Direito pela Associação de Ensino Superior de Olinda. Faculdade de Direito de Olinda; Pós-graduanda em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. 2. DA IMPROPRIEDADE DO TERMO UTILIZADO PELO LEGISLADOR. 3. NATUREZA DOS EMBARGOS DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO. 3.1. Natureza de recurso. 3.2. Natureza de ação. 3.3. Natureza de contestação. 4. EFEITOS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS NO PROCEDIMENTO MONITÓRIO. 5. A BUSCA PELA VERDADE REAL NO PROCESSO. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O procedimento monitório foi inserido no direito brasileiro pela Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, acrescentando ao Código de Processo Civil, no Livro IV, Título I, Capítulo XV os arts. 1.102a, 1.102b e 1.102c.

> *A tutela monitória foi criada para aquelas situações em que, embora não exista título executivo, há concretamente forte aparência de que aquele que se afirma credor tenha razão.*[1]

. . . . . .

1 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 275.

por homologação, cujo fato gerador é o marco para o prazo decadencial (art. 150, § 4º, CTN). Nas outras duas modalidades, o prazo decadencial vai do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, ou então, desde a data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente feito (art. 173, CTN).

Vide, ainda, sobre suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário.

5. GARANTIAS E PRIVILÉGIOS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Ver art. 195, § 3º, CF/88: "A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios."

Ver também o art. 186, do CTN que predica: "O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho.

A administração tributária envolve a fiscalização, havendo um enorme interesse dos contribuintes por obter as certidões negativas e as equivalentes às negativas, o que é permitido se o crédito do Fisco não se encontrar vencido; ou, estando havendo a cobrança, estiver realizada a penhora; ou, ainda, se a exigibilidade do mesmo encontrar-se suspensa (vide art. 206, CTN).

. . . . . .

(*) Bibliografia em: www.ourem.cjb.net

A NATUREZA DOS EMBARGOS NO PROCEDIMENTO MONITÓRIO: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO

Isabela Lins Carvalho de Aguiar
Bacharela em Direito pela Associação de Ensino Superior de Olinda. Faculdade de Direito de Olinda; Pós-graduanda em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

SUMÁRIO

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS. 2. DA IMPROPRIEDADE DO TERMO UTILIZADO PELO LEGISLADOR. 3. NATUREZA DOS EMBARGOS DO PROCEDIMENTO MONITÓRIO. 3.1. Natureza de recurso. 3.2. Natureza de ação. 3.3. Natureza de contestação. 4. EFEITOS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS NO PROCEDIMENTO MONITÓRIO. 5. A BUSCA PELA VERDADE REAL NO PROCESSO. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O procedimento monitório foi inserido no direito brasileiro pela Lei nº 9.079, de 14 de julho de 1995, acrescentando ao Código de Processo Civil, no Livro IV, Título I, Capítulo XV os arts. 1.102a, 1.102b e 1.102c.

> *A tutela monitória foi criada para aquelas situações em que, embora não exista título executivo, há concretamente forte aparência de que aquele que se afirma credor tenha razão.*[1]

. . . . . .

1 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 275.

Pelo referido procedimento, permite-se que o credor, de posse de um documento escrito comprobatório da existência, liquidez e verossimilhança do fato constitutivo do crédito, obtenha um mandado monitório determinando ao devedor que cumpra, de logo, com a obrigação,[2] ou ofereça embargos. No caso de o devedor decidir não embargar, ou embargar fora do prazo, o mandado monitório transformar-se-á em executivo.

Antes do seu surgimento, quando um indivíduo possuísse uma prova escrita de seu crédito, sendo ele líquido e certo, porém sem força executiva, teria que recorrer ao demorado rito das ações ordinárias,[3] para, apenas ao final do processo, com a prolação da sentença, dispor de título executivo.

> *(...) Entre a ação ordinária (de cognição demorada) e a executiva (despida de cognição) faltava algo que preenchesse o vazio entre as duas, e foi exatamente esse o objetivo que veio cumprir a ação monitória instruída pela Lei 9.079, de 14 de julho de 1995. Apesar de não dispor o credor de um título com eficácia executiva e, por isso, sem acesso direto ao processo de execução, não está mais obrigado a percorrer o procedimento ordinário, podendo valer-se do monitório. Aquele percurso só se tornará necessário se o devedor resistir à pretensão, através de embargos, quando então o feito se converte,* ipso iure, *em ordinário.*[4]

Hoje, o credor pode escolher entre ingressar com ação segundo o procedimento especial monitório, ou segundo o procedimento comum (ordinário ou sumário). Em decidindo ingressar com ação segundo o procedimento comum, o processo não será extinto sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir, pois a lei abriu-lhe uma faculdade.

Não se haveria como admitir outra conclusão, já que, no procedimento monitório, mesmo sendo mais célere, se o devedor decidir por não oferecer embargos, e cumprir o mandado, como já visto, será dispensado do pagamento das verbas sucumbenciais, o que não ocorre no ordinário. Pode ser que ele (credor) queira esperar um pouco mais para conseguir um título com eficácia executiva em prol de ser ressarcido das despesas que efetuou na busca do adimplemento da obrigação não cumprida espontaneamente. É uma escolha que lhe compete fazer.

. . . . . .

2 *A lei confere estímulo ao devedor para que ele não discuta débito do qual já saiba ser devedor: se ele não embargar, será dispensado das verbas sucumbenciais.*

3 *Pede-se* venia *para um breve comentário acerca de um engano comum entre os respeitáveis doutrinadores. Procedimento é sinônimo de rito de processo. THEODORO JÚNIOR, Humberto.* **Curso de Direito Processual Civil**. *Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1, p.292. O procedimento, em matéria de processo de conhecimento, pode ser comum ou especial. O comum pode ser ordinário ou sumário, enquanto que os especiais podem ser de jurisdição contenciosa ou voluntária. (*Idem ibdem, *p.293) Na situação hipotética na qual não existisse ação monitória, ou, se havendo, o credor optasse pelo procedimento comum, não significaria, de logo, que o processo seguiria o rito ordinário, pois, nos casos previstos no art. 275 do CPC, o rito a ser seguido deve ser o sumário.*
Os autores, entretanto, comumente, referem-se ao fato de que a ação monitória surgiu com o objetivo de conferir ao autor a possibilidade de evitar a morosidade da ação ordinária na constituição de título com eficácia executiva. Imagine-se, entretanto, um crédito inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. De acordo com a regra contida no art. 275, inciso I, do CPC, a ação seguiria o procedimento sumário, e não ordinário. Logo, tal expressão carece de tecnicidade jurídica.

4 *ALVM, J.E. Carreira.* **Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual**. *3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.34.*

Pelo referido procedimento, permite-se que o credor, de posse de um documento escrito comprobatório da existência, liquidez e verossimilhança do fato constitutivo do crédito, obtenha um mandado monitório determinando ao devedor que cumpra, de logo, com a obrigação,[2] ou ofereça embargos. No caso de o devedor decidir não embargar, ou embargar fora do prazo, o mandado monitório transformar-se-á em executivo.

Antes do seu surgimento, quando um indivíduo possuísse uma prova escrita de seu crédito, sendo ele líquido e certo, porém sem força executiva, teria que recorrer ao demorado rito das ações ordinárias,[3] para, apenas ao final do processo, com a prolação da sentença, dispor de título executivo.

> *(...) Entre a ação ordinária (de cognição demorada) e a executiva (despida de cognição) faltava algo que preenchesse o vazio entre as duas, e foi exatamente esse o objetivo que veio cumprir a ação monitória instruída pela Lei 9.079, de 14 de julho de 1995. Apesar de não dispor o credor de um título com eficácia executiva e, por isso, sem acesso direto ao processo de execução, não está mais obrigado a percorrer o procedimento ordinário, podendo valer-se do monitório. Aquele percurso só se tornará necessário se o devedor resistir à pretensão, através de embargos, quando então o feito se converte,* ipso iure, *em ordinário.*[4]

Hoje, o credor pode escolher entre ingressar com ação segundo o procedimento especial monitório, ou segundo o procedimento comum (ordinário ou sumário). Em decidindo ingressar com ação segundo o procedimento comum, o processo não será extinto sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir, pois a lei abriu-lhe uma faculdade.

Não se haveria como admitir outra conclusão, já que, no procedimento monitório, mesmo sendo mais célere, se o devedor decidir por não oferecer embargos, e cumprir o mandado, como já visto, será dispensado do pagamento das verbas sucumbenciais, o que não ocorre no ordinário. Pode ser que ele (credor) queira esperar um pouco mais para conseguir um título com eficácia executiva em prol de ser ressarcido das despesas que efetuou na busca do adimplemento da obrigação não cumprida espontaneamente. É uma escolha que lhe compete fazer.

. . . . . .

2 *A lei confere estímulo ao devedor para que ele não discuta débito do qual já saiba ser devedor: se ele não embargar, será dispensado das verbas sucumbenciais.*

3 *Pede-se venia para um breve comentário acerca de um engano comum entre os respeitáveis doutrinadores. Procedimento é sinônimo de rito de processo. THEODORO JÚNIOR, Humberto.* ***Curso de Direito Processual Civil****. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1, p.292. O procedimento, em matéria de processo de conhecimento, pode ser comum ou especial. O comum pode ser ordinário ou sumário, enquanto que os especiais podem ser de jurisdição contenciosa ou voluntária. (Idem ibdem, p.293) Na situação hipotética na qual não existisse ação monitória, ou, se havendo, o credor optasse pelo procedimento comum, não significaria, de logo, que o processo seguiria o rito ordinário, pois, nos casos previstos no art. 275 do CPC, o rito a ser seguido deve ser o sumário.*
Os autores, entretanto, comumente, referem-se ao fato de que a ação monitória surgiu com o objetivo de conferir ao autor a possibilidade de evitar a morosidade da ação ordinária na constituição de título com eficácia executiva. Imagine-se, entretanto, um crédito inferior a 60 (sessenta) salários mínimos. De acordo com a regra contida no art. 275, inciso I, do CPC, a ação seguiria o procedimento sumário, e não ordinário. Logo, tal expressão carece de tecnicidade jurídica.

. . . . . .

4 *ALVM, J.E. Carreira.* ***Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual****. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.34.*

Aliás, como bem coloca Luiz Rodrigues Wambier:

> *em termos práticos, o procedimento monitório brasileiro, por si só, oferece especial utilidade ao demandante apenas em duas hipóteses: (a) se o réu atende à injunção e paga; (b) se o réu permanece inerte e tem início automaticamente a fase executiva.*[5]

O procedimento monitório consiste numa aposta feita pelo legislador no sentido de que o réu vá cumprir o mandado injuntivo, ou não vá oferecer embargos. Caso contrário, a celeridade intentada com o referido procedimento não será alcançada, pois, oferecidos embargos, a ação seguirá o procedimento ordinário, sujeita à morosidade que lhe é característica.

Esse dado não afasta, entretanto, a importância do surgimento do referido procedimento, pois não se pode deixar de ter em mente que o réu pode optar por usufruir do benefício conferido pela lei, de isenção de custas e honorários processuais, caso cumpra o mandado e não ofereça embargos.

Em sendo oferecidos, entretanto, esses embargos têm natureza jurídica discutida na doutrina. A finalidade do presente trabalho é fazer uma análise dos posicionamentos existentes com relação à sua natureza, demonstrando as conseqüências decorrentes de cada um deles.

. . . . . .

5 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 3, p. 286.

2. DA IMPROPRIEDADE DO TERMO UTILIZADO PELO LEGISLADOR

No estudo do tema proposto, verificou-se a impropriedade da expressão "ação monitória" utilizada pelo legislador, quando, mais apropriadamente, deveria ter se utilizado "procedimento monitório".

Para que se entenda tal equívoco, interessante que se comece discorrendo sobre o conceito de lide[6], que, segundo Moacyr Amaral Santos, "é o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro. Ou, mais sinteticamente, lide é o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida".[7]

A lide perturba a paz social. Para que essa seja restaurada – como é vedada a autodefesa, salvo raríssimos casos – "o Estado reservou para si, como um dos poderes, a função jurisdicional", cabendo-lhe "dizer o direito"[8] no caso concreto.[9] [10]

Para Humberto Theodoro Júnior, jurisdição é a definição, pelo magistrado, de "qual das alegações das partes corresponde ao melhor interesse, segundo as regras do ordenamento jurídico em vigor".[11]

. . . . . .

6 A partir do momento em que um dos sujeitos manifesta a sua vontade de exigir a subordinação do interesse do outro ao próprio.

7 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Processo Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1992. v. 1, p.9.

8 Do latim: juris quer dizer "direito" e dictio, dizer.

9 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 1, p. 30.

10 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1, p.141.

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v.1, p. 31.

Na composição da lide, a jurisdição se serve do processo, que "consiste numa série de atos coordenados, tendentes à atuação da lei, tendo por escopo a composição da lide. *Processo,* portanto, é um meio ou instrumento de composição da lide".[12]

O direito de invocar o exercício da função jurisdicional se chama "ação".[13] "A ação provoca a jurisdição, que se exerce através de um complexo de atos, que é o processo".[14]

Como colocado por Ernani Fidélis dos Santos,

> *(...) em jurisdição voluntária (...) não existe "processo", porque a atividade do juiz, ali, é simplesmente administrativa e não jurisdicional. A seqüência própria de atos que objetivam simplesmente soluções administrativas e atos de jurisdição voluntária, embora, na acepção comum, possa chamar-se de "processo", por seus fins, no sentido jurídico, não o é. Tal soma de atos permanece apenas com idéia de forma e movimentação e chama-se "procedimento.*[15]

Ora, a movimentação de um processo não se confunde com ele próprio. À forma, à tramitação, ao rito, dá-se o nome de "procedimento". Só haverá processo, entretanto, se houver exercício da jurisdição. Senão, será uma mera seqüência de atos, um mero procedimento.

. . . . . .

12 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 1, p.10.
13 SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 42.
14 Idem ibdem, p. 143.
15 Idem ibdem, p. 23.

Dessa forma, a ação monitória é o direito que se tem de provocar a jurisdição, que se serve do processo para a resolução da lide. Já o procedimento é o caminho desenhado pelo legislador, a ser seguido pelo processo, objetivando compor a lide.

Disso já se pode concluir que o legislador deveria ter-se utilizado do termo "procedimento" para descrever o caminho que o processo monitório deverá seguir, como o fez com o procedimento comum (sumário e ordinário)[16] e com os procedimentos especiais (art. 890 e segs. do CPC).

Além do mais, se o legislador utilizou o termo "procedimentos especiais" e o procedimento monitório é uma espécie desse gênero, razão alguma possui em denominá-lo de "ação monitória".

3. NATUREZA DOS EMBARGOS NO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

O mandado monitório, ao ser deferido pelo juiz, confere ao réu a possibilidade de escolha entre três atitudes: ficar silente, sem cumprir o mandado monitório, nem apresentar defesa; cumprir o mandado e ficar isento de custas e honorários advocatícios; ou oferecer embargos.[17]

Tema bastante discutido, três teorias explicam a natureza jurídica dos embargos no procedimento monitório. Para a primeira, tem natureza de recurso; para a segunda, de ação e para a terceira, de contestação.

. . . . . .

16 Vide arts. 274 e 275 do CPC.
17 CARVALHO, Roldão Oliveira de. **Ação Monitória**. São Paulo: Bestbook, 2000. p. 35.

3.1. Natureza de recurso

Parte da doutrina, como é o caso de Vicente de Paula de Marques Filho, defende essa corrente.[18]

Na construção do seu raciocínio, o ilustre doutrinador justifica a adoção da teoria em comento, alegando que, se fossem considerados os embargos como ação, o contraditório pleno seria exercido fora do procedimento monitório, fragilizando-o em face das garantias constitucionais do processo. Coloca, portanto, o recurso como uma continuação do procedimento de primeiro grau, e, por conseguinte, continuação do exercício do direito de ação.

O raciocínio do autor estaria correto não fosse a existência de dois princípios fundamentais dos recursos: o da *taxatividade* e o da *singularidade*.

Pelo princípio da *taxatividade*, apenas são considerados recursos aqueles elencados, *numerus clausus*, em lei federal.[19]

Dessa forma, não se poderia pretender considerar os embargos no procedimento monitório como recurso, pelo simples fato de o mesmo não estar descrito na lei processual como tal.

O princípio da *singularidade*, ou da *unirrecorribilidade*, ou ainda da *unicidade*, por sua vez, consubstancia a regra de que para cada ato judicial recorrível existe um único recurso previsto pelo ordenamento.[20]

. . . . . .

18 No mesmo sentido: LISBOA, Celso Anicet. **A Utilidade da Ação Monitória**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 111.
19 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 47.
20 Idem ibdem, p. 48.

Sendo assim, considerando a decisão judicial que defere a expedição do mandado monitório como sentença ou decisão interlocutória,[21] [22] os recursos cabíveis seriam, respectivamente, a apelação (art. 513, do CPC), ou o agravo de instrumento (art. 522, do CPC), no entanto, jamais, o "recurso de embargos", como pretendem os respeitáveis doutrinadores.

Há ainda outro argumento que refuta a consideração da natureza recursal dos embargos: no regime recursal, a decisão do recurso substitui a decisão recorrida. Nos embargos ao mandado, "a decisão inicial que determinou a expedição do mandado é que se tornará o 'título executivo' – e não a sentença dos embargos".[23] Não há reexame de um provimento, mas "*exame* inédito de uma pretensão, com base em outros elementos e mediante o uso de outros instrumentos".[24]

. . . . . .

21 Já que o despacho de mero expediente é irrecorrível, daí não ter sido mencionada.
22 Existe divergência na doutrina sobre a natureza jurídica da decisão que defere a expedição do mandado monitório: despacho de mero expediente, decisão interlocutória ou sentença. O tema não será aqui aprofundado, mas defende-se a corrente que a considera uma decisão interlocutória, pois o juiz a prolata com base em um mero juízo de verossimilhança, uma cognição desenvolvida sumariamente, que recai sobre o mérito da causa. Não é despacho de mero expediente porque há considerável carga de decisão no ato.
23 TALAMINI, Eduardo. **Tutela Monitória**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 156.
24 Idem ibdem, p. 156.

3.2. Natureza de ação

Entre alguns dos argumentos levantados pelos defensores dessa corrente,[25] está a "tradição legislativa nacional",[26] que teria utilizado a terminologia "embargos" apenas para definir ações autônomas ou recursos. Edilton Meireles coloca a situação da seguinte forma:

> *(...) temos, no sistema processual pátrio, enquanto recurso, os embargos declaratórios, os embargos infringentes, os embargos ao pleno etc. Já como ação temos os embargos do devedor, de terceiros, à alienação (à adjudicação e à arrematação), de retenção, nunciação à obra nova etc. Em suma, nenhuma medida processual tratada como embargos, no sistema processual nacional como um todo, considera como de contestação a natureza desse ato processual, seja ela oferecida pela parte ou por terceiro.*[27]

Como nem cogitam a possibilidade de terem os embargos natureza recursal, conferem-no, desta forma, natureza de ação.

. . . . . .

25 CARVALHO NETO, José Rodrigues de. **Da Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 110; GRECO FILHO, Vicente. **Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 54; MERIRELES, Edilton. **Ação de Execução Monitória**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 131; NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. **Breves Comentários Sobre a Ação Monitória**. Recife: Nossa Livraria. 1996. p. 43; SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 171; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 96; TALAMINI, Eduardo. **Tutela Monitória. A Ação Monitória – Lei 9.079/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 159 e WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, p. 281.

26 MEIRELES, Edilton. **Ação de Execução Monitória**. São Paulo: LTr, 1998. p. 135 e 136.

27 Idem ibdem, p. 136.

Mostra-se flagrante a pouca consistência de tal argumento. Que critério falho seria esse de determinar a natureza jurídica de um ato processual pelo simples critério da terminologia utilizada para individualizá-lo?

Houve "imprecisão do legislador ao nominar a resposta do réu, na ação monitória de embargos, posto que tem natureza jurídica idêntica a uma verdadeira contestação".[28] Admitir o contrário representaria um completo e imaturo apego à forma, sem se dar importância ao real conteúdo do ato.

Alegam, ainda, os defensores dessa corrente, que a redação dos dispositivos legais regulamentadores do procedimento monitório confirmam seu posicionamento, ao estabelecer que os embargos tramitam nos mesmos autos do procedimento monitório. Teria o legislador intentado, segundo eles, ressaltar seu caráter de ação, já que a contestação, pela sua própria natureza, vai para os mesmos autos em que se encontra a petição inicial.[29]

Entretanto, como bem foi colocado por Alexandre Freitas Câmara, o fato de serem os embargos processados nos mesmos autos do processo não é dado suficiente para determinar a sua natureza jurídica, tendo em vista a existência de:

> *processos autônomos que tramitam nos mesmos autos (como o processo de liquidação de sentença), e incidentes que, embora não dêem origem a processo autônomo, levam à formação de autos apartados (como no caso da impugnação ao valor da causa).*[30]

. . . . . .

28 ABREU, Maria Adelaide Monteiro de. Embargos da Ação Monitória. Natureza Jurídica e não Aplicabilidade dos Efeitos da Revelia ao Autor/Embargado que Sobre Eles não se Manifesta. **Revista da ESMAPE**. Recife, 1996. p. 369.

29 MEIRELES, Edilton. **Ação de Execução Monitória**. São Paulo: LTr, 1998. p. 135.

30 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v.3, p. 551.

3.2. Natureza de ação

Entre alguns dos argumentos levantados pelos defensores dessa corrente,[25] está a "tradição legislativa nacional",[26] que teria utilizado a terminologia "embargos" apenas para definir ações autônomas ou recursos. Edilton Meireles coloca a situação da seguinte forma:

> *(...) temos, no sistema processual pátrio, enquanto recurso, os embargos declaratórios, os embargos infringentes, os embargos ao pleno etc. Já como ação temos os embargos do devedor, de terceiros, à alienação (à adjudicação e à arrematação), de retenção, nunciação à obra nova etc. Em suma, nenhuma medida processual tratada como embargos, no sistema processual nacional como um todo, considera como de contestação a natureza desse ato processual, seja ela oferecida pela parte ou por terceiro.*[27]

Como nem cogitam a possibilidade de terem os embargos natureza recursal, conferem-no, desta forma, natureza de ação.

. . . . . .

25 CARVALHO NETO, José Rodrigues de. **Da Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 110; GRECO FILHO, Vicente. **Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 54; MERIRELES, Edilton. **Ação de Execução Monitória**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 131; NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. **Breves Comentários Sobre a Ação Monitória**. Recife: Nossa Livraria. 1996. p. 43; SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 171; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 96; TALAMINI, Eduardo. **Tutela Monitória. A Ação Monitória – Lei 9.079/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 159 e WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, p. 281.

26 MEIRELES, Edilton. **Ação de Execução Monitória**. São Paulo: LTr, 1998. p. 135 e 136.

27 Idem ibdem, p. 136.

Mostra-se flagrante a pouca consistência de tal argumento. Que critério falho seria esse de determinar a natureza jurídica de um ato processual pelo simples critério da terminologia utilizada para individualizá-lo?

Houve "imprecisão do legislador ao nominar a resposta do réu, na ação monitória de embargos, posto que tem natureza jurídica idêntica a uma verdadeira contestação".[28] Admitir o contrário representaria um completo e imaturo apego à forma, sem se dar importância ao real conteúdo do ato.

Alegam, ainda, os defensores dessa corrente, que a redação dos dispositivos legais regulamentadores do procedimento monitório confirmam seu posicionamento, ao estabelecer que os embargos tramitam nos mesmos autos do procedimento monitório. Teria o legislador intentado, segundo eles, ressaltar seu caráter de ação, já que a contestação, pela sua própria natureza, vai para os mesmos autos em que se encontra a petição inicial.[29]

Entretanto, como bem foi colocado por Alexandre Freitas Câmara, o fato de serem os embargos processados nos mesmos autos do processo não é dado suficiente para determinar a sua natureza jurídica, tendo em vista a existência de:

> *processos autônomos que tramitam nos mesmos autos (como o processo de liquidação de sentença), e incidentes que, embora não dêem origem a processo autônomo, levam à formação de autos apartados (como no caso da impugnação ao valor da causa).*[30]

. . . . . .

28 ABREU, Maria Adelaide Monteiro de. Embargos da Ação Monitória. Natureza Jurídica e não Aplicabilidade dos Efeitos da Revelia ao Autor/Embargado que Sobre Eles não se Manifesta. **Revista da ESMAPE**. Recife, 1996. p. 369.

29 MEIRELES, Edilton. **Ação de Execução Monitória**. São Paulo: LTr, 1998. p. 135.

30 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v.3, p. 551.

Além do mais, dizem que, por ter o legislador dito expressamente seguirem os embargos o procedimento ordinário, quis, mais uma vez, caracterizar sua natureza de ação, pois não é a contestação que segue procedimento algum, mas sim o processo em que está contida, que materializa a ação ajuizada.[31]

Inobstante isso, o que se deve ter em mente na interpretação do referido dispositivo é o verdadeiro sentido da norma, "o de afirmar que, com o oferecimento dos embargos, o procedimento monitório se converte em ordinário".[32]

Ainda outro argumento baseado na redação dos dispositivos legais que tratam do procedimento monitório, levantado pelos defensores dessa corrente, consiste no fato de ter o legislador dito, no art. 1.102c, §1°, do CPC, que os embargos independerão de prévia segurança do juízo, o que configuraria sua natureza de ação, pois a contestação nunca depende de tal requisito.[33]

Todavia, com o devido respeito, também esse argumento não merece ser acolhido, pois a referência expressa contida na lei, no sentido de os embargos monitórios independerem de prévia segurança do juízo, visa, tão somente, "evitar confusão entre os embargos ao mandado e os embargos do executado".[34] O intuito do legislador, infelizmente, pelo que se pôde perceber, gerou o efeito inverso.

. . . . . .

31 MEIRELES, Edilton. **Ação de Execução Monitória**. São Paulo: LTr, 1998. p. 135.
32 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v.3, p. 552.
33 MEIRELES, Edilton. **Ação de Execução Monitória**. São Paulo: LTr, 1998. p. 136.
34 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 3, pp. 552.

Outro fundamento levantado pelos defensores dessa teoria está no fato de que, sendo considerados contestação, a apelação interposta da sentença que julgar os embargos será recebida apenas no efeito devolutivo, afastando-se, portanto, o efeito suspensivo, o que não ocorreria se os mesmos fossem considerados ação, pois incidiria o inciso V do art. 520 do CPC, referente à sentença que rejeita liminarmente os embargos à execução, ou julga-os improcedentes.[35]

Ora, o legislador, ao estabelecer o rol de exceções previsto no art. 520 do CPC, foi taxativo, não admitindo, portanto, interpretação extensiva. O inciso V faz referência expressa aos "embargos à execução". Logo, justificativa não há para a aplicação do referido dispositivo aos embargos no procedimento monitório.

Mesmo se considerados contestação, como se pretende demonstrar no presente trabalho ser a tese mais coerente, o problema dos efeitos em que seriam recebidos a apelação da sentença que julgá-los improcedentes não estaria resolvido.

O recebimento da apelação no duplo efeito, realmente, foge à incontestável pretensão legislativa de celeridade na satisfação do crédito do autor, pois, dessa forma, o mandado monitório convertido em executivo (art. 1.102c, §3°, do CPC) apenas poderá ser efetivamente levado a efeito após o julgamento do recurso.

Entretanto, tal fato não serve para descaracterizar a natureza contestatória dos embargos no procedimento monitório, mas tão somente para constatar a falha na

. . . . . .

35 MERIRELES, Edilton. **Ação de Execução Monitória**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998. p. 136.

atuação do legislador, pois o mais acertado seria que ele, ao criar o referido instituto, incluísse um inciso ao art. 520, afastando o efeito suspensivo do recurso outrora referido.

3.3. Natureza de contestação

Quando o juiz defere a expedição do mandado monitório, como já foi visto, ele também determina a citação do réu da monitória para que cumpra o referido mandado, ou seja, para que ele efetue o pagamento ou a entrega da coisa.

Além de adotar esse comportamento, o réu pode ainda: permanecer inerte – quando o mandado monitório então converte-se em título executivo de pleno direito – ou oferecer embargos no prazo de 15 (quinze) dias.[36]

A interposição dos "embargos ao mandado" transmuda o procedimento em ordinário, permitindo, por conseguinte, ampla dilação probatória (art. 1.102c, §2°, do CPC).[37]

A citação, no procedimento ordinário, abre ao réu a possibilidade de oferecimento de resposta, o que pode ser feito de três formas: por via de exceção (de suspeição, impedimento ou suspeição), de contestação, ou de reconvenção. [38]

. . . . . .

36 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 217.
37 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lineamentos do Novo Processo Civil**. Minas Gerais: Del Rey, 1995. p. 490.
38 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.2, p. 102.

Os embargos no procedimento monitório constitui em verdadeira **contestação.**[39] Abstendo-se o réu de oferecer contestação, no procedimento comum ordinário, será revel. Dois são os efeitos daí decorrentes: os fatos alegados pelo autor serão tidos como verdadeiros[40] (art. 319, do CPC) e contra o réu correrão os prazos, independentemente de intimação (art. 322, do CPC), mas poderá intervir no processo a qualquer tempo, recebendo-o no estado em que se encontrar.

Inobstante isso, no procedimento monitório, a ausência de embargos[41] (que já se afirmou terem natureza de contestação) geram um efeito mais gravoso: o mandado monitório será convertido em executivo.[42]

Para Celso Anicet Lisboa, não é correto caracterizá-los como contestação, já que o réu não é citado, mas sim intimado, ou para cumprir o mandado monitório, ou para oferecer embargos.[43]

Inobstante isso, esse argumento não deve prevalecer para pretender derrubar essa teoria, pois no procedimento monitório, mesmo não havendo determinação

. . . . . .

39 Nesse sentido: ABREU, Maria Adelaide Monteiro de. Embargos da Ação Monitória. Natureza Jurídica e não Aplicabilidade dos Efeitos da Revelia ao Autor/Embargado que Sobre Eles não se Manifesta. **Revista da ESMAPE**. Recife, p. 364; ALVIM, J. E. Carreira. **Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 48; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lineamentos do Novo Processo Civil**. Minas Gerais: Del Rey, 1995. p. 490; CARVALHO, Roldão Oliveira de. **Ação Monitória**. São Paulo: Bestbook, 2000. p. 28; CAVALCANTI, Mantovani Colares. Questões Ainda Polêmicas na Ação Monitória. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, jun., p. 70, 2003. e SALVADOR, Antônio Raphael Silva. **Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 41.
40 Se não houver a incidência do art. 320 do CPC, que elenca as hipóteses em que o efeito comentado não ocorrerá.
41 Note-se que, não tendo ainda sido interpostos os embargos, o procedimento ainda não foi convertido em ordinário.
42 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.2, p. 146.
43 LISBOA, Celso Anicet. **A Utilidade da Ação Monitória**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 109.

legal expressa nesse sentido, há citação, pois ela é necessária para que se faça perfeita a relação processual.

Portanto, refutadas as duas teorias anteriores (itens 3.2 e 3.3), mais razão possuem aqueles que conferem aos embargos no procedimento monitório natureza de **contestação**, que é o posicionamento perfilhado no presente trabalho.

O contraditório é o princípio basilar do processo de conhecimento. Sua previsão é, inclusive, constitucional (art. 5º, inciso LV, da CF).[44]

A ação monitória é cognitiva, mas segue o procedimento especial previsto pelo legislador nos arts. 1.102a, 1.102b e 1.102c, do CPC.

Ora, partindo-se do pressuposto de ser ação de conhecimento, não considerar a natureza de contestação dos embargos seria um desrespeito ao contraditório no procedimento monitório.

Alexandre Freitas Câmara coloca bem a questão, ao afirmar que:

> *não se poderia admitir que no processo instaurado com o ajuizamento da demanda monitória se alcance o provimento final sem que se permita ao demandado influir no conteúdo de tal pronunciamento.*[45]

Tendo os embargos, portanto, natureza de verdadeira contestação, que convertem o procedimento monitório em ordinário, admissível é o oferecimento, pelo demandado, de reconvenção.[46]

. . . . . .

44 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 102.

45 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 3,p. 552.

Nesse sentido:

> *AÇÃO MONITÓRIA. RECONVENÇÃO.*
> *(...)*
> *A Ação monitória, com a impugnação do réu através de embargos, se torna ação normal de conhecimento regida pelo procedimento ordinário podendo, assim, dar ensejo a exceções processuais, reconvenção inclusive.*
> *(...)*
> *STJ – REsp 147.945 – MG - 5ªT. – j.06.10.1998 – rel. Min. Felix Fischer. v.u.*

> *AÇÃO MONITÓRIA. RECONVENÇÃO. ADMISSIBILIDADE.*
> *Reconvenção – Ação monitória – Admissibilidade – Embargos ao mandado que têm natureza de defesa e não de ação – Ausência de similitude entre estes, que são mera resposta em processo de conhecimento, e os embargos do devedor, tirados do processo de execução – Agravo de instrumento desprovido. Reconvenção – Ausência de apresentação de prova documental com o pedido reconvencional – Irrelevância – Matéria que deve ser apreciada ao final do processo, não ensejando o indeferimento, de plano, da reconvenção – Agravo de instrumento desprovido.*
> *TJSP – Ag 20.469-4/0 – 1ª Câm. de Direito Privado – j.13.08.1996 – rel. Des. Guimarães e Souza. v.u.*

. . . . . .

46 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **As Inovações no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.87.

O mesmo se diga quanto ao cabimento da intervenção de terceiros, de igual forma, decorrente da conversão do procedimento monitório em ordinário, com a interposição dos embargos.[47]

4. EFEITOS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS NO PROCEDIMENTO MONITÓRIO

À vista do que já foi aduzido, os embargos no procedimento monitório possuem natureza de contestação. Entretanto, nesse tópico do trabalho, também serão considerados, hipoteticamente, como ação, para que se possam comparar os efeitos decorrentes da ausência de sua impugnação.

Como já foi visto no item anterior, a ausência de contestação, no procedimento ordinário, configura a revelia, tendo, como principal efeito, serem admitidos como verdadeiros os fatos alegados pelo autor na inicial (art. 319 do CPC).

Apresentando contestação, quanto ao mérito, o réu poderá oferecer defesa direta ou indireta. Aduzindo defesa direta, negará os fatos aduzidos pelo autor na inicial, impugnando os fatos constitutivos do seu direito.[48]

Em contrapartida, se alegar defesa indireta, reconhecerá os fatos nos quais se fundou a ação, mas, ao mesmo tempo, alegará, sobre eles, algum fato extintivo, modificativo ou impeditivo.[49]

. . . . . .

47 ALVIM, J. E. Carreira. **Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 124.

48 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 107.

49 Idem ibdem, p. 107.

Os fatos alegados na petição inicial, sobre os quais o réu não se manifestar, serão tidos como verdadeiros, sendo, portanto, incontroversos, e sequer precisarão ser provados (art. 334, inciso III, do CPC).

Como diz Marcelo Abelha Rodrigues, "a equação é simples: existe questão controvertida se houver impugnação".[50]

Segundo determinação dos arts. 326 e 327 do CPC, a réplica apenas será necessária quando for alegada defesa indireta de mérito, ou qualquer das matérias elencadas no art. 301 do CPC (preliminares).

Disso, conclui-se que, apresentando o réu defesa direta, desnecessária será a réplica. Entretanto, não é o que ocorre na prática, pois os juízes determinam, de plano, o prazo de dez dias para que o autor se manifeste sobre o que o réu alegou em contestação, por estarem ocupados no julgamento de milhares de processos e na análise de inúmeras cautelares e pedidos de antecipação de tutela, não possuindo tempo suficiente para que possam parar e analisar o tipo de defesa que está sendo aduzida pelo réu, para que, só então, possa proferir o despacho inicial.

A importância para o estudo das conseqüências da ausência de impugnação, nas hipóteses em que houver necessidade de réplica, restringir-se-á ao art. 326 do CPC, quando o réu alegar defesa indireta, dada a possibilidade de o juiz conhecer de ofício as matérias do art. 301 do diploma processual, mencionadas no seu art. 327.

Dessa forma, considerando os embargos no procedimento monitório como contestação, a réplica equiva-

. . . . . .

50 Idem ibdem, p. 111.

leria à impugnação aos embargos, sendo, portanto, necessária, se o réu tiver admitido os fatos arrolados na inicial, mas alegado algum fato extintivo, modificativo, ou impeditivo do direito do autor.

Continuando o raciocínio, tendo apresentado, o réu, defesa indireta, quanto aos fatos aduzidos pelo autor na inicial, não haverá controvérsia, pois foram por aquele admitidos. Entretanto, foram por ele trazidos outros fatos, que podem extinguir, impedir, ou modificar o direito do autor. Então, para que seja assegurado o direito ao contraditório, ao autor deverá ser aberta a possibilidade de pronunciamento, através da impugnação aos embargos.[51]

Impugnando os fatos aduzidos pelo réu na contestação, o autor estará deixando-os controvertidos. Entretanto, se sobre eles nada disser, passarão a ser incontroversos, o que possibilitará a incidência do art. 334, inciso III, do CPC, ou seja, independerão de prova, pois admitidos como verdadeiros.[52] [53]

Tomando por base, agora, a hipótese de serem considerados os embargos como ação, a impugnação equivaleria à contestação. Sua ausência ensejaria, dessa forma, a aplicação do art. 319 do CPC, ou seja, os fatos alegados pelo autor dos embargos – réu da monitória – seriam admitidos como verdadeiros.[54]

Como se pôde observar, em um e noutro caso, seja considerando os embargos no procedimento monitório

. . . . . .

51 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 154.

52 Idem ibdem, p. 111.

53 Entretanto, deve-se ter em vista que, como será analisado no item seguinte, a tendência moderna do direito processual é no sentido de se buscar a verdade real.

54 Ver nota anterior.

como contestação – nos casos em que o réu tiver, nos embargos, alegado defesa indireta –, seja admitindo-os como ação, a conseqüência da sua não impugnação ensejará a presunção de veracidade dos fatos aduzidos pelo réu da monitória.

O ponto de divergência entre as duas hipóteses estaria no fato de que, sendo os embargos admitidos como ação, mesmo tendo o réu da monitória utilizado-se de argumentos que, em contestação, equivaleriam à defesa direta, ou seja, simplesmente negando os fatos aduzidos pelo autor na inicial,[55] a ausência da impugnação aos embargos levaria à incidência do art. 319 do CPC. Isso se explica por ser a impugnação, nesse caso, considerada a contestação da ação de embargos.

Considerando-os, entretanto, como contestação, se o autor dos embargos viesse a alegar defesa direta, a impugnação seria desnecessária e a sua ausência, por conseguinte, irrelevante.

Vale salientar, entretanto, que a presunção de veracidade gerada pela ausência de impugnação aos embargos, sejam eles considerados ação ou contestação, não será absoluta, pois:

> *pode ocorrer de, mesmo reputando-se verdadeiros os fatos, deles não decorrer o direito contido no pedido, porque a conseqüência jurídica pretendida pelo autor não emana dos fatos apresentados. Ou, ainda, pode ocorrer de o autor narrar fatos inverossímeis, insuscetíveis de credibilidade, e o juiz não está obrigado a aceitar*

. . . . . .

55 A réplica, nesse caso, seria dispensada.

como verdadeiros fatos impossíveis de terem ocorrido. Por isso, nada obsta que, mesmo em caso de revelia, o juiz profira sentença de improcedência do pedido.[56]

5. A BUSCA PELA VERDADE REAL NO PROCESSO

Como já foi visto, pela aplicação literal do art. 334, inciso III, do CPC, somente os fatos controvertidos precisam ser provados.

Existe o ônus da prova objetivo e o subjetivo.

Ao autor foi conferido o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e, ao réu, os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor (art. 333 e incisos, do CPC). Esse é o ônus subjetivo da prova.[57]

Já pelo ônus objetivo, "encerrada a prova, irrelevante é indagar se houve estrita observância das regras que regem o ônus subjetivo da prova, pois o juiz, destinatário dela, julgará a causa levando em consideração todos os elementos constantes dos autos".[58]

Inobstante isso, essa questão apenas ganhará relevância quando houver falta ou insuficiência de prova, pois, "havendo, nos autos, elementos probatórios suficientes, não há razão para o juiz preocupar-se com ônus da prova, isto é, se tais elementos forem carreados ao processo pela parte a quem tocava o ônus de fazê-lo".[59]

. . . . . .

56 WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.1, p. 409.

57 LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.41.

58 Idem ibdem, p.47.

59 Idem ibdem, p.48.

Cabe ao juiz, segundo o art. 130 do CPC, determinar as provas necessárias à instrução, de ofício, ou a requerimento da parte.

Para uma parte da doutrina, a interpretação do dispositivo referido no parágrafo anterior deve ser atrelada à do art. 333 do mesmo dispositivo legal, que distribui o ônus da produção probatória no processo. Com o objetivo de esclarecer o posicionamento dessa corrente, será utilizada a lição de João Batista Lopes, para quem:

Incumbe às partes o ônus da prova, mas não está o juiz impedido de determinar as provas necessárias à instrução do processo. (...) Mas interpretação atrelada ao teor literal do art. 130 do CPC pode levar à conclusão equivocada de conferir ao juiz o poder de substituir as partes na instrução probatória, isto é, de converter-se em investigador de fatos ou juiz instrutor. Tal orientação mostra-se inaceitável, especialmente em se tratando de direitos disponíveis.[60]

Dando continuidade ao seu raciocínio, o ilustre doutrinador admite a determinação de ofício, pelo juiz, do interrogatório informal, da prova pericial, da ouvida das testemunhas referidas e da requisição de documentos a órgãos públicos, por estarem expressos, no Código, em outros dispositivos, mas:

se as partes se revelam omissas, por exemplo, na produção de prova testemunhal ou documen-

. . . . . .

60 Idem ibdem, p.75.

> *tal, não poderá o juiz determinar que elas supram a omissão. Por outras palavras, não cabe ao juiz determinar que as partes arrolem testemunhas ou juntem documentos. É que a inquirição de testemunhas deve ser precedida do respectivo rol e a prova documental, em regra, deve ser apresentada com a petição inicial e a contestação. (...) Não se afigura adequado, pois, permitir ao juiz que substitua as partes na tarefa que lhe é atribuída, premiando sua omissão e descaso.* [61]

Entretanto, como se pôde observar, com o devido respeito ao posicionamento do mencionado jurista, seu posicionamento reflete uma visão individualista do processo, principalmente quando se utiliza do argumento de que, determinando o juiz a ouvida de alguma testemunha não arrolada, ou a juntada de algum documento após a petição inicial e a contestação, estaria "premiando a omissão e o descaso das partes".[62]

De fato, podem as partes até ter sido omissas e agido com descaso, mas o objetivo maior da atividade jurisdicional não deve ser a punição daqueles que não agiram diligentemente. Se assim o fosse, prejudicaria a qualidade da decisão proferida. Seu principal objetivo deve ser a "efetivação de direito substancial e a pacificação social".[63]

. . . . . .

61 Idem ibdem, *p.76 e 77.*
62 Idem ibdem, *p.76.*
63 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 117.

Isso porque o Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor forma possível, mesmo que o pedido da tutela e os limites da prestação sejam privados.[64]

Essa interferência do magistrado, exposta com muita propriedade por José Roberto dos Santos Bedaque,

> *não afeta de modo algum a liberdade das partes. Se o direito debatido incluir-se no rol dos chamados "direitos disponíveis", permanecem elas com plenos poderes sobre a relação material, podendo, por exemplo, renunciar, desistir, transigir. Todavia, enquanto a solução permanecer nas mãos do Estado, não pode o juiz contentar-se apenas com a atividade das partes.*[65]

O processo não pode ser visto como um jogo, "em que o mais capaz sai vencedor, mas sim como um instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito".[66]

Como bem coloca Bedaque, não teria razão, a doutrina, ao expressar que o art. 130 do CPC *apenas* seria aplicado:

> *quando, após o desenvolvimento da atividade probatória pelas partes, permanecesse o juiz em estado de dúvida, impossibilitado de julgar segundo o seu livre convencimento ou em confor-*

. . . . . .

64 Idem ibdem, *p. 92 e 93.*
65 Idem ibdem, *p. 99.*
66 Idem ibdem, *2001, p. 100.*

midade com os dispositivos sobre o ônus da prova. (...) As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta apenas no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restam suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma à situação apresentada em juízo. (...) Se, entretanto, o resultado da atividade instrutória se mostrar suficiente para esclarecer o julgador sobre os fatos alegados pelas partes, irá ele decidir com base nas provas trazidas para os autos, sem se importar como elas ali chegaram.[67]

Apenas se, conferidos todos os esforços necessários à colheita de conjunto probatório para a elucidação do fato,[68] forem eles insuficientes, não sendo possível ao juiz decifrar, com o que consta dos autos, a quem caberia o direito no caso concreto, é que haverá a aplicação do art. 333 do CPC. Nesse momento, então, àquele que cabia o ônus da produção de prova sobre determinado fato, mas dele não se desincumbiu, poderá ser prejudicado pela decisão que vier a ser proferida.[69]

. . . . . .

67 Idem ibdem, p. 118 e 120.
68 Não só pelas partes, mas também pelo juiz.
69 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 100.

Já para João Batista Lopes, a falta ou insuficiência de provas:

impede que o juiz aceite, como existentes, os fatos controversos da causa, isto é, leva-o a aplicar as regras sobre o ônus da prova. (...) se resultarem não demonstrados os fatos alegados pelo autor, a conseqüência natural será a improcedência do pedido. Caso não sejam provados os fatos articulados pelo réu, deixará o juiz de considerá-los ao julgar a lide.[70]

Entretanto, isso estaria indo de encontro à evolução do direito processual civil, mumificando-o. Conferir ao juiz amplos poderes na produção do conjunto probatório dos autos é possibilitar que ele venha a proferir decisões mais justas. "As regras sobre o ônus da prova constituem a *última saída para o juiz*, que não pode deixar de decidir".[71]

Nem se alegue, para contrariar o entendimento ora exposto, que tais poderes torná-lo-iam parcial, porque o juiz não tem condições de saber, no momento em que determina a realização de uma prova, seu resultado.[72]

Além do mais, já que é admitida a iniciativa do juiz na produção probatória sobre direitos indisponíveis, quando especificasse a realização de algumas provas para esclarecê-los, também estaria sendo parcial.[73]

. . . . . .

70 LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.81.
71 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 121.
72 LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.75.
73 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 107.

Argumente-se, ainda, que, se o juiz, tendo o conhecimento de que a produção de determinada prova irá possibilitar o esclarecimento de um fato obscuro, deixar de fazê-lo, e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão, aí sim, estaria sendo parcial.[74] "Hoje, pensa-se mais em *justiça* e menos em técnica processual".[75]

Em conclusão, o entendimento a ser perfilhado neste trabalho é no mesmo sentido do pensamento de Bedaque, pois a interpretação do art. 130 do CPC não se subordina às regras sobre ônus da prova, tendo em vista a busca pela verdade real no processo, para que se possa conferir, ao jurisdicionado, maior qualidade na resolução da lide e o fato de que são regras a serem aplicadas em momentos distintos, não havendo, desta forma, conflito entre elas.

O ônus da prova, para a maior parte da doutrina, é precedido pelo ônus da alegação. Isto é, antes de entrar na sua análise, deve o juiz fixar os pontos controvertidos, ou seja, "verificar que fatos foram alegados pelas partes e impugnados pelo adversário",[76] não cabendo ao juiz ingressar nos fatos que foram admitidos pelas partes como incontroversos.[77]

Inobstante isso, utilizando-se, agora, da doutrina de Barbosa Moreira, comentando a importância de serem conferidos ao juiz amplos poderes na formação do conjunto probatório dos autos:

. . . . . .

74 Idem ibdem, *p. 108.*
75 Idem ibdem, *p. 105.*
76 LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.40.
77 Idem ibdem, *p.40.*

> *É inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou a dificuldades de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto.*[78]

Como disse Afrânio Silva Jardim,

> *Muitas vezes, a parte deixa de exercitar uma faculdade processual ou desincumbir-se de um ônus mais em razão de sua debilidade econômica ou cultural do que em razão de aceitação de uma situação que lhe é adversa, ou seja, não quer ela dispor de seu direito, nem reconhecer o da parte contrária, deixando de agir por circunstâncias outras.*[79]

É verdade, entretanto, que ocorrerá casos em que a omissão da parte no processo será por negligência, mas se deve também lembrar, que sua manifestação nos autos se dá através de advogado. Deixando ele de se manifestar, quando deveria fazê-lo, na visão puramente formalista do processo, acabaria por prejudicar o direito material do seu cliente.

. . . . . .

78 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo.** nº37, p. 146.
79 JARDIM, Afrânio Silva. **Da Publicização do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1982.p. 107 e 108.

Argumente-se, ainda, que, se o juiz, tendo o conhecimento de que a produção de determinada prova irá possibilitar o esclarecimento de um fato obscuro, deixar de fazê-lo, e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão, aí sim, estaria sendo parcial.[74] "Hoje, pensa-se mais em *justiça* e menos em técnica processual".[75]

Em conclusão, o entendimento a ser perfilhado neste trabalho é no mesmo sentido do pensamento de Bedaque, pois a interpretação do art. 130 do CPC não se subordina às regras sobre ônus da prova, tendo em vista a busca pela verdade real no processo, para que se possa conferir, ao jurisdicionado, maior qualidade na resolução da lide e o fato de que são regras a serem aplicadas em momentos distintos, não havendo, desta forma, conflito entre elas.

O ônus da prova, para a maior parte da doutrina, é precedido pelo ônus da alegação. Isto é, antes de entrar na sua análise, deve o juiz fixar os pontos controvertidos, ou seja, "verificar que fatos foram alegados pelas partes e impugnados pelo adversário",[76] não cabendo ao juiz ingressar nos fatos que foram admitidos pelas partes como incontroversos.[77]

Inobstante isso, utilizando-se, agora, da doutrina de Barbosa Moreira, comentando a importância de serem conferidos ao juiz amplos poderes na formação do conjunto probatório dos autos:

. . . . . .

74 Idem ibdem, *p. 108.*
75 Idem ibdem, *p. 105.*
76 LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.40.
77 Idem ibdem, *p.40.*

> *É inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou a dificuldades de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto.*[78]

Como disse Afrânio Silva Jardim,

> *Muitas vezes, a parte deixa de exercitar uma faculdade processual ou desincumbir-se de um ônus mais em razão de sua debilidade econômica ou cultural do que em razão de aceitação de uma situação que lhe é adversa, ou seja, não quer ela dispor de seu direito, nem reconhecer o da parte contrária, deixando de agir por circunstâncias outras.*[79]

É verdade, entretanto, que ocorrerá casos em que a omissão da parte no processo será por negligência, mas se deve também lembrar, que sua manifestação nos autos se dá através de advogado. Deixando ele de se manifestar, quando deveria fazê-lo, na visão puramente formalista do processo, acabaria por prejudicar o direito material do seu cliente.

. . . . . .

78 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**. nº37, p. 146.
79 JARDIM, Afrânio Silva. **Da Publicização do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1982.p. 107 e 108.

Argumente-se, ainda, que, se o juiz, tendo o conhecimento de que a produção de determinada prova irá possibilitar o esclarecimento de um fato obscuro, deixar de fazê-lo, e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão, aí sim, estaria sendo parcial.[74] "Hoje, pensa-se mais em *justiça* e menos em técnica processual".[75]

Em conclusão, o entendimento a ser perfilhado neste trabalho é no mesmo sentido do pensamento de Bedaque, pois a interpretação do art. 130 do CPC não se subordina às regras sobre ônus da prova, tendo em vista a busca pela verdade real no processo, para que se possa conferir, ao jurisdicionado, maior qualidade na resolução da lide e o fato de que são regras a serem aplicadas em momentos distintos, não havendo, desta forma, conflito entre elas.

O ônus da prova, para a maior parte da doutrina, é precedido pelo ônus da alegação. Isto é, antes de entrar na sua análise, deve o juiz fixar os pontos controvertidos, ou seja, "verificar que fatos foram alegados pelas partes e impugnados pelo adversário",[76] não cabendo ao juiz ingressar nos fatos que foram admitidos pelas partes como incontroversos.[77]

Inobstante isso, utilizando-se, agora, da doutrina de Barbosa Moreira, comentando a importância de serem conferidos ao juiz amplos poderes na formação do conjunto probatório dos autos:

. . . . . .

74 Idem ibdem, *p. 108.*
75 Idem ibdem, *p. 105.*
76 LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.40.
77 Idem ibdem, *p.40.*

> *É inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou a dificuldades de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes. Ressalta, com isso, a importância social do ponto.*[78]

Como disse Afrânio Silva Jardim,

> *Muitas vezes, a parte deixa de exercitar uma faculdade processual ou desincumbir-se de um ônus mais em razão de sua debilidade econômica ou cultural do que em razão de aceitação de uma situação que lhe é adversa, ou seja, não quer ela dispor de seu direito, nem reconhecer o da parte contrária, deixando de agir por circunstâncias outras.*[79]

É verdade, entretanto, que ocorrerá casos em que a omissão da parte no processo será por negligência, mas se deve também lembrar, que sua manifestação nos autos se dá através de advogado. Deixando ele de se manifestar, quando deveria fazê-lo, na visão puramente formalista do processo, acabaria por prejudicar o direito material do seu cliente.

. . . . . .

78 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo**. nº37, p. 146.
79 JARDIM, Afrânio Silva. **Da Publicização do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1982.p. 107 e 108.

Ora, a visão da moderna ciência processual é essencialmente instrumentalista. O que se busca não é que haja uma cega obediência às regras formais, mas sim que elas venham a possibilitar uma decisão justa para o caso concreto.[80]

Dessa forma, não estará o juiz preso aos pontos controvertidos do processo. Poderá ele determinar a produção de prova sobre fatos não contestados pelo réu, se estiver satisfeito com as provas trazidas aos autos.[81]

Não tendo apresentado contestação, o direito do réu de se defender terá precluído, o que não impedirá o juiz, entretanto, de tentar esclarecer os fatos dos quais não ficou convencido. Deve ser buscada, como já se afirmou alhures, a verdade real do processo.

Esse também é o entendimento de Afrânio Silva Jardim:

> *A não utilização de uma faculdade processual no momento adequado implica, em princípio, perda dessa faculdade. (...) Diante da omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar sua convicção. Todavia, se forem eles insuficientes, pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo testemunhas não arroladas no momento adequado. Em outras palavras: as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o*

. . . . . .

80 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 105.
81 Idem ibdem, p.61.

> *desenvolvimento normal da relação processual. Não podem prevalecer, porém, sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça. (...) A preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada. Mas não afasta o poder conferido ao juiz de determinar, de ofício, a realização das provas que, ao seu ver, possam contribuir para a justiça do provimento a ser por ele proferido.*[82]

Modernamente, a doutrina processual não se contenta com o contraditório formal, razão por que deve ser abandonado o rigor com que o legislador processual tratou o revel. "Não pode o julgador aceitar passivamente afirmações inverossímeis, nem deve desprezar elementos probatórios contrários aos fatos deduzidos na inicial".[83]

Na lição de Ada Pellegrini Grinover,

> *a incidência dos efeitos da revelia não constitui conseqüência inexorável da falta de defesa. Pode o juiz, se entender necessário, determinar a produção de provas, mormente quando houver elementos que revelem a inverossimilhança dos fatos narrados pelo autor.*[84]

. . . . . .

82 Idem ibdem, pp. 16 e 17.
83 Idem ibdem, p. 58.
84 GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975. p.98.

Não se trata de completo desprezo à regra contida no art. 319 do CPC, mas sim da flexibilização do seu rigor, "toda vez que sua aplicação leve a resultados evidentemente injustos".[85]

Mesmo havendo pontos incontroversos no processo, sendo eles decorrentes da ausência de contestação do réu, ou da ausência de impugnação pelo autor, não tendo ficado convencido o juiz da sua verossimilhança, pode determinar que sobre ele haja produção probatória, pois, sendo destinatário das provas do processo, precisa empreender todos os esforços necessários na formação do seu convencimento.[86]

A participação do magistrado, entretanto, na produção do conjunto probatório, não é ilimitada. Seu limite natural é a observância do princípio do contraditório, que "é a maior arma contra o arbítrio do julgador".[87]

Afora isso, à vista do que foi aduzido, não estará sequer limitado aos pontos controvertidos do processo, pois, não estando o juiz convencido do fato que restou incontroverso, poderá determinar que haja, sobre ele, produção probatória.

Dessa forma, terá maiores condições de prestar uma atividade jurisdicional mais comprometida com a justiça.

. . . . . .

85 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 61.
86 Idem ibdem, p. 69.
87 Idem ibdem, p. 113.

6. CONCLUSÃO

Diante do que se demonstrou no decorrer do trabalho, pode-se concluir que os embargos no procedimento monitório possuem natureza de contestação, tendo em vista a natureza cognitiva da ação em que são interpostos e a conseqüente necessidade de observância do contraditório, imposição esta decorrente da própria Constituição Federal.

Refutadas as mais importantes teses que pretendem infirmar a natureza de contestação dos embargos no procedimento monitório, observou-se, outrossim, a irrelevância na discussão de sua natureza jurídica com relação aos efeitos produzidos em decorrência da falta de impugnação – serão os mesmos, seja em se considerando os embargos "ação", seja os admitindo como "contestação".[88]

A explicação desse fenômeno decorre do fato de que, em sendo considerados os embargos no procedimento monitório como contestação, a réplica equivaleria à impugnação aos embargos, sendo, portanto, necessária, se o réu tiver alegado defesa indireta.

Quando o réu alega defesa indireta, admite os fatos alegados pelo autor na inicial, mas traz novos fatos, que podem extinguir, impedir, ou modificar o direito do autor. Dessa forma, para que seja assegurado o direito ao contraditório, ao autor deverá ser aberta a possibilidade de pronunciamento, através da impugnação aos embargos.[89]

. . . . . .

88 Com uma exceção, que será vista adiante.
89 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.2. p. 154.

Não se trata de completo desprezo à regra contida no art. 319 do CPC, mas sim da flexibilização do seu rigor, "toda vez que sua aplicação leve a resultados evidentemente injustos".[85]

Mesmo havendo pontos incontroversos no processo, sendo eles decorrentes da ausência de contestação do réu, ou da ausência de impugnação pelo autor, não tendo ficado convencido o juiz da sua verossimilhança, pode determinar que sobre ele haja produção probatória, pois, sendo destinatário das provas do processo, precisa empreender todos os esforços necessários na formação do seu convencimento.[86]

A participação do magistrado, entretanto, na produção do conjunto probatório, não é ilimitada. Seu limite natural é a observância do princípio do contraditório, que "é a maior arma contra o arbítrio do julgador".[87]

Afora isso, à vista do que foi aduzido, não estará sequer limitado aos pontos controvertidos do processo, pois, não estando o juiz convencido do fato que restou incontroverso, poderá determinar que haja, sobre ele, produção probatória.

Dessa forma, terá maiores condições de prestar uma atividade jurisdicional mais comprometida com a justiça.

. . . . . .

85 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 61.
86 Idem ibdem, p. 69.
87 Idem ibdem, p. 113.

6. CONCLUSÃO

Diante do que se demonstrou no decorrer do trabalho, pode-se concluir que os embargos no procedimento monitório possuem natureza de contestação, tendo em vista a natureza cognitiva da ação em que são interpostos e a conseqüente necessidade de observância do contraditório, imposição esta decorrente da própria Constituição Federal.

Refutadas as mais importantes teses que pretendem infirmar a natureza de contestação dos embargos no procedimento monitório, observou-se, outrossim, a irrelevância na discussão de sua natureza jurídica com relação aos efeitos produzidos em decorrência da falta de impugnação – serão os mesmos, seja em se considerando os embargos "ação", seja os admitindo como "contestação".[88]

A explicação desse fenômeno decorre do fato de que, em sendo considerados os embargos no procedimento monitório como contestação, a réplica equivaleria à impugnação aos embargos, sendo, portanto, necessária, se o réu tiver alegado defesa indireta.

Quando o réu alega defesa indireta, admite os fatos alegados pelo autor na inicial, mas traz novos fatos, que podem extinguir, impedir, ou modificar o direito do autor. Dessa forma, para que seja assegurado o direito ao contraditório, ao autor deverá ser aberta a possibilidade de pronunciamento, através da impugnação aos embargos.[89]

. . . . . .

88 Com uma exceção, que será vista adiante.
89 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.2. p. 154.

Se ele impugnar os fatos aduzidos pelo réu na contestação, estará deixando-os controvertidos. Entretanto, se sobre eles nada disser, passarão a ser incontroversos, o que possibilitará a incidência do art. 334, inciso III, do CPC, ou seja, independerão de prova, pois admitidos como verdadeiros.[90] Tomando por base, agora, a hipótese de serem os embargos considerados como ação, a impugnação equivaleria à contestação. Sua ausência ensejaria, dessa forma, a aplicação do art. 319 do CPC, ou seja, os fatos alegados pelo autor dos embargos – réu da monitória – seriam admitidos como verdadeiros.[91]

Diante do que foi aduzido, observa-se que, em um e noutro caso, seja considerando os embargos no procedimento monitório como contestação – nos casos em que o réu tiver, nos embargos, alegado defesa indireta –, seja admitindo-os como ação, a conseqüência da sua não impugnação ensejará a presunção de veracidade dos fatos aduzidos pelo réu da monitória.

Entretanto, como se pode ver, a conclusão supra levou em consideração a hipótese em que, sendo admitidos como contestação, o embargante apresenta defesa indireta. Nesse caso, se forem considerados como ação, as conseqüências serão as mesmas.

Outrossim, isso não ocorre quando, sendo os embargos admitidos como ação, o réu da monitória utiliza-se de argumentos que, em contestação, equivaleriam à defesa direta, ou seja, simplesmente negando os fatos aduzidos pelo autor na inicial. A ausência de impugnação aos embargos levaria à incidência do art. 319 do CPC. Isso se deve ao fato de que a impugnação, nesse caso, será considerada a contestação da ação de embargos.

. . . . . .

90 Idem ibdem, *p. 111.*
91 *Ver nota anterior.*

Já se os embargos forem considerados contestação, se o autor dos embargos viesse alegar defesa direta, a impugnação seria desnecessária e a sua ausência, por conseguinte, irrelevante.

O fato é que, mesmo havendo, nos autos, incontrovérsia dos fatos alegados pelas partes, deve-se ter em vista os amplos poderes de que dispõe o juiz na produção do conjunto probatório dos autos, segundo a visão da moderna ciência processual, essencialmente instrumentalista. O que se busca não é que haja uma cega obediência às regras formais, mas sim que elas venham a possibilitar uma decisão justa para o caso concreto.[92]

Não estará o juiz preso aos pontos controvertidos do processo. Poderá ele determinar a produção de prova sobre fatos não contestados pelo réu, se achar que ele não o fez por debilidade econômica ou cultural, ou até mesmo por ter sido o seu advogado negligente, já que o efeito da revelia estabelecido no art. 319 do CPC tem como pressuposto a presumida vontade de não contestar.[93]

Não tendo o embargado apresentado impugnação,[94] seu direito de se manifestar sobre os fatos alegados pelo embargante terá precluído, o que não impedirá, entretanto, o juiz, de tentar esclarecer os fatos dos quais não ficou convencido.

. . . . . .

92 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 105.
93 Idem ibdem, *p.61.*
94 *Seja ela considerada réplica ou verdadeira contestação.*

Se ele impugnar os fatos aduzidos pelo réu na contestação, estará deixando-os controvertidos. Entretanto, se sobre eles nada disser, passarão a ser incontroversos, o que possibilitará a incidência do art. 334, inciso III, do CPC, ou seja, independerão de prova, pois admitidos como verdadeiros.[90] Tomando por base, agora, a hipótese de serem os embargos considerados como ação, a impugnação equivaleria à contestação. Sua ausência ensejaria, dessa forma, a aplicação do art. 319 do CPC, ou seja, os fatos alegados pelo autor dos embargos – réu da monitória – seriam admitidos como verdadeiros.[91]

Diante do que foi aduzido, observa-se que, em um e noutro caso, seja considerando os embargos no procedimento monitório como contestação – nos casos em que o réu tiver, nos embargos, alegado defesa indireta –, seja admitindo-os como ação, a conseqüência da sua não impugnação ensejará a presunção de veracidade dos fatos aduzidos pelo réu da monitória.

Entretanto, como se pode ver, a conclusão supra levou em consideração a hipótese em que, sendo admitidos como contestação, o embargante apresenta defesa indireta. Nesse caso, se forem considerados como ação, as conseqüências serão as mesmas.

Outrossim, isso não ocorre quando, sendo os embargos admitidos como ação, o réu da monitória utiliza-se de argumentos que, em contestação, equivaleriam à defesa direta, ou seja, simplesmente negando os fatos aduzidos pelo autor na inicial. A ausência de impugnação aos embargos levaria à incidência do art. 319 do CPC. Isso se deve ao fato de que a impugnação, nesse caso, será considerada a contestação da ação de embargos.

. . . . . .

90 Idem ibdem, *p. 111.*
91 *Ver nota anterior.*

Já se os embargos forem considerados contestação, se o autor dos embargos viesse alegar defesa direta, a impugnação seria desnecessária e a sua ausência, por conseguinte, irrelevante.

O fato é que, mesmo havendo, nos autos, incontrovérsia dos fatos alegados pelas partes, deve-se ter em vista os amplos poderes de que dispõe o juiz na produção do conjunto probatório dos autos, segundo a visão da moderna ciência processual, essencialmente instrumentalista. O que se busca não é que haja uma cega obediência às regras formais, mas sim que elas venham a possibilitar uma decisão justa para o caso concreto.[92]

Não estará o juiz preso aos pontos controvertidos do processo. Poderá ele determinar a produção de prova sobre fatos não contestados pelo réu, se achar que ele não o fez por debilidade econômica ou cultural, ou até mesmo por ter sido o seu advogado negligente, já que o efeito da revelia estabelecido no art. 319 do CPC tem como pressuposto a presumida vontade de não contestar.[93]

Não tendo o embargado apresentado impugnação,[94] seu direito de se manifestar sobre os fatos alegados pelo embargante terá precluído, o que não impedirá, entretanto, o juiz, de tentar esclarecer os fatos dos quais não ficou convencido.

. . . . . .

92 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 105.
93 Idem ibdem, *p.61.*
94 *Seja ela considerada réplica ou verdadeira contestação.*

Como já foi dito no decorrer do trabalho, não se trata de completo desprezo à regra contida no art. 319 do CPC, mas sim da flexibilização do seu rigor, "toda vez que sua aplicação leve a resultados evidentemente injustos".[95] O mesmo se diga sobre o art. 334, inciso III, do CPC, pois o que deve determinar quais fatos precisam ser elucidados será o entendimento do juiz, logicamente, devidamente fundamentado, e não a norma, uma forma fria, que não possui acesso ao caso concreto.

Entretanto, a atuação do juiz não será ilimitada. Deverá observar o princípio do contraditório, para que seja evitada a arbitrariedade na prestação jurisdicional.

Formado o conjunto probatório, o juiz proferirá sentença, "julgando os embargos".[96] Dela, caberá apelação recebida em ambos os efeitos, com o pesar dos que sonhavam com caminhos céleres para a satisfação de um crédito líquido, exigível, cuja existência dos seus fatos constitutivos é verossímil, mas que apenas não goza de exeqüibilidade. Isso porque o legislador não se preocupou em acrescentar um inciso ao art. 520 do Código de Processo Civil, que estabelece, em rol taxativo, as hipóteses em que lhe será conferido apenas o efeito devolutivo.

Dessa forma, não se há como aplicar com êxito a regra contida no §3º, do art. 1.102c, do diploma processual civil, pois o título executivo apenas será constituído de pleno direito após ser julgada a apelação, já que os embargos só serão realmente rejeitados nesse momento.

. . . . . .

95 Idem ibdem, p. 61.

96 Entre aspas, porque o que será julgado não serão os embargos, mas sim o processo que corre, com a sua interposição, e passa a seguir o procedimento ordinário.

A "celeridade"[97] na satisfação do crédito do autor, pela via monitória, apenas será conseguida na medida em que o réu optar pelo cumprimento do mandado, ou pela não oposição de embargos, quando o mandado monitório se converterá, de pleno direito, em título executivo.

Caso contrário, atenuada estará a promessa de celeridade à qual o procedimento monitório foi destinado, pois será convertido, com a oposição de embargos, em procedimento ordinário, e, após a prolação da sentença, a apelação eventualmente interposta será recebida no duplo efeito, impossibilitando, portando, a imediata conversão do mandado monitório em título executivo.

. . . . . .

97 Entre aspas, porque o processo de execução confere ao devedor a possibilidade de considerável retardo na satisfação do crédito do autor,

7. REFERÊNCIAS

ABREU, Maria Adelaide Monteiro de. Embargos da Ação Monitória. Natureza Jurídica e não Aplicabilidade dos Efeitos da Revelia ao Autor/Embargado que Sobre Eles não se Manifesta. **Revista da ESMAPE,** Recife, 1996.

ALVIM, J. E. Carreira. **Ação Monitória e Temas Polêmicos da Reforma Processual**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista de Processo,** n.37.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v.3, p. 551.

_____. **Lineamentos do Novo Processo Civil**. Minas Gerais: Del Rey, 1995.

CARVALHO NETO, José Rodrigues de. **Da Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARVALHO, Roldão Oliveira de. **Ação Monitória**. São Paulo: Bestbook, 2000.

CAVALCANTI, Mantovani Colares. Questões Ainda Polêmicas na Ação Monitória. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, jun. 2003.

CORRÊA, Orlando de Assis. **Ação Monitória**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

COSTA, José Rubens. **Ação Monitória**. São Paulo: Saraiva, 1995.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Interesse de Agir na Ação Declaratória**. Curitiba: Juruá, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. **A Reforma Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

LISBOA, Celso Anicet. **A Utilidade da Ação Monitória**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES FILHO, Vicente de Paula. **Procedimento Monitório**. Curitiba: Juruá, 2001.

MERIRELES, Edilton. **Ação de Execução Monitória**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais – Teoria Geral dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Frederico Ricardo de Almeida. **Breves Comentários Sobre a Ação Monitória**. Recife: Nossa Livraria, 1996.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva. **Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1994. v.1

_____. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.3

SILVA, Ovídio Araújo Batista da. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela Monitória. A Ação Monitória – Lei 9.079/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. I

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. III.

_____. **As Inovações no Código de Processo Civil**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ação Monitória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.2

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. I

_____. **Curso Avançado de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v.3

UM RESGATE DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A GENIALIDADE DO JURISCONSULTO AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS

Itamar Dias Noronha Filho
Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco – ex-monitor das cadeiras de Introdução ao Estudo do Direito I e II – pesquisador bolsista do PIBIC/CNPq.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. O PORQUÊ DO RETORNO ÀS ORIGENS. 3. O LOCAL DO NASCIMENTO, A PERSONALIDADE, A VIDA FAMILIAR E O LOCAL DA MORTE DO "JURISCONSULTO DO IMPÉRIO". 4. AS OBRAS. 4.1. Consolidação das Leis Civis. 4.2. O Esboço. 5. A INFLUÊNCIA DAS IDÉIAS DE TEIXEIRA DE FREITAS NO BRASIL E NO MUNDO. 6. CÓDIGO CIVIL DE 2002 x TEIXEIRA DE FREITAS. 7. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho almeja alcançar um escopo: reproduzir, fielmente, embora na perspectiva de um acadêmico da graduação, o que a doutrina expõe acerca da biografia pessoal e, sobretudo, intelectual do Jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas, tido pela crítica especializada como o maior jurista brasileiro de todas as épocas.

Pode-se dizer que a principal característica deste estudo é de ser um trabalho de pesquisa, expositivo. Através de uma longa e árdua "escavação" no acervo da biblioteca da Faculdade de Direito[1] do Recife, esgo-

. . . . . .

1 Agradeço a paciência e prestatividade do bibliotecário Aldemir Sebastião dos Santos, grande conhecedor do acervo da biblioteca da Faculdade do Recife, que muito me auxiliou para obtenção do material bibliográfico.

tei – acredito – todo o material doutrinário referente à vida e obra deste grandioso jurisconsulto.

Pretende-se, ao fim do artigo, haver transmitido de forma integral a biografia do grande Mestre.

2. O PORQUÊ DO RETORNO ÀS ORIGENS

Como toda ciência, o Direito é uma organização de conhecimentos sistematizados. Em outras palavras, o saber jurídico é sistemático. Ressalve-se, de logo, que não estamos falando do direito como "sistema", como ordenamento, mas da sistematicidade do direito como organização de conhecimentos.

Assim sendo, há extrema necessidade, para que se conheçam, verdadeiramente, os institutos jurídicos, que busquemos suas origens, as quais estão assentadas nas obras dos grandes mestres. A esse propósito, nos diz Nelson Saldanha:

> *O interesse pelas grandes obras, ou pelo pensamento dos autores passados, corresponde ao cultivo de uma imagem de sua relevância. Essa relevância, que é uma forma de exemplaridade, envolve a um tempo o reconhecimento de sua situação no pretérito e a aquiescência à sua presença "atual", no sentido da observação feita por Jan Kott, segundo a qual os clássicos ou estão mortos ou são contemporâneos*[2].

. . . . . .

2 SALDANHA, Nelson. História e Sistema em Teixeira de Freitas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 21, dez. 1983.

Num estudo sobre a historiografia jurídica, o mesmo autor afirma que a teoria do direito não pode ser apenas estrutural e sistemática, mas deve ser histórica, "na medida em que necessita entender a formação de suas próprias bases, e incluir este entendimento em sua autoconsciência epistemológica"[3]. Mais adiante, menciona: "...O que se chama saber jurídico é fruto, obviamente, de uma evolução histórica".

Ademais, conforme nos ensina Theodor Sternberg, "impossível seria a análise dos problemas jurídicos sem a observância do seu desenvolvimento através dos tempos"[4].

Não há dúvida de que Augusto Teixeira de Freitas é um grande exemplo, senão, o grande exemplo de uma mente dedicada exclusivamente ao Direito e que trouxe à nação brasileira inúmeros institutos jurídicos, incorporando-os e aperfeiçoando-os à nossa realidade. Não é à toa que Miguel Reale, numa análise da evolução da cultura jurídica brasileira, afirma que Teixeira de Freitas nos deu uma "altíssima contribuição"[5]. Deve-se lembrar, ainda, a qualificação que Pontes de Miranda atribui ao mesmo: "simplesmente genial"[6].

São pelos motivos acima expostos que, a partir de agora, iremos proceder a uma explanação da vida e obra deste mestre.

. . . . . .

3 SALDANHA, Nelson. Historiografia jurídica e concepção histórica do direito. **Revista da Universidade Federal de Pernambuco**, Recife, v., n. 1-2, jan./ jun. 1975.
4 STERNBERG, Theodor. **Introducción a la Ciência Dei Derecho**. 2.ed. Barcelona: Labor, 1930.
5 REALE. Miguel. **Cem anos de ciência do Direito no Brasil**. São Paulo: [s. n.], 1973.
6 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, Tomo I, 2000.

3. O LOCAL DO NASCIMENTO, A PERSONALIDADE, A VIDA FAMILIAR E O LOCAL DA MORTE DO "JURISCONSULTO DO IMPÉRIO"

Clóvis Beviláqua, em 19 de agosto de 1916, ano em que o Brasil celebrara o centenário de nascimento de Teixeira de Freitas, proferiu, no Teatro Municipal do Rio, as seguintes palavras acerca do Jusrisconsulto: "A vida do grande jurisconsulto foi precisamente a vida de suas idéias. O Homem desaparece ante a luz intensa que irradia sua mente fecunda"[7]. Obviamente não há o que se contestar desta afirmativa. Não obstante, acreditamos, sem ares de Determinismo, ser importante conhecermos um pouco da vida pessoal do "Conspícuo Codificador" para que analisemos sua vida intelectual.

*Nascido em 19 de agosto de 1816, na Vila de Nossa Senhora do Rosário do Porto da Cachoeira, no Recôncavo baiano, Augusto Teixeira de Freitas foi filho de Antônio Teixeira de Freitas Barbosa e Felicidade de Santa Rosa de Lima Teixeira, Barão e Baronesa de Itaparica. Foi bom estudante primário, de acordo com documento enviado pelo seu professor, Francisco Antônio de Araújo, ao Juiz de Fora, nestes termos: "Da relação inclusa, verá V.Sª. número de Discípulos, que presentemente freqüentam esta nova Aula, distinguindo-se entre estes em talentos Superiores, Tibério Gomes, filho do Sr. Capitão Francisco Gomes Moncorvo, que, na idade de oito anos incompletos, tem vencido Literatura, Gramática Portuguesa, e ora freqüenta a Latina, a ponto de traduzir com quatro meses de estudo. Augusto Teixeira de Freitas apresenta quase talentos iguais". Teve infância sem muitos folguedos, dedicado talvez aos estudos. Em 5 de novembro de 1833 já se encontrava no segundo ano de Direito, na Faculdade de Direito de São Paulo, com apenas 17 anos.

Antes de ir a São Paulo, freqüentara o primeiro ano do Curso Jurídico de Olinda (futura Faculdade de Direito do Recife). Quando acadêmico, foi de seu hábito tocar violão e cantar músicas de sua terra. Na juventude já era grande conhecedor da língua latina, da francesa e possuidor de conhecimentos gerais de História, Geografia, Filosofia e outras disciplinas. Diplomou-se em Olinda, aos 6 de outubro de 1837, com apenas 21 anos de idade, após deixar o Curso em São Paulo, no quarto ano, por incidentes com a banca examinadora. Constituiu família em 1836.

Nunca demonstrara vocação política. Era um homem de gabinete, preparado para a carreira da advocacia. Em verdade, foi mais jurisconsulto que advogado. Era homem de uma só ciência.

Não estabelecia parcerias; preferia trabalhar isolado, em seu escritório. Dedicava-se ao direito 24 horas por dia. Homem de natureza reservada, ensimesmada. Emotivo, sensível, mas franco e, por vezes, violento, arrebatado, com gestos de reação bruscos e inflexíveis; rígido como um bloco de aço, quando alguém lhe feria o amor próprio. Esses últimos caracteres se mostram perfeitamente em sua carta de renúncia à presidência do Instituto dos Advogados do Brasil, por não haverem,

. . . . . .

7 BEVILÁQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. **Revista de La Universidad Nacional de Córdoba**, Córdoba, n. 4, mar. 1917.

* Todas as informações deste parágrafo foram extraídas do livro: MEIRA, Sílvio. O jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, n. 31, out./dez. 1988.

em sessão plenária do Instituto, acatado sua opinião em torno de uma causa que envolvia a questão da escravidão. Apesar de ser contra a escravidão (tanto é que não a menciona no Esboço), na questão submetida ao plenário, defendia que os filhos de uma escrava, libertada em testamento, mas com cláusula de servir a um herdeiro ou legatário, enquanto este viver, eram também escravos. Note que não deixava suas convicções filosóficas influírem nas conclusões jurídicas, baseadas no direito em uso. Convicto da certeza de seu posicionamento, renunciou à presidência, através de carta. Transcrevo trecho que demonstra a segurança em si mesmo e em seu intelecto, além da força de convicção inabalável:

> *As opiniões alheias devem ser respeitadas, mas a certeza não é o mesmo que a dúvida. Se me negardes o brilho do sol, eu não direi que tendes uma opinião, direi que sois cegos.*

Note a sutileza e, ao mesmo tempo, a violência que há nesta assertiva!

> *Admirável o caráter deste Jurisconsulto. Não cedia. Mantinha-se firme em sua posição, e não recuava um milímetro, abandonando, se preciso, cargos (como foi o caso do Instituto dos Advogados), posições, honrarias e homenagens, abrindo mão de tudo para ficar com a sua convicção. Freitas achava, sem dúvida, que às vezes não vale o combate, quando o adversário não está à altura*[8].

. . . . . .

8 BEVILAQUA, Clovis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. São Paulo: Instituto Nacional do Livro, 1977.

Há, por fim, outro incidente que demonstra a cientificidade e pureza de propósito do "Jurisconsulto do Império": Em 20 de setembro de 1867, Teixeira de Freitas submeteu ao Ministro da Justiça seu propósito de abandonar o Esboço do Código Civil, no qual trabalhava desde 1859, através de contrato estabelecido entre ele e o Governo, representado pelo Ministro da Justiça, com o fito de organizar o Código Civil do Brasil, por entender que se deveria unificar o Direito Privado. Como diz Ruy Rosado de Aguiar, "não vacilou em sacrificar uma vida de estudos e rejeitar a obra que até ali construíra, mas que agora o descontentava"[9].

Faleceu em 12 de dezembro de 1883, em Barreto, arrabalde de Niterói. Foi enterrado no cemitério de Maruí. Alguns afirmam que, nos últimos anos de vida, não gozava de boas faculdades mentais, talvez devido à vida cheia de decepções profissionais. Mas não é o que afirma Sílvio Meira, o mais completo biógrafo do Mestre.

4. AS OBRAS

Sílvio Meira sistematiza a vida intelectual de Teixeira de Freitas em 3 fases: 1) o do compilador e codificador do direito civil; 2) a do advogado e doutrinador; 3) a do didata, embora sem ser professor[10]. Esses períodos são refletidos em suas obras, em ordem cronológica, que passamos a transcrever: *Consolidação das Leis*

. . . . . .

9 AGUIAR, Ruy Rosado de. **Consolidação das Leis Civis**. Brasília: História do Direito Brasileiro, 2003. v.1.

10 MEIRA, Sílvio. O jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, n. 31, out./dez., 1988.

Civis; Nova apostila à censura do Sr. Alberto de Morais Carvalho (sobre o projeto do Código Civil Português); Código Civil, Esboço; Prontuário das Leis Civis; Legislação do Brasil – Aditamentos à Consolidação das Leis Civis; Aditamentos ao Código do Comércio; Primeiras linhas sobre o Processo Civil, por Joaquim José Caetano Pereira e Souza, acomodadas no foro do Brasil até o ano de 1877; *Doutrina das Ações, por José Homem Correia Teles, acomodada ao foro do Brasil até o ano de* 1877; *Tratado dos testamentos e das sucessões, por Antônio Joaquim Garcia Pinto, acomodado ao foro do Brasil até o ano de* 1872; *Formulário dos contratos, testamentos e outros atos do tabelionato; Regras de Direito; Vocabulário Jurídico*[11]. Observe-se que, para as condições em que vivia o Brasil na época do Império, onde existiam pouquíssimas editoras, as quais só reproduziam as obras de grande erudição, através de um rigoroso processo seletivo, conseguir publicar essa quantidade de livros foi um grande feito, algo que só um intelectual como Teixeira de Freitas poderia alcançar.

Escolhemos as duas principais obras para fazermos alguns apontamentos: a Consolidação das Leis Civis e o Esboço do Código Civil.

4.1. Consolidação das Leis Civis

A Consolidação das Leis Civis, no dizer de Beviláqua, foi "o nosso primeiro Código Civil"[12] e vigorou

. . . . . .

11 BEVILAQUA, Clovis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. São Paulo: Instituto Nacional do Livro, 1977.

12 BEVILÁQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. **Revista de La Universidad Nacional de Córdoba**, Córdoba, n. 4, mar. 1917.

de 1858 a 1917. Francisco dos Santos Amaral Neto, com inteira propriedade, diz que: "É de Teixeira de Freitas o primeiro Projeto de codificação civil no Brasil, pelo que se pode considerá-lo o criador de nossa dogmática privada"[13] (grifo nosso). Este foi o trabalho inicial de Teixeira de Freitas, decorrente de contratação estabelecida com o Governo Imperial, que estabelecia: 1) classificar a legislação, portuguesa e brasileira, revogada ou vigente, por ordem cronológica e observada a divisão em pública e privada; 2) consolidar a legislação civil brasileira e, posteriormente, elaborar um Projeto do Código Civil.

O material de que dispunha o "Jurisconsulto do Império" para elaboração da Consolidação era extremamente confuso e caótico. Compreendia normas das ordenações Filipinas, as regras de Direito Romano e as leis, decretos, alvarás, cartas régias, resoluções, avisos, portarias, regulamentos, regimentos, estatutos, instruções etc., os quais formavam o Direito português da época. A sua primeira grande tarefa, no dizer de Amaral dos Santos, era "transformar isso em um todo uniforme e coerente"[14]. Beviláqua[15] nos coloca que, ao estudar a Consolidação, devemos examinar três pontos de vista: o material com que Teixeira teria que trabalhar, seu método e sua doutrina. O material já mencionamos: uma legislação obscura e cheia de contradições. No que diz respeito ao método utilizado pelo grande mestre, ele mesmo, no prefácio da Consolidação, nos esclarece:

. . . . . .

13 AMARAL NETO, Francisco do Santos. A técnica jurídica na obra de Freitas. **Revista de Direito Civil**, São Paulo: n. 10, out./dez. 1986.

14 AMARAL NETO, Francisco do Santos. A técnica jurídica na obra de Freitas. **Revista de Direito Civil**, São Paulo: n. 10, out./dez. 1986.

15 BEVILÁQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. **Revista de La Universidad Nacional de Córdoba**, Córdoba, n. 4, mar. 1917.

> *Examinar as leis em seus próprios textos, sem influência de opiniões alheias; comparar atentamente as leis novas com as mais antigas; medir com precisão o alcance e as conseqüências de umas e outras, é o laborioso processo em que estamos empenhados para conhecer a situação viva da legislação*[16].

Quanto à classificação adotada por Teixeira de Freitas, partiu da distinção entre os bens jurídicos de ordem privada, os direitos reais e os pessoais. Foi com base nesses três pilares que construiu a Consolidação.

Por fim, a doutrina da Consolidação das Leis Civis, que aparece na Introdução elaborada pelo Jurisconsulto e nas notas que explicam o texto, é marcada pela firmeza de sua personalidade e pela amplitude e originalidade de suas idéias. Divide-se a Consolidação em duas partes: a Parte Geral, com 75 artigos, e a Parte Especial, com 1257 artigos. A primeira compreende 2 títulos, quais sejam, *Das pessoas* e *Das coisas*. Já a segunda, biparte-se em 2 livros, *Dos direitos pessoais* e *Dos direitos reais*. O primeiro livro ainda subdivide-se em duas seções: *Dos direitos pessoais nas relações de família* e *Dos direitos pessoais nas relações civis*. Amaral dos Santos[17] afirma que essa apresentação formal do sistema da Consolidação de Freitas era por demais lógica e coerente. Ele partiu da dicotomia básica entre direitos pessoais e direitos reais

. . . . . .

16 FREITAS, Teixeira. **Legislação do Brasil. Aditamentos à Consolidação das Leis Civis**. Rio de Janeiro, [s.l.] 1877.

17 AMARAL NETO, Francisco do Santos. A técnica jurídica na obra de Freitas. **Revista de Direito Civil**. São Paulo, n. 10, out./dez. 1986.

e, daí em diante, constrói um todo harmonioso e racional, agrupando as relações jurídicas em institutos conforme o predomínio de tais direitos.

Está clara a contribuição que nos deu Freitas ao proceder a essa cansativa e árdua tarefa. A evolução do Direito Civil brasileiro não seria possível sem uma sistematização das leis esparsas e contraditórias que vigoravam no Brasil à época do Império.

4.2. O Esboço

O Esboço seria a segunda etapa em rumo da primeira codificação civil brasileira, que teve início na Consolidação das Leis Civis. Em 10 de janeiro de 1859, foi estabelecido o contrato entre o Governo Imperial e Teixeira de Freitas, e dava um prazo de três anos para que ele concluísse o serviço. Freitas deu início aos trabalhos no mesmo ano.

O Esboço era dividido em um Título Preliminar, que tratava do Direito Intertemporal (como a nossa LICC), uma Parte Geral (tratava das pessoas, coisas e dos fatos) e uma Parte Especial, que continha um livro sobre os direitos pessoais, outro sobre os direitos reais e, por fim, um título final com disposições comuns às duas espécies. Da Consolidação ao Esboço, houve uma considerável evolução no pensamento de Freitas: por exemplo, acresceu, na Parte Geral do Esboço, uma Seção sobre os fatos jurídicos.

Passados oito anos de dedicação, o mestre percebe que estava no caminho errado, pois devia unificar o direito privado, elaborando um Código Geral e revogando o Comercial (daí se percebe o vanguardismo de Frei-

tas). Com o Esboço incompleto e renunciando ao plano inicial, Freitas envia carta ao Governo Imperial, demonstrando seu propósito. Apesar do parecer favorável da Seção de Justiça do Conselho de Estado, o Governo considerou rescindido o contrato, por não ter o autor apresentado o Projeto do Código Civil a 30 de janeiro de 1864, como havia acordado.

Foi uma grande perda para a cultura jurídica brasileira a rescisão contratual, pois era um Projeto que, não obstante as falhas, refletia muito bem a sociedade da época.

5. A INFLUÊNCIA DAS IDÉIAS DE TEIXEIRA DE FREITAS NO BRASIL E NO MUNDO

As obras de Augusto Teixeira de Freitas não enobreceram tão somente as bibliotecas de nosso país. A repercussão de seu pensamento ultrapassou os limites territoriais do Brasil. Estudioso do Direito Romano, Freitas foi um veículo de consolidação desse Direito em regiões sul americanas.

Não obstante os juristas e legisladores brasileiros, na época, não darem a merecida importância ao Esboço, a obra chegou às mãos do eminente jurista argentino Dalmácio Velez Sarsfield, o qual trabalhava, desde 1864, na redação do Projeto do Código Civil Argentino e se encontrava num verdadeiro dilema quanto ao método que utilizaria na sua confecção. Sarsfield, encantado com a sistematicidade do Esboço, passou a manter intercâmbio epistolar com o "nosso codificador", aproveitando o método e a doutrina de cerca de 1300 artigos do Projeto de Freitas. Conforme afirma Sílvio

Meira, "foi, na verdade, o código argentino, um filho dileto da obra freitiana"[18]. O Esboço não assumiu papel preponderante tão somente no Código Civil Argentino. Por sua originalidade de método e de doutrina, serviu de base para os códigos civis paraguaio e uruguaio, além dos diplomas legislativos de várias outras nações americanas.

O continente americano não foi o único a se beneficiar com a projetada codificação do direito brasileiro. Na década de 70, o jurisconsulto José Carlos de Almeida Arêas, Visconde de Ourém, um dos membros da comissão nomeada por Dom Pedro II com o fito de examinar o Esboço, em 1865, passou a publicar escritos na revista da *Societé de Legislation Comparée,* de Paris.

Fácil lhe foi contribuir para propagação das idéias de Teixeira da Freitas, através de artigos redigidos em francês, todos baseados em sua codificação. Temos como países que, possivelmente, aproveitaram, através desta revista, o pensamento do "nosso jurisconsulto": Alemanha, Suíça (a unificação do Direito Privado, apregoada por Teixeira de Freitas, surge na parte nuclear do direito civil suíço, no Código Federal das Obrigações, de 1881 e, mais tarde, nas leis de 1907 e 1911), Rússia e Itália.Isso não é tudo: até o Código da China de 1927 a 1931 realizou o que Teixeira já pregava – a unificação do direito privado.

Têm-se como originalidades de Freitas: a idéia de unificação do direito privado; a teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, trazida para o Brasil

. . . . . .

18MEIRA, Sílvio. O jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas em face do Direito universal. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, n. 31, out./dez. 1988.

por ele e adaptada à nossa realidade; a divisão do Código Civil numa Parte Geral e outra Especial; a distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato, não feita por Savigny**; a subdivisão do domicílio em voluntário e legal ou necessário***, a "morte presumida" etc.

Por fim, menciono as palavras de Sílvio Meira acerca da produção doutrinária do Mestre, que resume de forma gloriosa a sua genialidade:

> *O que há de extraordinário na produção de Teixeira de Freitas é precisamente isto: contrariando a ordem natural das coisas, vivendo em uma nação nova, sem recursos, ofereceu a outras nações mais antigas e civilizadas uma contribuição imorredoura no campo do Direito. Isso é que surpreende alguns espíritos, habituados a considerar as nações sul-americanos como eternas caldatárias da cultura européia. Ele realizou o milagre de receber, assimilar ensinamentos de origem européia, e, ao mesmo tempo, oferecer, pela força do pensamento, idéias originais, fundindo, galvanizando culturas de lastro latino*[19].

. . . . . .

** Temos como principal influência de Teixeira de Freitas o jurista Savigny. Note que, mesmo sendo adepto das idéias do alemão, Freitas não se limitava a aceitar seus ensinamentos. Ia mais além, suprindo as faltas doutrinárias do mesmo.

*** A importância se dá na medida em que o que importa é o domicílio, a sede jurídica da pessoa e, não a sua nacionalidade, regulando-se pela lei brasileira a capacidade de fato, mesmo se tratando de atos praticados em país estrangeiro, ou de bens existentes em país estrangeiro. Essa opção pela troca de nacionalidade pelo domicílio teve um profundo contexto político, visto que constava na constituição imperial do país recém-independente a autonomia da ordem jurídica privada, refletido no instituto dó domicílio" (ARAÚJO, Douglas Santos. A influência de Teixeira de Freitas no Brasil e no mundo. Disponível na internet www.jusnavigandi.com.br).

19 MEIRA, Sílvio. O jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas em face do Direito universal. **Revista de Ciência Política**. Rio de Janeiro, n. 31, out./dez. 1988.

6. CÓDIGO CIVIL DE 2002 x TEIXEIRA DE FREITAS

Estamos discorrendo sobre a vida e obra do primeiro grande codificador do Direito Civil no Brasil. Por conseguinte, não podemos esquecer de fazer um pequeno paralelo em torno das distinções e similitudes entre o Código Civil vigente e o Esboço.

Conforme menciona o professor Geraldo Neves,

> *ao contrário dos anteprojetos anteriores (Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Coelho Rodrigues, Felício dos Santos, Clóvis Beviláqua), o novo projeto é uma obra coletiva, elaborada por Juristas das mais diversas formações e tendências ideológicas, cada um com seu estilo próprio e idéias originais. Dificil, portanto, que produzissem uma obra harmônica e coerente em suas diversas partes*[20].

Realmente, vê-se uma grande diferença de estrutura entre o Código Civil de 2002 e o Esboço de Freitas, fruto da diversidade de mentes que elaboraram o Novo Código Civil, em contraposição a uma única mente idealizadora do Esboço. Obviamente que isto não é tudo. A própria diferença das épocas em que foram elaborados os diplomas legais é um fator de diferenciação, pois os anseios sociais são outros e a codificação deve, em tese, refletir esses anseios.

. . . . . .

20 NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. **Código Civil Brasileiro de 2002, principais alterações**. Curitiba: Juruá, 2003.

por ele e adaptada à nossa realidade; a divisão do Código Civil numa Parte Geral e outra Especial; a distinção entre capacidade de direito e capacidade de fato, não feita por Savigny**; a subdivisão do domicílio em voluntário e legal ou necessário***, a "morte presumida" etc.

Por fim, menciono as palavras de Sílvio Meira acerca da produção doutrinária do Mestre, que resume de forma gloriosa a sua genialidade:

> *O que há de extraordinário na produção de Teixeira de Freitas é precisamente isto: contrariando a ordem natural das coisas, vivendo em uma nação nova, sem recursos, ofereceu a outras nações mais antigas e civilizadas uma contribuição imorredoura no campo do Direito. Isso é que surpreende alguns espíritos, habituados a considerar as nações sul-americanos como eternas caldatárias da cultura européia. Ele realizou o milagre de receber, assimilar ensinamentos de origem européia, e, ao mesmo tempo, oferecer, pela força do pensamento, idéias originais, fundindo, galvanizando culturas de lastro latino*[19].

. . . . . .

** Temos como principal influência de Teixeira de Freitas o jurista Savigny. Note que, mesmo sendo adepto das idéias do alemão, Freitas não se limitava a aceitar seus ensinamentos. Ia mais além, suprindo as faltas doutrinárias do mesmo.

*** A importância se dá na medida em que o que importa é o domicílio, a sede jurídica da pessoa e, não a sua nacionalidade, regulando-se pela lei brasileira a capacidade de fato, mesmo se tratando de atos praticados em país estrangeiro, ou de bens existentes em país estrangeiro. Essa opção pela troca de nacionalidade pelo domicílio teve um profundo contexto político, visto que constava na constituição imperial do país recém-independente a autonomia da ordem jurídica privada, refletido no instituto dó domicílio" (ARAÚJO, Douglas Santos. A influência de Teixeira de Freitas no Brasil e no mundo. Disponível na internet www.jusnavigandi.com.br).

19 MEIRA, Sílvio. O jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas em face do Direito universal. **Revista de Ciência Política**. Rio de Janeiro, n. 31, out./dez. 1988.

6. CÓDIGO CIVIL DE 2002 x TEIXEIRA DE FREITAS

Estamos discorrendo sobre a vida e obra do primeiro grande codificador do Direito Civil no Brasil. Por conseguinte, não podemos esquecer de fazer um pequeno paralelo em torno das distinções e similitudes entre o Código Civil vigente e o Esboço.

Conforme menciona o professor Geraldo Neves,

> *ao contrário dos anteprojetos anteriores (Teixeira de Freitas, Nabuco de Araújo, Coelho Rodrigues, Felício dos Santos, Clóvis Beviláqua), o novo projeto é uma obra coletiva, elaborada por Juristas das mais diversas formações e tendências ideológicas, cada um com seu estilo próprio e idéias originais. Dificil, portanto, que produzissem uma obra harmônica e coerente em suas diversas partes*[20].

Realmente, vê-se uma grande diferença de estrutura entre o Código Civil de 2002 e o Esboço de Freitas, fruto da diversidade de mentes que elaboraram o Novo Código Civil, em contraposição a uma única mente idealizadora do Esboço. Obviamente que isto não é tudo. A própria diferença das épocas em que foram elaborados os diplomas legais é um fator de diferenciação, pois os anseios sociais são outros e a codificação deve, em tese, refletir esses anseios.

. . . . . .

20 NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. **Código Civil Brasileiro de 2002, principais alterações**. Curitiba: Juruá, 2003.

Não obstante, são indiscutíveis os vários institutos jurídicos trazidos por Teixeira de Freitas, os quais já mencionamos em tópico anterior. Muitos deles permanecem no Código Civil vigente. Como exemplo, temos o instituto da "morte presumida" (art. 244 do Esboço e art. 7º do Código Civil de 2002) que, inclusive, não estava presente no Código Civil de 1916.

7. REFERÊNCIAS

Livros

BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. Brasília: INL, Conselho Federal de Cultura, 1977.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código Civil, Esboço.** Brasília: Ministério de Justiça, 1983. 2 v.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Promptuario das Leis Civis**. Rio de Janeiro: Instituto Typographico do Direito, 1876.

FREITAS, Teixeira. **Legislação do Brasil. Aditamentos à Consolidação das Leis Civis.** Rio de Janeiro, [s.n.], 1877.

MEIRA, Sílvio. **Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império.** 2.ed., rev. e aum. Brasília: Cegraf, 1983.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Parte Geral**. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000. Tomo I.

NEVES, Geraldo de Oliveira Santos. **Código Civil Brasileiro de 2002, principais alterações.** Curitiba: Juruá, 2003.

REALE. Miguel. **Cem anos de ciência do Direito no Brasil.** São Paulo: [s.n.], 1973.

Artigos

AGUIAR, Ruy Rosado de. **Consolidação das Leis Civis.** Brasília: História do Direito Brasileiro, 2003. v. 1.

AMARAL NETO, Francisco do Santos. A técnica jurídica na obra de Freitas. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 10, out./dez. 1986.

BEVILÁQUA, Clóvis. Teixeira de Freitas. **Revista de La Universidad Nacional de Córdoba**, Córdoba, n. 4, mar. 1917.

MEIRA, Sílvio. O jurisconsulto Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, n. 31, out./dez., 1988.

MEIRA, Sílvio. Teixeira de Freitas - Processualista. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, n. 10, 1981.

SALDANHA, Nelson. História e Sistema em Teixeira de Freitas. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 21, dez. 1983.

SALDANHA, Nelson. Historiografia jurídica e concepção histórica do direito. **Revista da Universidade Federal de Pernambuco**, Recife, v. 15, n. 1-2, jan./jun. 1975.

STERNBERG, Theodor. **Introducción a la Ciência dez Derecho**. 2.ed. Barcelona: Labor, 1930.

Internet

ARAÚJO, Douglas Santos. **A influência de Teixeira de Freitas no Brasil e no mundo**. Disponível em: www.jusnavigandi.com.br

DA REDEFINIÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL E SEU EFEITO REVOGADOR EM RELAÇÃO AOS ARTIGOS 15, 194, 262 E 564 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

João Armando Costa Menezes
Procurador do Estado de Pernambuco. Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Professor da Faculdade de Direito de Olinda. Advogado, sócio de Martorelli Advogados. Pós-Graduado em Direito Administrativo e Constitucional pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO. 2. DO CONFLITO LEGISLATIVO TEMPORAL: APLICAÇÃO DO ARTIGO 2°, §1°, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL. 3. DA DEFINIÇÃO LEGAL DA CAPACIDADE CIVIL COMO SUBSTRATO DA NOMEAÇÃO DE CURADOR PROCESSUAL. 4. CONCLUSÕES.

1. INTRODUÇÃO

O Código Civil Brasileiro dicciona, como *norma fundamental* (*infraconstitucional*), as normas atinentes à definição dos elementos jurídicos que compõem a personalidade dos sujeitos de direitos e obrigações e, no que tange às relações jurídicas, os elementos que compõem os atos jurídicos, traçando-lhes os caracteres conceituais, requisitos de validade, bem assim os efeitos lançados por seus comandos.

É o Código Civil – sim – na definição dos elementos jurídicos da personalidade e na definição dos ele-

mentos que compõem os atos jurídicos – *norma fundamental*, porquanto seus ditames firmam a conformação jurídica da *pessoa* – sujeito de direitos e obrigações– e o traçado válido de seus atos – atos jurídicos.

Nesse diapasão, os demais diplomas normativos integrantes do sistema jurídico-positivo haverão de buscar espeque nos comandos fundamentais do Código Civil acerca da personalidade e dos atos jurídicos, partindo das definições da dita Lei Substantiva Fundamental para regrar, em específico, os institutos que lhe componham a matéria legislativa própria.

Na esteira das assertivas retroenunciadas, tem-se que, consoante esposado nos tópicos que se seqüenciam, o Código de Processo Penal, ao versar sobre requisitos de validade de atos processuais – inclusive vinculados à capacidade do agente – há de lançar normas fulcradas nas definições do Código Civil acerca dos elementos jurídicos da *personalidade* (dentre os quais a *capacidade*) e dos atos jurídicos (dentre os quais se incluem os atos processuais). Esta premissa, destarte, introduz a abordagem temática objeto do presente artigo, especificamente acerca da revogação dos artigos 15, 194, 262 e 564, III, "c", do Código de Processo Penal, ante a redefinição da gradação da capacidade civil, no novo Código Civil Brasileiro.

2. DO CONFLITO LEGISLATIVO TEMPORAL: APLICAÇÃO DO ARTIGO 2º, §1º, DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL

De logo, cumpre invocar, para que se elimine o conflito temporal de normas jurídicas de mesma hierarquia, o disposto no artigo 2°, §1°, da "Lei de Introdução ao Código Civil" (Decreto-Lei nº 4.657/42, ainda em pleno vigor):

> *Art.2º.....*
> *§1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare,* ***quando seja com ela incompatível*** *ou quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior;*
> .....

Diante do dispositivo suso-enunciado, tem-se que a revogação (ou a derrogação) da lei anterior não será necessariamente expressa.

Haverá a revogação (ou a derrogação) tácita quando a lei anterior for incompatível com a lei posterior, de mesma hierarquia. Neste tom, dispositivos do Código de Processo Penal que diccionam normas erigidas da classificação do acusado, menor de vinte e um anos como relativamente incapaz, estão, destarte, tacitamente revogadas pelo novo Código Civil, haja vista que, aos dezoito anos de idade, ao teor dos ditames do novo Código Civil, o indivíduo adquire a plena capacidade civil.

Impende salientar que o Código Civil, em matéria de estado e capacidade das pessoas, jamais poderá ser considerado como diploma legal enunciativo de normas gerais, haja vista que acerca do estado e capacidade das pessoas (atributos da *personalidade jurídica*), o Código Civil, como antedito, é o diploma legal que materialmente há de esgotar o regramento da matéria, como *norma fundamental infraconstitucional*, não cabendo,

portanto, a invocação desvirtuada do comando do parágrafo 2º, do retrocitado artigo 2º, da "Lei de Introdução ao Código Civil", para se tentar, debalde, justificar a subsistência dos revogados dispositivos do Código de Processo Penal, atinentes à nomeação de curador a acusados menores de vinte e um anos de idade.

3. DA DEFINIÇÃO LEGAL DA CAPACIDADE CIVIL COMO SUBSTRATO DA NOMEAÇÃO DE CURADOR PROCESSUAL

Em adendo à invocação da dicção do artigo 2º, parágrafo 1º, da "Lei de Introdução ao Código Civil", a indicar a derrogação do Código de Processo Penal, no que pertine às normas em análise, cumpre apreender, da *ratio legis* dos dispositivos da Lei Instrumental, o seu substancial escopo.

Pois bem. Ao prever a nomeação de curador ao acusado menor de vinte e um anos de idade, o Estatuto Processual Penal teve em mira conferir plena validade aos atos procedimentais (no curso do Inquérito Policial) e aos atos processuais (no curso da ação penal), considerando a incapacidade relativa do acusado.

Sim. Ao definir a regra da nomeação de **curador** ao acusado menor de 21 anos, o Código de Processo Penal encontrou como fundamento a questão da incapacidade relativa, haja vista que a curatela é instituto alusivo à tutela jurídica do incapaz.

Em outras palavras, tem-se que a norma processual alcançou a questão da necessidade de conferir assistência ao relativamente incapaz, até mesmo para que os atos jurídicos praticados no curso do Inquérito e, enfim, no curso da Ação Penal não se fizessem eivados de nulidade (nulidade relativa), ante a incapacidade relativa do agente.

Dúvida não há de que os atos procedimentais (Inquérito) e os atos processuais (Ação Penal) são – sim – atos jurídicos. A propósito, Vicente Greco Filho, inspirando-se nas lições de Liebman, acentua que:

> *ato processual, portanto, é a manifestação de vontade de um dos sujeitos do processo, dentro de uma das categorias previstas pela lei processual", sendo induvidoso que, "como orientação geral, para a formulação de um conceito de ato processual, é possível traçar um paralelo entre o ato processual e o ato jurídico,* ***categoria a que, na verdade, pertence****, observando-se que o processo não existe isoladamente, mas dentro de uma entidade maior, como uma parcela que não tem vida própria fora do todo*[1].

Nesse diapasão, a Lei Processual Penal visou à compatibilização da prática de atos procedimentais e processuais (atos jurídicos) com os elementos essenciais de validade de tais atos, referentemente à **capacidade** do agente (e não, pura e simplesmente, à questão da idade).

Assim, sendo certo que o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), a partir de sua vigência, redefiniu a norma alusiva à emancipação, no que concerne à maioridade, estabelecendo que, aos dezoito anos, o menor adquire a plena capacidade civil, constata-se que as nor-

. . . . . .

1 GRECO Filho, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. II, p.6.

mas do Código de Processo Penal que, por força da incapacidade relativa, previam a nomeação de curador ao acusado menor de vinte e um anos de idade, perderam o escopo substancial (incapacidade relativa do agente) e, via de conseqüência, restaram revogadas pelo novo Código Civil Brasileiro.

Vale ressaltar que não cabe, *in casu*, a invocação do disposto no artigo 2.043, do novo Código Civil, para se pugnar pela subsistência das ditas normas que versavam sobre a nomeação de curador a acusados menores de vinte e um anos de idade, porquanto o aludido artigo 2.043, da nova Lei Substantiva Civil, apenas preservou, em caráter transitório,

> *as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido* ***incorporados*** *a este Código (o novo Código Civil).*

Ora, a expressão "incorporados" quer significar a assimilação, pela nova Lei, de institutos e normas versados em legislação anterior, como é o caso da "incorporação", ao novo Código Civil, de normas alusivas a alimentos, à prova (matéria processual), ao Direito de Empresa, à adoção, aos registros públicos e seus procedimentos (matéria administrativa), entre outros institutos.

Sem dúvida, o novo Código Civil não incorporou a questão da nomeação de curador a acusado, em Inquérito Policial ou na Ação Penal.

O novo Código Civil não absorveu o instituto da assistência aos indiciados e acusados, daí porque, em tal matéria, não cabe a aplicação do artigo 2.043, da nova Lei.

Na matéria em exame, o novo Código Civil redefiniu a maioridade civil, reduzindo-a para dezoito anos de idade e, portanto, as pessoas com dezoito anos de idade são consideradas plenamente capazes, não havendo falar-se em "incorporação" da norma processual penal, mas, simplesmente, em revogação dos dispositivos que previam nomeação de curador àqueles que, na vigência desses dispositivos, eram relativamente incapazes, mas que, agora, já se fazem dotar de plena capacidade civil, não estando sujeitos à assistência na prática de atos jurídicos.

É bem verdade que ainda não se construiu, em bases sedimentadas, a doutrina, bem assim ainda não se compôs o corpo jurisprudencial acerca do novo Código Civil Brasileiro, ante o seu curto período de vigência (há pouco mais de um ano de sua entrada em vigor). Mas, a clara vinculação da regra processual penal em foco à tutela jurídica do incapaz (relativamente incapaz), como elemento essencial de validade dos atos processuais (atos jurídicos), deixa patente que, redefinida a maioridade civil para fins de emancipação, estão – sim – revogados os dispositivos do Código de Processo Penal que, agora, estariam prevendo a nomeação de curador para acusados plenamente capazes.

Nesse sentido, juristas de reconhecida estirpe vêm se manifestando, entre os quais Luiz Flávio Gomes e Damásio E. de Jesus, que já versaram sobre as repercussões da redução da maioridade civil no âmbito do Direito Processual Penal. O eminente penalista Luiz Flávio Gomes, em artigo publicado no *site* *www.insnet.com.br*, assevera, categoricamente:

> *Todos os dispositivos processuais penais que enfocavam o menor de 21 anos como relativamente capaz foram afetados pelo novo Código Civil. Todos têm por base a capacidade do ser humano para praticar atos civis e, por conseguinte, processuais. Para o novo Código Civil essa capacidade é plena aos 18 anos. Logo, todos os artigos citados acham-se revogados ou derrogados (lei nova que disciplina um determinado assunto revoga ou derroga a anterior).*
> *Particularmente no que se refere à nomeação de curador ao indiciado ou acusado menor: acabou essa necessidade. Perdeu todo sentido, ademais, falar em nulidade do interrogatório quando feito sem a presença de curador. Nada disso mais tem sentido diante do novo Código Civil.*

No mesmo tom, o insigne doutrinador Damásio E. de Jesus, em artigo publicado no *site www.jus.com.br/doutrina*, acentua:

> *Hoje, como o menor de 21 anos e maior de 18 não é mais relativamente incapaz, podendo exercer todos os atos da vida civil, desapareceram a necessidade de curador e a figura de seu representante legal. De modo que devem ser considerados ab-rogados ou derrogados, conforme o caso, todos os dispositivos do Código de Processo Penal que se referem ao menor de 21 anos de idade (e maior de 18) e à nomeação de curador (arts. 15, 194, 262, 449 e 564, III, c).*

Não havendo, portanto, dúvida de que a *mens legis* que compôs o substrato essencial dos comandos da Lei Instrumental Penal atinentes à nomeação de curador ao acusado menor de vinte e um anos se fulcrava na condição de relativamente incapaz do dito acusado, não há como negar que os dispositivos do Código de Processo Penal, concernentes à nomeação de curador ao acusado menor de vinte e um anos, foram – sim – ab-rogados ou derrogados, quanto a tal exigência, pelo novo Código Civil, notadamente os artigos 15, 194, 262 e 564, inciso III, alínea "c", do Estatuto Processual Penal, sendo certo que, em última análise, se o acusado maior de dezoito anos já é, diante dos artigos 4º, inciso I, e 5º, do novo Código Civil, plenamente capaz, não haveria, *ad argumentandum tantum*, qualquer prejuízo a que fosse interrogado sem a assistência de curador, razão pela qual, mesmo que se quisesse conferir aplicação isolada, no âmbito da Ação Penal, aos atingidos dispositivos do Código de Processo Penal, não se poderia decretar nulidade de atos procedimentais ou processuais à ausência de nomeação de curador a acusado menor de vinte e um e maior de dezoito anos de idade, haja vista que a imputação de nulidade quedaria diante do programático comando do artigo 563, do Código de Processo Penal, que consagra o princípio do *pas de nullité sans grief*.

Vale asseverar, em última análise, que, considerados os atos procedimentais (no curso do Inquérito Policial) e os atos processuais (no curso da Ação Penal) como atos jurídicos que são, tem-se que, inegavelmente, os atos, nos quais intervenham acusados, maiores de dezoito anos atenderão, plenamente, o requisito da capacidade do agente, a indicarem sua inconcussa validade como atos jurídicos.

> *Todos os dispositivos processuais penais que enfocavam o menor de 21 anos como relativamente capaz foram afetados pelo novo Código Civil. Todos têm por base a capacidade do ser humano para praticar atos civis e, por conseguinte, processuais. Para o novo Código Civil essa capacidade é plena aos 18 anos. Logo, todos os artigos citados acham-se revogados ou derrogados (lei nova que disciplina um determinado assunto revoga ou derroga a anterior).*
> *Particularmente no que se refere à nomeação de curador ao indiciado ou acusado menor: acabou essa necessidade. Perdeu todo sentido, ademais, falar em nulidade do interrogatório quando feito sem a presença de curador. Nada disso mais tem sentido diante do novo Código Civil.*

No mesmo tom, o insigne doutrinador Damásio E. de Jesus, em artigo publicado no *site www.jus.com.br/doutrina*, acentua:

> *Hoje, como o menor de 21 anos e maior de 18 não é mais relativamente incapaz, podendo exercer todos os atos da vida civil, desapareceram a necessidade de curador e a figura de seu representante legal. De modo que devem ser considerados ab-rogados ou derrogados, conforme o caso, todos os dispositivos do Código de Processo Penal que se referem ao menor de 21 anos de idade (e maior de 18) e à nomeação de curador (arts. 15, 194, 262, 449 e 564, III, c).*

Não havendo, portanto, dúvida de que a *mens legis* que compôs o substrato essencial dos comandos da Lei Instrumental Penal atinentes à nomeação de curador ao acusado menor de vinte e um anos se fulcrava na condição de relativamente incapaz do dito acusado, não há como negar que os dispositivos do Código de Processo Penal, concernentes à nomeação de curador ao acusado menor de vinte e um anos, foram – sim – ab-rogados ou derrogados, quanto a tal exigência, pelo novo Código Civil, notadamente os artigos 15, 194, 262 e 564, inciso III, alínea "c", do Estatuto Processual Penal, sendo certo que, em última análise, se o acusado maior de dezoito anos já é, diante dos artigos 4º, inciso I, e 5º, do novo Código Civil, plenamente capaz, não haveria, *ad argumentandum tantum*, qualquer prejuízo a que fosse interrogado sem a assistência de curador, razão pela qual, mesmo que se quisesse conferir aplicação isolada, no âmbito da Ação Penal, aos atingidos dispositivos do Código de Processo Penal, não se poderia decretar nulidade de atos procedimentais ou processuais à ausência de nomeação de curador a acusado menor de vinte e um e maior de dezoito anos de idade, haja vista que a imputação de nulidade quedaria diante do programático comando do artigo 563, do Código de Processo Penal, que consagra o princípio do *pas de nullité sans grief*.

Vale asseverar, em última análise, que, considerados os atos procedimentais (no curso do Inquérito Policial) e os atos processuais (no curso da Ação Penal) como atos jurídicos que são, tem-se que, inegavelmente, os atos, nos quais intervenham acusados, maiores de dezoito anos atenderão, plenamente, o requisito da capacidade do agente, a indicarem sua inconcussa validade como atos jurídicos.

Em consonância com o entendimento supra-esposado, o articulista proferiu o Parecer nº 260/03, da Procuradoria Consultiva, da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco, aprovado sem ressalvas.

4. CONCLUSÕES

O Código Civil é a norma fundamental (infraconstitucional) que dita os conceitos e os elementos jurídicos da *personalidade* dos sujeitos de direitos e obrigações, bem assim os elementos e requisitos de validade de seus atos (atos jurídicos).

O Código de Processo Penal, ao estabelecer a nomeação de curador (curador processual) ao acusado maior de dezoito e menor de vinte e um anos de idade, o fez com espeque na definição da capacidade civil relativa, estabelecida no Código Civil, tendo em mira eliminar eiva de nulidade (relativa) dos atos procedimentais e processuais, na condição de atos jurídicos.

Assim, conclui-se que, diante dos ditames do novo Código Civil Brasileiro, notadamente ante os comandos de seus artigos 4º, inciso I, e 5º, os dispositivos do Código de Processo Penal, inclusive o artigo 15, que versaram sobre a nomeação de curador a acusado menor de vinte e um anos de idade, foram revogados, nos moldes retroaludidos, haja vista que tal acusado, desde os dezoito anos de idade, sob o pálio do novo Código Civil, se fez dotar da plena capacidade civil, não havendo falar-se, portanto, em curador para assisti-lo nos atos do Inquérito Policial, nem mesmo, enfim, nos atos processuais praticados no curso da Ação Penal.

A REUTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS DO SECTOR PÚBLICO

José de Oliveira Ascensão
Professor Doutor da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO

1. DOCUMENTAÇÃO E BASES DE DADOS PÚBLICAS; 2. O ACESSO À DOCUMENTAÇÃO DO SECTOR PÚBLICO; 3. O LIVRO VERDE SOBRE A INFORMAÇÃO DO SECTOR PÚBLICO (1998); 4. A PROPOSTA DA DIRECTRIZ SOBRE REUTILIZAÇÃO E EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE DOCUMENTOS DO SECTOR PÚBLICO; 5. OS SUJEITOS; 6. O OBJECTO; 7. A PERSPECTIVA NORTE-AMERICANA; 8. A LIBERALIZAÇÃO DO SECTOR; 9. INCIDÊNCIAS DO REGIME PROPOSTO; 10. INTRANET; 11. INTERNET; 12. O SISTEMA PROPOSTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO; 13. CONCLUSÃO.

Anuncia-se um promissor filão, consistente na documentação do sector público, que seria aberta ao acesso e à reutilização pelos particulares. Mas há que não perder de vista o impacto que uma "privatização" deste sector pode ter sobre o direito de todos à informação e sobre o dever dos órgãos públicos de a facultar.

1. DOCUMENTAÇÃO E BASES DE DADOS PÚBLICAS

A actividade dos entes públicos implica uma amplíssima produção de documentos. Usa-se aqui o sentido técnico de documento, como qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto (art. 362 do Código Civil). Não coincide com a noção corrente: a documentação pode ser constituída por textos, mas também o pode ser por elementos diferentes[1].

. . . . . .

[1] Como estatísticas ou outras meras anotações de dados; e não necessitam de suporte papel.

Em consonância com o entendimento supra-esposado, o articulista proferiu o Parecer nº 260/03, da Procuradoria Consultiva, da Procuradoria Geral do Estado de Pernambuco, aprovado sem ressalvas.

4. CONCLUSÕES

O Código Civil é a norma fundamental (infraconstitucional) que dita os conceitos e os elementos jurídicos da *personalidade* dos sujeitos de direitos e obrigações, bem assim os elementos e requisitos de validade de seus atos (atos jurídicos).

O Código de Processo Penal, ao estabelecer a nomeação de curador (curador processual) ao acusado maior de dezoito e menor de vinte e um anos de idade, o fez com espeque na definição da capacidade civil relativa, estabelecida no Código Civil, tendo em mira eliminar eiva de nulidade (relativa) dos atos procedimentais e processuais, na condição de atos jurídicos.

Assim, conclui-se que, diante dos ditames do novo Código Civil Brasileiro, notadamente ante os comandos de seus artigos 4º, inciso I, e 5º, os dispositivos do Código de Processo Penal, inclusive o artigo 15, que versaram sobre a nomeação de curador a acusado menor de vinte e um anos de idade, foram revogados, nos moldes retroaludidos, haja vista que tal acusado, desde os dezoito anos de idade, sob o pálio do novo Código Civil, se fez dotar da plena capacidade civil, não havendo falar-se, portanto, em curador para assisti-lo nos atos do Inquérito Policial, nem mesmo, enfim, nos atos processuais praticados no curso da Ação Penal.

A REUTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS DO SECTOR PÚBLICO

José de Oliveira Ascensão
Professor Doutor da Universidade de Lisboa

SUMÁRIO

1. DOCUMENTAÇÃO E BASES DE DADOS PÚBLICAS; 2. O ACESSO À DOCUMENTAÇÃO DO SECTOR PÚBLICO; 3. O LIVRO VERDE SOBRE A INFORMAÇÃO DO SECTOR PÚBLICO (1998); 4. A PROPOSTA DA DIRECTRIZ SOBRE REUTILIZAÇÃO E EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE DOCUMENTOS DO SECTOR PÚBLICO; 5. OS SUJEITOS; 6. O OBJECTO; 7. A PERSPECTIVA NORTE-AMERICANA; 8. A LIBERALIZAÇÃO DO SECTOR; 9. INCIDÊNCIAS DO REGIME PROPOSTO; 10. INTRANET; 11. INTERNET; 12. O SISTEMA PROPOSTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO; 13. CONCLUSÃO.

Anuncia-se um promissor filão, consistente na documentação do sector público, que seria aberta ao acesso e à reutilização pelos particulares. Mas há que não perder de vista o impacto que uma "privatização" deste sector pode ter sobre o direito de todos à informação e sobre o dever dos órgãos públicos de a facultar.

1. DOCUMENTAÇÃO E BASES DE DADOS PÚBLICAS

A actividade dos entes públicos implica uma amplíssima produção de documentos. Usa-se aqui o sentido técnico de documento, como qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto (art. 362 do Código Civil). Não coincide com a noção corrente: a documentação pode ser constituída por textos, mas também o pode ser por elementos diferentes[1].

. . . . . .

[1] Como estatísticas ou outras meras anotações de dados; e não necessitam de suporte papel.

Quer num caso quer noutro, esses documentos podem ou não constituir obras. Sendo obras, serão normalmente obras literárias mas podem ser obras doutra natureza. Tanto é obra uma mensagem do Governo como uma nota de banco.

Essas obras podem ser ou não protegidas. Em muitos casos temos as *obras oficiais*. Os art. 3/1 *c* e 8 contemplam apenas (e aliás mal) os *textos* oficiais, mas a noção é muito mais ampla. A música dum hino nacional é igualmente obra oficial, sobre a qual não recai protecção autoral.

Pelo contrário, um *Manual* escolar encomendado pela Administração a uma entidade particular estará sujeito a ampla utilização conforme os fins para que foi produzido, mas não deixa de ser abrangido pelo direito de autor.

Em qualquer caso, os documentos oficiais, sejam obras ou não, são públicos pela sua destinação e integração na actividade pública.

Neste domínio são muito relevantes as bases de dados.

A documentação está freqüentemente organizada em grandes bases de dados públicas[2].

Os complexos documentais públicos terão normalmente, pelos critérios utilizados de selecção e ordenação dos elementos, as características definidoras de bases de dados.

Poderemos falar de um direito de autor dos entes públicos sobre estas bases? Mesmo quando sobre os documentos que as integram não recaem direitos de autor dos entes públicos?

. . . . . .

2 E freqüentemente será integrada em bases de dados particulares pelos privados a quem for fornecida. Vamos considerar antes de mais a situação dos entes públicos.

A resposta é provavelmente afirmativa, porque a atribuição dum direito de autor sobre uma base de dados não depende de os elementos desta serem obras, e muito menos obras protegidas. Mas esta questão, para além de grandes complexidades em que faz incorrer, é pouco importante na prática, e por isso a deixamos de lado.

Já o mesmo se não pode dizer do chamado direito *sui generis* do fabricante da base de dados. É um direito que recai sobre o conteúdo informativo da base de dados e é independente de esta ser ou não criativa.

Já se pôs em dúvida que os entes públicos fossem titulares do direito *sui generis*. Para isso invocou-se o art. 11/2 da Directriz n.º 96/9, de 11 de março, sobre a protecção jurídica das bases de dados. Tem por epígrafe "Beneficiários do direito *sui generis*", mas no n.º 2 faz uma extensão às "sociedades e empresas". Daqui se poderia deduzir que se não abrangiam os entes públicos como titulares do direito *sui generis*[3].

Mas não é assim, porque o art. 11 tem a função de exigir às "empresas ou sociedades" a ligação efectiva à Comunidade Européia; isso é inaplicável aos entes públicos, que por natureza relevam desta.

No que respeita à titularidade do direito *sui generis*, a directriz parte do objecto, a base de dados; e atribui o direito àquele que qualifica como o "fabricante" desta (art. 7/1). Não faz nenhuma discriminação entre entes públicos e privados. O que significa que nenhum fundamento há para negar a titularidade do direito *sui generis* aos entes públicos.

. . . . . .

3 Veja-se também o cons. 56) da Directriz.

Quer num caso quer noutro, esses documentos podem ou não constituir obras. Sendo obras, serão normalmente obras literárias mas podem ser obras doutra natureza. Tanto é obra uma mensagem do Governo como uma nota de banco.

Essas obras podem ser ou não protegidas. Em muitos casos temos as *obras oficiais*. Os art. 3/1 *c* e 8 contemplam apenas (e aliás mal) os *textos* oficiais, mas a noção é muito mais ampla. A música dum hino nacional é igualmente obra oficial, sobre a qual não recai protecção autoral.

Pelo contrário, um *Manual* escolar encomendado pela Administração a uma entidade particular estará sujeito a ampla utilização conforme os fins para que foi produzido, mas não deixa de ser abrangido pelo direito de autor.

Em qualquer caso, os documentos oficiais, sejam obras ou não, são públicos pela sua destinação e integração na actividade pública.

Neste domínio são muito relevantes as bases de dados.

A documentação está freqüentemente organizada em grandes bases de dados públicas[2].

Os complexos documentais públicos terão normalmente, pelos critérios utilizados de selecção e ordenação dos elementos, as características definidoras de bases de dados.

Poderemos falar de um direito de autor dos entes públicos sobre estas bases? Mesmo quando sobre os documentos que as integram não recaem direitos de autor dos entes públicos?

. . . . . .

2 E freqüentemente será integrada em bases de dados particulares pelos privados a quem for fornecida. Vamos considerar antes de mais a situação dos entes públicos.

A resposta é provavelmente afirmativa, porque a atribuição dum direito de autor sobre uma base de dados não depende de os elementos desta serem obras, e muito menos obras protegidas. Mas esta questão, para além de grandes complexidades em que faz incorrer, é pouco importante na prática, e por isso a deixamos de lado.

Já o mesmo se não pode dizer do chamado direito *sui generis* do fabricante da base de dados. É um direito que recai sobre o conteúdo informativo da base de dados e é independente de esta ser ou não criativa.

Já se pôs em dúvida que os entes públicos fossem titulares do direito *sui generis*. Para isso invocou-se o art. 11/2 da Directriz n.º 96/9, de 11 de março, sobre a protecção jurídica das bases de dados. Tem por epígrafe "Beneficiários do direito *sui generis*", mas no n.º 2 faz uma extensão às "sociedades e empresas". Daqui se poderia deduzir que se não abrangiam os entes públicos como titulares do direito *sui generis*[3].

Mas não é assim, porque o art. 11 tem a função de exigir às "empresas ou sociedades" a ligação efectiva à Comunidade Européia; isso é inaplicável aos entes públicos, que por natureza relevam desta.

No que respeita à titularidade do direito *sui generis*, a directriz parte do objecto, a base de dados; e atribui o direito àquele que qualifica como o "fabricante" desta (art. 7/1). Não faz nenhuma discriminação entre entes públicos e privados. O que significa que nenhum fundamento há para negar a titularidade do direito *sui generis* aos entes públicos.

. . . . . .

3 Veja-se também o cons. 56) da Directriz.

Essa documentação desperta actualmente um grande interesse.

No domínio do *Direito Internacional* esse interesse não encontrou ainda tradução generalizada. É matéria que continua confiada aos Estados. Apenas em preceitos esparsos surgem regras disciplinando a documentação do sector público[4].

No *Direito Comparado* encontramos as situações mais variadas. Desde países que praticam uma administração aberta (como a Suécia, que a instituiu logo em 1776) até países que cultivam extremamente a reserva da documentação pública, tudo se encontra.

Até não há muito tempo, os países limitavam-se em geral a estabelecer as condições em que os documentos públicos poderiam ser dados a conhecer aos interessados[5].

2. O ACESSO À DOCUMENTAÇÃO DO SECTOR PÚBLICO

A partir de certa altura, não muito distante, entra-se em nova fase: a do acesso à documentação do sector público. Já não seria apenas o acesso dos interessados a documentação que lhes respeitasse, mas o acesso gene-

. . . . . .

4 *Sirva de exemplo o art. 39/3 do Acordo ADPIC / TRIPS, anexo ao Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio. Sempre que se submetam a aprovação administrativa produtos farmacêuticos ou produtos químicos para a agricultura que utilizem novas entidades químicas, os dados não divulgados que se apresentem serão protegidos contra qualquer utilização desleal. O preceito é uma manifestação da protecção do segredo, tão cara à ordem norte-americana, mas que recebe apenas uma consagração parcelar naquele art. 39.*

5 *Distinguindo-se por exemplo, como em Itália, um prazo geral de 40 anos para documentos comuns, 50 anos para documentos reservados e 70 anos para documentos que contivessem dados pessoais: cfr. SANDULLI,Aldo.* Documenti della Amministrazione, *na "Enciclopedia del Diritto", XIII.*

ralizado e sem necessidade de ser justificado à documentação pública[6].

Mas a intervenção tem sido gradual.

O primeiro passo neste domínio foi dado pela Directriz n.º 90/313/CEE, de 7 de junho, relativa à liberdade de acesso à informação em matéria de ambiente.

É um diploma sectorial. Não emerge da disciplina dos documentos do sector público, mas da protecção do ambiente. Procura estabelecer a liberdade de acesso às informações administrativas desta índole, para que todos possam se beneficiar delas.

O *objecto* é pois a *informação*. Esta é tomada com muita latitude: até à informação disponível sob forma oral é englobada (art. 2 *a*). Estão ausentes da directriz as preocupações comerciais. Regula-se apenas o acesso, e não a reutilização. Tudo isto afasta este diploma das preocupações que actualmente se agitam em torno da documentação do sector público.

Mas por outro lado, a directriz inova em aspectos que serão depois muito significativos. Assim, a informação está disponível para qualquer requerente, independentemente de este provar ter um interesse pessoal na questão (art. 3/1). O fornecimento da informação pode ser oneroso, mas os Estados não podem cobrar mais que um custo razoável (art. 5).

Os progressos subseqüentes nesta matéria não se realizaram no nível comunitário, mas no dos próprios

. . . . . .

6 *Trata já desenvolvidamente desta matéria, bem como da utilização, pelo enfoque das bases de dados de órgãos públicos,* PEREIRA,Alexandre Dias. Bases de Dados de órgãos públicos: o problema do acesso e exploração da informação do sector público na sociedade da informação. *In:* ***Direito da Sociedade da Informação****. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. Separata do. III, APDI / p. 243-294.*

Essa documentação desperta actualmente um grande interesse.

No domínio do *Direito Internacional* esse interesse não encontrou ainda tradução generalizada. É matéria que continua confiada aos Estados. Apenas em preceitos esparsos surgem regras disciplinando a documentação do sector público[4].

No *Direito Comparado* encontramos as situações mais variadas. Desde países que praticam uma administração aberta (como a Suécia, que a instituiu logo em 1776) até países que cultivam extremamente a reserva da documentação pública, tudo se encontra.

Até não há muito tempo, os países limitavam-se em geral a estabelecer as condições em que os documentos públicos poderiam ser dados a conhecer aos interessados[5].

2. O ACESSO À DOCUMENTAÇÃO DO SECTOR PÚBLICO

A partir de certa altura, não muito distante, entra-se em nova fase: a do acesso à documentação do sector público. Já não seria apenas o acesso dos interessados a documentação que lhes respeitasse, mas o acesso gene-

. . . . . .

4 *Sirva de exemplo o art. 39/3 do Acordo ADPIC / TRIPS, anexo ao Tratado que criou a Organização Mundial do Comércio. Sempre que se submetam a aprovação administrativa produtos farmacêuticos ou produtos químicos para a agricultura que utilizem novas entidades químicas, os dados não divulgados que se apresentem serão protegidos contra qualquer utilização desleal. O preceito é uma manifestação da protecção do segredo, tão cara à ordem norte-americana, mas que recebe apenas uma consagração parcelar naquele art. 39.*

5 *Distinguindo-se por exemplo, como em Itália, um prazo geral de 40 anos para documentos comuns, 50 anos para documentos reservados e 70 anos para documentos que contivessem dados pessoais: cfr. SANDULLI,Aldo.* Documenti della Amministrazione, *na "Enciclopedia del Diritto", XIII.*

ralizado e sem necessidade de ser justificado à documentação pública[6].

Mas a intervenção tem sido gradual.

O primeiro passo neste domínio foi dado pela Directriz n.º 90/313/CEE, de 7 de junho, relativa à liberdade de acesso à informação em matéria de ambiente.

É um diploma sectorial. Não emerge da disciplina dos documentos do sector público, mas da protecção do ambiente. Procura estabelecer a liberdade de acesso às informações administrativas desta índole, para que todos possam se beneficiar delas.

O *objecto* é pois a *informação*. Esta é tomada com muita latitude: até à informação disponível sob forma oral é englobada (art. 2 *a*). Estão ausentes da directriz as preocupações comerciais. Regula-se apenas o acesso, e não a reutilização. Tudo isto afasta este diploma das preocupações que actualmente se agitam em torno da documentação do sector público.

Mas por outro lado, a directriz inova em aspectos que serão depois muito significativos. Assim, a informação está disponível para qualquer requerente, independentemente de este provar ter um interesse pessoal na questão (art. 3/1). O fornecimento da informação pode ser oneroso, mas os Estados não podem cobrar mais que um custo razoável (art. 5).

Os progressos subseqüentes nesta matéria não se realizaram no nível comunitário, mas no dos próprios

. . . . . .

6 *Trata já desenvolvidamente desta matéria, bem como da utilização, pelo enfoque das bases de dados de órgãos públicos,* PEREIRA,Alexandre Dias. Bases de Dados de órgãos públicos: o problema do acesso e exploração da informação do sector público na sociedade da informação. *In:* **Direito da Sociedade da Informação**. *Coimbra: Coimbra Editora, 2002. Separata do. III, APDI / p. 243-294.*

Estados-membros. Embora com muitas hesitações, foi progredindo o princípio da liberdade de acesso à documentação do sector público. Esse princípio não se exprimiu no nível comunitário, por não se terem encontrado consensos para a ultrapassagem das assimetrias ao acesso existentes.

A nível dos Estados, Portugal e Espanha, por exemplo, avançaram na proclamação da liberdade de acesso.

Portugal fê-lo por meio da Lei n.º 65/93, de 26 de agosto[7]. Note-se que é este diploma que transpõe a directriz sobre o acesso à informação do ambiente. Mas esta lei é também a base do princípio do livre acesso aos documentos da Administração, revogando muita legislação sectorial.

O objecto são especificamente os documentos administrativos (art. 4), definidos como quaisquer suportes de informação... (art. 4/1 *a*). No núcleo não está pois a informação, mas o suporte desta. O diploma é alheio a toda a disciplina da comercialização[8].

Há ainda uma inovação importante no art. 7/2, onde se estabelece que o direito de acesso aos documentos administrativos compreende, não só o direito de obter a sua reprodução, como o direito de ser informado sobre a sua existência e conteúdo. Mas é duvidoso que a Administração Pública esteja em geral em condições de suportar essa sobrecarga. Também não parece sensato fixar em 10 dias o prazo de resposta da Administração aos requerimentos de acesso (art. 15/1).

. . . . . .

7 *Alterada pelas Leis n.os 8/95, de 29 de maio, e 94/99, de 16 de junho.*

8 *Sobre o regime do acesso aos documentos administrativos cfr. GONÇALVES, José Renato. Exercício do direito de acesso aos documentos detidos pela Administração Pública. In :* ***Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles.*** *[S.l.] : Almedina, 2003. v. V, 579; e também em* ***Revista da Banca****, 53, 15.*

Indicam-se depois discriminadamente as várias causas justificativas da recusa do acesso. Há uma certa burocratização, uma vez que é criada uma entidade administrativa, a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos, que dá parecer sobre o acesso e aprecia as queixas (art. 20) [9].

3. O LIVRO VERDE SOBRE A INFORMAÇÃO DO SECTOR PÚBLICO (1998)

Entra-se na terceira quando se toma consciência que a documentação pública representa um gigantesco manancial em condições de ser explorado economicamente na sociedade da informação.

O objectivo passa a ser então a abertura à possibilidade de reutilização, e não apenas de acesso àqueles documentos. A reutilização é definida como utilização para fins diferentes "do fim inicial para que os documentos foram produzidos". [10].

Na Europa, esta frente é aberta no nível comunitário com o Livro Verde de 1998 sobre a informação do sector público na sociedade da informação [11].

Embora acene inicialmente para a necessidade de informação pronta para os agentes económicos (n.º 1), o que o ocupa é o acesso, a disponibilização e a exploração da informação (n.º 2) e a competitividade da indústria européia com referência à norte-americana (n.º

. . . . . .

9 *As queixas são apresentadas no prazo de 20 dias, tendo a Administração 30 dias para se pronunciar (art. 16/1 e 2).*

10 *Cfr. o art. 2/4 da Proposta de Directriz sobre reutilização e exploração comercial de documentos do sector público, de que falaremos a seguir.*

11 *COM (1998) 585.*

3). O núcleo está assim no que se chama modernamente a "indústria de conteúdos": a indústria européia necessitaria de superar a desvantagem competitiva com a dos Estados Unidos [12].

Tudo é colocado no contexto da *nova sociedade da informação* (n.º 47). E aqui ganha relevo outra grande placa de direcção da Comunidade: a governação electrónica (n.os 48 e seguintes). Acentua-se o contributo que esta pode trazer para o acervo dos dados em rede. A governação electrónica repartir-se-ia por três funções principais: informação, comunicação e transacção. Mas logo se apontam os serviços de transacção como o futuro da governação electrónica (n.º 57) [13].

Analisam-se as condições de acesso, mas pode já dizer-se que o acesso é meramente instrumental: a preocupação principal é a da exploração económica por empresas privadas da informação do sector público.

Neste sentido, observa-se que a disponibilização pelos órgãos públicos da informação não reservada evita que a recolha seja duplicada pelos cidadãos e empresas, reduzindo drasticamente os encargos destas, particularmente das pequenas e médias empresas (n.º 56).

No final, sugere-se uma solução de tipo regulamentar para a disciplina comunitária (n.º 122), dentro da tendência uniformizadora que marca sempre as iniciativas da Comissão.

. . . . . .

12 Recorda-se neste ponto que nos Estados Unidos o sector público está impedido de cobrar o valor acrescentado por ele; e que as empresas norte-americanas tiram partido do facto de poderem obter a informação do seu sector público gratuitamente (n.º 97).

13 Embora, espantosamente, se incluam os referendos, as eleições e as petições com base em sondagens de opinião nos serviços de transacção: Quadro 1 do Capítulo II.

4. A PROPOSTA DE DIRECTRIZ SOBRE REUTILIZAÇÃO E EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE DOCUMENTOS DO SECTOR PÚBLICO

Esta última preferência não encontrou o acolhimento dos Estados. Por isso a formalização comunitária do tema realizou-se mediante uma proposta de directriz: é a proposta de directriz sobre reutilização e exploração comercial de documentos do sector público [14].

O processamento desta proposta foi muito rápido. Em 26 de maio de 2003 já surge a Posição Comum n.º 38/03 do Conselho. As diferenças em relação ao Parlamento não parecem profundas, pelo que se deve estar nas vésperas da aprovação.

A reutilização é entendida num sentido muito amplo: é toda a utilização por pessoas singulares ou jurídicas de documentos na posse de organismos do sector público, para fins comerciais ou não comerciais, diferentes do fim inicial de serviço público para que os documentos foram produzidos (art. 2/4). Portanto, separa-se o que é desempenho de funções públicas previstas e o que é utilização para qualquer fim diferente.

A orientação seguida consistiu em distinguir profundamente o acesso e a reutilização. Prescinde-se da harmonização das condições de acesso, possivelmente por se não ter logrado consenso nesta matéria. A matéria do acesso continua a ser da competência exclusiva dos Estados membros.

O que se disciplina é a reutilização. E esta, embora definida em termos amplos, preludia a exploração comercial, que é o verdadeiro objectivo da directriz proposta.

. . . . . .

14 Publicada no JOCE C 227 E de 24.IX.02, pág. 382.

3). O núcleo está assim no que se chama modernamente a "indústria de conteúdos": a indústria européia necessitaria de superar a desvantagem competitiva com a dos Estados Unidos [12].

Tudo é colocado no contexto da *nova sociedade da informação* (n.º 47). E aqui ganha relevo outra grande placa de direcção da Comunidade: a governação electrónica (n.os 48 e seguintes). Acentua-se o contributo que esta pode trazer para o acervo dos dados em rede. A governação electrónica repartir-se-ia por três funções principais: informação, comunicação e transacção. Mas logo se apontam os serviços de transacção como o futuro da governação electrónica (n.º 57) [13].

Analisam-se as condições de acesso, mas pode já dizer-se que o acesso é meramente instrumental: a preocupação principal é a da exploração económica por empresas privadas da informação do sector público.

Neste sentido, observa-se que a disponibilização pelos órgãos públicos da informação não reservada evita que a recolha seja duplicada pelos cidadãos e empresas, reduzindo drasticamente os encargos destas, particularmente das pequenas e médias empresas (n.º 56).

No final, sugere-se uma solução de tipo regulamentar para a disciplina comunitária (n.º 122), dentro da tendência uniformizadora que marca sempre as iniciativas da Comissão.

. . . . . .

12 Recorda-se neste ponto que nos Estados Unidos o sector público está impedido de cobrar o valor acrescentado por ele; e que as empresas norte-americanas tiram partido do facto de poderem obter a informação do seu sector público gratuitamente (n.º 97).

13 Embora, espantosamente, se incluam os referendos, as eleições e as petições com base em sondagens de opinião nos serviços de transacção: Quadro 1 do Capítulo II.

4. A PROPOSTA DE DIRECTRIZ SOBRE REUTILIZAÇÃO E EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE DOCUMENTOS DO SECTOR PÚBLICO

Esta última preferência não encontrou o acolhimento dos Estados. Por isso a formalização comunitária do tema realizou-se mediante uma proposta de directriz: é a proposta de directriz sobre reutilização e exploração comercial de documentos do sector público [14].

O processamento desta proposta foi muito rápido. Em 26 de maio de 2003 já surge a Posição Comum n.º 38/03 do Conselho. As diferenças em relação ao Parlamento não parecem profundas, pelo que se deve estar nas vésperas da aprovação.

A reutilização é entendida num sentido muito amplo: é toda a utilização por pessoas singulares ou jurídicas de documentos na posse de organismos do sector público, para fins comerciais ou não comerciais, diferentes do fim inicial de serviço público para que os documentos foram produzidos (art. 2/4). Portanto, separa-se o que é desempenho de funções públicas previstas e o que é utilização para qualquer fim diferente.

A orientação seguida consistiu em distinguir profundamente o acesso e a reutilização. Prescinde-se da harmonização das condições de acesso, possivelmente por se não ter logrado consenso nesta matéria. A matéria do acesso continua a ser da competência exclusiva dos Estados membros.

O que se disciplina é a reutilização. E esta, embora definida em termos amplos, preludia a exploração comercial, que é o verdadeiro objectivo da directriz proposta.

. . . . . .

14 Publicada no JOCE C 227 E de 24.IX.02, pág. 382.

Manifesta-se a preferência pela disponibilização em linha dos dados do sector público. Mas também aqui a directriz proposta segue uma orientação minimalista. Os Estados devem impulsionar essa apresentação, mas não se estabelecem obrigações precisas (art. 5/1).

Semelhantemente, os Estados não estão obrigados, para satisfazer os pedidos (art. 5/1):

- a criar documentos
- a adaptar documentos
- a fornecer extractos de documentos, quando isso envolver esforço desproporcionado que ultrapasse o da simples manipulação
- a manter a produção de documentos para permitir a sua reutilização.

O minimalismo manifesta-se ainda noutros aspectos fundamentais. Além do acesso, há várias diversidades na legislação e em que a directriz proposta evita intervir.

Temos antes de mais:

- a privacidade (art. 1/4): a proposta nada interfere com o disposto nessa matéria
- documentos cujos direitos de propriedade intelectual sejam detidos por terceiros (art. 3/2 *b*): a directriz não é aplicável
- documentos na posse de estabelecimentos de ensino ou investigação ou de instituições culturais (art. 3/2 *e* e *f*): não são abrangidos.

5. OS SUJEITOS

Nesta relação surge-nos um sujeito activo e um sujeito passivo.

Sujeito activo é quem requer o acesso e reutilização da documentação do sector público. Sujeito passivo é o ente público.

No que respeita ao sujeito activo não há novidades. Qualquer um pode ser beneficiário, sem ter de demonstrar interesse. Se for necessário provar um interesse particular, esta directriz não é aplicável (art. 1/3).

Já no que respeita ao sujeito passivo a diferença é muito grande.

A directriz sobre a informação do ambiente aplicava-se somente à Administração Pública: eram expressamente excluídos "os organismos que actuem com poderes judiciais ou legislativos" (art. 2 *b*).

Os diplomas portugueses na matéria referiam-se expressamente ao acesso aos documentos da *Administração* [15].

Mas a proposta de directriz afasta-se desta orientação. O art. 2/1 dá uma ampla noção de organismo do sector público, que abrange todos os organismos de direito público. O n.º 2 *a* dá destes uma noção igualmente vasta, pois os centra na satisfação específica de necessidades de interesse geral. A exclusão dos organismos com poderes judiciais ou legislativos desaparece.

. . . . . .

15 Art. 3 da Lei n.º 94/99, por exemplo. O n.º 2 deste artigo, na sequência da directriz, faz a extensão aos organismos que exerçam responsabilidades públicas em matéria ambiental sob o controlo da Administração Pública.

Parece haver assim uma intenção generalizadora. É realmente a documentação do sector público que é reutilizável, seja quem for o ente público que a produza ou por ela responda.

6. O OBJECTO

É importante determinar qual é o objecto da reutilização.

Já dissemos que podem ou não ser obras literárias ou artísticas, e que estas podem em abstracto ser ou não protegidas por direitos intelectuais; mas que, se o forem, são afastadas do campo de aplicação da directriz[16].

Já dissemos também que o objecto da directriz sobre a informação do ambiente era a *informação*; mas que a discussão sobre a liberdade de acesso foi já referida aos *documentos* do sector público, pela relevância que é dada ao *suporte*.

A proposta de directriz parece adoptar esta última orientação. Refere-se sempre aos *documentos*.

Esta opção foi contestada pelo Parlamento Europeu, que preferiu a referência à *informação*. A alteração foi aceita pela Comissão mas rejeitada pelo Conselho na referida Posição Comum: é demasiado lato, e o termo "documento" traduz melhor o conceito essencial inerente à directiva, além de ser mais claro para efeitos da sua aplicação.

Não obstante, a posição comum, neste ponto, continua a ser ambígua.

O art. 2/3 *a* define documento "qualquer conteúdo, seja qual for o seu suporte (documento escrito em suporte papel ou electrónico, registo sonoro, visual ou audiovisual)".

. . . . . .

16 Art.os 3/2 b e 3/5.

BIBLIOTECA DA ESMAPE

A definição está muito na voga do termo conteúdo, e do fomento das *indústrias de conteúdos* que parece esgotar todos os propósitos culturais da Comunidade[17].

Mas a transferência da tangibilidade do documento para a imaterialização do **conteúdo** comporta uma entonação muito mais ampla. É verdade que o conteúdo tem de ter um suporte, mas o dever de a Administração facultar conteúdos em vez de facultar documentos cria uma indefinição.

O conteúdo vem assim a confundir-se com o *dado*. Esta é também uma noção ambígua, por mais vulgarizada que seja a sua utilização. O dado é um elemento intangível: uma base de dados não é uma colecção de coisas. Mas os diplomas europeus comunitários não o dizem. Já o dizem porém os diplomas norte-americanos sobre a matéria, que marcam um progresso em relação à situação européia[18].

A ambigüidade da definição proposta de documento deveria ser rejeitada. Afasta-se da noção jurídica comum de documento, como um elemento corpóreo em que o homem imprimiu um determinado sentido. A definição como um *conteúdo* trará certamente dificuldades de aplicação.

7. A PERSPECTIVA NORTE-AMERICANA

Procuremos agora a essência do regime que se quer estabelecer. Este reside na exploração comercial privada dos documentos do sector público.

. . . . . .

17 Fala-se de indústrias de conteúdos, indústrias de copyright, indústrias culturais, sem se fazer a análise necessária da relação existente entre estas indústrias e o fomento cultural. Veja-se a consideração de vários aspectos implicados em SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 87-96.

18 Cfr. o nosso Bases de dados electrónicas. O estado da questão em Portugal e na Europa. Internet e da Sociedade da Informação – Estudos, Almedina, 2001; **RFDL**, XLII (2001), n.º 2, 735-750; e **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 56, p. 6-14, jan/fev 2002.

Parece haver assim uma intenção generalizadora. É realmente a documentação do sector público que é reutilizável, seja quem for o ente público que a produza ou por ela responda.

6. O OBJECTO

É importante determinar qual é o objecto da reutilização.

Já dissemos que podem ou não ser obras literárias ou artísticas, e que estas podem em abstracto ser ou não protegidas por direitos intelectuais; mas que, se o forem, são afastadas do campo de aplicação da directriz[16].

Já dissemos também que o objecto da directriz sobre a informação do ambiente era a *informação*; mas que a discussão sobre a liberdade de acesso foi já referida aos *documentos* do sector público, pela relevância que é dada ao *suporte*.

A proposta de directriz parece adoptar esta última orientação. Refere-se sempre aos *documentos*.

Esta opção foi contestada pelo Parlamento Europeu, que preferiu a referência à *informação*. A alteração foi aceita pela Comissão mas rejeitada pelo Conselho na referida Posição Comum: é demasiado lato, e o termo "documento" traduz melhor o conceito essencial inerente à directiva, além de ser mais claro para efeitos da sua aplicação.

Não obstante, a posição comum, neste ponto, continua a ser ambígua.

O art. 2/3 *a* define documento "qualquer conteúdo, seja qual for o seu suporte (documento escrito em suporte papel ou electrónico, registo sonoro, visual ou audiovisual)".

. . . . . .

16 Art.os 3/2 b e 3/5.

BIBLIOTECA DA ESMAPE

A definição está muito na voga do termo conteúdo, e do fomento das *indústrias de conteúdos* que parece esgotar todos os propósitos culturais da Comunidade[17].

Mas a transferência da tangibilidade do documento para a imaterialização do **conteúdo** comporta uma entonação muito mais ampla. É verdade que o conteúdo tem de ter um suporte, mas o dever de a Administração facultar conteúdos em vez de facultar documentos cria uma indefinição.

O conteúdo vem assim a confundir-se com o *dado*. Esta é também uma noção ambígua, por mais vulgarizada que seja a sua utilização. O dado é um elemento intangível: uma base de dados não é uma colecção de coisas. Mas os diplomas europeus comunitários não o dizem. Já o dizem porém os diplomas norte-americanos sobre a matéria, que marcam um progresso em relação à situação européia[18].

A ambigüidade da definição proposta de documento deveria ser rejeitada. Afasta-se da noção jurídica comum de documento, como um elemento corpóreo em que o homem imprimiu um determinado sentido. A definição como um *conteúdo* trará certamente dificuldades de aplicação.

7. A PERSPECTIVA NORTE-AMERICANA

Procuremos agora a essência do regime que se quer estabelecer. Este reside na exploração comercial privada dos documentos do sector público.

. . . . . .

17 Fala-se de indústrias de conteúdos, indústrias de copyright, indústrias culturais, sem se fazer a análise necessária da relação existente entre estas indústrias e o fomento cultural. Veja-se a consideração de vários aspectos implicados em SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 87-96.

18 Cfr. o nosso Bases de dados electrónicas. O estado da questão em Portugal e na Europa. Internet e da Sociedade da Informação – Estudos, Almedina, 2001; **RFDL**, XLII (2001), n.º 2, 735-750; e **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 56, p. 6-14, jan/fev 2002.

Qual o significado de semelhante sistema, numa perspectiva de direito a legislar? Qual a *ratio* do regime que se pretende instituir?

A proposta autojustifica-se pelo favorecimento da indústria européia de conteúdos, a que seria necessário outorgar competitividade internacional.

Mas a experiência ensina-nos que, se queremos compreender um documento comunitário, devemos usar uma cautela hermenêutica fundamental. Devemos perguntar: qual o interesse dos Estados Unidos da América nesta solução? Porque muitas vezes, mais que um interesse europeu, é um interesse norte-americano que se prossegue.

Ora, neste caso, o interesse norte-americano é máximo.

Já há décadas que se despertou aí para a exploração da documentação pública.

Tudo isto deriva de uma filosofia da coisa pública que não é a européia. A Administração está ali ao serviço de interesses das empresas. A Administração investe em bens, mas os privados exploram-nos. A Administração não tem *copyright* sobre a sua própria documentação[19].

O interesse norte-americano pela documentação não é apenas interno[20]. Há um tesouro mundial de documentação do sector público com interesse empresarial a aproveitar.

. . . . . .

19 Nem, evidentemente, o direito sui generis *sobre o conteúdo das bases de dados, pois esse direito nunca foi reconhecido pela lei norte-americana.*

20 Nomeadamente, estende-se há muito à documentação de outros países. Assim *acontece na política de fotocópia sistemática de arquivos históricos estrangeiros, que há muito se manifestou em Portugal.*

Assegura-se um acesso público generalizado a essa documentação em condições equitativas. Foi garantido, com as excepções convenientes, o acesso, se possível electrónico, do público à informação do governo federal para a exploração económica desta. O sector público pode cobrar os custos, mas não pode incluir nestes o valor acrescentado ao dos dados em bruto.

A fundamentação é apontada no facto de a documentação ser paga pelo povo, que deve poder dispor dela. Mas também se pode dizer que o povo paga e as empresas fazem negócios sem terem de incorrer no investimento correspondente. Todos pagam, mas só alguns aproveitam comercialmente o resultado.

Ora, esta abertura da possibilidade de exploração económica da documentação dos países europeus é justificada pelas necessidades das empresas comunitárias de conteúdos, mas não pode deixar de beneficiar as empresas norte-americanas. Não se vê que estas possam ser discriminadas. Além das dificuldades práticas que se defrontariam, há que contar com as determinações da O.M.C. [21], que impediriam a discriminação. E ainda que o não impedissem, não seria crível que uma pressão diplomática não fosse suficiente para abrir essa documentação em igualdade de condições às empresas exteriores.

A proposta de directriz nada diz sobre esta matéria. Mas a comercialização dos documentos públicos implica a aplicação das regras que regem o comércio internacional [22]. Não parece fácil rejeitar estas consequências.

. . . . . .

21 O art. 1/5 da Proposta refere já, embora para a matéria da propriedade intelectual, as determinações do Acordo ADPIC/ TRIPS.

22 Dentro dos limites da directriz, evidentemente. Assim, a disciplina não é aplicável aos arquivos, bibliotecas e centros de investigação (art. 1/2 e).

8. A LIBERALIZAÇÃO DO SECTOR

A Comunidade Européia segue a trilha prosseguida pelos Estados Unidos da América. Abre-se uma nova zona de exploração empresarial. Esta resulta de se reservar aos privados a reutilização, portanto toda a utilização que se não destine aos fins para os quais os documentos foram produzidos. Os entes públicos deixam de ter qualquer privilégio neste sector. Apenas se ressalva o intercâmbio de documentos entre organismos do sector público exclusivamente no desempenho das suas funções: o art. 2/4 declara que isso não constitui reutilização.

Há seguramente grandes vantagens empresariais nesta abertura. As chamadas indústrias de *copyright* encontram um vasto campo de expansão. Aí o primado cabe aos grandes complexos editoriais dos países centrais europeus, que estão em condições de realizar a exploração integrada da documentação existente. A diversidade de línguas, e particularmente a existência de línguas de menor circulação comunitária, oferecerá em muitos casos um obstáculo natural ao aproveitamento directo da documentação nessas línguas. Mas o documento transporta o dado. Esse poderá ser extraído e explorado depois, economicamente, por quem tiver estruturas empresariais capazes de o fazer.

Isto permite a possibilidade de constituição ou reforço de bases de dados a partir dessa documentação.

Cria-se um dever de os entes públicos facultarem a documentação que preencha os requisitos do livre acesso. Os prazos previstos são muito curtos: 20 dias, prorrogáveis por mais 20 (art. 4/2). Se houver recusa, terão de se indicar os motivos (art. 4/3).

Admite-se a figura da *licença*, mas mesmo então os entes públicos devem apresentar ao requerente a oferta de licença definitiva num prazo razoável (art. 4/1). As condições estabelecidas não devem restringir demasiadamente as possibilidades de reutilização e não devem ser utilizadas para limitar a concorrência (art. 8/1).

Os entes públicos não ficam impedidos de realizar a exploração comercial dos documentos. Mas fazendo-o «fora do âmbito das suas atribuições públicas», devem aplicar-se ao fornecimento de documentos para tais actividades, preços e condições idênticas aos aplicáveis aos restantes utilizadores (art. 9/2).

Digamos que se dá uma liberalização forçada do sector. Fora dos fins específicos para que o documento foi produzido, só se poderá fazer a exploração comercial dos documentos do sector público em regime de concorrência.

Um ponto muito sensível está na proibição de *acordos exclusivos*. Se a finalidade é instaurar um regime de concorrência, não se compreenderia que se celebrassem contratos que criassem direitos exclusivos em benefício de particulares. Por isso se prevê a caducidade dos acordos exclusivos existentes (art. 10/1 e 3). Mas ainda se prevêem, embora com carácter transitório, "casos em que seja necessário um direito exclusivo para a prestação dum serviço de interesse público" (art. 10/2 e 3).

Podem ser cobrados emolumentos. Mas estes não deverão exceder o custo da recolha, produção, reprodução e divulgação do documento, acrescido de uma rentabilidade razoável para o investimento (art. 6).

9. INCIDÊNCIAS DO REGIME PROPOSTO

Muito pontos há que devem ser objecto de meditação. Desde logo o que respeita à fixação dos preços.

Diz-se que os entes públicos não podem ter em conta o valor acrescentado aos dados em bruto. Mas isso não pode significar que os privados recebam os documentos sem pagarem o esforço que foi desenvolvido na sua produção, mesmo que seja um esforço suplementar. E assim, diríamos que tudo o que vai além da recolha normal da documentação deve ser levado a custos.

Estarão neste caso, se excederem a produção normal dos documentos, a:

- digitalização
- organização (nomeadamente em bases de dados)
- tradução, se eventualmente necessária
- pesquisa e resposta a solicitações especiais.

O custo implicado deve cobrir tudo isto, pois doutra maneira estariam todos a pagar o que seria só lucrativo para alguns.

Outro aspecto importante respeita à *responsabilidade civil*. Deverão os entes públicos ser responsáveis pela correcção intrínseca da documentação prestada? O Livro Verde deu resposta afirmativa à pergunta (n.os 115 a 117), mas a directriz proposta não a contempla.

Os entes públicos produzem a documentação adequada ao desempenho das suas tarefas normais. O nível de correcção exigível é o necessário para essas tarefas.

Se além disso se exigir uma garantia de correcção que não é exigida por essas tarefas estão-se a sobrecarregar todos, para um benefício que não é de todos, mas sim do explorador da informação. Os entes públicos não podem tomar sobre si esse ónus. Ou se, em alternativa, tiverem que o fazer, deverão ser remunerados especificamente por aquele que pretende reutilizar o documento.

É ainda da maior importância a repercussão que pode ter a proposta de directriz sobre a reutilização e a exploração comercial, sobre o direito *sui generis* dos entes públicos [23].

A proposta de directriz elimina o direito sui generis dos entes públicos sobre o conteúdo das bases de dados que produzem na sua actuação normal.

Se o direito *sui generis* consiste no exclusivo outorgado contra a extracção e/ou a reutilização da totalidade ou de parte substancial do conteúdo das bases de dados, isto significa que o ente público fabricante da base, verificadas as condições previstas na proposta de directriz, perde o direito de se opor à extracção ou reutilização do conteúdo da base. Deixa de ter um exclusivo, enquanto este é reconhecido aos privados sobre as bases que fabricam.

Eis uma consequência de largo alcance. A proposta de directriz altera o equilíbrio estabelecido. Há uma discriminação dos entes públicos em relação aos particulares. A estes é retirado, pelo menos para a comercialização exterior aos fins para que a base de dados foi

. . . . . .

23 Vimos que os entes públicos são titulares deste direito: supra, n.º 1.

criada, o direito *sui generis* sobre o conteúdo da base. O seu direito de exploração não ultrapassa os fins para que os documentos foram produzidos.

10. INTRANET

A formação de redes informáticas traz novos aspectos à questão.

Comecemos pelas *intranet* – redes que podem ligar vários terminais, sem se integrarem na rede das redes universal que é a Internet.

A hipótese tem logo uma manifestação no próprio texto da proposta. O art. 2/4, quando admite o intercâmbio de documentos entre organismos do sector público, exclusivamente no desempenho das suas funções, abrange esse intercâmbio em rede fechada.

A dimensão duma *intranet* pode variar muito. Se a rede que conjuga dois servidores é pouco problemática, redes escolares com meio milhão de destinatários, como há casos reais, fazem aparecer muitas dificuldades.

Poderão suscitar-se questões sensíveis de direito de autor, quando se pergunta se a documentação está a ser utilizada em termos que respeitam as finalidades com que foi produzida para o ente público. Pense-se num parecer prestado por um particular, por exemplo.

Surgem dificuldades acrescidas em matéria de privacidade. Quanto maior o círculo, maior é a exposição, e portanto maior deve ser a cautela na não exposição de dados pessoais.

No domínio do resguardo de matérias reservadas as preocupações são potenciadas. O segredo de justiça

dá um bom exemplo. Se aumenta o círculo dos intervenientes numa rede, aumenta a possibilidade das fugas.

Emergem também questões atinentes à compatibilização desta difusão com o reconhecimento a terceiros de direitos de exploração comercial. Mas esses serão conjuntamente examinados a seguir.

11. INTERNET

A documentação pode estar disponível sem mais em linha. É, aliás o que a proposta de directriz recomenda: vejam-se os arts. 5/1, 7 e 8/2, por exemplo.

A disponibilidade em linha faz retomar a problemática das bases de dados. Um sítio público integrará normalmente uma base de dados pública. Mas os problemas são grandes, dada a indefinição que continua a pairar sobre o próprio conceito de base de dados [24].

A veiculação em rede não altera o estatuto da documentação pública. Não poderia, nomeadamente, um sítio público recusar o fornecimento de documentação, nas condições estabelecidas.

Há que distinguir sobretudo duas situações, que correspondem basicamente às posições passiva e activa do ente público.

1. *O ente público é quem fornece a documentação*

Quais as repercussões que a abertura da documentação ao sector privado têm sobre a actividade daquele ente?

. . . . . .

24 Assim, pode defender-se uma extensão máxima, que leve a que se considere que todo o sítio web é, por si, uma base de dados. Numa outra linha, um tribunal holandês decidiu recentemente que um jornal não constituía uma base de dados, e que o sítio que copiava de jornais excertos de anúncios de emprego não infringia alegados direitos de titular de base de dados dos jornais.

Deixa de poder utilizá-la livremente para os seus fins? Poderá fornecê-la gratuitamente quando estes o reclamam? Ou praticar preços mais baixos quando considerar que os interesses que tutela o justificam?

A possibilidade de exploração comercial, aberta às empresas de conteúdos, não pode ser entendida de maneira a privar os entes públicos de poderes gerais de actuação nessa qualidade. Se não há exploração comercial, a liberdade do ente público de fazer como entender é total. Se a há, deve procurar-se um equilíbrio, de maneira que as facilidades concedidas não prejudiquem um desempenho normal. Se certas finalidades justificarem uma posição privilegiada dos destinatários, a outorga gratuita ou favorecida da documentação não deve ser vedada. Assim poderá acontecer em consequência de calamidade pública, ou para educação de deficientes, ou em situações semelhantemente justificadas.

O ente público tem liberdade de prestar a todos os requerentes a documentação a título gratuito. A própria proposta de directriz o prevê (art. 6): a cobrança de emolumentos é eventual.

A idéia base é a de que o privado deve dar aos dados um valor acrescentado, que justifique a preferência no mercado: pois se o que oferecer for o que o ente público genericamente faculta, os destinatários dirigir-se-ão logicamente a este. Daqui resulta que, se o ente público faculta a documentação gratuitamente ou a baixo preço, pode continuar a fazê-lo.

2. *O ente público explora comercialmente a documentação para outros fins*

Se o ente público exercer actividade comercial, fora do âmbito do fim inicial de serviço público, não pode pretender o exclusivo: terá de sujeitar-se a um regime concorrencial.

Suscitam-se questões delicadas no que respeita ao nível de remunerações que pode ser reclamado pelo sector público.

Se a exploração é feita fora do âmbito das atribuições desse ente público, terá de sujeitar-se à concorrência. Isto não implica nenhuma imposição de preços; as condições idênticas às dos restantes utilizadores que se referem (art. 9/2) respeitam à própria obtenção da documentação. Mas não pode utilizar recursos públicos para essa comercialização, pois doutra maneira colocar-se-ia fora das condições do mercado.

Pode porém praticar os preços que entender, sejam ou não mais baixos que os dos restantes, desde que funcione em condições de economicidade.

12. O SISTEMA PROPOSTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO

Há também elementos de informação de interesse geral que devem ser sempre fornecidos, mesmo que a documentação seja simultaneamente objecto de exploração privada. É muito importante o que se passa no domínio da legislação. O conhecimento desta deve ser facilitado, justificando-se mesmo uma divulgação em rede a título gratuito, ou outros métodos de finalidade análoga.

Mas isto vai-nos conduzindo a uma apreciação geral da proposta em causa.

Deixa de poder utilizá-la livremente para os seus fins? Poderá fornecê-la gratuitamente quando estes o reclamam? Ou praticar preços mais baixos quando considerar que os interesses que tutela o justificam?

A possibilidade de exploração comercial, aberta às empresas de conteúdos, não pode ser entendida de maneira a privar os entes públicos de poderes gerais de actuação nessa qualidade. Se não há exploração comercial, a liberdade do ente público de fazer como entender é total. Se a há, deve procurar-se um equilíbrio, de maneira que as facilidades concedidas não prejudiquem um desempenho normal. Se certas finalidades justificarem uma posição privilegiada dos destinatários, a outorga gratuita ou favorecida da documentação não deve ser vedada. Assim poderá acontecer em consequência de calamidade pública, ou para educação de deficientes, ou em situações semelhantemente justificadas.

O ente público tem liberdade de prestar a todos os requerentes a documentação a título gratuito. A própria proposta de directriz o prevê (art. 6): a cobrança de emolumentos é eventual.

A idéia base é a de que o privado deve dar aos dados um valor acrescentado, que justifique a preferência no mercado: pois se o que oferecer for o que o ente público genericamente faculta, os destinatários dirigir-se-ão logicamente a este. Daqui resulta que, se o ente público faculta a documentação gratuitamente ou a baixo preço, pode continuar a fazê-lo.

2. *O ente público explora comercialmente a documentação para outros fins*

Se o ente público exercer actividade comercial, fora do âmbito do fim inicial de serviço público, não pode pretender o exclusivo: terá de sujeitar-se a um regime concorrencial.

Suscitam-se questões delicadas no que respeita ao nível de remunerações que pode ser reclamado pelo sector público.

Se a exploração é feita fora do âmbito das atribuições desse ente público, terá de sujeitar-se à concorrência. Isto não implica nenhuma imposição de preços; as condições idênticas às dos restantes utilizadores que se referem (art. 9/2) respeitam à própria obtenção da documentação. Mas não pode utilizar recursos públicos para essa comercialização, pois doutra maneira colocar-se-ia fora das condições do mercado.

Pode porém praticar os preços que entender, sejam ou não mais baixos que os dos restantes, desde que funcione em condições de economicidade.

12. O SISTEMA PROPOSTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO

Há também elementos de informação de interesse geral que devem ser sempre fornecidos, mesmo que a documentação seja simultaneamente objecto de exploração privada. É muito importante o que se passa no domínio da legislação. O conhecimento desta deve ser facilitado, justificando-se mesmo uma divulgação em rede a título gratuito, ou outros métodos de finalidade análoga.

Mas isto vai-nos conduzindo a uma apreciação geral da proposta em causa.

Pensamos que o ponto fulcral de apreciação da proposta tem de se concentrar na informação pública. O sistema é bom se contribuir para a informação pública; se agravar as condições da informação, é mau.

Assim acontecerá se se for no caminho de uma perigosa monopolização e privatização da informação e do saber [25], de que infelizmente temos já exemplos. A informação, de bem livre, vai-se tornando objecto de direitos exclusivos. Se estes levarem a tornar a informação excessivamente opaca ou onerosa, o sistema não pode deixar de ser considerado nocivo.

Mais uma vez, é a grande problemática do direito à informação que surge em primeiro plano. A sociedade da informação não pode ser a sociedade edénica das empresas de conteúdos e simultaneamente a sociedade da restrição da informação livre.

Isto é muito particularmente importante em relação a elementos que têm de estar imediatamente ao dispor de todos, gratuitamente ou pelo menos com um mínimo de onerosidade.

Pensemos na jurisprudência, e sobretudo na legislação. Estas têm de estar em condições muito particulares de disponibilidade.

Os diários oficiais nunca foram gratuitos. Mas a Internet permite com facilidade que sejam objecto dum acesso gratuito.

Se passam a ser objecto de exploração comercial, essa gratuitidade é posta em causa. Os próprios entes

. . . . . .

25 A expressão é de Wiebe, Andréas. Information als Naturkraft. ***GRUR*** *1994/4, 233-246 (245). O autor apela para uma reponderação dos direitos industriais e direitos de autor, que leve a determinar em que medida direitos exclusivos e direitos de disposição são de conceber no domínio da técnica da informação e da própria informação.*

públicos terão de adequar à concorrência os seus padrões, se os não seguiam já. Isto se se entender que a própria difusão da legislação representa algo exterior às funções próprias dessas entidades – o que no exemplo dado parece claro que não acontece.

Mas, mesmo que se entrasse no regime puro de comercialização da legislação, em rede e fora desta, sempre seria necessário assegurar um regime especialmente favorecido de dar conhecimento da legislação e da jurisprudência.

Pelo menos, teria de haver lugares públicos, como bibliotecas e escolas, em que qualquer pessoa tivesse a possibilidade de acesso a esses elementos de modo gratuito.

A questão desloca-se para um domínio que com este tem grandes afinidades: a da liberdade de acesso à rede e a dados aí disponíveis, como obras escritas, para satisfazer necessidades básicas de informação.

Não é suficiente um sistema em que haja taxas, mesmo moderadas, de pagamento de serviços. Pelo menos em certos lugares públicos tem de haver uma informação mínima que seja aberta.

Este desiderato pode conseguir-se por duas vias:

- através do funcionamento de meios paralelos a cargo dos entes públicos de disponibilização desses conteúdos mínimos
- através da disponibilização operada pelo próprio explorador comercial dos documentos fornecidos pelo ente público.

Nesta última hipótese, sobre aquele que recebesse os documentos para exploração recairia também o encargo de assegurar uma difusão mínima livre.

O sistema da proposta de directriz será compatível com as exigências da liberdade de informação?

Pensamos que a satisfação destas exigências depende de haver capacidade de conjugar num sistema coerente as suas múltiplas implicações.

No que respeita aos encargos sobre os privados, a própria proposta de directriz prevê o sistema de **licença** (art. 4). Esta representa o veículo adequado para a determinação das obrigações do requerente. Nos sectores mais sensíveis, a outorga de licença teria, entre as contrapartidas, a garantia da informação mínima adequada.

Se assim acontecer, o sistema poderá funcionar de modo compatível com as exigências da liberdade de informação.

Se não houver capacidade para o fazer, é bem de recear que seja a informação a sacrificada por este novo "progresso" no caminho da sociedade da informação.

13. CONCLUSÃO

O sistema joga com aspectos da maior complexidade, porque toca em princípios fundamentais sobre que a nossa sociedade assenta. Por isso, não há que esconder as perplexidades que provoca.

E todavia, não obstante a gravidade da questão, são raras as pessoas que dela têm consciência.

Tudo se passa com uma rapidez estonteante. Ainda não houve tempo de nos apercebermos do que é proposto e vemos que o processo legislativo entra já na fase final.

Não é um caso ímpar. Pelo contrário, assistimos a numerosas e profundas transformações da nossa ordem

jurídica por força de movimentos cuja iniciativa nos escapa e cujo significado não temos condições de assimilar.

Isto mostra como é colectivamente necessário um esforço suplementar de actualização e acompanhamento destes trabalhos, para que possamos aspirar a ser algo mais que destinatários passivos de determinações que não foram seguramente elaboradas para dar satisfação à nossa circunstância peculiar.

O LEGADO DAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS DA CRIMINALIDADE

José Durval de Lemos Lins Filho
Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Mestrando em Direito pela UFPE; Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Olinda, do Instituto de Ensino Superior de Olinda e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco; Delegado de Polícia.

SUMÁRIO

1. O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO: O NASCIMENTO DA CRIMINOLOGIA COMO CIÊNCIA; 2. LOMBROSO E SUA TEORIA DO ATAVISMO; 3. OUTRAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS; 4. O LEGADO DAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS PARA A CRIMINOLOGIA CONTEMPORÂNEA; 5. REFERÊNCIAS

1. O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO: O NASCIMENTO DA CRIMINOLOGIA COMO CIÊNCIA

Inobstante haja respeitáveis opiniões em contrário, apenas no final do século XIX, a Criminologia atinge o *status* de ciência. Se, por um lado, os portugueses Dias & Andrade (1992:5-6) pretendem estender ao pensamento criminológico da Escola Clássica o caráter científico, de outro modo, inúmeros autores apontam o aparecimento da vertente criminológica positivista representada por Lombroso como o marco inicial da etapa científica da Criminologia.

Com efeito, Santos (1996:124), inobstante reconheça que o fenômeno da criminalidade tem sido observado desde o início dos tempos, situa o surgimento da

O LEGADO DAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS DA CRIMINALIDADE

José Durval de Lemos Lins Filho
Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE; Mestrando em Direito pela UFPE; Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Olinda, do Instituto de Ensino Superior de Olinda e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco; Delegado de Polícia.

SUMÁRIO

1. O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO: O NASCIMENTO DA CRIMINOLOGIA COMO CIÊNCIA; 2. LOMBROSO E SUA TEORIA DO ATAVISMO; 3. OUTRAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS; 4. O LEGADO DAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS PARA A CRIMINOLOGIA CONTEMPORÂNEA; 5. REFERÊNCIAS

1. O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO: O NASCIMENTO DA CRIMINOLOGIA COMO CIÊNCIA

Inobstante haja respeitáveis opiniões em contrário, apenas no final do século XIX, a Criminologia atinge o *status* de ciência. Se, por um lado, os portugueses Dias & Andrade (1992:5-6) pretendem estender ao pensamento criminológico da Escola Clássica o caráter científico, de outro modo, inúmeros autores apontam o aparecimento da vertente criminológica positivista representada por Lombroso como o marco inicial da etapa científica da Criminologia.

Com efeito, Santos (1996:124), inobstante reconheça que o fenômeno da criminalidade tem sido observado desde o início dos tempos, situa o surgimento da

Criminologia como ciência no ano de 1876, quando o médico italiano Lombroso edita "L'Uomo Delincuente", utilizando de forma sistematizada o método caracterizador do paradigma científico, qual seja, o método experimental.

O final do século XIX foi marcado pelo crescente prestígio desfrutado pelas ciências naturais. A esse respeito, Gonzaga (1974: 371) assinala que o avassalador progresso das ciências da natureza empolgou os espíritos do homem, o qual passou a acreditar que a resolução do seu destino encontrava-se em suas próprias mãos.

Ordeig (2002:36) pontifica que na concepção positivista de ciência adotada por Comte, Bentham, dentre outros, apenas os fatos comprováveis experimentalmente ensejam o conhecimento científico. Em conseqüência, tudo quanto soasse como metafísico[1] deveria ser afastado.

Diante disso, o novel paradigma científico impõe a substituição do abstrato e dedutivo utilizado pelos clássicos pelo método experimental, lógico-indutivo.

Enquanto a Escola Clássica edifica o seu arcabouço teórico sobre o ideário iluminista e liberal e utiliza o método abstrato e dedutivo, a Escola Positiva surge como um novo padrão científico cujo conhecimento distancia-se de alguns postulados clássicos, rechaçando igualmente o método abstrato e dedutivo, substituindo-o pelo método experimental ou lógico-indutivo.

Gomes & García-Pablos de Molina (2000:176) sintetizam as principais diferenças entre os postulados da Escola Clássica e da Escola Positiva. Para os clássicos, o delito é tido como um fato real e natural e sua nocividade deriva das exigências da vida em sociedade. Por sua vez, os positivistas entendem o delito como um ente jurídico cuja nocividade resta representada pela sua contrariedade aos preceitos legais.

. . . . . .

1 Para o positivismo, "metafísico" era tudo aquilo que ultrapassava os limites da observação.

Ademais, a Escola Clássica centra a sua atenção no delito e entende a legislação penal como instrumento que viabilize a defesa da sociedade pelo combate ao crime. Já os positivistas deslocam o foco do delito para o delinqüente, o qual, em face ao determinismo pregado pelo positivismo, seria um "ser diferente". O determinismo é marcante no positivismo, que relega a liberdade humana à categoria de ficção jurídica. Freitas (2002: 345) é enfático ao afirmar que:

> *para os positivistas, mais importante que o delito cometido é o delinqüente, devido à sua anormalidade que coloca em perigo a existência da própria sociedade e torna legítima a utilização de todos os meios úteis à sua defesa.*

Com efeito, Diniz (1982:229) realça a nitidez desse determinismo positivista, haja vista que para os positivistas:

> *o delito não advém da vontade humana, mas de causas endógenas e exógenas, oponde-se ao livre arbítrio e criando o conceito de responsabilidade social.*

Na concepção positiva, o delito não é resultante da manifestação do livre arbítrio do indvíduo, mas é um fato determinado por certas condições. Diante disso, o fundamento da responsabilidade penal deixa de ser o livre arbítrio, pois como escreve Luisi (1983:128)

o homem é entendido como um ser determinado e condicionado que não tem capacidade de escolha, e nem ciência plena da valia de suas ações, e como decorrência é responsável criminalmente não porque seja livre, mas por ser compelido a viver em sociedade.

Isto implica em dizer que a responsabilidade penal não se fundamenta no livre arbítrio (ou na "responsabilidade moral"), mas na realidade social. A esse respeito, Aureliano (1954:131) afirma que, na óptica positivista, a responsabilidade moral é ilusória e por isso deve ser afastada do estudo do Direito Penal, razão pela qual impõe a responsabilidade social preconizada pelos corifeus da Escola Penal Positiva.

Com efeito, a questão da cientificidade ou não da Criminologia vincula-se mais à questão metodológica do que à validade de suas proposições realizadas pelas diversas escolas do pensamento criminológico. O maior obstáculo, portanto, ao reconhecimento do caráter científico da Escola Clássica é a despreocupação com o método, contrariamente do que ocorreu com a Escola Positiva, que privilegiava e enfatizava a necessidade de obedecer-se ao método experimental (lógico-indutivo). A Criminologia irrompe o cenário científico, portanto, com vistas a investigar a etiologia do crime, e assim procedendo, ministrar elementos cientificamente válidos para subsidiar as ações de Política Criminal.

Mannheim (1984:328) aponta a Escola Positiva como o "primeiro sistema coerente do pensamento criminológico", e com isso corrobora o que acima foi exposto, quanto à assistematização do pensamento da Escola Clássica. Diante disso, reconhece-se a Escola Positiva como o marco inaugural da fase científica da Criminologia moldada em um paradigma etiológico.

2. LOMBROSO E SUA TEORIA DO ATAVISMO

Lombroso (1835-1909) é indiscutivelmente um dos principais representantes da Escola Positiva, sendo por vezes apontado como fundador da própria Criminologia enquanto ciência. Filho de pais ítalo-judeus, estudou Medicina na Universidade de Pavia e logo depois na Universidade de Viena, que reunia os melhores professores da Europa e atingia o seu apogeu em meados do século XIX, quando interessou-se pelo estudo da Psiquiatria.

Com acerto, Dias & Andrade (1992:169) esclarecem que foi a nível individual que primeiro se procurou realizar o estudo científico-explicativo do crime. Nessa área resta indiscutível a importância da Teoria do Atavismo construída por Lombroso, e que foi a grande responsável pela sua projeção, inobstante a hoje conhecida invalidade de suas afirmações.

Santos (1996:129) informa que Lombroso caracterizou-se pelo interesse em investigar matéria de antropologia criminal. Ingressou no Exército como médico militar e ao visitar os cárceres teve o primeiro contato com criminosos. Depois ingressou nas prisões para criminosos alienados, chegando a ser médico do "manicômio judiciário" de Pesaro, onde realizou autópsias em grandes delinqüentes da Calábria e Sicília, os chamados "grassatori". Essa experiência permitiu-lhe elaborar a teoria do atavismo, constante de sua obra *L'Úomo Delincuente*[2] *(1876)*, segundo a qual o criminoso seria

. . . . . .

2 *Sua principal obra foi L'Uomo Delincuente (1876). Publicou também* Genio e degenerazione *(1897), juntamente com Ferrero,* Female Offender *(1895). Sua última obra foi* Le Crime, causes et remédes, *traduzido para o inglês com o título* Crime: its Causes and Remedies. *Próximo do fim da vida, interessou-se por hipnotismo e espiritualismo, tendo publicado* After Death – What?. *Foi criador da cátedra de Antropologia Criminal. Juntamente com Ferri e Garofalo fundou o* Archivio di Psichiatria e Anthropologia Criminale *(1880) e o Museu de Antropologia Criminal (1906)*

> *o homem é entendido como um ser determinado e condicionado que não tem capacidade de escolha, e nem ciência plena da valia de suas ações, e como decorrência é responsável criminalmente não porque seja livre, mas por ser compelido a viver em sociedade.*

Isto implica em dizer que a responsabilidade penal não se fundamenta no livre arbítrio (ou na "responsabilidade moral"), mas na realidade social. A esse respeito, Aureliano (1954:131) afirma que, na óptica positivista, a responsabilidade moral é ilusória e por isso deve ser afastada do estudo do Direito Penal, razão pela qual impõe a responsabilidade social preconizada pelos corifeus da Escola Penal Positiva.

Com efeito, a questão da cientificidade ou não da Criminologia vincula-se mais à questão metodológica do que à validade de suas proposições realizadas pelas diversas escolas do pensamento criminológico. O maior obstáculo, portanto, ao reconhecimento do caráter científico da Escola Clássica é a despreocupação com o método, contrariamente do que ocorreu com a Escola Positiva, que privilegiava e enfatizava a necessidade de obedecer-se ao método experimental (lógico-indutivo). A Criminologia irrompe o cenário científico, portanto, com vistas a investigar a etiologia do crime, e assim procedendo, ministrar elementos cientificamente válidos para subsidiar as ações de Política Criminal.

Mannheim (1984:328) aponta a Escola Positiva como o "primeiro sistema coerente do pensamento criminológico", e com isso corrobora o que acima foi exposto, quanto à assistematização do pensamento da Escola Clássica. Diante disso, reconhece-se a Escola Positiva como o marco inaugural da fase científica da Criminologia moldada em um paradigma etiológico.

2. LOMBROSO E SUA TEORIA DO ATAVISMO

Lombroso (1835-1909) é indiscutivelmente um dos principais representantes da Escola Positiva, sendo por vezes apontado como fundador da própria Criminologia enquanto ciência. Filho de pais ítalo-judeus, estudou Medicina na Universidade de Pavia e logo depois na Universidade de Viena, que reunia os melhores professores da Europa e atingia o seu apogeu em meados do século XIX, quando interessou-se pelo estudo da Psiquiatria.

Com acerto, Dias & Andrade (1992:169) esclarecem que foi a nível individual que primeiro se procurou realizar o estudo científico-explicativo do crime. Nessa área resta indiscutível a importância da Teoria do Atavismo construída por Lombroso, e que foi a grande responsável pela sua projeção, inobstante a hoje conhecida invalidade de suas afirmações.

Santos (1996:129) informa que Lombroso caracterizou-se pelo interesse em investigar matéria de antropologia criminal. Ingressou no Exército como médico militar e ao visitar os cárceres teve o primeiro contato com criminosos. Depois ingressou nas prisões para criminosos alienados, chegando a ser médico do "manicômio judiciário" de Pesaro, onde realizou autópsias em grandes delinqüentes da Calábria e Sicília, os chamados "grassatori". Essa experiência permitiu-lhe elaborar a teoria do atavismo, constante de sua obra *L'Úomo Delincuente*[2] *(1876)*, segundo a qual o criminoso seria

. . . . . .

2 *Sua principal obra foi L'Uomo Delincuente (1876). Publicou também* Genio e degenerazione *(1897), juntamente com Ferrero,* Female Offender *(1895). Sua última obra foi* Le Crime, causes et remédes, *traduzido para o inglês com o título* Crime: its Causes and Remedies. *Próximo do fim da vida, interessou-se por hipnotismo e espiritualismo, tendo publicado* After Death – What?. *Foi criador da cátedra de Antropologia Criminal. Juntamente com Ferri e Garofalo fundou o* Archivio di Psichiatria e Anthropologia Criminale *(1880) e o Museu de Antropologia Criminal (1906)*

um ser diferente, "marcado" por alguns sinais antropológicos que o levariam à prática de delitos. O criminoso seria portanto uma espécie do gênero humano (*"species generi humani"*) como sugere Fragoso (1986:46).

Lembra Baratta (1999:39) que "à tese propugnada pela Escola Clássica, da responsabilidade moral, da absoluta imputabilidade do delinqüente, Lombroso contrapunha, pois, um rígido determinismo biológico". Sob a ótica lombrosiana, o criminoso nato[3] não passa de um indivíduo que reproduz na sua pessoa os instintos ferozes da humanidade primitiva e dos animais inferiores.

Diniz (1991:228) narra que, num certo dia, num quartel, um soldado epiléptico agrediu um oficial. Prestando atenção a esse fato, Lombroso passou a admitir a epilepsia como explicação do delito. Acontece que a história registrava nomes de reconhecida notoriedade que eram epilépticos (Molière, Flaubert, e Dostoiewski, por exemplo). Diante disso, Lombroso procurou estabelecer uma relação ou aproximação entre o delinqüente, o epiléptico e o gênio. Dessa forma, na 5ª. e última edição de *"L'Uomo Delincuente"*, assinala Freitas (2002:95-96) que Lombroso inter-relaciona o atavismo, a loucura moral e a epilesia. Lombroso afirma que o "criminoso nato" não evolucional é igual a uma criança ou a um loucomoral, que ainda necessita de uma abertura ao mundo do valores. E conclui: é um indivíduo que ademais sofre alguma forma de epilepsia com suas correspondentes lesões cerebrais.

. . . . . .

3 *O criminoso nato é uma das principais tipologias de seres atávicos apresentados por Lombroso.*

Cantero (1969: 80) aponta a utilização do método experimental e sua concepção de criminoso nato como as principais contribuições de Lombroso para a Criminologia. E ressalta que para Lombroso *"El delincuente es un salvaje resucitado por un fenómeno de atavismo*[4] *"*.

Barrata ressalta que a pretensa possibilidade de individualizar "sinais" antropológicos e de observar os indivíduos por eles assinalados em zonas rigidamente circunscritas (prisões e manicômios judiciários) constitui uma nova maneira de enfrentar o problema da criminalidade, que inaugura uma nova disciplina científica.

Fragoso (1986:46) ressalta que o mérito de Lombroso foi haver iniciado o estudo antropológico do homem criminoso, visando a uma explicação causal do seu comportamento anti-social. Por seu turno, Göppinger (197:25-26) entende que o verdadeiro mérito de Lombroso não reside em suas opiniões, mas no fato de que ele não se limitou a ficar em seu gabinete propondo teorias para o crime, mas ao contrário realizou uma investigação empírica sobre uma quantidade de delinqüentes e suas proposições.

Como se percebe, Lombroso é um autor cuja obra vale mais pelo método com que foi elaborada do que por suas próprias conclusões. Aliás, ressalte-se que, em face às críticas recebidas à sua obra (inclusive por outros positivistas como Ferri), Lombroso fez algumas adaptações ao teor original da 1ª. edição do *"L'Uomo Delincuente"*.

. . . . . .

4 *Até mesmo a utilização do termo atavismo, como indicador de não-evolução ou mesmo de involução da espécie humana, demonstra a influência da teoria do evolucionismo proposta por Charles Darwin na obra de Lombroso.*

Quanto à incorporação de alterações na obra lombrosiana, Mannhim (1984:318) assinala que durante o tempo que mediou entre as cinco edições italianas do mencionado livro, num espaço de tempo aproximado de 20 (vinte) anos, as 252 páginas iniciais transformaram-se em três volumes com aproximadamente 1900 páginas. E acrescenta o mencionado autor que as alterações deveram-se às "constantes modificações e aditamentos resultantes do impacto de críticas externas e das investigações realizadas pelos colaboradores e por ele próprio".

A fragilidade de suas conclusões foi responsável pela sucessiva alteração de seus textos. O próprio Lombroso chegou a reconhecer que certas características anormais por ele mencionadas[5] também podem ser encontradas em pessoas não criminosas. De igual modo, afirmam Zaffaroni & Pierangeli que, temperando as suas afirmações iniciais com considerações de Sociologia Criminal, nas sucessivas edições de sua obra, Lombroso foi atenuando o matiz biologista, tendo acatado algumas críticas sociológicas de Ferri, e acabou por admitir que um "criminoso nato", em condições sociais favoráveis, pode não cometer delitos.

Freitas (2002:92) pontifica que outros pesquisadores já haviam investigado o crime sob o aspecto antropológico antes do próprio Lombroso, contudo essas pesquisas não foram além de ensaios fragmentários e dispersos. Assim sendo, Lombroso teve o mérito de sistematizar o conhecimento anterior, e aplicar à sua própria investigação um método que ofertou à ciência novas bases metodológicas.

. . . . . .

5 *Por exemplo, crânio assimétrico, má-formação das orelhas, insensibilidade à dor (evidenciada pelo grande número de tatuagens, maxilares proeminentes, cabelos abundantes etc.*

3. OUTRAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS

Inobstante a fragilidade de suas conclusões, Lombroso inaugura a Antropologia Criminal que continuou a ser utilizada na perspectiva da etiologia do crime. Outros autores, entre eles Goring, Hooton e Ditullio, propuseram-se a estudar o criminoso, na perspectiva de identificar a sua "diferença" quando comparado ao indivíduo "normal".

Paradoxalmente, essas teorias representam uma evolução da teoria lombrosiana fundada na não-evolução. A bem da verdade, García-Pablos de Molina & Gomes (2000:205) esclarecem que essas teorias partem da premissa de que o delinqüente é um ser diferente, e partem para a busca de um transtorno, uma patologia, uma disfunção ou anormalidade que constitua o diferencial dessa diversidade.

Dessa forma, as teorias bioantropológicas caracterizam-se por procurarem a explicação do crime naquilo que no homem delinqüente surge de forma mais radical que é a sua estrutura orgânica. Dias & Andrade (1992:170) asseveram que as teorias bioantropológicas caracterizam-se por atribuir o crime a "factores que escapam ao controlo do delinqüente". E acrescentam que isso já levou alguns autores a estabelecer relações de continuidade entre estas teorias e as representações demonológicas medievais.

Quanto à incorporação de alterações na obra lombrosiana, Mannhim (1984:318) assinala que durante o tempo que mediou entre as cinco edições italianas do mencionado livro, num espaço de tempo aproximado de 20 (vinte) anos, as 252 páginas iniciais transformaram-se em três volumes com aproximadamente 1900 páginas. E acrescenta o mencionado autor que as alterações deveram-se às "constantes modificações e aditamentos resultantes do impacto de críticas externas e das investigações realizadas pelos colaboradores e por ele próprio".

A fragilidade de suas conclusões foi responsável pela sucessiva alteração de seus textos. O próprio Lombroso chegou a reconhecer que certas características anormais por ele mencionadas[5] também podem ser encontradas em pessoas não criminosas. De igual modo, afirmam Zaffaroni & Pierangeli que, temperando as suas afirmações iniciais com considerações de Sociologia Criminal, nas sucessivas edições de sua obra, Lombroso foi atenuando o matiz biologista, tendo acatado algumas críticas sociológicas de Ferri, e acabou por admitir que um "criminoso nato", em condições sociais favoráveis, pode não cometer delitos.

Freitas (2002:92) pontifica que outros pesquisadores já haviam investigado o crime sob o aspecto antropológico antes do próprio Lombroso, contudo essas pesquisas não foram além de ensaios fragmentários e dispersos. Assim sendo, Lombroso teve o mérito de sistematizar o conhecimento anterior, e aplicar à sua própria investigação um método que ofertou à ciência novas bases metodológicas.

. . . . . .

5 *Por exemplo, crânio assimétrico, má-formação das orelhas, insensibilidade à dor (evidenciada pelo grande número de tatuagens, maxilares proeminentes, cabelos abundantes etc.*

3. OUTRAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS

Inobstante a fragilidade de suas conclusões, Lombroso inaugura a Antropologia Criminal que continuou a ser utilizada na perspectiva da etiologia do crime. Outros autores, entre eles Goring, Hooton e Ditullio, propuseram-se a estudar o criminoso, na perspectiva de identificar a sua "diferença" quando comparado ao indivíduo "normal".

Paradoxalmente, essas teorias representam uma evolução da teoria lombrosiana fundada na não-evolução. A bem da verdade, García-Pablos de Molina & Gomes (2000:205) esclarecem que essas teorias partem da premissa de que o delinqüente é um ser diferente, e partem para a busca de um transtorno, uma patologia, uma disfunção ou anormalidade que constitua o diferencial dessa diversidade.

Dessa forma, as teorias bioantropológicas caracterizam-se por procurarem a explicação do crime naquilo que no homem delinqüente surge de forma mais radical que é a sua estrutura orgânica. Dias & Andrade (1992:170) asseveram que as teorias bioantropológicas caracterizam-se por atribuir o crime a "factores que escapam ao controlo do delinqüente". E acrescentam que isso já levou alguns autores a estabelecer relações de continuidade entre estas teorias e as representações demonológicas medievais.

O antropólogo Hooton se propôs a dar novas bases às teses lombrosianas, e, para isso, realizou extensa investigação empírica com mais de 13.000 reclusos, e julgou o autor haver encontrado um fundamento sólido para a sua tese da inferioridade. Com essa conclusão, Hooton em 1939 editou *The American Criminal. An Anthropological Study*, no qual expunha que o criminoso é um ser organicamente inferior. Para Hooton, a inferioridade física seria relevante sobretudo pelo fato de aparecer associada à inferioridade mental.

Hooton entende que decisivo é o papel atribuído à hereditariedade, considerando-a, no dizer de Dias & Andrade (1992:173), "causa fundamental da inferioridade que está na base do crime". Em razão disso, para Hooton o papel da política criminal restringe-se a uma política eugênica adequada, destinada ao controle da reprodução.

Outra teoria bioantropológica que merece destaque é a do médico inglês Goring que escreveu importante estudo biométrico-estatístico[6] em 1913, no qual refutou a metodologia e as teses de Lombroso, por haver constatado que as características apontadas por Lombroso não existiam em boa parte dos trezentos delinqüentes a que ele – Goring – se propôs a examinar. Após examinar um considerável universo de reclusos ingleses, Goring comparou as medidas cefálicas dos delinqüentes, tendo encontrado uma mínima diferença que jamais poderia justificar uma conclusão decisiva, afirmando, segundo Soares (1986:212), que não existiria algo que pudesse denominar tipo físico delinqüente.

. . . . . .

6 The English Convict: a Statiscal Study *(1913)*.

Por fim, saliente-se ainda a tese defendida por Dittulio, que em 1950 publica sua obra "Antropologia Criminal". Di Tullio enfatiza a importância do exame clínico e psicofisiológico do delinqüente, a fim de captar a dinâmica motivacional do comportamento delitivo e traçar a base integral dos programas terapêuticos. Para Di Tullio, todo homem é um delinqüente em latência, pois trava uma luta formidável consigo mesmo e da qual são protagonistas, escreve Soares (1986:215), as forças crimino-impelentes e as forças crimino-repelentes. Acerca da teoria de Dittulio, escrevem García-Pablos de Molina & Gomes (2000:211) que o método biotipológico constitucionalista de Di Tullio confere especial atenção ao processo de formação da personalidade, em oposição ao enfoque estático que lhe confere Lombroso.

Várias outras teorias poderiam ser mencionadas (Glueck, Sheldon etc). Contudo as referências até então realizadas são suficientes para demonstrar a sistemática e a metodologia das teorias que se propõem a explicar o fenômeno criminal, a partir da esfera individual, buscando no indivíduo características que lhe distingam dos indivíduos não-delinqüentes.

Todas essas teorias possuem inevitável vocação clínica e terapêutica, sobretudo nas suas proposições político-criminais, para o controle do delito no meio social. E, o aproveitamento dos conhecimentos por elas ministrados, conforme assinalam García-Pablos de Molina & Gomes (2000:205) não estarão livres de grandes dificuldades práticas e de suspeitas de toda ordem.

4. O LEGADO DAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS PARA A CRIMINOLOGIA CONTEMPOÂNEA

Por tudo quanto foi até então exposto, de logo percebe-se que as teorias bioantropológicas que fundamentaram em dados momentos da história da Criminologia o seu paradigma etiológico-explicativo tiveram início com a obra de Lombroso, a qual teve por grande mérito inaugurar um novo modelo científico, com a utilização do método experimental, o qual, aliás, caracterizou a Escola Positiva.

Ademais, o trabalho desenvolvido por Lombroso foi fundamental no sentido de transferir o "foco" da atenção dispensada pelos estudiosos do "delito" para o "delinqüente". Hoje, são insustentáveis as teses lombrosianas, contudo as mesmas serviram para estimular a produção científica na área da Antropologia Criminal.

O valor histórico da teoria lombrosiana e das outras que se seguiram também é forçoso reconhecer, para que a humanidade não se iluda por argumentos falaciosos que sirvam de fundamento teórico para regimes ditatoriais, conforme aconteceu com as teses racistas do crime do nacional-socialismo - v. Freitas (2002:96).

Mas a importância dessas teorias não se encerra por aí, pois se é indiscutível que as mesmas inauguraram um novo modelo metodológico, é igualmente acertado e indiscutível que esse novo modelo – positivista – exerceu forte influência sobre a legislação penal pátria. Diniz (1991:235), em lapidar artigo, refere-se ao artigo 59 do vigente Código Penal Brasileiro, o qual determina que o juiz ao individualizar a pena do réu deverá consi-

derar os seus antecedentes, a **personalidade**, os motivos e as circunstâncias. Ora, a **personalidade** humana é a síntese dos seus elementos biopsíquicos, havendo uma interpenetração de todas as atividades do ser humano, abrangendo a vida orgânica, os sentidos, os instintos, os hábitos, as inclinações, a inteligência e o querer. E conclui a referida autora, dizendo que entre os elementos integrantes da **personalidade** encontram-se os aspectos morfológicos, referentes a particularidades de sua constituição somática.

Por fim, ressalte-se que essa análise quanto à **personalidade** do agente também deve ser feita na hipótese de concessão de *sursis*, quando ao Juiz também incumbe a análise dos antecedentes do réu, dos motivos determinantes do crime, de sua **personalidade** e assim por diante.

Ressalte-se que a Escola Positiva também exerceu influências em outros temas do atual Código Penal Brasileiro, por exemplo, em questões relacionadas à inimputabilidade. À Escola Positiva coube o mérito de não subtrair a sanção – como outrora ocorria – dos delinqüentes inimputáveis, pois levando em consideração a sua **personalidade** passou a cominar, às condutas por eles praticadas, medidas de prevenção social fundadas na possibilidade de novas transgressões.

Dessa forma, observa-se que o positivismo inaugurado pelas idéias lombrosianas aboliu a responsabilidade moral, construindo uma teoria penal fundamentada na responsabilidade social, pela qual o criminoso não responderia pelos seus atos como um ser dotado de liberdade, mas sim pelo fato de viver em sociedade. O

estudo do crime foi substituído pelo do criminoso, o qual passou a ocupar o centro das atenções das ciências criminais.

5. REFERÊNCIAS

1. Livros

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 2.ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral**. Atualizado por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANTERO, José A. Sáinz. **La Ciencia del Derecho Penal Y su Evolucion**. Barcelona: Bosch, 1969.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia – O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra, 1992.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As Razões do Positivismo Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. 3.ed. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GÖOPINGER, Hans. **Criminologia**. Trad. Maria Luiza Schwarck e Ignácio Luzarraga Castro. Madrid: Réus, 1975.

MANNHEIM, Hermann. **Criminologia Comparada**. Trad. J. F. Faria Costa e M. Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e Método da Ciência do Direito Penal**. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOARES, Orlando. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

2. Artigos

AURELIANO, João. Lombroso, precursor das novas pesquisas de Biologia Criminal. **Revista Pernambucana de Direito Penal e Criminologia**, Recife, a.1, n. 2, p. 127-134, 1954.

DINIZ, Maria Helena. A Escola Positiva e sua influência na legislação penal brasileira. **Paraná Judiciário**, Curitiba, v. 37, 1991, p. 225-240.

GONZAGA, João Bernardino. Considerações sobre o pensamento da Escola Positivista. **Ciência Penal**, São Paulo, p. 369-395, 1974.

LUISI, Luiz. Iluminismo e Positivismo na Legislação Penal Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFJF**, Minas Gerais, a.XVI, n.12, p.125-129, 1983.

SANTOS, Nildo Nery dos. A evolução histórica da Criminologia. **Revista da ESMAPE**, Recife,a. I, n.1, p.124-149, 1996.

O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL – A introdução da teoria da empresa no Direito Comercial Brasileiro pela Lei nº 10.406, de 10.01.2002 (o novo Código Civil Brasileiro) – pressupostos legais para o exercício individual da empresa

José Raimundo dos Santos Costa
Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca do Carpina-PE; Professor de Direito Empresarial do Curso de Administração de Empresa da Faculdade de Ciências da Administração do Limoeiro-PE; Pós-graduado em nível de especialização em Direito Público e Privado e em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. DO DIREITO COMERCIAL AO DIREITO EMPRESARIAL; 3. O DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO; 3.1. A empresa; 3.2. O empresário; 3.2.1. O empresário rural; 3.2.2.O empresário individual; 4. CONCLUSÃO; 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Após tramitar por cerca de vinte e seis anos no Congresso Nacional, emerge no cenário jurídico nacional o novo Código Civil, através da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor 01 (um) ano após a sua publicação. No dia 11 de janeiro de 2003, o novo Código entrou em vigor, passando a disciplinar as relações privadas das pessoas com muitas regras novas e outras nem tanto.

Toda lei é obra de seu tempo, o Código Civil de 1916 foi envelhecendo e, sem atualização legislativa, foi se esquecendo dos fatos sociais emergentes e dignos de inscrição em seu propósito de bem regulamentar a

LUISI, Luiz. Iluminismo e Positivismo na Legislação Penal Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito UFJF**, Minas Gerais, a.XVI, n.12, p.125-129, 1983.

SANTOS, Nildo Nery dos. A evolução histórica da Criminologia. **Revista da ESMAPE**, Recife,a. I, n.1, p.124-149, 1996.

O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL – A introdução da teoria da empresa no Direito Comercial Brasileiro pela Lei nº 10.406, de 10.01.2002 (o novo Código Civil Brasileiro) – pressupostos legais para o exercício individual da empresa

José Raimundo dos Santos Costa
Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca do Carpina-PE; Professor de Direito Empresarial do Curso de Administração de Empresa da Faculdade de Ciências da Administração do Limoeiro-PE; Pós-graduado em nível de especialização em Direito Público e Privado e em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. DO DIREITO COMERCIAL AO DIREITO EMPRESARIAL; 3. O DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO; 3.1. A empresa; 3.2. O empresário; 3.2.1. O empresário rural; 3.2.2.O empresário individual; 4. CONCLUSÃO; 5. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Após tramitar por cerca de vinte e seis anos no Congresso Nacional, emerge no cenário jurídico nacional o novo Código Civil, através da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002, que entrou em vigor 01 (um) ano após a sua publicação. No dia 11 de janeiro de 2003, o novo Código entrou em vigor, passando a disciplinar as relações privadas das pessoas com muitas regras novas e outras nem tanto.

Toda lei é obra de seu tempo, o Código Civil de 1916 foi envelhecendo e, sem atualização legislativa, foi se esquecendo dos fatos sociais emergentes e dignos de inscrição em seu propósito de bem regulamentar a

vida privada, um erro que criou um descompasso ou abismo entre a regra escrita e a realidade. A sociedade, surpreendida pelas tendências comportamentais, passou a depender da adaptação da ordem jurídica pelos juízes e juristas formadores de jurisprudência para a defesa de seus direitos.

Segundo Arnoldo Wald,

> *na medida em que a evolução das atividades econômicas contribui para tornar mais complexas as regras jurídicas, a criatividade jurídica do advogado tornou-se, no mundo hodierno, uma verdadeira vantagem competitiva, que tem, inclusive, justificado a preferência pela utilização, em todos os países, de sistemas jurídicos mais flexíveis e adaptados à mudança*[1].

A exemplo do revogado código de 1916, compreende uma parte geral, com três livros (das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos) e uma parte especial, composta de cinco livros, versando, respectivamente, sobre o Direito das Obrigações; Direito de Empresa; Direito das Coisas; Direito da Família e Direito das Sucessões. As disposições finais e transitórias foram objeto de um livro complementar, composto de dezenove artigos. Compreende o novo texto um total de 2.046 artigos.

O novo texto trouxe consigo acirradas discussões acerca de sua atualidade ou de sua timidez em enfrentar e codificar assuntos modernos, gerando opiniões de várias vertentes. Na opinião de alguns civilistas, o novo

. . . . . .

1 WALD, Arnoldo. Os contratos eletrônicos e o CC. In: **Direito e Internet**, p. 15.

código civil já nasce velho, no que se refere às questões provocadas pelo desenvolvimento tecnológico e científico, por outro lado é aplaudido por alguns pela idéia central introduzida no novo texto, de desvincular-se do individualismo, apresentando-se como um instrumento social em todos os seus capítulos, idéia central do projeto inicial cujo mentor foi o Prof. Miguel Reale. Com efeito, rompendo com a tradição do texto de 1916, cujo perfil ideológico revela a sua preocupação patrimonialista, a supremacia do individualismo e a predominância da vontade, como elemento gerador das obrigações, impregnado na fórmula *pacta sunt servanda*, a nova codificação busca ajustar-se à ordem constitucional vigente, instaurada com a Constituição de 1988, condicionando a legitimação da propriedade privada ao exercício de sua função social, a força obrigatória dos contratos ao interesse social e dando realce ao direito de personalidade em confronto com o patrimônio individualista.

É verdade que questões hoje relevantes, surgidas com a modernidade, como a engenharia genética, o contrato por via eletrônica, a fecundação *in vitro*, os interesses derivados das relações homossexuais entre outras foram ignorados no novo diploma legal. A justificativa alegada pelo relator do projeto de lei que deu origem ao novo Código, o Deputado Federal Ricardo Fiúza[2], é que não há consenso social sobre esses temas, sendo mais adequada a sua regulamentação por meio de legislação especial.

. . . . . .

2 FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. XIV/XV.

Não se pode ignorar, todavia, que a nova lei trouxe uma novidade, a inserção do Livro II, tratando do Direto de Empresa, trazendo profundas mudanças na disciplina da matéria até então restrita ao âmbito do Direito Comercial.

2. DO DIREITO COMERCIAL AO DIREITO EMPRESARIAL

O direito comercial brasileiro, cuja codificação se deu pela lei nº 556, de 25 de junho de 1850, filiou-se ao sistema francês de disciplina privada da economia, em que as atividades econômicas agrupadas em dois grandes conjuntos, sujeitos a sub-regimes próprios, qualificam-se como civis ou comerciais. A elaboração doutrinária fundamental do sistema francês é a teoria dos atos de comércio, vista como instrumento de objetivação do tratamento jurídico da atividade mercantil. Isto é, com ela, o direito comercial deixou de ser apenas o direito de uma certa categoria de profissionais, organizados em corporações próprias, para se tornar a disciplina de conjunto de atos que, em princípio, poderiam ser praticados por qualquer cidadão.

A teoria dos atos de comércio resume-se, rigorosamente falando, à uma relação de atividades econômicas, sem que entre elas se possa encontrar qualquer elemento interno de ligação, o que acarreta indefinições no tocante à natureza mercantil de algumas delas.

O novo Código Civil introduz ao nosso Direito Comercial regras fundamentadas no sistema italiano, em que se estabelece o regime geral para o exercício das atividades, do qual se exclui a exploração de algumas poucas, que reclamam tratamento específico. O modelo italiano de regular o exercício da atividade econômica, sob o prisma privatístico, encontra a sua síntese na *teoria da empresa*, que surge em 1492, quando é aprovado pelo Rei Vittorio Emanuele III o *Códice Civile*, diploma unificador da legislação peninsular de direito privado.[3]

3. O DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

No livro Complementar das Disposições Finais e Transitórias, o novo Código revogou, através do artigo 2.045, a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Com a derrogação expressa do Código Comercial, ou seja, a revogação apenas dos artigos 1º ao 456, que disciplinavam a atividade do "Comércio em Geral", intitulavam-se "comerciante" toda pessoa que fosse titular da atividade comercial, conforme as exigências legais contidas no artigo 1º, do derrogado Código.

Com a nova lei, essa matéria passou a ser disciplinada pelo Livro II, intitulado "Do Direito de Empresa", que no seu Título I, compreendido do artigo 966 ao 980, trata da caracterização e da capacidade para ser empresário. Empresário, segundo o novo Código Civil, é toda pessoa que "exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços"[4]. Nesse contexto, a palavra "empresa" não

. . . . . .

3 COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, 6.ed. ver. atual. de acordo com o novo Código Civil (lei nº 10.406/02). São Paulo: Saraiva, [s.d.]. v. 1, p. 12.

4 Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços.

pode ser confundida com uma "entidade empresarial" ou um "estabelecimento empresarial", mas indica, de maneira genérica, toda e qualquer forma de atividade econômica organizada com o escopo de atender à produção ou à circulação de bens ou de serviços. Nessa órbita de consideração conclui-se que a nova lei instituiu doutrinariamente um novo ramo do direito privado, o direto empresarial, em substituição ao velho e ultrapassado direito comercial.

3.1. A empresa

Como vimos, a empresa não é um sujeito de direitos e obrigações. É uma atividade e, como tal, pode ser desenvolvida por uma única pessoa, a pessoa natural que nesse caso é denominada de empresário individual ou por um grupo de duas ou mais pessoas reunidas em sociedade, ou seja, pela pessoa jurídica contratual ou estatutária da sociedade empresária.

3.2. O Empresário

Sob a denominação de empresário, portanto, estão compreendidos tanto aquele que, de forma singular, pratica profissionalmente atividade empresarial, como a pessoa jurídica constituída para o mesmo fim.

O novo Código Civil não define a empresa. O conceito de empresa é estritamente econômico. Seu art. 966 considera empresário "quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Esse conceito con-

templa apenas o empresário individual. No art. 982, por sua vez, a nova lei refere-se à sociedade empresária, conceituando-a como aquela que tem por objeto o exercício da atividade própria do empresário[5].

Não é considerado empresário, pela nova lei, quem desempenha profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, mesmo que conte com o concurso de auxiliares, exceto se referido exercício profissional constituir elemento de empresa[6].

Seguindo a linha doutrinária traçada pelo novo diploma civil, constata-se que o conceito de empresário, expresso no art. 966, do Código Civil, reproduz, fielmente, a definição do Código Civil Italiano de 1942 (art. 2.082). Três são os elementos fundamentais desse conceito: a economicidade, como fator de geração de riquezas, a organização e a profissionalidade. O conceito de empresário não se restringe mais, apenas, às pessoas que exercem atividades comerciais ou mercantis. O novo Código Civil eliminou e unificou a divisão, antes existente, entre empresário civil e empresário comercial[7]. A partir da vigência do novo Código, o conceito de empresa abrange outras atividades econômicas produtivas que até então se encontravam reguladas pelo Código Civil de 1916, e assim, submetidas dominantemente às regras do direito civil.

. . . . . .

5 *Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.*
Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.

6 *Art. 966. ____ . Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.*

7 *FIÚZA, Op. cit.*

Empresário, portanto, é a pessoa (natural ou jurídica) que desempenha, em caráter profissional, qualquer atividade econômica produtiva no campo do direito privado, substituindo e tomando o lugar da antiga figura do comerciante.

O parágrafo único do artigo 966, da nova lei, contudo, excluiu desse conceito aqueles que exerçam profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Não seriam considerados assim como empresários, por exemplo, os profissionais liberais, que desempenham atividades nos campos da educação, saúde, engenharia, direito, música e artes. Todavia, se o exercício dessa atividade intelectual constituir elemento de empresa, isto é, se estiver voltado para a produção ou a circulação de bens ou serviços, essas atividades serão necessariamente consideradas de natureza econômica e, por conseguinte, se caracterizam como atividades empresariais.

3.2.1. O empresário rural

O novo Código Civil inovou e criou a possibilidade do produtor rural inserir sua atividade econômica na abrangência do direito empresarial, pois, segundo o seu art. 971[8], passou a ser facultado a qualquer produtor rural organizar sua atividade econômica sob a forma de empresa, podendo ser sob a forma de empresário individual ou de sociedade empresária, desde que seu correspondente ato constitutivo seja levado para arqui-

. . . . . .

8 "Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

vamento na Junta Comercial competente. Assim, sendo a atividade rural (agrícola ou pecuária) explorada de forma dominante pelo produtor rural, por ser sua principal profissão e meio de sustento de sua família e, requerendo e obtendo o registro dessa atividade no respectivo Registro Público de Empresas Mercantis, na Junta Comercial competente, fica o exercício dessa atividade rural (empresário rural ou sociedade empresária rural) equiparado, para todos os efeitos legais, ao empresário individual ou à sociedade empresária.

Salienta-se, porém, que a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76)[9], em seu artigo 2º, § 1º, sempre submeteu à legislação mercantil as empresas organizadas sob a forma de Sociedade Anônima, independentemente de seu objeto social, inclusive para abranger as companhias agrícolas e pecuárias.

Vale ressaltar, todavia, que o produtor rural que, mesmo desempenhando atividade econômica rural de qualquer natureza, preferir não adotar a forma de empresa rural, permanecerá vinculado ao regime jurídico próprio, como pessoa natural, inclusive para os efeitos fiscais, trabalhista e previdenciário, com responsabilidade ilimitada e conseqüente comprometimento direto e integral de seu patrimônio pessoal para cumprimento de obrigações contraídas em razão do exercício de sua atividade. Ele pode ainda optar por organizar sua atividade rural na forma de sociedade simples, disciplinada pelo art. 997 e seguintes do Código Civil, que

. . . . . .

9 Art. 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.§ 1º. Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

Empresário, portanto, é a pessoa (natural ou jurídica) que desempenha, em caráter profissional, qualquer atividade econômica produtiva no campo do direito privado, substituindo e tomando o lugar da antiga figura do comerciante.

O parágrafo único do artigo 966, da nova lei, contudo, excluiu desse conceito aqueles que exerçam profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Não seriam considerados assim como empresários, por exemplo, os profissionais liberais, que desempenham atividades nos campos da educação, saúde, engenharia, direito, música e artes. Todavia, se o exercício dessa atividade intelectual constituir elemento de empresa, isto é, se estiver voltado para a produção ou a circulação de bens ou serviços, essas atividades serão necessariamente consideradas de natureza econômica e, por conseguinte, se caracterizam como atividades empresariais.

3.2.1. O empresário rural

O novo Código Civil inovou e criou a possibilidade do produtor rural inserir sua atividade econômica na abrangência do direito empresarial, pois, segundo o seu art. 971[8], passou a ser facultado a qualquer produtor rural organizar sua atividade econômica sob a forma de empresa, podendo ser sob a forma de empresário individual ou de sociedade empresária, desde que seu correspondente ato constitutivo seja levado para arqui-

. . . . . .

8 "Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

vamento na Junta Comercial competente. Assim, sendo a atividade rural (agrícola ou pecuária) explorada de forma dominante pelo produtor rural, por ser sua principal profissão e meio de sustento de sua família e, requerendo e obtendo o registro dessa atividade no respectivo Registro Público de Empresas Mercantis, na Junta Comercial competente, fica o exercício dessa atividade rural (empresário rural ou sociedade empresária rural) equiparado, para todos os efeitos legais, ao empresário individual ou à sociedade empresária.

Salienta-se, porém, que a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76)[9], em seu artigo 2º, § 1º, sempre submeteu à legislação mercantil as empresas organizadas sob a forma de Sociedade Anônima, independentemente de seu objeto social, inclusive para abranger as companhias agrícolas e pecuárias.

Vale ressaltar, todavia, que o produtor rural que, mesmo desempenhando atividade econômica rural de qualquer natureza, preferir não adotar a forma de empresa rural, permanecerá vinculado ao regime jurídico próprio, como pessoa natural, inclusive para os efeitos fiscais, trabalhista e previdenciário, com responsabilidade ilimitada e conseqüente comprometimento direto e integral de seu patrimônio pessoal para cumprimento de obrigações contraídas em razão do exercício de sua atividade. Ele pode ainda optar por organizar sua atividade rural na forma de sociedade simples, disciplinada pelo art. 997 e seguintes do Código Civil, que

. . . . . .

9 Art. 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.§ 1º. Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

Empresário, portanto, é a pessoa (natural ou jurídica) que desempenha, em caráter profissional, qualquer atividade econômica produtiva no campo do direito privado, substituindo e tomando o lugar da antiga figura do comerciante.

O parágrafo único do artigo 966, da nova lei, contudo, excluiu desse conceito aqueles que exerçam profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística. Não seriam considerados assim como empresários, por exemplo, os profissionais liberais, que desempenham atividades nos campos da educação, saúde, engenharia, direito, música e artes. Todavia, se o exercício dessa atividade intelectual constituir elemento de empresa, isto é, se estiver voltado para a produção ou a circulação de bens ou serviços, essas atividades serão necessariamente consideradas de natureza econômica e, por conseguinte, se caracterizam como atividades empresariais.

3.2.1. O empresário rural

O novo Código Civil inovou e criou a possibilidade do produtor rural inserir sua atividade econômica na abrangência do direito empresarial, pois, segundo o seu art. 971[8], passou a ser facultado a qualquer produtor rural organizar sua atividade econômica sob a forma de empresa, podendo ser sob a forma de empresário individual ou de sociedade empresária, desde que seu correspondente ato constitutivo seja levado para arqui-

. . . . . .

8 "Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.

vamento na Junta Comercial competente. Assim, sendo a atividade rural (agrícola ou pecuária) explorada de forma dominante pelo produtor rural, por ser sua principal profissão e meio de sustento de sua família e, requerendo e obtendo o registro dessa atividade no respectivo Registro Público de Empresas Mercantis, na Junta Comercial competente, fica o exercício dessa atividade rural (empresário rural ou sociedade empresária rural) equiparado, para todos os efeitos legais, ao empresário individual ou à sociedade empresária.

Salienta-se, porém, que a Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76)[9], em seu artigo 2º, § 1º, sempre submeteu à legislação mercantil as empresas organizadas sob a forma de Sociedade Anônima, independentemente de seu objeto social, inclusive para abranger as companhias agrícolas e pecuárias.

Vale ressaltar, todavia, que o produtor rural que, mesmo desempenhando atividade econômica rural de qualquer natureza, preferir não adotar a forma de empresa rural, permanecerá vinculado ao regime jurídico próprio, como pessoa natural, inclusive para os efeitos fiscais, trabalhista e previdenciário, com responsabilidade ilimitada e conseqüente comprometimento direto e integral de seu patrimônio pessoal para cumprimento de obrigações contraídas em razão do exercício de sua atividade. Ele pode ainda optar por organizar sua atividade rural na forma de sociedade simples, disciplinada pelo art. 997 e seguintes do Código Civil, que

. . . . . .

9 Art. 2º. Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes.§ 1º. Qualquer que seja o objeto, a companhia é mercantil e se rege pelas leis e usos do comércio.

corresponde hoje à antiga sociedade civil, cuja personalidade jurídica é adquirida com o registro de seu ato constitutivo no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

3.1.2. O empresário individual

Ser empresário não significa, simplesmente, praticar atividade de empresa. A condição de empresário exige o atendimento de algumas exigências necessárias para a qualificação profissional.

A pessoa natural para ser considerada empresário, além de praticar atos negociais, deve atender aos seguintes requisitos:

a) capacidade jurídica;
b) ausência de impedimento legal para exercício da empresa;
c) exercício com profissionalismo e
d) registro.

a) Capacidade jurídica

Todo ato jurídico tem como condição primária de validade a capacidade de quem o pratica. O Código Civil diz quem é capaz para os atos da vida civil e, por conseguinte, quem pode, validamente, assumir obrigações. No Direito Comercial, não é diferente. Os atos de empresa só são juridicamente válidos se praticados por pessoa que seja juridicamente capaz. Assim, para ser empresário é necessário que a pessoa esteja em pleno gozo da

capacidade civil, é o que dispõe o art. 972 do Código Civil[10]. A capacidade jurídica, por sua vez, é alcançada pelas formas prescritas no artigo 5º, do Código Civil, como veremos:

Maioridade

Segundo o Código Civil em vigor, a pessoa natural alcança a plena capacidade jurídica aos dezoito anos completos, ficando habilitada para a prática de todos os atos da vida civil e, no nosso caso, podendo ser empresário, é o que dispõe o art. 5º, "caput", do Código Civil[11]. Essa idade foi reduzida, pelo atual Código, pois durante a vigência do Código de 1916 a maioridade era alcançada aos vinte e um anos completos[12].

Emancipação expressa ou voluntária

Também pode exercer a empresa a pessoa que for voluntária e expressamente emancipado. A emancipação significa a cessação da incapacidade civil antes de alcançar a maioridade. É uma espécie de outorga, irrevogável, da capacidade civil feita pelos pais ou por qualquer um deles, no exercício do poder familiar, à pessoa maior de dezesseis anos de idade, mediante escritura

. . . . . .

10 Art. 972. Podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos.
11 Art. 5º. A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.
12 Art. 9º. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

pública inscrita no Registro Civil competente, conforme art. 9°, inc. II, do Código Civil[13] e art. 89, da Lei nº 6.015/73[14]. Na ausência ou falta dos pais, pode ser concedida a emancipação por sentença judicial à pessoa que tiver dezesseis anos completos e estiver sob tutela, ouvindo-se sempre o tutor, tudo conforme Art. 5°, parágrafo único, inc. I, do Código Civil[15].

No Código Civil revogado, a emancipação expressa ou voluntária só poderia ser concedida pelo pai, somente se este fosse morto poderia a mãe conceder a emancipação ao filho. Em qualquer dos casos, a idade mínima exigida para ser emancipado era de dezoito anos completos (CC, de 1916, art. 9°, § 1°, Inc. I)[16].

Emancipação tácita ou legal

A emancipação tácita ou legal é aquela que independe de autorização dos pais ou sentença judicial, ocorre quando há a prática de atos ou a ocorrência de situações previamente estabelecidas por lei. Assim, os casos

. . . . . .

13 Art. 9º Serão inscritos em registro público:
I - os nascimentos, casamentos e óbitos;
II - a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz;
III - a interdição por incapacidade absoluta ou relativa;.
IV - a sentença declaratória de ausência e de morte presumida".
14 Art. 89. No cartório do 1° Ofício ou da 1ª subdivisão judiciária de cada comarca serão registrados, em livro especial, as sentenças de emancipação, bem como os atos dos pais que a concederem, em relação aos menores nela domiciliados.
15 Art. 5º. _____.
Parágrafo único. Cessará para os menores, a incapacidade:
I – pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos".
16 Art. 9º. _____.
§ 1º. Cessará, para os menores, a incapacidade:
I – por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos.

de emancipação legal encontram-se elencados no art. 5°, parágrafo único, incisos II a V, do Código Civil[17], que passaremos a explicar:

Casamento

Ao casar a pessoa alcança a capacidade civil, mesmo sendo menor de dezoito de idade, pois não seria plausível que fique sob a responsabilidade de outrem quem, tendo condições legais, constituiu família através do matrimônio. Uma vez emancipado pelo casamento, mesmo se sobrevier anulação do matrimônio, viuvez, separação judicial ou divórcio, a capacidade civil plena subsiste.

Exercício de emprego público efetivo

Exerce emprego público efetivo o funcionário público nomeado em caráter efetivo, com exceção de funcionário de autarquia ou entidade paraestatal. Não é abrangido por essa regra quem exerce função pública interina ou em comissão. Assim, mesmo sendo menor de dezoito anos de idade, ao ser nomeado funcionário público em caráter efetivo, a pessoa alcança a capacidade civil.

. . . . . .

17 Art. 5º _____.
Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:
I. omissis.
II. pelo casamento;
III. pelo exercício de emprego público efetivo;
IV. pela colação de grau em curso de ensino superior;
V. pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria".

Atualmente, difícil nos depararmos com essa situação, uma vez que via de regra a idade mínima admitida para o ingresso no serviço público efetivo é dezoito anos.

Colação de grau em curso de ensino superior

Outra hipótese dificilmente observada nos dias atuais, devido ao tempo de duração do ensino fundamental, médio e superior, no entanto, ocorrendo a conclusão e conseqüente colação de grau em curso de ensino superior por pessoa menor de dezoito anos de idade, automaticamente alcança a capacidade civil pela emancipação.

Pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria

Uma das causas de emancipação é o estabelecimento civil ou comercial do menor com dezesseis anos completos que tenha economia própria. Se aos dezesseis anos de idade a pessoa consegue estabelecer-se civil ou comercialmente ou estabelecer uma relação de emprego com economia própria é sinal de que a pessoa tem amadurecimento e experiência para reger seu próprio patrimônio e conseqüentemente sua própria pessoa.

A expressão economia própria significa economia separada dos pais, qualquer que seja a sua proveniência, exceto no caso da sucessão. Assim, compreenderia os resultados do seu trabalho, os que lhe fossem doados e os que obtivesse em decorrência de sucessão.

BIBLIOTECA DA ESMAPE

O exercício da empresa por pessoa incapaz

Uma novidade trazida pela nova lei é a possibilidade do incapaz excepcionalmente exercer atividade empresarial. Assim, o incapaz pode ser empresário apenas para continuar a empresa anteriormente exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança. Portanto, poderá fazê-lo nessas três hipóteses, com o sentido de se preservar a empresa.

Essa exceção, regulada nos arts. 974 a 976 do Código Civil[18], demanda a concorrência dos seguintes requisitos:

. . . . . .

18 *Art. 974. Poderá o incapaz, por meio de representante ou devidamente assistido, continuar a empresa antes exercida por ele enquanto capaz, por seus pais ou pelo autor de herança.*
§ 1º Nos casos deste artigo, precederá autorização judicial, após exame das circunstâncias e dos riscos da empresa, bem como da conveniência em continuá-la, podendo a autorização ser revogada pelo juiz, ouvidos os pais, tutores ou representantes legais do menor ou do interdito, sem prejuízo dos direitos adquiridos por terceiros.
§ 2º Não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz já possuía, ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela, devendo tais fatos constar do alvará que conceder a autorização.
Art. 975. Se o representante ou assistente do incapaz for pessoa que, por disposição de lei, não puder exercer atividade de empresário, nomeará, com a aprovação do juiz, um ou mais gerentes.
§ 1º Do mesmo modo será nomeado gerente em todos os casos em que o juiz entender conveniente.
§ 2º A aprovação do juiz não exime o representante ou assistente do menor ou do interdito da responsabilidade pelos atos dos gerentes nomeados.
Art. 976. A prova da emancipação e da autorização do incapaz, nos casos do art. 974, e a de eventual revogação desta, serão inscritas ou averbadas no Registro de Empresas Mercantis.
Parágrafo único. O uso da nova firma caberá, conforme o caso, ao gerente; ou ao representante do incapaz; ou a este, quando puder ser autorizado.

- o exercício da empresa pelo incapaz se fará por meio de representante ou assistente;
- deverá ser precedido de autorização judicial;
- a autorização será concedida por alvará;
- não ficam sujeitos ao resultado da empresa os bens que o incapaz possuía ao tempo da sucessão ou da interdição, desde que estranhos ao acervo daquela;
- o representante ou assistente será responsável pelos atos do gerente nomeado;
- a autorização judicial poderá ser revogada pelo juiz, ouvidos os representantes do incapaz;
- os direitos adquiridos por terceiros em virtude do exercício empresarial pelo incapaz não são prejudicados;
- o uso da firma empresarial caberá, conforme o caso, ao representante ou ao gerente nomeado, ou ainda, ao próprio incapaz quando puder ser autorizado; e
- a prova da autorização e de eventual revogação desta serão inscritas ou averbadas no Registro Público de Empresas Mercantis.

O empresário casado

Vale ressaltar, também, que pelo art. 978, do Código Civil, o empresário casado não precisa de outorga conjugal para alienar ou gravar de ônus real os imóveis que integram o patrimônio da empresa.

Eventual pacto antenupcial, decisão judicial que decretar ou homologar a separação judicial ou ato de

reconciliação, além da averbação no Registro Civil, devem ser arquivados e averbados no Registro Público de Empresas Mercantis, como condição de sua eventual oposição a terceiros.

O empresário casado em regime de comunhão de bens pode comprometer o patrimônio do casal em decorrência da atividade empresarial. Regra geral, a comunhão conjugal usufrui os proventos hauridos na empresa pelo cônjuge empresário, seja o marido, seja a mulher. Há uma presunção relativa de que o rendimento de trabalho de qualquer dos cônjuges ingressa no patrimônio da sociedade conjugal. Por certo que, se tal não ocorrer, o cônjuge prejudicado poderá, em eventual execução, ressalvar sua meação, por embargos de terceiros, fazendo prova, é claro, daquela circunstância.

b) Ausência de impedimento legal

É livre o exercício de qualquer ofício ou profissão, atendidas as qualificações exigidas por lei. A norma de eficácia relativa expressa no art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, em tela, consagra o direito fundamental ao exercício profissional, mas admite, expressamente, a fixação, por norma infraconstitucional, de condições mínimas pertinentes ao exercício de cada profissão[19].

. . . . . .

[19] *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*
I - .....
XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;".

Assim, algumas profissões reclamam condição especial de aptidão. Não pode, por exemplo, ser Advogado quem não é formado em curso regular de ciências jurídicas.

Não é, regra geral, o caso de empresário, ao assegurar o exercício da atividade do empresário aos plenamente capazes, o art. 972 do Código Civil só impõe uma condição, isto é, poderão fazê-lo se não forem ilegalmente impedidos.

Excepcionalmente, algumas empresas exigem habilitação especial. É o caso da atividade securitária, que deve atender aos requisitos da Lei nº 4.596/64 e dos serviços de vigilância e transporte de valores que são regidos por normas estabelecidas pela Lei nº 7.102/93.

Por outro lado, há determinadas pessoas plenamente capazes a quem a lei veda a prática profissional da empresa. A proibição funda-se em razões de ordem pública decorrentes das funções que exercem. Não se trata de incapacidade jurídica, mas de incompatibilidade da atividade empresarial em relação a determinadas situações funcionais.

Se, ainda que impedida legalmente, a pessoa exercer a empresa em nome próprio, praticará atos válidos, embora fique sujeita a diversas sanções. Na esfera penal, os atos praticados configuram-se na conduta tipificada na contravenção de exercício ilegal de profissão prevista no art. 47[20] da Lei das Contravenções Penais[21],

. . . . . .

20 "Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício.
Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa..
21 Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941.

no qual fica claro que o exercício de atividade econômica ou o mero anúncio de seu exercício sem preenchimento das condições legais acarretam pena de prisão simples, de quinze dias a três meses ou multa; no âmbito administrativo, os agentes públicos ficam expostas à demissão, nos termos dos respectivos estatutos funcionais.

As pessoas impedidas de exercer atividade empresarial, por ser essa proibição uma restrição ao exercício de um direito constitucional, deve, necessariamente, ser expressa, não sendo lícito, portanto, inferi-la por dedução, nem aplicá-la por analogia. Em outras palavras, só a lei diz quem está impedido de ser empresário.

Assim, são impedidos legalmente de exercer atividade empresarial:

Magistrados e membros do Ministério Público

Não podem ser empresários por força de vedações constitucionais.

No caso dos magistrados, o artigo 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, veda-lhes o exercício de outro cargo ou função, mesmo estando em disponibilidade, salvo a do magistério. Para os membros do Ministério Público, a vedação para o exercício de outra função pública, de participar de sociedade empresária, podendo, também, exercer o magistério, conforme no artigo 128, parágrafo 5º, inciso II, c) e e), da Constituição Federal.

Assim, algumas profissões reclamam condição especial de aptidão. Não pode, por exemplo, ser Advogado quem não é formado em curso regular de ciências jurídicas.

Não é, regra geral, o caso de empresário, ao assegurar o exercício da atividade do empresário aos plenamente capazes, o art. 972 do Código Civil só impõe uma condição, isto é, poderão fazê-lo se não forem ilegalmente impedidos.

Excepcionalmente, algumas empresas exigem habilitação especial. É o caso da atividade securitária, que deve atender aos requisitos da Lei nº 4.596/64 e dos serviços de vigilância e transporte de valores que são regidos por normas estabelecidas pela Lei nº 7.102/93.

Por outro lado, há determinadas pessoas plenamente capazes a quem a lei veda a prática profissional da empresa. A proibição funda-se em razões de ordem pública decorrentes das funções que exercem. Não se trata de incapacidade jurídica, mas de incompatibilidade da atividade empresarial em relação a determinadas situações funcionais.

Se, ainda que impedida legalmente, a pessoa exercer a empresa em nome próprio, praticará atos válidos, embora fique sujeita a diversas sanções. Na esfera penal, os atos praticados configuram-se na conduta tipificada na contravenção de exercício ilegal de profissão prevista no art. 47[20] da Lei das Contravenções Penais[21],

. . . . . .

20 "Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício.
Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa..
21 Decreto-lei nº 3.688, de 03 de outubro de 1941.

no qual fica claro que o exercício de atividade econômica ou o mero anúncio de seu exercício sem preenchimento das condições legais acarretam pena de prisão simples, de quinze dias a três meses ou multa; no âmbito administrativo, os agentes públicos ficam expostas à demissão, nos termos dos respectivos estatutos funcionais.

As pessoas impedidas de exercer atividade empresarial, por ser essa proibição uma restrição ao exercício de um direito constitucional, deve, necessariamente, ser expressa, não sendo lícito, portanto, inferi-la por dedução, nem aplicá-la por analogia. Em outras palavras, só a lei diz quem está impedido de ser empresário.

Assim, são impedidos legalmente de exercer atividade empresarial:

Magistrados e membros do Ministério Público

Não podem ser empresários por força de vedações constitucionais.

No caso dos magistrados, o artigo 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, veda-lhes o exercício de outro cargo ou função, mesmo estando em disponibilidade, salvo a do magistério. Para os membros do Ministério Público, a vedação para o exercício de outra função pública, de participar de sociedade empresária, podendo, também, exercer o magistério, conforme no artigo 128, parágrafo 5º, inciso II, c) e e), da Constituição Federal.

Servidores públicos

Pelo artigo 117, inciso X, da Lei nº 8.112/90[22], o servidor público, assim entendido como o servidor da administração direta, das autarquias e das fundações públicas, não pode ser empresário individual, podendo, entretanto, participar de sociedades na qualidade de acionista, cotista ou comanditário, desde que não exerça a função de gerente ou administrador de empresa privada ou sociedade civil. Quando se tratar de empresas ou entidades em que a União detenha, direta ou indiretamente, participação do capital social, pode o servidor público participar dos conselhos de administração e fiscal.

Militares

Os militares da ativa das Forças Armadas e das Polícias Militares, conforme o artigo 29, da Lei de nº 6.880/80, não podem exercer a empresa ou integrar a administração ou gerência de sociedade empresária, ou ainda dela ser sócio, salvo como acionista ou cotista. Em se tratando de Oficial da ativa, constitui crime previsto no artigo 204 do Decreto-Lei nº 1.001 de 21/10/1969 (Código Penal Militar)[23].

. . . . . .

22 Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

23 Art. 204. Comerciar o oficial da ativa, ou tomar parte na administração ou gerência de sociedade comercial, ou dela ser sócio ou participar, exceto como cotista em sociedade anônima, ou por cota de responsabilidade limitada.

Falidos não reabilitados

A condenação do empresário em crime falimentar, além do cumprimento da pena aplicada, impõe-se, ao mesmo efeito legal da condenação, a interdição para o exercício de empresa, por um prazo de 3 (três) ou 5 (cinco) anos, contados a partir do dia em que terminar a execução da pena privativa de liberdade, é a regra do art. 195 do Decreto-Lei nº 7.661/1945 (Lei de Falências e Concordatas). Enquanto não houver a reabilitação, o falido fica impedido de exercer a atividade empresarial. A reabilitação, por sua vez, é alcançada por decisão judicial após o decurso de 3 (três) ou 5 (cinco) anos, contados do dia em que termine a execução, respectivamente, das penas de detenção ou de reclusão, desde que o condenado prove estarem extintas por sentença as demais obrigações decorrentes da condenação, é o que diz o artigo 197, da Lei de Falência e Concordata. Com a reabilitação o empresário poderá exercer novamente a atividade de empresa.

Deputados e Senadores

O art. 54, inciso II, letras a) e b) da Constituição Federal, proíbe aos Deputados e Senadores, desde a posse, serem proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, nem exercer nela função remunerada ou cargo de confiança. A inobservância da vedação acima mencionada acarreta a perda do mandato, conforme art. 55, inciso I, da Constituição Federal).

Estrangeiro com visto provisório

O estrangeiro que se encontra no Brasil, com amparo de visto temporário[24], não pode estabelecer-se com firma individual ou exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade empresária ou simples, é o que dispõe o art. 99 da Lei de nº 6.815/80[25].

Leiloeiros

Sob pena de destituição, o art. 36 do Decreto de nº 21.981, de 19/10/1932, proíbe os leiloeiros de exercerem a empresa direta ou indiretamente, no seu nome ou em nome alheio, bem como constituir sociedade empresária de qualquer espécie.

Despachantes aduaneiros

O artigo 10, inciso I, do Decreto nº 646, de 09/09/1992, veda ao despachante aduaneiro e ao correspondente ajudante manter, em nome próprio ou alheio, empresa de exportação ou importação de mercadorias nem comercializar, dentro do país, mercadorias oriundas do estrangeiro.

. . . . . .

24 Art. 13 da Lei nº 6.815/80.

25 Art. 99. Ao estrangeiro titular de visto temporário e ao que se encontre no Brasil na condição do artigo 21, § 1º, é vedado estabelecer-se com firma individual, ou exercer cargo ou função de administrador, gerente ou diretor de sociedade comercial ou civil, bem como inscrever-se em entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada.

Prepostos empresariais

O preposto representa o empresário com a finalidade de realizar negócios em nome do proponente. Não pode, portanto, fazer concorrência ao próprio estabelecimento empresarial ao qual se vincula, seja direta ou indiretamente, atuando no mesmo ramo de atividade, salvo se expressamente autorizado pelo titular da empresa, sob pena de responder por perdas e danos e de serem retidos pelo preponente os lucros da operação. É regra constante do artigo 1.170 do Código Civil.

Médicos

Os Decretos nº 19.603/31 e 10.877/31 proíbem que os médicos mantenham, simultaneamente ao exercício profissional da medicina, empresa no ramo farmacêutico. Saliente-se que a vedação se restringe à exploração da empresa no ramo de comercialização de medicamentos.

Vale ressaltar que os proibidos de exercer a empresa, embora sujeitos a sanções disciplinares na órbita administrativa e passíveis de persecução criminal, não praticam atos nulos, uma vez que a proibição não é objetiva, mas diz respeito ao sujeito.

Acrescente-se que o art. 973 do Código Civil assevera que a pessoa legalmente impedida de exercer atividade própria de empresário, se o fizer, responderá pelas obrigações contraídas.

É bom também lembrar que a proibição de ser empresário não impede a pessoa da participação em sociedade empresária, mediante a subscrição de valores mobi-

liários de sociedades por ação ou aquisição de cotas em sociedades de responsabilidade limitada, desde que não venha a integrar a administração social, isso porque, a sociedade empresária de capitais é uma pessoa jurídica distinta da pessoa física dos sócios, com capacidade e patrimônio próprios. Ser acionista ou ser quotista não significa ser empresário.

Igualmente, é bom frisar que a proibição só alcança a pessoa impedida e não o cônjuge e seus familiares.

c) Exercício com profissionalismo

Mesmo sendo plenamente capaz e não sendo legalmente impedida, a pessoa natural só será considerada empresária se exercer profissionalmente a empresa. Ou seja, é essencial que o faça com profissionalismo; em nome próprio e com o intuito de lucrar.

É o que se extrai da conceituação de empresário trazida pelo novo Código Civil em seu artigo 966[26]. Qualquer pessoa pode praticar, ocasionalmente, os atos negociais, sem que por isso seja considerado empresário. É a prática ordenada e habitual, em nome próprio e com fins lucrativos que confere à pessoa a condição de empresário.

A prática esporádica ou isolada de atos negociais não basta para atribuir a condição de empresário a uma pessoa, é necessário que haja uma prática contínua e duradoura da atividade. Por outro lado, é bom ter em

. . . . . .

26Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

mente que profissionalidade não implica exclusividade. O exercício da atividade empresarial não precisa ser a única profissão do empresário.

Além da atuação habitual e sistemática, é necessário que a pessoa pratique esses atos em seu próprio nome, pois, empresário é aquele em cujo nome encontra-se registrado o estabelecimento empresarial. E, por fim, é necessário que a atuação da pessoa na atividade tenha como objetivo o lucro. Não significa que só será considerado empresário aquele que obtiver lucro, não é isso, mas é necessário que a sua atuação seja incondicionalmente direcionada para a obtenção de lucros, para que alcance a efetividade necessária para que se tenha por caracterizada a profissão de empresário.

d) Registro obrigatório

O Código Comercial de 1850, em seu art. 4°, estabelecia como requisito necessário para que o comerciante gozasse dos benefícios da lei, a sua matrícula na respectiva Junta Comercial[27]. Posteriormente, com a Lei n° 4.726/65, o procedimento de "matrícula" passou a ser denominado "registro" e, atualmente, pela Lei n° 8.934/94, é denominado de "arquivamento". Com base no art. 11 do Decreto n° 916, de 1890, que declarava facultativo o registro[28], a maioria dos comercialistas

. . . . . .

27Art. 4º. Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio do Império, e faça da mercancia profissão habitual.

28 Art. 11. A inscrição no registro é facultativa e será feita em livro especial, aberto, numerado, rubricado e encerrado pelo presidente da Junta Comercial, ou pelo inspetor comercial, ou pelo juiz do comércio, conforme a sede do registro, à vista de requerimento e declaração em duplicata, contendo:.

brasileiros consagrou como facultativa a matrícula na Junta Comercial, sem embargo das severas restrições que a legislação sempre estabeleceu para sua inobservância. Esses autores deram vida ao empresário informal ou de fato. Contudo, com a Lei nº 8.934, do 18.11.1994, essa facultatividade foi suprimida[29], presumindo-se que o Decreto nº 916/1890 já não vigorava e que a legislação subseqüente não mais sustentou a facultativa.

O novo Código Civil, em seu artigo 967, elegeu como o primeiro dever do empresário a oficialização de sua condição mediante a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, pois expressamente tornou obrigatória a inscrição, antes de dar início à sua atividade.[30]

Atualmente não há dúvida, no direito empresarial brasileiro vigora o princípio da regularidade do exercício da atividade empresarial. Quando o art. 967 do Código Civil diz que o registro é obrigatório antes do início da atividade, está afirmando que a prática profissional da empresa só se caracteriza quando devidamente regular.

Como afirma Waldo Fazzio Júnior, "sem desdouro quanto aos vigorosos argumentos expendidos em contrário, a verdade é que empresário é o regular, de direito, porque o chamado empresário de fato só é assim considerado para as conseqüências negativas da prática

. . . . . .

29 Art. 2º. Os atos das firmas mercantis individuais e das sociedades mercantis serão arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, independentemente de seu objeto, salvo as exceções previstas em lei.

30 Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

negocial, sem desfrutar de quaisquer privilégios inerentes àquela condição. Ou seja, é um empresário virtual em face de proteção legal; só é real para efeito de responsabilização patrimonial. Ficta para os direitos, sua existência só se patenteia para a assunção dos encargos que a prática irregular da empresa lhe acarreta. Exemplificando, para incorrer em falência, é empresário, mas, para obter a concordata, não o é".[31]

Por isso, não é demasiado afirmar que o registro não é mero complemento formal. No caso da sociedade empresária, a ausência do registro implica a não-personificação jurídica, ou seja, a responsabilidade pessoal, solidária e ilimitada dos sócios. No campo tributário, as conseqüências são seriíssimas, à medida que, impossibilitado de obter o CGC/MF, o empresário informal não pode emitir nota fiscal nem duplicata.

De toda forma, como a prática empresarial irregular, ainda que esporádica, é um fato, enumeraremos suas principais conseqüências:

1) não podendo ter a escrituração necessária ao exercício profissional revestida das formalidades legais, em caso de falência, incorrerá em crime falimentar, salvo se, a critério do órgão judiciário, for considerado como portador de instrumento insuficiente e o negócio que explorar for tido por exíguo;

. . . . . .

31 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.58-59.

2) não poderá, nessa condição, requerer a falência de outro empresário, porque, ao cuidar da legitimação ativa para o pedido da falência, o art. 9°, inciso III, letra a), da LFC, alude a credor comerciante se provar ter firma inscrita, ou contrato ou estatuto arquivados no registro do comércio;
3) não poderá impetrar concordata, salvo se, empresário individual, tiver passivo quirografário diminuto;
4) não poderá contratar com o Poder Público porque não inscrito no CGC/MF e no INSS;
5) não poderá constituir microempresa.

Não se deve concluir, entretanto, que o registro faz empresário quem, efetivamente, não atua. Não é isso. Com o arquivamento do ato constitutivo na Junta Comercial, estabelece-se uma presunção relativa. Quer dizer, a mera inscrição não constitui, por si só, evidência segura de que o inscrito seja empresário. Para concluir, cito mais uma vez o Prof. Waldo Fazzio Júnior: "Para resumir esse assunto, temos que não é empresário, para efeito de exercício dos direitos inerentes a tal condição, quem não é registrado, mas não é suficiente que o seja. Nem o empresário irregular nem o empresário fictício. A prática profissional é imprescindível para converter em realidade a presunção gerada pelo registro. A qualidade de empresário é igual a exercício profissional da empresa + registro".[32]

. . . . . .

32 Idem, p.60

4. CONCLUSÃO

A produção e a circulação de bens e serviços conheceram diversas etapas no processo de desenvolvimento humano. Seu estágio atual é o produto do desenvolvimento da atividade produtiva e a diversidade cada vez maior das modalidades de serviços que se encontram à disposição da sociedade gerando riqueza, emprego e renda, que transformou as relações de produção, ao longo do tempo de um sistema de subordinação do trabalho ao capital para um regime de coordenação desses dois fatores. A atividade econômica sempre foi colocada como fundamental para a sobrevivência e o desenvolvimento dos povos, por isso a constante preocupação de sua regulamentação ao longo da história humana.

O direito, como instrumento de controle das relações sociais, deve sempre acompanhar o desenvolvimento dessas relações. Na atividade comercial, não poderia ser diferente, pois, desde o estágio primitivo da troca de mercadorias até a atualidade, em todas as fases da história, o modo de produção trazia consigo uma regulamentação própria.

O direito comercial brasileiro incorporou, no Código Comercial de 1850, a teoria dos atos do comércio como critério para distinguir o seu campo de atuação do campo do direito civil. Essa visão, no entanto, diante das transformações das atividades produção e circulação de bens ou serviços, não vinha mais satisfazendo à exigência da economia, embora continuasse legalmente estabelecida.

Na prática, essas complexidades geraram conflitos cada vez mais constantes, surgidos da incerteza se determinada atividade econômica se submetia ao regime jurídico-comercial ou não. Para aquelas que se subsumiam à definição le-

gal de comerciante, como a ação de intermediação entre a produção e o consumo, não havia dúvida, mas, principalmente para a atividade de prestação de serviços, cada vez mais crescente, não havia consenso. Cabia ao judiciário, que na maioria das vezes se valia da teoria da empresa, para chegar a soluções mais apropriadas em relação à realidade econômica, atenuando, assim, a enorme distância que separava a doutrina incorporada pelo diploma comercial e a realidade econômica para a qual ela deveria se reportar.

Já vínhamos, portanto, adotando para a compreensão do direito comercial moderno, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial, de que a teoria da empresa estava, na prática, em pleno vigor no nosso direito comercial.

O novo Código Civil, portanto, incorporou à teoria geral do direito comercial a doutrina da teoria da empresa, uma vez que o conceito de empresário expresso no seu art.966 reproduz, fielmente, a definição do Código Italiano de 1942 (art. 2.082). A denominação "comerciante" deu lugar ao "empresário", cujo conceito não se restringe, apenas, às pessoas que exerçam atividades comerciais ou mercantis, mas abrange outras atividades econômicas produtivas, que estavam submetidas às normas do direito civil, como a prestação de serviços. O empresário é a pessoa que desempenha, em caráter profissional, qualquer atividade econômica produtiva no campo do direito privado. É, portanto, conseqüência lógica que deixou de existir no direito brasileiro a figura do comerciante. Hoje a pessoa natural ou jurídica que exerce a empresa é o "empresário" e, o conjunto de normas que regem os seus direitos e obrigações passa a ser denominado "regime jurídico-empresarial".

Por fim, penso que, o já cansado direito comercial deu lugar ao novo direito empresarial.

5. REFERÊNCIAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 6. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

_____. **Manual de Direito Comercial**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

COZZA, Mario. **O novo Código Civil – do direito de empresa**. 1. ed. Porto Alegre: Síntese, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 19. ed. rev. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002. v.1.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO, Vera Helena de Melo. **Manual de Direito Comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v.1.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1989.

FIÚZA, Ricardo (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAPAI,Giselle de Melo (Coord.). **Novo Código Civil Brasileiro**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o Código Civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. São Paulo: RT, 2002.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. v.1.

A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DE CIRURGIAS PLÁSTICAS

Luciana Helena Santos
Advogada. Ex-aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. OS CIRURGIÕES-PLÁSTICOS COMO FORNECEDORES DE SERVIÇOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. 3. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DOS CIRURGIÕES-PLÁSTICOS. 4. INOVAÇÕES TRAZIDAS COM O NOVO CÓDIGO CIVIL. 5. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DOS CIRURGIÕES-PLÁSTICOS. 6. AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 8. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O culto ao físico sempre fez parte da vida humana. Os gregos tinham o "mente sã, corpo são" como uma filosofia de vida e o desenvolvimento das atividades esportivas exercia uma forte influência na busca de um corpo perfeito e atlético, associado às imagens dos Deuses.

Durante muitos séculos, a beleza foi considerada um dom divino. Os padrões mudaram com o tempo, mas a busca de um ideal de beleza e de juventude permaneceu no imaginário humano, atingindo, com maior avidez, o universo feminino. Do espartilho de ferro à prótese de silicone, as mulheres nunca mediram esforços para atingir esse ideal de perfeição.

Hoje, a busca de um corpo perfeito não é exclusividade das mulheres e, cada vez mais, os homens também estão procurando novas técnicas capazes de lhes proporcionar o almejado sucesso estético, que, ao lado do profissional, compõe a imagem de um ser humano perfeito e bem sucedido, tal qual a sociedade exige. A mídia, através de revistas, anúncios, propagandas, novelas e filmes, mostra qual a imagem que a pessoa deve apresentar para que possa ser socialmente aceita. São imagens de homens atléticos e mulheres muito magras, apresentando corpos extremamente trabalhados para aquele tipo de exposição. Sabe-se que a grande massa da população jamais atingirá tal padrão estético, levando-se em conta, inclusive, os biotipos variados e o estilo de vida de cada um.

Todavia, essa obsessão pelo corpo perfeito, nunca atingido, tem trazido grandes prejuízos, pois, a mesma mídia que incita o culto exagerado ao físico, igualmente relata os acidentes decorrentes desse comportamento compulsivo: pessoas que recorreram a profissionais não devidamente capacitados, que acabam causando danos irreversíveis; uso de material impróprio para próteses humanas, que geram rejeição por parte do organismo; remoção de costelas com o escopo de afinar a cintura, entre outros absurdos. Segundo informações do Conselho Federal de Medicina, as demandas indenizatórias decorrentes de cirurgias plásticas mal-sucedidas já ocupam o segundo lugar no *ranking* das especialidades médicas, antecedidas apenas das representações por ginecologia e obstetrícia[1].

. . . . . .

1 KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil por Erro Médico. In: **Responsabilidade Civil – Temas Atuais**. Recife: Bagaço, [s.d.]. p. 134-135

Nesse contexto, o médico cirurgião-plástico aparece como figura fundamental, cuja conduta deve pautar-se conforme os ditames legais e éticos que regem a profissão. Bom senso e ponderação são fatores que o profissional deve ter em mente para bem orientar seu paciente, quando for por este procurado. Tendo em vista que toda experiência com o corpo inclui riscos, as informações relativas à intervenção cirúrgica devem ser amplas, assim como deve ser bem avaliada a necessidade do procedimento. A seguir, buscaremos analisar, com clareza e objetividade, os principais aspectos da responsabilidade civil do cirurgião-plástico, enquanto prestador de serviços perante o Código de Defesa do Consumidor.

2. OS CIRURGIÕES-PLÁSTICOS COMO FORNECEDORES DE SERVIÇOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Considera-se fornecedor nas relações de consumo toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, até mesmo entes despersonalizados (como sociedades de fato, camelôs, etc.), que coloque direta ou indiretamente um produto ou serviço no mercado de consumo, desenvolvendo atividade para esse fim. Dessa forma, para a caracterização do conceito de fornecedor, exige-se a prática, habitual e profissional, de atividade econômica no mercado de consumo.

Como profissionais liberais, os cirurgiões-plásticos são tidos como fornecedores de serviços perante o CDC e as atividades por eles desempenhadas se caracterizam pelo exercício predominantemente técnico e intelectual de conhecimentos médicos específicos. Também é impres-

cindível a diplomação em curso universitário e a inscrição no Conselho Regional de Medicina (CRM). Outra característica fundamental para a definição desses profissionais é que prestam atividade remunerada em favor de outrem, sem que mantenham qualquer vínculo de subordinação com aquele que os remunera[2].

De acordo com o art. 14, § 4º do CDC, a responsabilização desses profissionais será de ordem subjetiva. Porém, como bem observa Roberto Senise Lisboa, nem sempre a responsabilidade dos profissionais liberais será subjetiva:

> *Em se tratando de dano patrimonial ou econômico, qualquer que seja o profissional liberal ou a natureza de sua atividade, a sua responsabilidade é objetiva, independente da existência de culpa. É o caso tanto do médico como do advogado, do engenheiro e do cirurgião-dentista, entre outros, que respondem pela inadequação do serviço decorrente, por exemplo, da falta de informação*[3].

O dever de informação, além de inerente à atividade médica, é direito básico do consumidor, nos termos do CDC.

Assim sendo, somente haverá aplicação do art. 14, § 4º nos casos em que se verifique um acidente de consumo decorrente da atuação profissional do profissional liberal, causando lesão a direitos personalíssimos do consumidor.

Essa responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais não se estende à pessoa jurídica, mas tão somente

. . . . . .

2 LISBOA, Roberto Senise. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. São Paulo: **Revista dos Tribunais,** 2001. p. 251.

3 Idem, p. 252

às pessoas físicas, nos termos do CDC. A pessoa jurídica poderá ser objetivamente responsável, no que tiver dado causa ao prejuízo do consumidor. Assim sendo, a responsabilidade dos hospitais, casas de saúde, clínicas estéticas, associações e sociedades de assistência será de ordem objetiva.

O STJ, no julgamento do Resp n.º 232380, afirmou que o dever de indenizar o consumidor, no caso de erro médico, é solidário entre o hospital, o plano de saúde e a equipe médica. Isso porque cabe tanto ao hospital como ao plano de saúde fiscalizar a capacitação dos profissionais credenciados.

O CDC poderá incidir sobre serviços públicos, conforme seja a natureza dos mesmos. Consoante o entendimento de Roberto Senise Lisboa, somente será aplicado o CDC nas relações entre a Administração Pública e o administrado quando este:

> *adquirir ou se utilizar de um serviço mediante o pagamento direto, a fim de que o ente público ou privado com delegação pública possa realizar ou executar a atividade. Desse modo, praticamente todas as relações jurídicas tributárias não são reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor...*[4]

Dessa forma, levando-se em conta que a saúde pública é serviço custeado por impostos, inadmissível a aplicação do CDC nesse caso.

Em se tratando de profissional médico atuante em hospital pertencente ao Estado, vindo ele a causar dano a um paciente, a responsabilidade será objetiva do hospital

. . . . . .

4 Op. cit., p. 187.

público e, por via de conseqüência, do próprio Estado, que terá direito de regresso contra o médico que tiver atuado com culpa, em conduta comissiva ou omissiva. Essa responsabilidade objetiva decorre da Teoria do Risco Administrativo, consagrada constitucionalmente no art. 37, § 6º da Carta Magna.

3. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DOS CIRURGIÕES-PLÁSTICOS

Para uma melhor explanação do tema, convém analisarmos a natureza da responsabilidade dos profissionais liberais em geral. Roberto Senise Lisboa[5] ressalta que, mesmo em se tratando de acidentes de consumo, conforme a obrigação seja de meio, de resultado ou de segurança, a forma de aferição da culpa desses profissionais será variável.

Sendo a obrigação de meio, assumirá o consumidor um certo grau de risco, só podendo exigir do profissional prudência e diligência na busca de um resultado futuro, que lhe poderá ser desfavorável. Caso isso venha a acontecer, o fornecedor que tiver se conduzido com a devida diligência não poderá ser responsabilizado. É o caso de intervenções cirúrgicas visando salvar a vida de um paciente ou curá-lo de uma enfermidade. A responsabilidade será subjetiva, cabendo o ônus da prova ao consumidor, podendo o magistrado invertê-la ou não, nos casos de verossimilhança ou hipossuficiência do consumidor. Ao profissional liberal, bastará a produção de provas que o magistrado julgue suficiente para demonstrar que agiu com a prudência e a diligência esperada.

. . . . . .

5 Op. cit.,p. 253/258

Nas obrigações de resultado, assim entendidas aquelas em que o fornecedor, no caso o médico, compromete-se a atingir o objetivo ou interesse almejado pelo consumidor, seu cliente, a responsabilidade continuará subjetiva. Haverá, todavia, uma inversão automática do ônus da prova em favor do consumidor, com a presunção de culpa do profissional, devendo o mesmo demonstrar que efetivamente agiu com toda prudência e diligência que o paciente dele poderia esperar, em face de seus conhecimentos técnicos, segundo critérios de razoabilidade. A responsabilidade do profissional liberal nas obrigações de resultado somente será afastada nos casos de força maior, segundo entendimento jurisprudencial. A doutrina e a jurisprudência classifica a obrigação do cirurgião-plástico como de resultado.

Já nas obrigações de segurança, a responsabilidade do fornecedor será objetiva, uma vez que se comprometeu a adotar todas as medidas necessárias para atingir determinado resultado, sem que o consumidor sofresse qualquer espécie de dano. Roberto Senise Lisboa acentua que, no sistema das relações de consumo, apesar de sempre se ter considerado a atividade do cirurgião-estético como uma obrigação de resultado, ela também deve ser considerada como obrigação de segurança, uma vez que sua prestação inadequada pode colocar em risco a vida, a saúde ou a segurança do consumidor.[6] Sérgio Cavalieri Filho acentua que a responsabilidade do profissional liberal, independentemente da obrigação assumida, será sempre de ordem subjetiva[7].

. . . . . .

6 Op. cit.,p. 258.
7 PROGRAMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL. São Paulo : Malheiros, 2001. p. 378.

Por outro lado, Paulo Luiz Netto Lôbo[8], em estudo sobre a responsabilidade dos advogados (também profissionais liberais), assevera que a distinção entre as obrigações de meio e de resultado encontra-se superada, uma vez que essa diferenciação prejudicaria o consumidor que teria o ônus adicional de demonstrar a espécie de obrigação assumida pelo profissional. Ademais, o resultado pretendido é da natureza de qualquer obrigação negocial, não se confundindo com o resultado necessariamente favorável. Assim sendo, ao profissional liberal cabe a demonstração de que se empenhou suficientemente na busca do resultado objeto do contrato celebrado com o cliente.

Apesar de, em princípio, o entendimento acima mencionado parecer melhor coadunar-se com os parâmetros traçados pelo CDC em relação ao consumidor, deve ser visto com reservas no que concerne à responsabilidade do médico cirurgião-plástico enquanto fornecedor de serviços. Isso porque não há como desvencilhar-se a cirurgia plástica estética da promessa de um resultado necessariamente favorável. Ninguém se submete a esse tipo de intervenção cirúrgica, senão para conquistar a sonhada perfeição corporal. Os riscos, ainda que cogitados e informados, nunca são assumidos pelos pacientes.

O entendimento de que a cirurgia plástica estética é de resultado encontra maioria na doutrina e na jurisprudência, não obstante a existência de opiniões de relevo em contrário como a de Ruy Rosado de Aguiar Jr, que afirma ser esse tipo de cirurgia de meio, pois a álea está

. . . . . .

8 Responsabilidade Civil do Advogado In: **Responsabilidade Civil. Temais Atuais.** Recife: Bagaço, [s.d.]. p. 253-256.

presente em qualquer tipo de intervenção cirúrgica, tendo em vista a imprevisibilidade da reação de cada organismo a essa agressão.[9]

De acordo com o entendimento majoritário, a cirurgia plástica estética é, necessariamente, uma obrigação de resultado, onde o profissional liberal compromete-se em atingir o resultado favorável contratado com seu cliente. Uma vez não alcançado esse resultado, será devida indenização por danos morais e materiais, assim como verba para realização de nova cirurgia buscando reparar o dano. O lesado poderá, ainda, comunicar o fato ao Conselho Regional de Medicina, para que esse órgão adote as medidas disciplinares cabíveis.

Diversa é a situação da cirurgia plástica reparadora, visando corrigir alguma deformidade, seja ela congênita ou decorrente de acidentes. Tal intervenção médica enquadra-se nas obrigações de meio, pois ao cirurgião cabe despender todos os esforços buscando uma correção estética que, todavia, pode não ser a almejada, uma vez que os resultados de tal cirurgia são imprevisíveis, não podendo ser exigido do médico o resultado necessariamente esperado pelo cliente. A intervenção cirúrgica, nesse caso, é tida como necessária, às vezes até de emergência, e ao médico cabe atuar com a diligência devida na busca de uma melhora, que pode não ser aquela sonhada pelo paciente. Não atingido o resultado por este almejado, apesar de todo desforço e diligência do cirurgião-plástico, não há como se cogitar qualquer responsabilização do médico.

. . . . . .

9 Responsabilidade Civil do Médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coordenador). **Direito e Medicina – Aspectos Jurídicos da Medicina**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 149-151

Alguns hospitais públicos realizam cirurgias plásticas, porém em casos muito especiais, como, por exemplo, redução de mamas, de estômago, nariz, entre outras, buscando reparar alguma deformidade congênita ou adquirida. Dado o caráter de gravidade desses casos, estão inseridos na categoria de cirurgia plástica reparadora, como obrigação de meios, respondendo o Estado quando houver falha ou defeito do serviço.

Em suma: se nas relações de consumo, via de regra, a responsabilidade dos fornecedores é de ordem objetiva e independe de culpa, bastando ao consumidor demonstrar o nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a conduta, omissiva ou comissiva, do fornecedor de produtos ou serviços, no caso dos profissionais liberais, o consumidor lesado deve comprovar a culpa do profissional no evento danoso. Essa prova, como já dito alhures, pode ser invertida pelo magistrado, nos casos de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor, que geralmente está presente.

Em se tratando de erro médico decorrente de cirurgia estética, a culpa do profissional é presumida e o dano pode ser facilmente demonstrado através de fotografias que atestem a lesão sofrida pela vítima. No que concerne ao erro médico em geral, a jurisprudência tem entendido que cabe inversão do ônus da prova, mesmo no caso de responsabilidade subjetiva decorrente de obrigação de meio. Assim, é o médico quem tem de provar que não agiu com culpa, pois é ele que melhor possui os conhecimentos técnicos necessários para a produção das provas cabíveis.

4. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO CIVIL

O novo Código Civil surgiu trazendo muitas previsões que já estavam, explícita ou implicitamente, contidas no CDC e na Constituição Federal. Houve uma ruptura do individualismo e do patrimonialismo que permeava o Código Civil de 1916, para dar vez a uma ordem civil mais justa e harmônica, bem mais condizente com os parâmetros traçados pela Carta Magna.

O Código Civil de 1916 tratava da responsabilidade dos médicos no capítulo dos atos ilícitos, nos limites do art. 1.545. Venosa já afirmava que, independentemente da obrigação ser contratual ou extracontratual, existindo culpa, haveria o dever de indenizar:

> *Contudo existindo contrato, é no âmbito de seus limites que será apurado o inadimplemento total ou parcial ou mora. Se não há contrato e a culpa emerge de um dever de conduta, é nessa ação do agente que a culpa deve ser aferida. No entanto, em toda responsabilidade profissional, ainda que exista contrato, há sempre um campo de conduta profissional a ser examinado, inerente à profissão e independentemente de contrato*[10].

A esse entendimento deve ser acrescentado que desde a vigência do CDC, uma vez caracterizada uma relação de consumo, mesmo havendo contrato, as cláusulas

. . . . . .

10 VENOSA, Silvio. **Direito Civil**. Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2000. v. III, p. 564

tidas como abusivas são consideradas nulas de pleno direito, como, p. ex., uma cláusula que exclua o direito à indenização no caso de erro médico.

O art. 951 do novo Código Civil estabelece que será devida indenização por quem, culposamente, no exercício de atividade profissional, vier a causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão ou inabilitá-lo para o trabalho. Essa indenização, nos termos da nova legislação, será ampla, incluindo as despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de outros prejuízos que venham a ser provados, de acordo com o art. 949. Poderá, ainda, incluir pensão correspondente à importância do trabalho para o qual o paciente ficou inabilitado, nos termos do art. 949. O parágrafo único do mesmo dispositivo legal faculta ao prejudicado exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Conforme o art. 944 do novo Código, a indenização será aferida conforme a extensão do dano sofrido pela vítima, levando-se em conta a gravidade da culpa do agente. Por sua vez, o art. 945 do novo diploma legal inova ao prever a possibilidade do juiz reduzir proporcionalmente a indenização no caso de culpa concorrente da vítima (o CDC só tratava da culpa exclusiva).

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentários ao art. 945, afirmam que:

> *Se a culpa do indigitado causador do dano é de pequena ou irrelevante proporção, tendo sido a própria vítima a causadora verdadeira do evento que lhe acarretou danos, pode ser desfeito o nexo de causalidade imputado ao indigitado autor do dano, para se reconhecer no ato da vítima potencialidade suficiente para causação exclusiva do dano, não se justificando a indenização pretendida. Ou seja: é a partir da dosagem da culpa que se mede a responsabilidade do autor do dano e a extensão da indenização devida pelos danos causados*[11]

A lei não prevê excludente de responsabilidade por força maior, mas tal alegação é admitida pela jurisprudência do STJ.[12]

Dessa forma, a nova ordem civil constitui mais um instrumento de defesa dos interesses dos consumidores, ao lado do CDC e da Constituição da República, colaborando para a construção de uma sociedade mais harmônica e voltada para a preservação dos direitos humanos fundamentais, já consagrados legal e constitucionalmente.

5. A RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL DOS CIRURGIÕES-PLÁSTICOS

Diante da já exposta exacerbação do culto ao corpo físico, há médicos que, movidos por interesses econômicos, valem-se da fraqueza e da vaidade do ser humano, para instigá-lo a cirurgias estéticas desnecessárias. O profissional deve avaliar a real necessidade e conveniência de uma cirurgia plástica, tendo em vista que, como já observado, toda e qualquer intervenção cirúrgica compreende um certo risco à vida e à saúde do paciente que, na maior

. . . . . .

11 CÓDIGO CIVIL COMENTADO E LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 497.

12 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil.**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11, p. 228.

parte dos casos, não passa de uma vítima devido a imagens idealizadas pela mídia. Um número considerável de cirurgias poderia ser evitado com a indicação de um acompanhamento psicoterápico, bem mais condizente e apropriado em alguns casos.

Assim sendo, existe nas relações de consumo uma presunção de vulnerabilidade jurídica em favor do consumidor que vai além de sua debilidade econômica, uma vez que o que importa é o poder negocial dominante, isto é, a capacidade de imposição de vontade e de interesses à parte presumidamente mais frágil (no caso, o paciente).

Ao ser procurado por um cliente que busca seus serviços profissionais, o médico não pode agir tal qual um comerciante em busca do lucro, uma vez que sua responsabilidade, por envolver a vida, vai além daquela atribuída aos demais fornecedores de serviços. O próprio Código de Ética Médica, em seu art. 51, determina que:

> *são lícitas as intervenções cirúrgicas com finalidade estética, desde que necessárias ou quando o defeito a ser removido ou atenuado seja fator de desajuste psíquico.*

É de acordo com essa norma que o cirurgião-plástico deve exercer sua atividade profissional, aconselhando ou não a intervenção cirúrgica.

Dessa forma, é imprescindível que o profissional atue com ética e com boa-fé. Dentre os princípios que regem o CDC está o da boa-fé objetiva, que constitui um conceito jurídico indeterminado e impede o uso de comportamentos contrários à recíproca lealdade que se espera dos contratantes. Essa boa-fé objetiva independe da vontade das

partes, pois além de regra de conduta, é fonte autônoma de deveres.

Seguindo parâmetros já traçados no CDC, o novo Código Civil surgiu trazendo em seu art. 422 a obrigatoriedade das partes observarem, tanto na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

Como bem adverte Paulo Luiz Netto Lôbo:

> *a referência à conclusão deve ser entendida como abrangente da celebração e dos comportamentos que a antecedem, porque aquela decorre destes*[13].

Nisso consiste a responsabilidade pré-contratual, que se refere a comportamentos que devem ser adotados antes da celebração dos contratos (*in contrahendo*) e mesmo após sua extinção (*post pactum finitum*).

A boa-fé objetiva a ser adotada pelo contratante supõe um padrão de conduta, de forma que deve agir com probidade, lealdade e honestidade. Nessa esteira, a Jornada de Direito Civil, realizada sob os auspícios do STJ, estabeleceu, no enunciado n.º 26, que:

> *a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes.*

Dessa forma, estará violando o princípio da boa-fé objetiva e de lealdade, o profissional que, mesmo ciente da desnecessidade de uma cirurgia estética, não adverte

. . . . . .

13 Princípios Contratuais. In: **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil**. Recife : Nossa Livraria, 2003. p. 21.

corretamente o paciente e aceita proceder à intervenção cirúrgica. Nesse caso, sua responsabilidade será ampliada, pois estará assumindo todos os riscos do seu comportamento advindos. Em casos assim, nem mesmo a alegação de que bem advertiu o cliente dos riscos, bem como da desnecessidade da cirurgia, poderá prosperar, pois ao médico não cabe atender todo e qualquer pedido do paciente, desprovido de uma necessidade concreta.

O princípio da autonomia da vontade, segundo o qual as partes são livres para contratar, não pode prevalecer nessas situações. Esse princípio, inclusive, aparece um pouco enfraquecido na nova lei civil que determina que os interesses individuais dos contratantes devem ser exercidos em conformidade com os interesses sociais, consagrando-se o princípio da função social do contrato. E não há como negar que a preservação da vida, nela incluída a integridade física e a dignidade humana, constitui o maior interesse da sociedade e do direito como um todo.

6. AS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Como já analisamos alhures, nas obrigações de resultado a responsabilidade permanece sendo subjetiva, porém com a presunção de culpa do profissional que só poderá ser elidida mediante prova da ocorrência de circunstâncias imprevisíveis ou que o defeito do serviço não ocorreu por culpa do médico e sim devido a "condições próprias do paciente ou de fato da natureza"[14]

Sérgio Cavalieri Filho distingue o risco inerente do risco adquirido para fins de excludentes de responsabilidade dos médicos e hospitais. Segundo esse autor, os médicos só serão responsabilizados pelos riscos adquiridos, decorrentes de um defeito no serviço prestado. Já com relação aos riscos inerentes à atividade, não haverá defeito no serviço, não sendo possível imputar responsabilidade ao profissional. São características do risco inerente a normalidade e a previsibilidade, cabendo unicamente informar o consumidor desses riscos inevitáveis.[15]

Nesse caso, só a falta de informação é que poderia ser imputada ao médico. É o caso típico de uma paciente que, sem nunca ter realizado nenhum tipo de cirurgia, desconhece que tem quelóide. O médico deve adverti-la acerca de eventuais dificuldades no processo de cicatrização de uma cirurgia plástica. Se, advertida, aceita proceder à cirurgia estética, não poderá futuramente responsabilizar o cirurgião pelo fato da cicatriz ter ficado mais evidente do que o esperado, uma vez que, além de ter sido devidamente alertada do risco, trata-se de um defeito decorrente de uma condição pessoal da paciente e não de culpa do médico.

Também é fator excludente da responsabilidade do profissional liberal, o dano decorrente de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. É o caso do consumidor que não segue corretamente as instruções médicas nos cuidados pós-operatórios, ministrando dosagens de remédios superiores às indicadas; que não obedece ao repouso recomendado, realizando atividades físicas quando o médico havia proibido, etc. Nesses casos, na realidade, inexiste defeito na prestação do serviço e o

. . . . . .

14 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op. cit., p. 284

15 Idem, Ibid. p. 284

dano só ocorreu devido ao comportamento exclusivo do consumidor ou de terceiro (totalmente estranho à relação de consumo).

Como já foi dito alhures, apesar do CDC não prevê a excludente de responsabilidade por força maior, tal alegação é admitida pela jurisprudência do STJ. Também o caso fortuito é aceito como excludente, desde que, como bem assevera Sérgio Cavalieri Filho[16], trate-se do fortuito externo, que se equipara à força maior, e não guarda nenhum tipo de relação com o serviço prestado pelo profissional liberal. Na verdade, teríamos aqui outra excludente por inexistência de defeito no serviço, como ocorre na culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Já o fortuito interno, assim entendido aquele que, apesar de imprevisível e inevitável, ocorreu durante a prestação do serviço, não tem o condão de afastar a responsabilidade do profissional, pois faz parte de sua atividade, que envolve os riscos da atividade desenvolvida. Dessa forma, o fortuito interno submete-se à regra geral de falha na execução do serviço prestado, devendo aí ser avaliada a culpa do fornecedor.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) instituiu um microssistema jurídico dotado de princípios próprios e cujas normas são consideradas de interesse social e de ordem pública, não podendo ser afastadas por vontade das partes. O fundamento está no art. 5º, XXXII da Carta

16 Op. cit.,p. 375/376

Magna, com o reconhecimento constitucional da defesa do consumidor como direito fundamental individual e coletivo, assim como no art. 170, V, como princípio geral da ordem econômica. O novo Código Civil surgiu trazendo preceitos que já estavam, de forma explícita ou implícita, contidos no CDC e na Constituição da República.

Os médicos, enquanto prestadores de serviços perante o CDC, independentemente da área de atuação, têm a obrigação de prestar um atendimento adequado e condizente com os preceitos legais e éticos exigidos pelo ordenamento jurídico, seja no consultório particular ou no hospital, público ou privado. A atividade médica deve ser exercida de forma técnica compatível com sua especialidade, sem ações precipitadas ou omissões injustificadas.

Ao proceder a uma cirurgia estética, nunca se deve perder de vista a conquista de um ideal de beleza próprio, condizente com as características pessoais de cada indivíduo, de acordo com sua personalidade e estilo de vida, que não pode se resumir à cópia de partes do corpo de alguma modelo famosa, por exemplo.

Sílvio de Salvo Venosa, citando Jorge Mosset Iturraspe, bem acentua que "há um descompasso na ciência médica entre seu avanço tecnológico e o humanismo, isto é, o respeito pela pessoa humana"[17]. Assim sendo, deve ser buscada uma melhor adequação entre o progresso científico e a atividade profissional dos médicos. Esses profissionais devem zelar pelo ser humano como um todo, inclusive porque a boa saúde envolve o lado físico e o psíquico.

17 Op. cit.,p. 563.

Nesse contexto, o médico cirurgião-plástico deve avaliar a real conveniência e necessidade de uma intervenção cirúrgica, procedendo com lealdade e informando precisamente o paciente sobre todos os riscos daí advindos, inclusive por força do princípio da boa-fé objetiva que norteia não só a fase pré-contratual, mas todas as fases da relação contratual, de acordo com o nosso ordenamento jurídico.

8. REFERÊNCIAS

a) Livros

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 271-285; 372-379

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Comentários ao Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11, p. 197-205

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 251-259; 263; 265-274

VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade Profissional: Aspectos da Responsabilidade Médica e Odontológica. In: **Direito Civil: Contratos em Espécie e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 560-575 (parte de livro)

b) Artigos

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coordenador): **Direito e Medicina**. Belo Horizonte, 2000. p. 133-180.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Responsabilidade Civil Pré-Contratual. In: **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil.** Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 227-243.

GRIMBERG, Rosana. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. In: **Responsabilidade Civil. Temas Atuais**. Escola de Advocacia do Recife. Recife: Bagaço, 2000. p. 279-283.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil por Erro Médico. In: **Responsabilidade Civil. Temas Atuais**. Escola de Advocacia do Recife. Recife: Bagaço, 2000. p. 125-142.

LEAL, Larissa Maria de Moraes. Boa-fé Contratual. In: **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil.** Recife: Nossa Livraria, 2003.p. 25-41.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade Civil do Advogado. In: **Responsabilidade Civil. Temas Atuais**. Escola de Advocacia do Recife. Recife: Bagaço, 2000. p. 241-256.

_____. Princípios Contratuais. In: **A Teoria do Contrato e o Novo Código Civil.** Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 9-23.

MARQUES, Cláudia Lima. Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo. In: **Responsabilidade Civil. Temas Atuais**. Escola de Advocacia do Recife. Recife: Bagaço, 2000. p. 271-277.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Responsabilidade Civil por Erro Médico. In: **Responsabilidade Civil. Temas Atuais**. Escola de Advocacia do Recife. Recife: Bagaço, 2000. p. 111-124.

c) Legislação Comentada

NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 497-503.

A SUCUMBÊNCIA COMO CRITÉRIO PARA A CONDENAÇÃO NAS DESPESAS PROCESSUAIS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO

Lúcio Grassi de Gouveia
Juiz de Direito Titular da 12ª Vara Cível do Recife. Professor Doutor de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Coordenador do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. O CRITÉRIO DA SUCUMBÊNCIA; 3. O CRITÉRIO DA CASUALIDADE; 4. O CRITÉRIO DA RESPONSABILIDADE PROCESSUAL; 5. SISTEMAS DO VENCIMENTO SUBJETIVO E DO VENCIMENTO OBJETIVO PURO E MODERADO; 6. DA NECESSIDADE DE REPAROS A ESTA CLASSIFICAÇÃO: OS CASOS ALEMÃO E BRASILEIRO; 7. RESTRIÇÕES À REGRA DA SUCUMBÊNCIA EM OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS; 8. CONCLUSÃO; 9. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Submetamos à falseabilidade o seguinte enunciado: nos sistemas jurídicos brasileiro e estrangeiros, a sucumbência é critério universal que baliza a condenação da parte nas despesas processuais.

Verificaremos que tal enunciado poderá ser facilmente refutado em algumas situações específicas, inclusive no sistema processual civil brasileiro, com o que restará provado que a sucumbência não é critério universal, único e inquestionável que orientará a condenação nas despesas processuais, apesar de parte da doutrina mundial tentar

buscar aspectos coincidentes e levantar argumentos que demonstrem o contrário.

Na linha de defesa do princípio da sucumbência, Chiovenda, para quem "o fundamento dessa condenação é o fato objetivo da sucumbência; e a justificação desse instituto está em que, a atuação da lei não deve representar uma diminuição patrimonial para a parte a cujo favor chega: sendo do interesse do comércio jurídico que os direitos sejam um valor possivelmente claro e constante" [1].

Para os autores que seguem essa linha de entendimento teria esse princípio, de rudimentar e simplíssima lógica, sido confirmado no atual CPC italiano, no art. 91, confirmando-o como fundamento lógico imprescindível da repartição entre os litigantes das despesas processuais:

> *Art. 91 (Condanna alle spese). – Il giudice, com la sentenza che chiude il processo davanti a lui, condanna la parte soccombente al rimborso delle spese a favore dell'altra parte e ne liquida l'ammontare insieme con gli onorari di difesa. Eguale provvedimento emette nella sua sentenza il giudice Che regola la competenza (...).*

Segundo Chiovenda, o princípio da sucumbência, antes ainda de constituir um efeito do art. 91 do CPC italiano, parece representar uma regra de lógica geral; e não por acaso se encontra, de modo mais ou menos correspondente, em todos os sistemas processuais modernos. Entre esses, a título meramente exemplificativo, o sistema inglês com referência à *common law*, e os sistemas alemão e francês com referência à *civil law* [2].

. . . . . .

1 HIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli, 1934. v. II, p. 495.
2 idem, p. 495.

2. O CRITÉRIO DA SUCUMBÊNCIA

Em termos históricos, observe-se que o art. 370 do *Codice de Procedura Civile del Regno d'Italia* já estatuía que "a parte sucumbente é condenada nas despesas do juízo".

Em relação aos sistemas da *common law*, o princípio da sucumbência como técnica geral para repartição das despesas processuais foi pela primeira vez objeto de disciplina legislativa no *Statute of Gloucester* (1278) onde ficou estabelecido que o autor vitorioso poderia recuperar as despesas nas quais fosse incurso [3].

A particularidade dessa antiga disciplina da sucumbência era dada ao fato de que, enquanto se o vencedor fosse o autor, esse poderia pretender a repetição das despesas do réu sucumbente; se a parte vitoriosa fosse o réu, a mesma vantagem não era prevista em seu favor.

Somente no século XVII se afirmou que também o réu, em caso de vitória, teria direito de recuperar as próprias despesas, se bem que já no século precedente se traçou a possibilidade para o réu vitorioso de obter o reembolso das despesas por meio de ações ressarcitórias.

Originalmente, todavia, o critério com base no qual era efetuada a repartição das despesas se diversificava conforme o processo se desenvolvesse perante as Cortes de Equidade ou as outras cortes. No caso dos procedimentos diante das Cortes de Equidade, a repartição das despesas era deixada a total discricionariedade do órgão judicante, sem que fosse estabelecida qualquer regra

. . . . . .

3 SCARSELLI, Giuliano. **Le spese giudiziali civili, Giuffrè**. Milano, 1998. p. 108.

vinculante para os juízes da matéria. No caso de procedimentos diante das cortes de *common law,* operava ao contrário o princípio da sucumbência segundo os critérios de objetividade, em virtude dos quais a parte vitoriosa tinha geralmente direito a repetir, daquela sucumbente, as despesas sustentadas no custo do procedimento. Foi somente após a reforma processual de 1873-1875 que, unificando-se os sistemas de *common law* e de equidade, foi adotado um único critério para todos os processos [4].

Os *Supreme Judicature Acts* e em particular as normas de processo diante da Corte Suprema (*Rules of the Supreme Court*) impuseram assim o princípio da sucumbência como regra geral de repartição de despesas entre os litigantes, mas todavia não fizeram dessa, como no sistema italiano, um ato devido e acessório da decisão, mas um poder remetido à discricionariedade do órgão judicante. Assim estabeleceu o art. 51 da *Supreme Court Act* 1981, relativamente aos procedimentos diante da Corte Suprema e o art. 1 (2) da Ordenança n. 38 das *County Court Rules*. A discricionariedade da Corte, pois, se estende, seja ao *an* seja ao *quantum* e todavia não pode ser exercitada senão nos limites e segundo os critérios fixados na própria Ordenanza [5].

Segundo Scarselli, nada de diverso com o sistema italiano, portanto, se não que a condenação do sucumbente à repetição das despesas na Inglaterra não constituísse um ato devido nem uma passagem obrigatória, mas somente uma faculdade remetida à discricionariedade do magistrado [6].

. . . . . .

4 Idem, p. 108-110.
5 Idem, p. 111.
6 Idem, p. 112.

Entende Scarselli que essa diferença, todavia, tem uma importância muito modesta, seja porque os juízes ingleses possuem em geral uma discricionariedade desconhecida aos italianos - não somente com referência às decisões referentes às despesas processuais - e seja porque em concreto os juízes ingleses não têm mais usado esse poder para não liquidar à parte vitoriosa as despesas da lide, de modo que, também na Inglaterra, o critério geral da sucumbência é o fundamental para o tratamento das despesas no processo civil [7].

No que diz respeito, pois, à *ratio* do princípio da sucumbência, também a doutrina inglesa a individualiza de forma semelhante às teorias italianas. Estima-se, a respeito, que o fundamento desse seja a idéia de que o sucumbente deva suportar o ônus das despesas sustentadas pela parte vitoriosa pelo erro cometido, ao propor a ação ou resistir à mesma, e, por conseguinte, mesmo a causa daquele injusto distúrbio que a contenda judiciária tenha causado ao direito da contraparte [8].

A regra da sucumbência, admite Scarselli, vem de fato indicada como "*indemnity rule*", no sentido de que permite um tipo de indenização à parte que resulta vitoriosa, assim para reintegrá-la completamente no direito que o processo haja reconhecido; e não se diferencia, portanto, da regra italiana segundo a qual o processo deve dar, a quem tem um direito, praticamente tudo aquilo e mesmo aquilo que ele tem direito de conseguir [9].

. . . . . .

7 Idem, p. 112.
8 Idem, p.112-113.
9 Idem, p. 113.

No processo civil alemão, o princípio da sucumbência está expressamente disciplinado no § 91 ZPO, o qual dispõe que: "A parte sucumbente deve suportar as despesas da lide, em particular deve repetir à contraparte as despesas necessárias por ela sustentadas para a afirmação ou a defesa do direito (...) os honorários e as antecipações do defensor da parte vitoriosa devem ser reembolsados em todas as causas".

No caso alemão, admitem os defensores da teoria da sucumbência que o texto da lei é suficientemente claro para poder excluir toda dúvida sobre vigência do princípio por força do qual quem perde a lide deve devolver à parte vitoriosa as despesas suportadas em juízo.

Enfatiza-se normalmente que a sucumbência atua como pressuposto objetivo da condenação nas despesas da lide, e isso no sentido de que uma vez o juiz haja decidido quem tem razão e quem não tem, a decisão sobre despesas deve consistir em uma passagem obrigatória.

De outro lado, o próprio teor literal do § 91 ZPO não deixaria margem para interpretações desviadas, configurando a condenação nas despesas da parte sucumbente como decisão sempre necessária e acessória da decisão de mérito.

De todo análogo seria o sistema francês, se por acaso o princípio da sucumbência é hoje consagrado no art. 696 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, por força do qual a parte sucumbente deve devolver à contraparte as despesas da lide, a menos que o juiz, com decisão motivada, não imponha diversamente[10].

. . . . . .

10 Segundo SCARSELLI, o princípio tem na França origens remotas, tanto que aparece pela primeira vez na Ordonnance del 1667, para ser sucessivamente acolhido pelo velho CPC no art. 130, que assim dispunha: "Todas as partes que sucumbam serão condenadas nas despesas, exceto se o tribunal deixar a totalidade ou uma fração das despesas a cargo de uma outra parte por decisão especial". Esse texto foi parcialmente modificado pelo decreto nº 58-1289, de 22 de dezembro de 1958 e tem conteúdo análogo ao atual art. 696 do Nouveau Code, que dispõe que "as partes sucumbentes serão condenadas nas despesas, a menos que o juiz, por decisão motivada, não coloque a totalidade ou uma fração a cargo de uma outra parte" Sobre o princípio da sucumbência do art. 696 do Nouveau Code - que manteve quase inalterado o conteúdo do velho art. 130 - devem aqui brevemente dar-se duas diversas delimitações: a) a primeira diz respeito ao poder discricionário do juiz que, por força de uma interpretação meramente literal da norma, parecerá muito amplo a ponto de colocar o sistema francês mais vizinho daquele inglês e não dos italiano e alemão. Na realidade, se de uma parte é verdadeiro que o juiz, por força do art. 696, pode fazer valer menos o princípio da sucumbência em todo ou em parte com decisão motivada, é também verdadeiro que o sistema francês não tem uma correspondente norma ao art. 92 CPC italiano, ou aos §§ da ZPO, dos n. 92 e seguintes, ou seja, não há sucessivas disposições de lei que regulem as exceções ao princípio da sucumbência. Conseqüentemente, se se vai analisar em quais casos os juízes franceses exercitam o poder discricionário que o art. 696 do Nouveau Code lhes atribui, pode constatar-se que isso ocorre, geralmente, diante de atos excessivos ou supérfluos, ou seja, nas hipóteses de sucumbência parcial, ou ainda nos casos particulares nos quais se entenda oportuno não fazer uso (no todo ou em parte) da regra da sucumbência. Todas essas exceções, porém, devem ser pontual e articuladamente motivadas, de modo que, de uma análise a respeito do sistema e de uma verificação de suas modalidades de aplicação se possa constatar que o sistema francês, ao menos quanto a esse aspecto, não se distancia, pois, muito, em substância, do italiano. b) A segunda observação diz respeito a que, na França, à diferença de outros sistemas, a justiça civil e a administrativa são oferecidas pelo Estado de forma gratuita, e isso significa sem condicionamento ao prévio pagamento de tributos. Conseqüentemente, na França, quando há referência à repetição das despesas do sucumbente em favor da parte vitoriosa, há referência somente àquelas despesas de que trata o art. 695 do Nouveau Code, reformado pela lei 77-1468, de 30 de dezembro de 1977, que compreendem os honorários de advogados, dos oficiais judiciários e, se ocorreu atividade instrutória, dos consulentes técnicos das partes e das testemunhas, no que diz respeito às indenizações, mas não também às antecipações presentes nos sistemas inglês, italiano e alemão"(p. 116-117)

Afirma a doutrina que defende a utilização universal do critério da sucumbência que, em conclusão, se pode afirmar que o princípio da sucumbência, que não se encontra no sistema americano, é pelo contrário sempre acolhido na Europa, sendo disciplinado e aplicado sem diferenças substanciais em todos os países[11].

. . . . . .

11 Scarselli segue semelhante posicionamento e faz a divisão da responsabilidade em objetiva, para as despesas, e em subjetiva, para os danos por ilícito processual. Segundo Giuliano Scarselli, se responsabilidade processual quer dizer responsabilidade culposa como pressuposto de condenação em despesas, estaremos diante de uma idéia contrária ao direito. Se se limita a dizer que o acolhimento da regra da sucumbência suscita uma série de exceções particulares, que permitem ao juiz decidir diversamente em algumas hipóteses, não autoriza a afirmar que nesses casos deva a condenação corresponder a uma conduta processual da parte não conforme a regra processual. E, além disso, uma tal conclusão deve ser rejeitada porque tenderá a pôr como fundamento do ressarcimento das despesas um princípio diverso daquele escolhido pelo sistema e que constituísse, enfim, patrimônio histórico-legislativo assimilado: de fato, segundo a teoria da responsabilidade processual, a condenação nas despesas da lide não responderá mais à exigência

Observe-se que os defensores da teoria da sucumbência parecem não querer fazer concessões a qualquer outro fator que fundamente a condenação em despesas. Propositalmente, procuram obliterar um adequado enfoque do processo, buscando querer conformar o que geralmente é a regra num critério que não admitiria exceções.

Mandrioli tem um posicionamente mais moderado. Apesar de entender que a condenação nas despesas decorre de sucumbência como conseqüência objetiva, indica que a jurisprudência menciona a regra da sucumbência, alterna pronúncias que evidenciam o seu fundamento objetivo com pronúncias que, pelo contrário, se referem ao princípio da causalidade, como por exemplo a Cass. 10 settembre 1986 n. 5539, segundo a qual a sucumbência constituiria um elemento revelador do princípio da causalidade [12].

. . . . . .

chiovendiana de fazer-se que os processos atribuam a quem tem um direito, praticamente tudo aquilo e mesmo aquilo que ele tem direito de conseguir, mas desenvolve o papel de pena para infligir à parte que teve conduta processual reprovável. Admite, assim, que essa modificação da ratio *da condenação à repetição das despesas não pode ser aceita, não só porque as consequências do comportamento processual ilícito são disciplinadas por outras normas do CPC italiano (arts. 96 e 92, 1, última parte), desse modo, de não advertir a exigência de extrair os mesmos de uma interpretação* praeter legem *do art. 91 do CPC, mas também - e sobretudo - porque uma regra assim disposta fará chegar menos o princípio da reintegração total dos direitos feitos valer em juízo, em todas aquelas hipóteses nas quais não exista um comportamento processual incorreto por parte do sucumbente. Além disso, tal solução criará limites insustentáveis entre as hipóteses de responsabilidade processual agravada do art. 96 do CPC, com aquela relativa à mera sucumbência do art. 91. Por ela, se a parte tiver culpa, aplica-se o art. 91 e se a culpa for grave, o magistrado condenará o sucumbente também ao ressarcimento de danos devidos ao ilícito processual. Poderá haver confusão entre responsabilidade por sucumbência e responsabilidade por lide temerária. Entende, assim, que enquanto a sucumbência representa responsabilidade objetiva que depende do risco que uma parte assume, tornando-se autor ou réu de uma controvérsia, a subjetiva que depende de culpa não deve ser atribuída necessariamente à parte que age ou resiste em juízo, porque a parte poderá não ter culpa com referência ao comportamento no processo (op. cit, p. 117).*

12 MANDRIOLI, Crisanto. ***Corso di diritto processuale civile. Nozioni introduttive e disposizioni generali, dodicesima edizione.*** *Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. v. 1, p. 318. Vimos que se Scarselli entende que a sucumbência é, salvo raras exceções, princípio universal geralmente acolhido, admite porém que uma das exceções está prevista no art. 92 do CPC italiano, no que diz respeito à responsabilidade pelas despesas excessivas ou supérfluas (Scarselli, op. cit. p. 118).*

Outros autores descartam a sucumbência e deixam-se guiar pelas teorias da causalidade e da responsabilidade processual. Examinemos o critério da causalidade.

3. O CRITÉRIO DA CAUSALIDADE

No caso da Itália, grande parte da doutrina italiana do novo código tem entendido ser insuficiente, para justificar a condenação nas despesas da lide, o princípio da sucumbência, e adverte sobre a necessidade de adotar novos critérios de disciplina do fenômeno. Esse aviso foi feito inicialmente por Carnelutti, que sentiu necessidade de corrigir o princípio da sucumbência com aquele da causalidade, ao qual dedicou mais de um escrito.

O princípio da causalidade, pois, passou a ser adotado por diversos juristas (PAJARDI. **La responsabilità per le spese e i danni del processo**. Milano, 1959; REDENTI. **Direitto Processuale civile**. Milano, 1957; SATTA. **Commentario al codice di procedura civile**. Milano, 1959. v. I; ANDRIOLI. **Commento ao codice di procedura civile**. Napoli, 1954; BONSIGNORI. Causalità, soccombenza recíproca e regolamento dei confini. **Riv trim. dir. Proc. civ**, 97, 1968.), entre os quais Gualandi, que dedicou ao fenômeno uma aprofundada análise (*Spese e danni nel processo civile*, cit, 245 e ss., o qual define o princípio da causalidade como "*verità inoppugnabile*") [13].

Ele pode ser sintetizado desse modo: a condenação nas despesas depende, mais que do critério da sucumbência, que muitas vezes não é pertinente para justificar

. . . . . .

13 Scarselli, op. cit., p. 118.

uma série de fenômenos, do nexo de causalidade que deve existir entre direito feito valer em juízo e a necessidade do processo no qual o direito é deduzido; ou, igualmente, para que uma parte possa ser condenada nas despesas de juízo, é necessário que se possa a ela atribuir a causa do processo que o autor devia intentar.

Dentre os autores indicados como defensores dessa corrente, destaca-se Piero Pajardi, que em sua obra *La Responsabilità per le spese e i danni del processo* enfoca casos em que o princípio da sucumbência não se aplicaria no direito italiano, tais como no caso de despesas excessivas ou supérfluas, no caso de violação dos deveres de lealdade do art. 88 do CPC, entre outros.

Para ele, o art. 92, ao admitir os "justos motivos" de compensação, estaria possibilitando a abertura de uma brecha no princípio da sucumbência, "aparentemente contida no art. 91 do CPC. E ainda, ao afirmar que a regulamentação das despesas é fundada na sucumbência, salvo justos motivos, sem dizer expressamente em que consistem e sem sequer indicar qualquer critério para configurá-los, significa remeter à prudente discricionariedade do juiz a aplicação da regra ou da exceção, com a eventualidade que a exceção se transforme praticamente em regra [14].

Haveria uma subversão parcial e não total do princípio da sucumbência, ao admitir que o vencedor tenha que suportar as próprias despesas. Nesse sentido, aponta casos nos quais não prevaleceria a sucumbência, como no caso de conciliação das partes, no caso de renúncia, no caso de execução, no qual não há sucumbência. Admite,

. . . . . .

14 PAJARDI. **La responsabilità per le spese e i danni del processo**. Milano: Giuffrè, 1964. p. 13-14.

assim, a inidoneidade do critério da sucumbência, pois haveria exceções e admite a carência aparente de princípio diverso. As muitas derrogações e exceções ao princípio da sucumbência comprometeriam a validade da afirmação de que seja princípio geral[15].

. . . . . .

15 Idem, p. 13-17. Segundo Pajardi, a doutrina tradicional indica que despesas e danos têm regimes autônomos e distintos; nela a sucumbência pura seria o fundamento da responsabilidade pelas despesas; e a causalidade subjetiva, o fundamento da responsabilidade por danos processuais (espécie de responsabilidade aquiliana genérica). Dentre os que defendem tal posicionamento estaria Andrioli, (**Commento al C.P.C**..3.ed. Napoli 1954. v. I, p. 267), que entende que "em ambas as hipóteses (1º e 2º parágrafos do art. 96 do CPC) a responsabilidade agravada tem uma justificação diversa daquela na qual se baseia a normal condenação nas despesas: esta última se funda sob fato objetivo da sucumbência, enquanto a primeira se baseia nos princípios gerais em tema de ilícito extra contratual". Para Pajardi, não há base lógica para a distinção entre danos e despesas, sendo tal distinção puramente ordenada ao fim prático de cobrar às duas entidades regimes diversos. Mas a unidade conceitual que está na base dessas entidades depõe, segundo o autor, para uma diversidade de regimes a menos acentuada possível, especialmente em deferência ao tipo de responsabilidade e à sua fonte.No que diz respeito à distinção entre dano derivado da situação substancial e dano derivado do processo, o autor admite que o meio de causação é a diferença, porém, entende que a natureza do dano é a mesma. Para o autor, o fato de o legislador ter excluído despesa do regime das despesas processuais repetíveis fez com que, ao menos no plano prático, sejam levadas à categoria genérica dos danos processuais. Admite, porém, que a valoração do dano processual é difícil por prova do an e do quantum, o que não ocorre com o dano substantivo. Por isso a lei concede ao juiz a possibilidade de liquidá-lo de ofício, a pedido da parte. Entende que os danos processuais dificilmente são indicados pela parte, o que não ocorre com os substanciais. Para ele, a responsabilidade por dano substancial visaria a reintegrar a situação patrimonial do sujeito, o que somente de modo indireto é entendido pela responsabilidade processual. Admite que a responsabilidade aquiliana processual tem como fundamento o dolo ou culpa grave, e que a genérica responsabilidade aquiliana pode ocorrer por culpa leve ou até mesmo levíssima. Admite, porém, que o CPC permite que o ressarcimento de dano ocorra somente a pedido, o que difere das despesas, cujo ressarcimento pode ocorrer de ofício. Mas, no que diz respeito à liquidação, o impulso de ofício seria livre para despesas e danos. No caso dos danos existiriam amplos poderes para que o juiz acertasse os fatos de comum experiência e ao uso de presunções. Distingue, no entanto, que o dano só pode ser causado pela parte constituída, ao passo que o contumaz pode causar despesa. Mas a responsabilidade por danos prescinde de participação ativa no processo, porque, pressuposto o nexo de causalidade entre processo e danos, subsiste também aquele entre conduta pré-processual de direito substancial do sujeito e processo. Quanto à competência para ressarcimento de dano, admite o autor que a mesma será do juiz que julgar o mérito e condenar nas despesas, posto que a valoração dos pressupostos da responsabilidade por danos é estritamente ligada com a decisão do mérito e com aquela das despesas. Pode ocorrer, porém, que se o dano, certo no seu verificar-se futuro, não puder ser liquidado ainda, poderá o juiz decidir sobre responsabilidade, liquidando os danos já liquidáveis e remetendo as partes para uma sede separada, naturalmente sob pedido da parte, para a liquidação dos danos indicados (PAJARDI, op. cit., p. 18-30).

Para o autor, existe ainda questão que parece criar uma derrogação em todo o sistema, que é a posta pelo art. 97 que admite que "se as partes sucumbentes são várias, o juiz condena cada uma delas nas despesas e danos na proporção do respectivo interesse na causa. Pode ainda pronunciar condenação solidária de todas ou de algumas entre si, quando tenham interesse comum. Se a sentença não estatui sobre repartição das despesas e dos danos, esta se fará por quotas iguais". Entende assim que, através de um exame sumário, parece ter sido introduzido o princípio do interesse, mesmo que excepcionalmente, em derrogação ao sistema baseado no princípio da sucumbência (prescindindo, por ora, de considerar se este sistema apóia-se verdadeiramente na sucumbência). Para ele, nesse caso, nenhum outro poderia ser adotado, advertindo que sucumbência, responsabilidade e causalidade são princípios que regulam a condenação nas despesas e aos danos "*all'esterno*", mas nas relações internas, pressuposta uma igual situação de responsabilidade, não resta que subdividir e repartir o ônus com base no interesse na causa [16].

Para Pajardi, é inaceitável a teoria da sucumbência. Essa pressupõe relação entre conteúdo do pedido e da pronúncia (o que vale para contumácia e resistência passiva). Para ele, afirmar que paga a despesa porque é sucumbente não quer dizer nada. No que diz respeito ao "justo motivo" indaga: "como poderá subsistir um princípio ao qual a lei criou uma derrogação em branco à discrição do juiz ?" (...) Para o autor, o princípio verdadeiro e que racionalmente justifica uma condenação nas despesas é aquele da causalidade [17].

. . . . . .

16 PAJARDI, op. cit., 30-31.
17 Idem, p. 33.

Segundo Pajardi, a sucumbência é um fato e um fato formal: regra e exceções são princípios, e um princípio-norma não pode sofrer derrogação por um princípio-exceção, mas por um fato. Se se admite o princípio da causalidade não se pode, sem pecar por incoerência, considerá-lo limitado por um outro fato. Os justos motivos são causa de compensação, mas, quando se resolvem na responsabilidade do processo por uma parte vitoriosa ou sucumbente, o fato da sucumbência perde validade indicativa e se estende em todo o seu alcance ao princípio da causalidade. Somente se as partes forem leais nos momentos pré-processual e processual, a causalidade se funda exclusivamente no princípio puro da falta de individualização e atuação espontânea da vontade legislativa normativa concreta; com a conseqüência de que somente agora a sucumbência será reveladora fiel da responsabilidade do processo. Em síntese, sucumbência é puro fato processual, incapaz de justificar de qualquer modo, ainda só parcialmente, o regulamento das despesas. O verdadeiro princípio retor da condenação nas despesas é o da causalidade [18].

Gualandi assim explicava a causalidade: "é fácil constatar como aquele princípio da causalidade que regula o reembolso das despesas judiciais se identifica com o mesmo princípio de causalidade que, no direito positivo, disciplina o ressarcimento do dano a qualquer título que ele esteja disposto. Em outras palavras, a conclusão ora acolhida dele consente uma outra mais geral: que a lei, todas as vezes que regula a suportação definitiva de um ônus patrimonial segue um único princípio, aquele da causali-

. . . . . .

18 Idem, p. 42-43.

dade: por conseqüência, quem se procura um dano por si mesmo, o suporta sem possibilidade de descarregá-lo sobre outro; quando ao invés o dano é causado pelo outro, deve desse ser ressarcido" [19].

. . . . . .

19 Na teoria de Gualandi, podemos notar uma crítica à posição dúbia de Chiovenda, que defende como critério único a sucumbência, mas ao fazê-lo se aproxima da causalidade, que para Gualandi é o critério correto. Constata Gualandi que a clássica monografia de Chiovenda era toda compreendida a afirmar in iure condito, seja mesmo com qualquer esforço exegético, e in iure condendo, em nome de uma mais plena e total atuação do direito, o princípio da sucumbência: ele vinha enunciado como a regra, transmitida do direito romano, victus victori, no sentido de que o vencido deveria suportar, sem exceções e sem pesquisa da sua vontade, a totalidade das despesas judiciais. Admite que tal princípio era reputado pelo ilustre autor como o optimum dos regulamentos legislativos da matéria e que, também se não era transfuso de modo completo na legislação então vigente, teria reivindicado como único critério válido para determinar a parte onerada de modo definitivo das despesas da causa (Condanna, p. 155 ss). A sucumbência era configurada como a situação daquela parte contra a qual a declaração de direito se dirige, no sentido "que seja tornada necessária a lide por parte do vencido". Todavia, como se diz, a necessidade sistemática fez que o conceito de sucumbência viesse um pouco forçado, quando se estimava aplicável também, ao processo de execução, sobre a simplística consideração de que nos processos de tal espécie "existe sempre uma declaração de direito contra o devedor". Restavam pois de qualquer modo excluídos do conceito de sucumbência supra delineado todos os casos nos quais não poderia dizer-se que a lide fosse tornada necessária pelo vencido, porque não estava no seu poder (ou não era o seu dever) evitá-la. Era por isso necessário individualizar, no silêncio da lei, um critério para a repartição das despesas nos processos que se encerrassem sem sucumbente: então, a demanda que fosse, portanto, o critério regulador das despesas nas decisões não evitáveis pelo réu, Chiovenda respondia que em tais casos necessitava, por inteligência, não mais do critério da sucumbência, mas do princípio do interesse, com a conseqüência que, se ele fosse de uma parte só, essa somente deveria pagar as despesas; se, pelo contrário, fosse de ambas, elas deveriam ser igualmente obrigadas. Existiam, pois, dois casos, segundo Chiovenda, nos quais, mesmo ocorrendo uma sucumbência e um sucumbente (em conformidade com a definição supra-recordada), todavia as despesas deveriam ser atribuídas, pelo menos em parte, à pessoa diversa do sucumbente e, se do caso, ao próprio vencedor, no quanto determinado pela sua conduta culposa: isso em conformidade com princípio geral, prescrito pelo art. 1151 do Código Civil então vigente (2043 do atual CC), pelo qual "o fato ilícito danoso do homem obriga ao ressarcimento daquele por culpa do qual ocorreu". Em aplicação de tal princípio, ainda de acordo com esse autor, o art. 376 CPC de 1865 excluía (como o art. 92, parágrafo primeiro,do CPC atual) a repetibilidade das despesas pelos atos reconhecidamente supérfluos: antes, como se viu, segundo Chiovenda, o princípio contido nessa norma deveria ser entendido no sentido de que o próprio vencedor devesse devolver ao vencido as despesas desses atos, com resultado prático da compensação das despesas. Outros exemplos trazidos pela lei: as despesas do processo extinto por renúncia aos atos, aquele dos singulares atos inúteis ou culposamente provocados, ou aqueles finalmente da sentença contumacial ex art. 388 CPC de 1865, etc. À luz de tal princípio da culpa (pelo qual quem era culpado de uma despesa deveria ressarcir mesmo se não sucumbente), Chiovenda concluía o "nó" dos justos motivos de compensação: a seu ver era justo motivo compensar as despesas (mais adiante se entende que nas hipóteses de sucumbência recíproca) somente quando a sucumbência de uma parte se contrapusesse à culpa da outra. A rigor dos termos, em tais casos teria sido necessária uma recíproca condenação por títulos diversos, mas a compensação (total ou parcial, conforme os casos) representava o expediente prático para evitá-la. Do que foi exposto do pensamento de Chiovenda, resulta por isso um sistema composto de atribuições do encargo definitivo das despesas, dado que a matéria em questão estaria governada, in primis, pelo critério da sucumbência, usufruindo porém do critério subsidiário do interesse todas as vezes que não fosse encontrado um sucumbente, e de qualquer maneira, unindo-se àquele da sucumbência o critério da culpa quando esta última ocorresse: de modo que, podendo-se dar concurso entre dois critérios supramencionados, poderia dar-se a favor de uma e de outra parte uma recíproca condenação por diversos títulos, e, por conseguinte, mais simplesmente, compensação, segundo sugestão do próprio legislador (SCARSELLI, op. cit., p. 119).

Apreciando as contradições da tese Chiovendiana, acentua Gualandi que tal sistema apresentava por isso algumas contradições, no momento, enquanto de um lado proclamava a absoluteza do critério da sucumbência, indicava e teorizava simultaneamente as exceções: exceções que deveriam ser necessariamente levadas em conta para a construção de uma teoria verdadeiramente unitária. Admite, todavia, que a imperfeita formulação do pensamento de Chiovenda não pode conduzir ao engano o leitor advertido: se por acaso, com efeito, se tenha em conta que, na visão de Chiovenda, sucumbente era a parte contra a qual havia a declaração de direito no sentido de que ele poderia e deveria ter evitado e se se recordar o papel atribuído à responsabilidade pelas despesas baseada na culpa, não é difícil acolher-se que, com nomes diversos (sucumbência, interesse, culpa), um único critério venha em todos os casos afirmado como regulador do encargo definitivo das despesas do juízo: o critério da causalidade, por força do qual toda despesa fica a cargo de quem a tenha causado com seu comportamento [20].

. . . . . .

20 GUALANDI, op. cit, p. 250.

Tal princípio da causalidade (*Veranlassungsprinzip*) que, segundo Gualandi, mesmo de modo não explícito, representa todavia o fio condutor que guia toda a obra de Chiovenda, foi largamente difundido pela doutrina estrangeira (através de Görres, Die Haftung, p. 338 ss; Rosenberg, Lehrbuch, p. 355; Gaupp-Stein-Jonas, Kommentar, vor. § 91; in Austria, Pollak, *System*, I, p. 57; Die Zivilprozesskosten nach österreichischem Recht, p. 29 ss e spec. p. 32) e na Itália por Carnelutti.

Nesse sentido, admite que a teoria que vê na causalidade o fundamento da obrigação de reembolso das despesas faz hoje parte da crença comum e tem, até, o sabor de um "lugar comum": trata-se, todavia, à luz do direito positivo, de uma verdade incontestável (nesse sentido Pajardi, Responsabilità, p. 99 ss; defendendo avaliação do comportamento pré-processual da parte para saber quem deu causa ao processo; ainda Satta, Commentario, I, 300; Redenti, Dir proc. civ., I, p. 190; Betti, Dir. proc. civ., p. 552; Zanzucchi, Dir. proc. civ., I, p. 353 s; Andrioli, Commento, I, pp. 252, 256 s; Micheli, Corso, I, p. 253 ss; Costa, Manuale, p. 341; Gualandi, Comento, I, p. 256 ss, etc.)[21].

. . . . . .

21 Idem, p. 251. Poderemos encontrar ainda, na teoria de Gualandi, crítica à posição de Pajardi, também apontado pela doutrina como defensor da teoria da causalidade. Aponta Pajardi como defensor de uma teoria que teria procurado demonstrar que a responsabilidade pelas despesas é responsabilidade ex delicto, que não é objetiva, mas por culpa presumida iuris et de iure. Para ele, segundo Pajardi, existiria uma presunção "de atuabilidade espontânea da lei, isto é, da individualidade da vontade normativa concreta e da espontânea observabilidade dela própria por parte do sujeito". Por consequência, aquele que erra ao individualizar a vontade legislativa é presumido em culpa e o ressarcimento das despesas que lhe incumbe não se faz a título de responsabilidade objetiva, mas de responsabilidade por culpa. A responsabilidade objetiva seria de qualquer modo a excluir-se porque o ordenamento jurídico italiano seria ligado a fatores subjetivistas que formaram todo o espírito do direito romano e que são congênitos à concessão humanística de uma inserção do homem ao mundo dos seus semelhantes e das coisas que o circundam, própria da nossa civilização latino-mediterrânea. Para Gualandi, a prescindir dos elementos que se podem levar, para a solução do nosso modesto problema, daquela que vem definida "civilização latino-mediterrânea" (argumento, no mínimo, pouco pertinente), e, ainda, do fato de que a responsabilidade ex delicto pode ser também objetiva (pelo qual o autor de que se discorre poderia poupar-se à ficção da presunção), parece ao autor que se se limita a uma questão de palavras. Para Gualandi, dizer que a responsabilidade pelas despesas prescinde da culpa ou dizer que nela a culpa é presumida iuris et de iure não faz grande diferença, dado que em um caso e no outro não é admitida a prova liberatória: pouco importa ao litigante que deve pagar por responsabilidade objetiva ou por culpa presumida: em cada caso, efetivamente, a estatuição do art. 91 ss do CPC significa que não é admitida a pesquisa sobre a subsistência do requisito subjetivo para haver condenação. "De resto não parece ao autor que valha a pena insistir mais adiante, dado que a mais autorizada doutrina civilística há tempo fez justiça sobre essa e outras ficções"(GUALANDI, op. cit., p. 264-265).

Salvatore Satta também possui posição moderada. Entende que o sistema italiano preferiu construir a obrigação de reembolso das despesas sob o conceito objetivo de risco, e, por conseguinte, sobre o fato objetivo da sucumbência. Quem litiga o faz por seu risco e perigo; se sucumbe, deve reembolsar as despesas ao adversário, cujo direito não deve resultar diminuído pela exigência do processo. Admite, no entanto, que essa concepção é largamente temperada tanto no Código quanto na sua prática aplicação. Para ele, o princípio da sucumbência pressupõe, naturalmente, um processo contencioso e isso é um efetivo contraste em relação ao direito que se compõe com o acertamento do juiz [22].

Quanto à expressão compensação das despesas, admite que o termo compensação é evidentemente impróprio, porque até que não haja condenação o crédito não surge. Trata-se de negar o direito de reembolso: a decisão é meramente negativa. O mesmo se diz da hipótese de sucumbência parcial, que implica um limite proporcional no reembolso. Mas, segundo o autor, o termo caiu no uso comum e está contido na lei (art. 92, § 2º, CPC) [23].

. . . . . .

22 SATTA, SALVATORE. **Diritto processuale civile**. 10. ed aggiornata ed ampliata da Carmine Punzi. Padova: Cedam, 1987. p. 120.

23 Idem, p. 122.

Considera Satta que, no caso de pluralidade de sucumbentes, as despesas atingem naturalmente cada um deles. O critério geral (se nada se estatui na sentença) é que a distribuição entre os sucumbentes se faz por quotas iguais. O mesmo se deve dizer quanto aos danos, no caso de responsabilidade agravada e na hipótese do art. 88 CPC, se bem que seria mais justa a aplicação do art. 2055 C.C. (responsabilidade solidária)[24].

Para ele, em derrogação ao princípio geral, o juiz pode distribuir as despesas e os danos entre os sucumbentes em proporção ao respectivo interesse na causa, ou seja, pronunciar condenação solidária de todos ou de alguns, quando haja interesse comum. A comunhão de interesses é dada pela relação substancial deduzida em juízo (obrigações solidárias, indivisíveis, etc.), mas pode também referir-se ao mero interesse (processual) na decisão do juiz (ou por uma "convergência de atitudes defensivas")[25].

No direito italiano, quanto à limitação da aplicação da regra da sucumbência, são indicados casos nos quais a parte sucumbente não tenha dado, com seu comportamento, causa ao processo ou ao cumprimento dos atos processuais exigidos pela parte vencedora. O primeiro se dá se o resultado ao qual a parte vencedora aspira não seja atingível através do processo e, naturalmente, ao sucumbente não seja imputável a situação que tenha dado causa à instauração do processo[26].

. . . . . .

24 Idem, p. 125.
25 Idem, p. 126.
26 Como exemplo, imagine-se a situação que ocorre quando o autor invoca usucapião com fundamento no seu direito de propriedade sobre uma dada propriedade, e o precedente proprietário, réu do processo, não haja contestado a ocorrência do usucapião nem o fez no processo. Aqui, o resultado da certeza da existência do direito de propriedade em favor do autor que invoca a usucapião pode ser reconhecido não com o simples reconhecimento do direito pela parte ré, mas com o disposto na sentença do juiz (art. 2651 CC).

Um outro caso se apresenta, por exemplo, quando a extrema obscuridade de uma disposição legal e a conseqüente incerteza quanto a seu alcance são a base da discordância das partes quanto a sua subsistência, entre eles, de uma dada relação jurídica. Aqui, há uma obscuridade que - se não pode pôr-se como causa do processo - pelo menos justifica o fato de que o sucumbente tenha discordado da interpretação sustentada pela parte vencedora.

Admite Satta que, em ambos os casos, não opera o princípio da sucumbência, pelo menos totalmente, mas o princípio da causalidade. Dispõe assim o art. 92, III, que a compensação das despesas, parcialmente ou por inteiro, possa ser disposta também por justo motivo; e não há dúvida que ambos os casos descritos inserem-se em seu âmbito de aplicação[27] .

Há ainda outro caso em que é excluído o reembolso das despesas em favor da parte vencedora, ou seja, não opera o princípio da sucumbência. O art. 92, I prevê que o juiz, ao pronunciar a condenação nas despesas, possa excluir a repetição das despesas pagas pela parte vencedora, se as entenda excessivas ou supérfluas.

Na mesma linha o Código de Processo Civil português:

> *Artº 446º(Regra geral em matéria de custas)*
> *1. A decisão que julgue a acção ou algum dos seus incidentes ou recursos condenará em custas a parte que a elas houver dado causa ou, não havendo vencimento da acção, quem do processo tirou proveito.*

. . . . . .

27 SATTA, Salvatore, op. cit., p. 126.

2.Entende-se que dá causa às custas do processo a parte vencida, na proporção que o for.
3. Tendo ficado vencidos vários autores ou vários réus, respondem pelas custas em partes iguais, salvo se houver diferença sensível quanto à participação de cada um deles na acção, porque nesse caso as custas serão distribuídas segundo a medida da sua participação; no caso de condenação por obrigação solidária, a solidariedade estende-se às custas.

Comentando o Código de Processo Civil português, admite Teixeira de Sousa, que a responsabilidade pelas custas pode assentar tanto num critério de causalidade, como num critério de benefício ou proveito [28]. Segundo o autor, a responsabilidade pelas custas é objetiva, isto é, não depende de qualquer culpa da parte, mas ela não abrange os atos e incidentes supérfluos, as diligências e os atos que tiveram de ser repetidos por culpa de algum funcionário judicial e as despesas originadas pelo adiamento de um ato judicial causado pela falta não justificada de pessoa que devia comparecer; se ficarem vencidos vários autores ou réus, todos eles respondem, em regra, em partes iguais e se a obrigação que foi objeto da ação for solidária, a solidariedade estende-se à responsabilidade pelas custas (artº 446º, nº 3, 2ª parte).

Segundo o critério da causalidade, entende-se que a regra geral é que dá causa às custas à parte vencida, na proporção que o for. Admite o autor, porém, que há ca-

. . . . . .

28 SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil.** 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 353.

sos em que a responsabilidade por custas, determinada pela causalidade, depende, e há casos em que independe, do decaimento da ação: no primeiro caso, se a causa terminar por desistência ou confissão, devendo as custas serem pagas pelo desistente ou confitente, ou se houver transação, devendo ser rateadas meio a meio, salvo acordo em sentido contrário; no segundo caso, quando o autor exercer direito potestativo que não tem origem em qualquer fato ilícito do réu, como por exemplo, quando o mesmo, munido de título com manifesta força executiva, usar sem necessidade do processo declarativo [29].

Adotou o Código de Processo Civil português o princípio da causalidade, no que diz respeito ao pagamento das custas, devendo pagá-las a parte que lhes der causa, pleiteando sem fundamento, carecendo de razão no pedido formulado ou exercendo no processo atividade injustificada.

Dessa forma, andou em bom caminho o legislador português, ciente de que a sucumbência é apenas espécie do gênero causalidade, mas não regra tida como absoluta e incontornável.

4. O CRITÉRIO DA RESPONSABILIDADE PROCESSUAL

Alguns doutrinadores fazem ainda menção a outra doutrina mais recente, que teria substituido a aderência ao princípio da causalidade pelo da responsabilidade processual. Para esses autores (Cordopatri, *Spese giudiziali*; Ripepi, *Concorso di norme e concorso di azi-*

. . . . . .

29 Idem, p. 354-355.

oni nella responsabilità per le spese e danni nel processo civile, Riv. trim,. dir. proc. civ., 1987, 340 e ss) "é possível comparar um princípio de fundo, segundo o qual as despesas devem por fim serem suportadas por aquele sujeito, ou aqueles sujeitos, sobre os quais incumbe a responsabilidade de ter provocado a instauração ou o irregular desenvolvimento do procedimento jurisdicional; e tal responsabilidade processual pelas despesas, longe de referir-se exclusivamente à sucumbência, pode reportar-se - e de fato se reporta - também à ocorrência de outras condições e induz, por essa via, para uma conotação *stricto sensu* processual daquela"[30].

Em substância, a responsabilidade pelas despesas dependerá não só de um nexo de causalidade entre o exercício do direito e a inevitabilidade da lide, mas também de uma atribuição de culpa à parte (que deve ser condenada ao pagamento das despesas) dos fatos que determinaram a necessidade da controvérsia, ou seja, de um comportamento processual incorreto que essa teve no curso do juízo.

Conclui-se, assim, que "a inteira instalação de disposições legislativas que digam respeito à responsabilidade pelas despesas prevêem, ainda que não expressamente, a presença do estado subjetivo da culpa como elemento imanente em toda hipótese de repartição definitiva das despesas da causa" [31].

Nesse cenário, surgem classificações doutrinárias que procuram distinguir, dentre os sistemas jurídicos, aqueles

. . . . . .

30 CORDOPATRI, **Spese giudiziali**, p. 360.
31 Cf. RIPEPI, 362 apud SCARSELLI, op. cit., p.120.

que adotariam o vencimento objetivo e os que adotariam o vencimento subjetivo em relação à responsabilidade pelas despesas do processo.

5. SISTEMAS DO VENCIMENTO SUBJETIVO E DO VENCIMENTO OBJETIVO PURO E MODERADO

Segundo o Professor Luso Soares, os sistemas podem adotar os seguintes critérios: vencimento subjetivo e vencimento objetivo, este último subdividido em vencimento objetivo puro e vencimento objetivo moderado (este subdividido em genérico e específico).

Para o autor, de acordo com o sistema do vencimento subjetivo, solução acolhida por alguns sistemas sul-americanos dominados doutrinariamente pelo modelo espanhol, o elemento que determina a condenação em custas é a temeridade ou a má-fé da parte, e isso significa que não implica responsabilidade pelas custas o fato objetivo da sucumbência[32]. É, pois, um regime polarmente oposto ao português, do artigo 446º. Quanto à não verificação de dolo processual, as custas causadas por cada parte ficam a seu cargo e as despesas consideradas comuns são proporcionalmente divididas entre os litigantes. Não só alguns países sul-americanos o conservam, como o novo Código Processual da Polônia prescreve-o claramente[33].

No campo do vencimento objetivo - corrente que desfruta de maior predicamento na doutrina e no direito comparado - integram-se os países que admitem o fenômeno do vencimento como regra genérica, determinativa

. . . . . .

32 Cfr. GONZALEZ, MUÑOZ, Las costas, p. 132 apud SOARES, LUSO, op. cit., p 144.
33 SOARES, LUSO, op. cit., p. 144.

oni nella responsabilità per le spese e danni nel processo civile, Riv. trim,. dir. proc. civ., 1987, 340 e ss) "é possível comparar um princípio de fundo, segundo o qual as despesas devem por fim serem suportadas por aquele sujeito, ou aqueles sujeitos, sobre os quais incumbe a responsabilidade de ter provocado a instauração ou o irregular desenvolvimento do procedimento jurisdicional; e tal responsabilidade processual pelas despesas, longe de referir-se exclusivamente à sucumbência, pode reportar-se - e de fato se reporta - também à ocorrência de outras condições e induz, por essa via, para uma conotação *stricto sensu* processual daquela"[30].

Em substância, a responsabilidade pelas despesas dependerá não só de um nexo de causalidade entre o exercício do direito e a inevitabilidade da lide, mas também de uma atribuição de culpa à parte (que deve ser condenada ao pagamento das despesas) dos fatos que determinaram a necessidade da controvérsia, ou seja, de um comportamento processual incorreto que essa teve no curso do juízo.

Conclui-se, assim, que "a inteira instalação de disposições legislativas que digam respeito à responsabilidade pelas despesas prevêem, ainda que não expressamente, a presença do estado subjetivo da culpa como elemento imanente em toda hipótese de repartição definitiva das despesas da causa" [31].

Nesse cenário, surgem classificações doutrinárias que procuram distinguir, dentre os sistemas jurídicos, aqueles

. . . . . .

30 CORDOPATRI, **Spese giudiziali**, p. 360.
31 Cf. RIPEPI, 362 apud SCARSELLI, op. cit., p.120.

que adotariam o vencimento objetivo e os que adotariam o vencimento subjetivo em relação à responsabilidade pelas despesas do processo.

5. SISTEMAS DO VENCIMENTO SUBJETIVO E DO VENCIMENTO OBJETIVO PURO E MODERADO

Segundo o Professor Luso Soares, os sistemas podem adotar os seguintes critérios: vencimento subjetivo e vencimento objetivo, este último subdividido em vencimento objetivo puro e vencimento objetivo moderado (este subdividido em genérico e específico).

Para o autor, de acordo com o sistema do vencimento subjetivo, solução acolhida por alguns sistemas sul-americanos dominados doutrinariamente pelo modelo espanhol, o elemento que determina a condenação em custas é a temeridade ou a má-fé da parte, e isso significa que não implica responsabilidade pelas custas o fato objetivo da sucumbência[32]. É, pois, um regime polarmente oposto ao português, do artigo 446º. Quanto à não verificação de dolo processual, as custas causadas por cada parte ficam a seu cargo e as despesas consideradas comuns são proporcionalmente divididas entre os litigantes. Não só alguns países sul-americanos o conservam, como o novo Código Processual da Polônia prescreve-o claramente[33].

No campo do vencimento objetivo - corrente que desfruta de maior predicamento na doutrina e no direito comparado - integram-se os países que admitem o fenômeno do vencimento como regra genérica, determinativa

. . . . . .

32 Cfr. GONZALEZ, MUNÕZ, Las costas, p. 132 apud SOARES, LUSO, op. cit., p 144.
33 SOARES, LUSO, op. cit., p. 144.

da condenação em custas. Naturalmente, nota o direito comparado, tais sistemas são os mais numerosos, considerando que foram colonizados política, econômica, cultural e juridicamente por aquelas que já formam as grandes potências, designadamente a França e a Inglaterra.

Luso Soares cria um subgrupo do vencimento objetivo puro e admite que compreende as legislações que não acatam concessões contra a regra do vencimento objetivo. São estruturas do direito processual em que não se atribui qualquer relevância aos motivos que hajam levado o vencido a litigar, sendo exemplo característico dessa rigidez o das regras contidas na ZPO alemã (§ 91). Inclui nesse subgrupo ainda o Código de Processo Civil brasileiro (artigos 19 a 35)[34].

No que diz respeito ao subgrupo do vencimento objetivo moderado, Luso Soares subdivide-o em moderação genérica e específica. Para ele, a moderação diz-se genérica quando o juiz pode sopesar, com liberdade de critério, as causas que determinaram o vencido a litigar: a obscuridade do problema debatido, a ignorância escusável das circunstâncias geradoras do conflito de interesses, a solidez das considerações invocadas pelo vencido, etc. Seria exemplo, por excelência, desse sistema mitigado por via genérica, o desse outro monumento do processo civil moderno, o Código Italiano, isso para não falar do novo Código de Processo Civil francês, aprovado pelo decreto de 5 de dezembro de 1975, cujo artigo 699º reza desta

. . . . . .

34 Cfr. KISCH. **Elementos de derecho procesal civil**. Tradução de Prieto-Castro, p. 420; GOLDSCMIDT. **Derecho procesal civil**. Labor, 1936. p. 214 e com mais atualidade LAUTERBACH-HARTMANN. **Kostengesetze**. 18. ed. 1976. Face à "Gerichtskostengesetz (GKG) na redação de 15.12.1975 e outro o do novo **Código de Processo Civil Brasileiro** (artigos 19 a 35) (apud SOARES,LUSO, op. cit., p. 147).

forma: "A parte vencida será condenada no pagamento das custas, salvo se o juiz, em decisão fundamentada, não as impuser, total ou parcialmente, à outra parte". Diz-se, por outro lado, específica a moderação do sistema de vencimento objetivo, quando a lei estabelece de forma taxativa os casos em que o vencido poderá ser exonerado do pagamento das custas. Para Luso Soares, é o sistema adotado no processo civil português[35].

6. DA NECESSIDADE DE REPAROS A ESTA CLASSIFICAÇÃO: OS CASOS ALEMÃO E BRASILEIRO

A classificação proposta por Luso Soares merece reparos.

Passemos a analisar alguns dos sistemas indicados, especialmente o alemão e o brasileiro, que entendemos **não podem ser classificados como sistemas de vencimento objetivo puro**, apesar da grande importância com que a sucumbência se reveste nos mesmos.

É que, no direito alemão, a doutrina vem apontando exceções à aplicação pura e simples da sucumbência para responsabilização pelas despesas processuais.

Observe-se que o ordenamento alemão, no que diz respeito às exceções à sucumbência, após haver disposto no § 91 ZPO que a parte sucumbente deve suportar as despesas da lide, apresenta uma série de exceções e de temperamentos ao princípio enunciado em via geral. Desse modo, como ocorre no sistema italiano, no alemão há um temperamento da regra geral seja como hi-

. . . . . .

35 SOARES,LUSO, op. cit., p. 147.

pótese de sucumbência reciproca, seja na hipótese na qual as despesas, com referência ao objeto da contenda, sejam consideradas excessivas ou supérfluas. A primeira exceção é posta pelo § 92 ZPO, pelo qual, expressamente, "se ocorre sucumbência recíproca, as despesas devem ser entre as partes compensadas ou proporcionalmente repartidas" [36].

Pelo contrário, são expressões de outra exceção o § 96 ZPO, pelo qual "as despesas de um meio processual tido como ineficaz possam ser postas a cargo da parte que tenha feito valer um tal meio, também, se vença no mérito"; o § 97 ZPO, que dispõe que "as despesas do juízo de apelo podem ser opostas, em todo ou em parte, a cargo da parte vitoriosa, se por acaso o sucesso dependa de um novo meio de prova que poderia ter sido feito valer também no primeiro grau" e o § 93 determina que "se o réu não tem, com seu comportamento, dado motivo para a propositura da ação, as despesas da lide ficarão a cargo do autor, se por acaso o réu reconhecer em juízo imediatamente o pedido" [37].

Há quem faça até mesmo um paralelo entre o CPC italiano e a ZPO. Desse modo o § 98 ZPO, de maneira análoga ao art. 92, 3º parágrafo do CPC italiano, dispõe que "as despesas no caso de transação são compensadas entre as partes, salvo se elas não dispuseram diversamente". E ainda o § 100 da ZPO alemã, de acordo com o art. 97 do CPC italiano, dispõe ainda que "se a parte sucumbente contiver mais de uma pessoa, estas respondem pelas despesas em partes iguais. Se a medida da participação das partes na lide for notavelmente diferente, as despesas podem ser discricionariamente repartidas pelo juiz com fundamento em tal critério. Se vários réus forem condenados *in solido*, esses respondem *in solido* também pelo reembolso das despesas"[38].

. . . . . .

36 SCARSELLI, op. cit., p.223.
37 Idem, p.223-224.

Assim, mesmo no caso do direito alemão, apontado por muitos como monumento maior do princípio da sucumbência, especialmente para os chiovendianos, não se pode dizer que tal critério seja absoluto e explique todas as situações surgidas no processo, podendo falar-se em causalidade na responsabilidade pelas despesas processuais.

Os defensores da sucumbência pura alemã afirmam comumente que o processo civil alemão disciplina, mais minuciosamente do que qualquer outro, não só a parte acessória do instituto da condenação nas despesas, mas a própria norma fundamental, segundo os vários graus de julgamento e o número de partes. Não há caso de compensação, exceto que por recíproca sucumbência. A sucumbência, qualquer que seja o sucumbente, contém como consequência ilimitada o reembolso das despesas à contraparte. Nem a dubieza da lide (a famosa *anceps causa*) nem a qualidade das partes tem influência. A boa-fé do sucumbente não importa minimamente. A esse ponto é espontâneo concluir que o direito alemão constitui o triunfo da teoria da sucumbência [39].

Quanto à ZPO alemã, dispõe seu § 91 (princípio básico e alcance da obrigação de custas):

. . . . . .

38 Idem, p.224.
39 PAJARDI. **La responsabilità per le spese e i danni del processo**. Milano: Giuffrè, 1964. p.. 422-423.

1) A parte vencida tem de suportar as custas do litígio judiciário, particularmente de satisfazer as custas suscitadas à parte contrária, desde que elas tenham sido necessárias para a defesa judiciária. O reembolso de custas compreende, também, a indenização da parte contrária pela perda de tempo em viagens necessárias ou com o necessário atendimento de audiências; as disposições estabelecidas para a indenização das testemunhas são aplicáveis analogamente. 2) Os honorários e os gastos do advogado da parte vencedora devem ser satisfeitos em todos os processos; despesas de viagem de um advogado que não está admitido junto do juízo processante; contudo, somente serão suportadas pelo vencido, quando a convocação para a conveniente prossecução judiciária ou para a defesa tiver sido necessária. A parte vencedora não é reembolsada do aumento de custas que resulte da circunstância de que o advogado admitido junto ao juízo processante não tenha o seu domicílio ou o seu escritório no lugar em que se acha o juízo processante ou em um departamento, em outro lugar, desse juízo. As custas de vários advogados só devem ser satisfeitas se elas não excederem às custas de um só advogado ou se se fizer necessária uma mudança da pessoa do advogado. Em causa própria, devem ser satisfeitas como honorários e gastos de um advogado mandatário. 3) Às custas do litígio judiciário, no sentido das alíneas 1 e 2, pertencem também as taxas que resultaram de um processo conciliatório ante um serviço de conciliação organizado ou reconhecido pela administração da justiça estatal; isso não ocorre se, entre a terminação do processo conciliatório e a propositura da ação, decorreu mais do que um ano".

Para Pajardi, os defensores da sucumbência pura estão equivocados, apesar de parecer contrário de Chiovenda. Para ele, esse sistema rígido revela melhor de que qualquer outro que a sucumbência é um conceito confortável e esconde dentro de si o princípio da causalidade, fundado sobre a presunção absoluta da culpa do sucumbente, por não haver observado espontaneamente o direito substancial. Com efeito, todas as outras normas, incluída a compensação como dupla condenação no caso de sucumbência recíproca, dirigidas a regular a responsabilidade processual do autor em concomitância ou em absorção daquela do réu. Em suma, os "justos motivos" que representam a explicação da causalidade estão aqui taxativamente elencados, não somente relativamente à compensação, mas também à condenação do vencedor. Segundo esse autor, ao adotar a sucumbência, optou o legislador alemão por criar uma norma segura com exceções, que uma norma teoricamente mais exata, mas de difícil aplicação [40].

Segundo Pajardi, o direito alemão prevê que o autor não deve instaurar o processo senão obrigado. Se o réu não deu causa ao processo, as despesas recairão sobre o autor, embora vitorioso, mesmo se o réu tenha reconhecido a sua pretensão. O vencedor pagará as despesas, se a

. . . . . .

40 Idem, p. 422-423.

vitória final depende de um novo meio (*vorbringen*) que ele poderia ter feito valer em primeiro grau. No caso de retardo para propor meios de ataque, ou de defesa, ou de prova, as despesas podem caber em todo ou em parte ao vencedor se se prova que poderia tê-las proposto antes. Assim, mesmo no direito alemão, as exceções à sucumbência seriam tentativas de aplicar o princípio da causalidade [41].

Lent teria indicado casos (do devedor-réu não constituído em mora, dentre outros) nos quais haveria aplicação do princípio da causalidade e da lealdade pré-processual e processual. Cita ainda Minoli, Rosemberg, Goldschmidt e Mejer e indica que esse último teria reafirmado a natureza substancial claramente civilística da condenação nas despesas, assim como da responsabilidade por despesas e danos, ambos com fundamento extraprocessual, sendo o processo mero instrumento [42].

Quanto às despesas processuais e a pretensão de reembolso, Lent afirma que as despesas da parte compreendem, além de outras, os honorários de advogado, direitos do oficial judiciário, despesas de viagem, de perda de tempo, etc. E afirma categoricamente que em linha de princípio, tais despesas ficam a cargo do sucumbente (§ 91); esse deve ainda reembolsar ao vencedor, na medida do qual deva considerar-se necessário a um conveniente desenvolvimento do processo (com a advertência de que os honorários de advogado entram sempre nesse âmbito, também quando seu ministério não é obrigatório). A sucumbência é equiparada à anulação de demanda (§

. . . . . .

41 Idem, p. 422-423.
42 Idem, p. 423-428.

271) No caso de transação, ambos suportam os encargos devendo haver compensação mútua (§ 98: na maior parte dos casos, aliás, o acordo regula oportunamente também esse ponto)[43].

Observe-se que Lent afirma que em linha de princípio essa é a regra, admitindo obviamente exceções. Para ele, segundo alguns, a pretensão ao reembolso das despesas surge com a propositura da lide, submetida à condição suspensiva (decisão favorável); segundo outros, inicialmente, existe somente uma expectativa. Estão, porém, todos de acordo ao entender que o direito torna-se perfeito quando proferida sentença passada em julgado ou provisoriamente executiva (no segundo caso, sob condição resolutiva) [44].

No caso de vitória e sucumbência parcial, as despesas são compensadas (e cada um dos litigantes deve suportar a metade daquelas de justiça), ou seja, repartidas de modo oportuno entre as partes (por exemplo, por quotas, segundo a respectiva sucumbência): § 92 [45].

E admite novamente que a esses princípios a lei põe todavia exceções. Os ônus processuais ficam completamente a cargo do autor quando a demanda não for justificável pelo comportamento do réu (suponha-se, por exemplo, que não seja verificado algum retardo no adimplemento) e esse último reconhece a procedência (por exemplo, na primeira audiência e sem qualquer contestação): § 93; inversamente, ocorre quando a pretensão torna-se infundada durante o processo sem o concurso do autor, se

. . . . . .

43 LENT, Friedrich. **Diritto processuale civile tedesco, parte prima, Il procedimento di cognizione.** Trad. di Edoardo F. Ricci. Morano Editore, 1962. p. 354.
44 Idem, p. 354.
45 Idem, p. 354.

esse admite tal ponto e limita assim as despesas do juízo. As despesas devidas ao inútil decurso do término ou audiência e ao reenvio são suportadas pela parte que os havia eventualmente provocado (§ 95). Aquelas inerentes aos gravames não acolhidos ficam a cargo do impugnante (§ 97). A hipótese na qual falte a matéria a contender é disciplinada pelo § 91 a [46].

Segundo Lent, o princípio pelo qual todas as despesas processuais (inclusive aquelas relativas às precedentes fases do juízo) são suportadas pelo sucumbente em última instância, não é sempre justo; nesse caso, na realidade, elas são provocadas em grande parte pelos erros do juiz [47].

Para o referido autor, não diz respeito ao direito processual o reembolso das referidas despesas, pois esse encontra fundamento na situação de direito privado (pense-se, por exemplo, em um atraso no cumprimento - § 286 - ou em um fato ilícito), e pode competir também ao sucumbente; o seu relevo desaparece quando a parte pode ressarcir as despesas processuais[48].

. . . . . .

46 Idem, p. 354-355.

47 Idem, p. 355.

48 Idem, p. 355. A decisão sobre reembolso das despesas ocorre em duas fases. Primeiro, o juiz se pronuncia, na sentença, sobre a procedência da pretensão, declarando qual das duas partes é obrigada a ressarcir: depois o escrivão cumpre a liquidação com decisão judicial. Nos procedimentos de trabalho também esse último ponto é resultado do órgão judicante com a decisão do mérito (Arb.G.G., § 61). O juz pode proceder de ofício (§ 308 2º c), e com a sentença definitiva é obrigado a fazê-lo.A decisão sobre despesas não é em linha de princípio impugnável separadamente daquela de mérito (§ 99); é-o, porém, excepcionalmente (com um pedido imediato: § 99 2º c), quando essa última se funda sobre um reconhecimento. A liquidação, da qual o escrivão (do juiz de primeira instância) assume a exclusiva responsabilidade (§ 104), comporta unicamente a aplicação concreta do princípio fixado na sentença; o único ponto ainda a decidir é aquele relativo à necessidade das despesas referentes ao juízo. A decisão pode ser emanada sob pedido da parte, munida de título executivo (se a sentença é passada em julgado ou provisoriamente exequível), com mandado (§ 1031) a comunicar-se ao obrigado. Contra tal decisão é concedido um recurso (Erinnerung) ao juiz (§ 104, 3º c), e contra a sucessiva decisão desse (que é mesmo uma ordenança) o reclamo imediato (LENT, op. cit., p. 355).

Dessa maneira, nem mesmo o sistema alemão pode ser apontado como sistema que adotaria a responsabilidade pelas despesas com base no vencimento puro, como quer Luso Soares.

No que diz respeito ao direito brasileiro, discordamos novamente do Prof. Luso Soares ao considerar que nele não se admitem concessões ao vencimento objetivo puro.

Verificando-se determinadas circunstâncias particularmente previstas na lei, as despesas processuais não se subordinam ao princípio da sucumbência, isto é, não são atribuídas à parte vencida mas àquela das partes ou à pessoa que lhes deu causa. No caso do art. 31 do CPC brasileiro, que dispõe que "as despesas dos atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos serão pagas pela parte que os tiver promovido ou praticado, quando impugnados pela outra".

Trata-se, segundo Amaral Santos, de uma pena imposta à parte, pela culpa de promover ou praticar tais atos, com flagrante violação do princípio da lealdade processual[49].

Preferimos entender não se tratar de pena, mas de aplicação cristalina do princípio da causalidade, ou seja, aquele que pratica atos manifestamente protelatórios, impertinentes ou supérfluos, arcará com as despesas a que deu causa, já que tais atos não eram necessários para o bom andamento do processo. Nada impede que também sejam punidos por prática de litigância de má-fé, nos termos dos arts. 17 e 18 do CPC, pagando multa ou indenização, caso pratiquem uma das ilicitudes previstas naquele dispositivo legal.

. . . . . .

49 SANTOS,MOACYR AMARAL. ***Primeiras linhas de direito processual civil***. 14. ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.]. v.II, p. 305.

Outro exemplo traz o art. 22 do CPC, que pune severamente o réu que omitir, na sua resposta, fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor e, por isso, dilatar o julgamento da lide. Eis o texto legal:

> *O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios.*

Salienta Nelson Nery Júnior que a norma só tem aplicação a duas modalidades de resposta do réu (contestação e exceção de impedimento). Outras manifestações diante do pedido do autor (reconvenção, ADI, impugnação ao valor da causa, exceções de incompetência e de suspeição) são irrelevantes para o tema e sobre elas não incide o texto comentado, porque a falta de sua alegação pelo réu enseja preclusão [50].

Ao dispor sobre fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, refere-se o legislador exclusivamente à defesa de mérito indireta contida na contestação, não fazendo referência, no presente dispositivo legal, à hipótese de exceção de impedimento.

Mas a doutrina vem ampliando o conteúdo e alcance do referido dispositivo legal para entender que o réu está sujeito às penas desse artigo não só quando deixar de alegar circunstâncias de direito material (fato impe-

. . . . . .

50 NERY JÚNIOR, NELSON; NERY,ROSA MARIA ANDRADE. **Código de processo civil comentado**. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 444.

ditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), mas também quando não aponta, na contestação, carência de ação (CPC 267 VI) ou outro vício processual dilatório de ordem pública, cujo ônus lhe é cometido também pelo CPC 301 [51].

Um terceiro caso ocorre com as despesas dos atos que forem adiados ou tiverem que se repetir por culpa de quem deu causa ao adiamento ou à repetição: "As despesas dos atos, que forem adiados ou tiverem de repetir-se, ficarão a cargo da parte, do serventuário, do órgão do Ministério Público ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição"(CPC art. 29). Claro está que, se o adiamento ou a repetição do ato ocorrer por motivo justo e fundamentado, não será de aplicar-se a norma transcrita.

Outros autores compartilham desse posicionamento, entre eles, Arruda Alvim, Humberto Theodoro Júnior e Celso Agrícola Barbi.

Observe-se que nesses casos as hipóteses são tratadas de forma objetiva, não se exigindo a comprovação da intenção do agente em causar tais danos processuais.

Dessa forma, equivoca-se o professor Luso Soares que, dentro de sua classificação, deveria ter incluído o processo civil brasileiro no subgrupo do vencimento objetivo moderado, como o fez com o sistema jurídico português, por haver diversas situações em que não a sucumbência, mas a causalidade, explicará a condenação nas despesas processuais.

. . . . . .

51 Idem, p. 404.

7. RESTRIÇÕES À REGRA DA SUCUMBÊNCIA EM OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS

Feitas tais observações à referida classificação, convém mencionar que outros sistemas jurídicos também fazem restrições à regra da sucumbência para responsabilização pelas despesas processuais.

O direito austríaco, similar ao germânico, contempla norma rígida do *victus victori*, com compensação no caso de sucumbência recíproca. Admite que em caso de nulidade de procedimento, as despesas deste e aquelas de procedimentos necessários para obter declarações ficam a cargo da parte ou do juiz que com culpa tenha originado a nulidade. Se não houver culpa de qualquer parte ou juiz, serão compensadas. No caso de culpa do vencedor suporta as próprias despesas e deve reembolsar ao réu sucumbente as suas. Haveria, assim, uma abertura à causalidade [52].

O direito francês se basearia na sucumbência mas apresentaria exceções à mesma e o juiz, em matéria de compensação, tem de fato um poder praticamente discricionário.

Vale ressaltar que nele foi acolhido, com a lei n. 77-1468 de 30 de dezembro de 1977, o princípio da gratuidade dos atos de justiça diante de todas as jurisdições civis e administrativas, porém persistem custas processuais referentes a honorários de advogados e dos consultores técnicos das partes, da indenização de testemunhas e das despesas relativas à atividade dos oficiais judiciários. Esses custos, por força do art. 696 do *Noveau Code de Procédure Civile*, são repetidos pela parte sucumbente à

. . . . . .

52 PAJARDI, op. cit., p. 428-430.

parte vitoriosa que os havia antecipado no curso do processo, e, todavia, também na França essa regra geral suporta exceções [53].

Salienta Scarselli que, enquanto os sistemas italiano, inglês e alemão parecem proceder por exceções tipificadas, ou de qualquer modo por exceções que, apesar de remetidas ao poder discricionário do juiz, aparecem suficientemente individualizadas pela lei, o ordenamento francês, como o próprio art. 696 do *Nouveau Code*, se limita pelo contrário a asseverar que o princípio da sucumbência constitui critério geral de atribuição final das despesas "a não ser que o juiz, por decisão motivada, não coloque a totalidade ou uma fração a cargo de uma outra parte " [54].

Essa, portanto, pode aparecer como uma particular diferença do sistema francês diante dos outros: dado que, enquanto nos outros as exceções ao princípio da sucumbência estão suficientemente circunscritos pelo próprio legislador, o *Noveau Code de Procèdure Civile* remete uma tal determinação da *fatispécie* à atividade do juiz, o qual, a respeito, tem somente o dever de motivar a decisão [55].

Assim, na França, para conhecer a derrogação ao princípio da sucumbência, necessita-se analisar as orientações jurisprudenciais, que permanecem nesse contexto as únicas capazes de indicar com maior precisão os casos nos quais seja considerado mais justo ou igualitário não atribuir de modo automático a totalidade das despesas judiciais à parte que tenha contra si rejeitado o pedido [56].

. . . . . .

53 SCARSELLI, op. cit., p.225.
54 Idem, p.225.
55 Idem, p.225-226.
56 Idem, p.226.

7. RESTRIÇÕES À REGRA DA SUCUMBÊNCIA EM OUTROS SISTEMAS JURÍDICOS

Feitas tais observações à referida classificação, convém mencionar que outros sistemas jurídicos também fazem restrições à regra da sucumbência para responsabilização pelas despesas processuais.

O direito austríaco, similar ao germânico, contempla norma rígida do *victus victori*, com compensação no caso de sucumbência recíproca. Admite que em caso de nulidade de procedimento, as despesas deste e aquelas de procedimentos necessários para obter declarações ficam a cargo da parte ou do juiz que com culpa tenha originado a nulidade. Se não houver culpa de qualquer parte ou juiz, serão compensadas. No caso de culpa do vencedor suporta as próprias despesas e deve reembolsar ao réu sucumbente as suas. Haveria, assim, uma abertura à causalidade [52].

O direito francês se basearia na sucumbência mas apresentaria exceções à mesma e o juiz, em matéria de compensação, tem de fato um poder praticamente discricionário.

Vale ressaltar que nele foi acolhido, com a lei n. 77-1468 de 30 de dezembro de 1977, o princípio da gratuidade dos atos de justiça diante de todas as jurisdições civis e administrativas, porém persistem custas processuais referentes a honorários de advogados e dos consulentes técnicos das partes, da indenização de testemunhas e das despesas relativas à atividade dos oficiais judiciários. Esses custos, por força do art. 696 do *Noveau Code de Procédure Civile*, são repetidos pela parte sucumbente à

. . . . . .

52 PAJARDI, op. cit., p. 428-430.

parte vitoriosa que os havia antecipado no curso do processo, e, todavia, também na França essa regra geral suporta exceções [53].

Salienta Scarselli que, enquanto os sistemas italiano, inglês e alemão parecem proceder por exceções tipificadas, ou de qualquer modo por exceções que, apesar de remetidas ao poder discricionário do juiz, aparecem suficientemente individualizadas pela lei, o ordenamento francês, como o próprio art. 696 do *Nouveau Code*, se limita pelo contrário a asseverar que o princípio da sucumbência constitui critério geral de atribuição final das despesas "a não ser que o juiz, por decisão motivada, não coloque a totalidade ou uma fração a cargo de uma outra parte " [54].

Essa, portanto, pode aparecer como uma particular diferença do sistema francês diante dos outros: dado que, enquanto nos outros as exceções ao princípio da sucumbência estão suficientemente circunscritos pelo próprio legislador, o *Noveau Code de Procèdure Civile* remete uma tal determinação da *fatispécie* à atividade do juiz, o qual, a respeito, tem somente o dever de motivar a decisão [55].

Assim, na França, para conhecer a derrogação ao princípio da sucumbência, necessita-se analisar as orientações jurisprudenciais, que permanecem nesse contexto as únicas capazes de indicar com maior precisão os casos nos quais seja considerado mais justo ou igualitário não atribuir de modo automático a totalidade das despesas judiciais à parte que tenha contra si rejeitado o pedido [56].

. . . . . .

53 SCARSELLI, op. cit., p.225.
54 Idem, p.225.
55 Idem, p.225-226.
56 Idem, p.226.

Além dessa primeira diferença, o sistema francês põe uma outra, que é representada pela disciplina do sucessivo art. 700 do *Nouveau Code*. Com ele, o legislador, mesmo que confirmando o princípio da sucumbência, assevera que o juiz, ao decidir sobre despesas, deve levar em consideração a equidade ou a situação econômica da parte a ser condenada, e pode, mesmo de ofício, pelas mesmas razões, não dar lugar à condenação, em contraste com o princípio à sucumbência [57].

Esquematizando, portanto, as diferenças do sistema francês, apontam-se duas: a) a concessão ao juiz do poder de determinar a *fatispécie* na derrogação do critério da sucumbência, segundo o disposto no art. 696 do *Noveau Code*; b) e ainda a atribuição ao juiz do poder de considerar a equidade e/ou a capacidade econômica da parte para liquidação das despesas segundo o disposto no art. 700 do *Nouveau Code* [58].

Ora, enquanto um aprofundamento da aplicação prática do art. 696 no *Nouveau Code* tende a fazer valer menos a diferença a respeito do ponto a), resta ao contrário uma divergência relevante, aquela do art. 700 do *Nouveau Code*, porque inutilmente se consegue encontrar - no ordenamento jurídico italiano como em outros - a possibilidade de liquidar as despesas em favor da parte vitoriosa, tendo em devida conta também a capacidade econômica pessoal da parte sucumbente [59].

Desse modo, se se vai analisar em quais casos os juízes franceses exercitam o poder discricionário que o art.

. . . . . .

57 Idem, p.226.
58 Idem, p.226-227.
59 Idem, p.227.

696 do *Nouveau Code* lhes atribui, pode constatar-se como isso ocorre, geralmente, diante de atos excessivos ou supérfluos (Civ., 1e, 29 gennaio 1985, Bull. civ., I, n. 39; Com. 13 marzo 1983, J.C.P., 1984, IV, 161 - in doutrina Vicent-Guinchard, *Procèdure civile*, cit., 963), ainda nas hipóteses de sucumbência parcial (Civ., 3e, 4 febbraio 1976, Bull. civ., III, n. 47; Civ. 2e, 27 febbraio 1980, Bull civ., II, n. 46; Soc., 25 febbraio 1988, Bull civ., V, n. 135.), ou ainda, nos casos particulares nos quais se entenda oportuno não fazer uso (no todo ou em parte) da regra da sucumbência (V., ad esempio, Civ. 1e, 16 gennaio 1980, Bull. civ., I, n. 29; e Civ. 2e, 2 aprile 1979, Bull. civ., II, n. 106; *sulla liquidazione delle spese nell'ipotesi di una parte soccombente in un grado di giudizio e poi vittoriosa nel grado sucessivo*; ed ancora Civ., 2e, 15 febbraio 1973, J.C.P., 1973, IV, 125; Civ., 2e, 31 gennaio 1973, J.C.P., 1973, IV, 104; *sulla condanna alle spese di unaparte in appello nei confronti della quale in primo grado non era stata spiegata alcuna domanda*), ou suscita uma derrogação ao princípio, posta por leis especiais (*tra queste, prima fra tutte, quella che si trova nei procedimenti di scioglimento del vincolo matrimoniale; v., di nuovo Pansier, Frais et dépens*, cit., 13.); e portanto, da análise da jurisprudência, emerge, de modo suficientemente unívoco, que as diferenças dizem respeito somente às modalidades de determinação das exceções e não à substância das hipóteses práticas [60].

. . . . . .

60 Idem, p.227. Para Scarselli, consentir ao juiz temperar a liquidação das despesas em consideração à capacidade econômica da parte a ser condenada constitui uma divergência substancial, que não encontra comparação e que pode prestar-se a críticas. Para ele, uma coisa é ajudar as classes sociais mais débeis na possibilidade de apresentar-se à autoridade judiciária, outra coisa fixar que as mesmas possam pagar

Além dessa primeira diferença, o sistema francês põe uma outra, que é representada pela disciplina do sucessivo art. 700 do *Nouveau Code*. Com ele, o legislador, mesmo que confirmando o princípio da sucumbência, assevera que o juiz, ao decidir sobre despesas, deve levar em consideração a equidade ou a situação econômica da parte a ser condenada, e pode, mesmo de ofício, pelas mesmas razões, não dar lugar à condenação, em contraste com o princípio à sucumbência [57].

Esquematizando, portanto, as diferenças do sistema francês, apontam-se duas: a) a concessão ao juiz do poder de determinar a *fatispécie* na derrogação do critério da sucumbência, segundo o disposto no art. 696 do *Noveau Code*; b) e ainda a atribuição ao juiz do poder de considerar a equidade e/ou a capacidade econômica da parte para liquidação das despesas segundo o disposto no art. 700 do *Nouveau Code* [58].

Ora, enquanto um aprofundamento da aplicação prática do art. 696 no *Nouveau Code* tende a fazer valer menos a diferença a respeito do ponto a), resta ao contrário uma divergência relevante, aquela do art. 700 do *Nouveau Code*, porque inutilmente se consegue encontrar - no ordenamento jurídico italiano como em outros - a possibilidade de liquidar as despesas em favor da parte vitoriosa, tendo em devida conta também a capacidade econômica pessoal da parte sucumbente [59].

Desse modo, se se vai analisar em quais casos os juízes franceses exercitam o poder discricionário que o art.

. . . . . .

57 Idem, p.226.
58 Idem, p.226-227.
59 Idem, p.227.

696 do *Nouveau Code* lhes atribui, pode constatar-se como isso ocorre, geralmente, diante de atos excessivos ou supérfluos (Civ., 1e, 29 gennaio 1985, Bull. civ., I, n. 39; Com. 13 marzo 1983, J.C.P., 1984, IV, 161 - in doutrina Vicent-Guinchard, *Procèdure civile*, cit., 963), ainda nas hipóteses de sucumbência parcial (Civ., 3e, 4 febbraio 1976, Bull. civ., III, n. 47; Civ. 2e, 27 febbraio 1980, Bull civ., II, n. 46; Soc., 25 febbraio 1988, Bull civ., V, n. 135.), ou ainda, nos casos particulares nos quais se entenda oportuno não fazer uso (no todo ou em parte) da regra da sucumbência (V., ad esempio, Civ. 1e, 16 gennaio 1980, Bull. civ., I, n. 29; e Civ. 2e, 2 aprile 1979, Bull. civ., II, n. 106; *sulla liquidazione delle spese nell'ipotesi di una parte soccombente in un grado di giudizio e poi vittoriosa nel grado sucessivo*; ed ancora Civ., 2e, 15 febbraio 1973, J.C.P., 1973, IV, 125; Civ., 2e, 31 gennaio 1973, J.C.P., 1973, IV, 104; *sulla condanna alle spese di unaparte in appello nei confronti della quale in primo grado non era stata spiegata alcuna domanda*), ou suscita uma derrogação ao princípio, posta por leis especiais (*tra queste, prima fra tutte, quella che si trova nei procedimenti di scioglimento del vincolo matrimoniale; v., di nuovo Pansier, Frais et dépens*, cit., 13.); e portanto, da análise da jurisprudência, emerge, de modo suficientemente unívoco, que as diferenças dizem respeito somente às modalidades de determinação das exceções e não à substância das hipóteses práticas [60].

. . . . . .

60 Idem, p.227. Para Scarselli, consentir ao juiz temperar a liquidação das despesas em consideração à capacidade econômica da parte a ser condenada constitui uma divergência substancial, que não encontra comparação e que pode prestar-se a críticas. Para ele, uma coisa é ajudar as classes sociais mais débeis na possibilidade de apresentar-se à autoridade judiciária, outra coisa fixar que as mesmas possam pagar

Quanto ao regime inglês, são reconhecidas exceções que autorizam o juiz, segundo a sua prudente e discricionária apreciação, a evitar a automática atribuição das custas processuais à parte que tiver contra si rejeitada a demanda [61].

. . . . . .

as despesas judiciais em proporção a sua capacidade econômica. Se a ratio da condenação nas despesas concerne na exigência de garantir que o processo atribua, a quem tem um direito, praticamente tudo aquilo e mesmo aquilo que ele tem direito de conseguir, é impossível quantificar a condenação nas despesas em relação à capacidade econômica do obrigado, em vez de em relação à antecipação efetuada pela parte vitoriosa. Paralelamente, a exigência de assegurar a tutela jurisdicional, também aos sujeitos economicamente mais débeis, é dever do Estado e não pode ser colocada sobre os privados com técnicas similares àquelas do art. 700 do Nouveau Code. *Disposições como essa confundem esses dois princípios e procuram remediar um problema público em detrimento de singulares direitos privados, violando o direito da parte a receber do processo o direito íntegro e ao mesmo tempo não resolvem corretamente o problema da assistência judiciária dos sujeitos mais pobres. E ainda, uma solução desse gênero poderá criar alguma turbação, porque certamente a faculdade do art 700 do* Nouveau Code *tem finalidade de pôr dois diversos freios à litigiosidade das partes segundo sua condição econômica, de modo tal que enquanto os sujeitos ricos que percam a lide paguem as despesas, as classes sociais mais débeis, ao contrário, perdendo a lide, poderão não ser atingidas pelo princípio da sucumbência. Por isso, um tal temperamento é difícil de encontrar-se não só nas disposições dos vários ordenamentos, mas também nas opiniões da doutrina.(SCARSELLI, op. cit., p.228).*

61 *Idem, p.218. Ainda sobre o regime inglês, Scarselli indica as exceções à regra da sucumbência: "a) o juiz pode dispor, no entanto, do que se chama "*costs reserved*", e ele se reserva, na repartição final das custas, o direito de não seguir a regra da sucumbência relativamente às custas daquele ato processual; b) no caso dos "*costs thrown away*" as custas relativas às fases do processo que não tenham podido explicar o seu normal efeito (como no caso de audiência adiada por falta de comparecimento de uma das partes sem justificado motivo) ou completamente relativos a processos concluídos com sentença depois revogada (* set aside *). Fazem exceções à sucumbência por manterem sobre a parte as custas que haviam antecipado. O mesmo ocorre quando o juiz estabelece que - relativamente a um ato - a parte possa repetir as despesas "*in any event*": nesses casos a parte que praticou o ato ou tenha requerido ao juiz a emanação pode recuperar as custas a eles relativas, qualquer que seja o êxito final do processo; ainda podem ocorrer hipóteses nas quais o juiz é autorizado a desatender o princípio da sucumbência, o que pode ocorrer quando à parte seja imputada uma conduta não irrepreensível ou quando a mesma havia praticado no processo um ato - ou a resistência a esse - de modo absolutamente infundado; ainda no caso de uma parte ter causado imotivadamente uma dilação temporal do juízo, o que faz com que a parte responda pelos custos relativos ao prolongamento do processo devido a sua culpa; e ainda não se aplica a sucumbência em toda uma outra série de casos, alguns dos quais elencados no art. 6 da Ord. 62 do Regulamento da Corte Suprema, enquanto outros existem em normas diversas. E mais: as despesas de toda solicitação de prorrogação de prazo estabelecidas no Regulamento da Corte Suprema ou pelo juiz por*

8. CONCLUSÃO

Tanto nos sistemas processuais civis italiano, francês, inglês e português como nos brasileiro e alemão - estes dois últimos muitas vezes apontados equivocadamente como sistemas consagradores da teoria do vencimento objetivo puro - a condenação nas despesas processuais nem sempre se rege pela sucumbência, apesar de ser um fator de destacada relevância.

. . . . . .

força dos tais regulamentos estão sempre a cargo da parte que requer a prorrogação; a parte regularmente notificada para que proceda à admissão dos fatos e que refute ou negligencie admitir os fatos dentro do prazo estabelecido deve pagar as despesas relativas à prova de tais fatos; a parte que foi notificada de uma lista de documentos ou à qual foi notificado um aviso para que faça logo o reconhecimento dos documentos e que responda com um aviso de não reconhecimento dos documentos mesmos, deve pagar as despesas relativas à prova dos documentos; por força do art. 17 dos Legal Aid Act 1988 (lei de patrocínio gratuito) as despesas que possam ser recuperadas da parte sucumbente, que se beneficia do patrocínio gratuito, não poderão exceder aquele que vem definido como montante razoável (reasonable amount *), que vem determinado tendo em conta uma série de circunstâncias entre as quais os meios financeiros das partes e sua conduta no processo; e no caso da hipótese em que uma parte esteja em juízo na qualidade de administrador de um fundo, de representante pessoal de uma das partes em causa ou de credor hipotecário dela, pois em tais casos - segundo o disposto no art. 6 (2) da Ordenança 62 dos Regulamentos da Corte Suprema - tal parte tem direito de obter que as próprias despesas, a menos que não sejam sustentadas por outra pessoa, lhe sejam reembolsadas a cargo do fundo administrativo ou da propriedade hipotecada" (Idem, p.221-222).*

9. REFERÊNCIAS

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituzioni di diritto processuale civile**. Napoli, 1934. v. II. CORDOPATRI. Spese giudiziali. **Riv. trim,. dir. proc. civ**., 1987.340 e ss.

GOLDSCMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Labor, 1936.

GUALANDI, Ângelo. **Spese e danni nel processo civile.** Milano: [s.n.], 1962.

KISCH. **Elementos de derecho procesal civil**. Trad. de Prieto-Castro.

LENT, Friedrich. **Diritto processuale civile tedesco, parte prima, Il procedimento di cognizione**. Trad. Edoardo F. Ricci. Morano Editore, 1962.

MANDRIOLI, Crisanto. Corso di diritto processuale civile. Nozioni Introduttive e disposizioni generali. Diocesima edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

SANTOS, MOACYR AMARAL. Primeiras linhas de direito processual civil. 14.ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.].v.II

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PAJARDI, Piero. **La responsabilità per le spese e i danni del processo**. Milano: Giuffrè, 1964.

POLLAK-MAITLAND. **History of English Law.** London, 1911. v. II.

SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile.** 10.ed. aggiornata ed ampliata da Carmine Punzi. Padova: CEDAM, 1987.

SCARSELLI, Giuliano. **Le spese giudiziali civili.** Giuffrè, Milano, 1998.

SOARES, Fernando Luso. **A Responsabilidade Processual Civil.** Coimbra: Almedina, 1999.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil.** 2.ed. Lisboa: Lex, 1997.

ALIMENTOS, ÔNUS E ENCARGOS

Maria Berenice Dias
Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família -IBFFam.
www.mariaberenice.com.br

Estabelece o Código de Processo Civil uma divisão dos encargos probatórios, critério que sempre foi alvo de muitas críticas, mas que ainda subsiste. Ainda bem que cada vez mais está o juiz tomando consciência de sua obrigação de buscar a verdade e exercendo com mais liberdade seu mister, tanto no que diz com a busca das provas como na sua valoração.

Atribui o art. 333 do CPC ao autor o ônus de trazer as provas do que quer ver reconhecido em juízo. O direito alegado como existente deve ser provado para ser aceito como verdadeiro pelo juiz e ensejar o acolhimento da ação. Já ao réu resta o encargo de comprovar o que diz ter o condão de infirmar a pretensão do autor. Pleiteia o improvimento da ação por não existir obrigação inadimplida, competindo-lhe trazer os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, visando evidenciar não ter o autor o direito que afirma.

Em linhas singelas este é o tarifamento feito pela lei ao proceder a distribuição dos ônus probatórios. No entanto, nas demandas alimentícias esta divisão de atribuições se inverte. Ainda que a Lei de Alimentos, em seu art. 20, determine que deve o autor indicar *quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe* o devedor, tal não é requisito

essencial, cuja omissão torne inepta a inicial a ensejar a extinção da ação ou a não fixação de alimentos provisórios.

O que a lei aponta como indispensável é a prova do parentesco ou da obrigação de alimentar do devedor: (...) *provando, apenas, o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor(...)*. Tanto este é o único requisito indispensável, que utiliza o legislador a expressão "apenas". Ou seja, impõe ao autor apenas o dever de provar a existência da obrigação. No que diz às suas necessidades, o autor deve expô-las: O *credor* (...) *exporá suas necessidades, provando, apenas,* o *grau de parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor(...)*. Quanto aos ganhos e recursos do obrigado usa a lei o verbo "indicar", o que, na linguagem legislativa, não tem o grau de obrigatoriedade do verbo "provar", utilizado no momento anterior. Uma coisa é indicar, outra é provar. O que não é provado leva à improcedência da ação. A falta de indicação de algum dado não conduz ao mesmo resultado.

A previsão legal referente às condições do alimentante é imposição de um ônus e não de uma obrigação. Esta distinção, bem posta na doutrina, mostra que o inadimplemento de um ônus traz eventual seqüela à própria parte, o que não se confunde com o descumprimento de uma obrigação, cuja omissão pode levar o autor a perder a demanda. A oneração do autor em trazer de forma aproximada os rendimentos do réu serve tão-só para subsidiar o magistrado na fixação dos alimentos provisórios. A ausência de tais dados,

eventualmente pode vir em prejuízo do autor, mas não afeta a higidez da peça inaugural da demanda intentada.

Assim, descabida a extinção da ação em face da ausência de indicações sobre a situação de fortuna do réu, até porque no mais das vezes difícil é ao autor fazer qualquer estimativa de quanto ganha alguém com quem não convive e muitas vezes mora em lugares distantes.

Não se pode olvidar que se está em sede de Direito de Família, onde as animosidades são presumidas, senão parentes não viriam à justiça. Como diz Rodrigo da Cunha Pereira, são os restos do amor que vem ao Judiciário. Se não está o genitor alcançando alimentos ao filho, certamente não está convivendo com ele. A falta de vínculo de afetividade entre as partes mais dificulta saber dos ganhos de quem procura ocultar tal dado, exatamente para não adimplir a obrigação alimentar.

Fora isso, cabe lembrar que os rendimentos e rendas integram a auréola de privacidade das pessoas, gozando de proteção constitucional. Cabe portanto questionar: Como irá o filho saber quanto ganha seu genitor? Onde obterá informações sobre as rendas dele? De que maneira descobrirá quais os seus rendimentos?

Por tudo isso, imperativo é reconhecer que na ação de alimentos invertem-se os ônus probatórios. O autor deve provar documentalmente a existência da obrigação, ou seja, o vínculo de parentesco com o réu. Em se tratando de ação que tem por fundamento obrigação

alimentícia decorrente do casamento, ou quando há prova pré-constituída de união estável, é preciso o autor justificar a necessidade dos alimentos. Na ação que tem por causa pedir obrigação decorrente do vínculo de filiação, a demonstração da necessidade só se impõe quando o demandante é maior de idade. Mas se o autor é menor, sequer precisa provar suas necessidades, que são presumidas.

Tais dados são suficientes para que o juiz fixe alimentos provisórios em favor do autor. No entanto, para subsidiar o magistrado na quantificação da verba alimentar, é que o autor deve declinar o que sabe sobre a situação econômico-financeira do réu: sua profissão, prováveis ganhos, qualidade de vida que ele se concede, o patrimônio de que seja proprietário. Com tais elementos é que o magistrado irá fixar o valor dos alimentos. No entanto, se não vier na inicial qualquer referência sobre as condições do réu, isso não impede a fixação dos alimentos. Aliás, cabe lembrar que o juiz deve fixar alimentos provisórios mesmo quando não pleiteados. A omissão do autor sobre as possibilidades do réu levará provavelmente ao estabelecimento de uma pensão acanhada. Como a obrigação vigora desde a data de sua fixação, não há como onerar de forma exacerbada o devedor sem saber de suas condições para pagar o encargo.

Ao réu é que cabe dizer de suas possibilidades, isto é, provar o quanto ganha, para que o magistrado possa fixar os alimentos, atendendo ao critério da proporcionalidade. Quando não traz o réu de forma

correta sua real situação financeira, e fica evidenciado que suas alegações não correspondem ao padrão de vida que ostenta, o prejuízo será seu e não do alimentante. Não resta o julgador adstrito a esta limitação probatória para fixar os alimentos. A ausência de provas da estatura econômica do devedor não impõe que os alimentos sejam fixados em quantia acanhada.

Nesse caso deve o magistrado estabelecer os alimentos atendendo às necessidades do beneficiário, desconsiderando o silêncio ou a ausência de sinceridade do réu. Sua omissão não pode beneficiá-lo.

Essas distinções e a precisa delimitação dos encargos nas ações alimentárias necessitam ficar bem definidas, sob pena de se estimular a prática que vem se estabelecendo de maneira recorrente, de a omissão do devedor vir em seu favor. Além de tal postura vir em prejuízo do alimentando, acaba por incentivar o desatendimento do dever de lealdade perante a justiça que devem ter as partes.

O CÓDIGO DE BARRAS COMO MITIGADOR DO DIREITO À INFORMAÇÃO

Maria Carla de Góes Moutinho
Advogada. Aluna da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE.

SUMÁRIO

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR 2. PRINCÍPIOS BÁSICOS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR 2.1Princípios da boa-fé 2.2 Princípio da equilidade 2.3 Princípio da Transparência 3. DIREITO BÁSICO À INFORMAÇÃO 3.1. Escolha do consumidor 3.2. Oferta 4. A ETIQUETAGEM E O CÓDIGO DE BARRAS 4.1. Os Supermercados 4.2. A precificação nos supermercados 5. CONCLUSÃO 6. REFERÊNCIAS

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor vem conquistando cada vez mais espaços entre os demais ramos jurídicos[1] . Embora existam alguns indicativos de sua existência desde os tempos antigos, o direito dos utentes e adquirentes de bens de consumo é fruto da realidade socioeconômica contemporânea.

Os primeiros sinais de existência desse direito datam de 2.300 a.C., com o Código de Hamurabi. A cláusula 235 deste Código, por exemplo, estipulava que, se barcos defeituosos fossem vendidos, o construtor estaria obrigado a refazê-los para o adquirente sem qualquer ônus.

. . . . . .

1 *Antônio Herman V. Benjamin entende que o Direito do Consumidor é autônomo e, por isso, gira em torno de um núcleo particular, uniforme e coerente, constituído de princípios, institutos, conceitos, instrumentos e métodos de interpretação próprios. Com isso, ele defende o Direito do Consumidor como um direito especial e não uma simples releitura de normas pertencentes a outros ramos do direito. BENJAMIN (1992; p. 108).*

Na Índia do século XVIII a.C., o Código de Massú previa pena de multa e punição àqueles que fornecessem coisa de qualidade inferior ou adulterassem gêneros, estabelecendo ressarcimento dos danos causados aos adquirentes.

Na França de Luiz XI, em 1481, os vendedores que fornecessem produtos adulterados, com a finalidade de aumentar seu peso ou volume, tais como a manteiga acrescida de pedra, ou o leite enfraquecido pela água, eram punidos com banho escaldante.

Não obstante, o processo histórico de maior relevância para o surgimento do Direito do Consumidor, como hoje o conhecemos, foi a Revolução Industrial que teve início em meados do século XVIII, na Inglaterra. Esse período caracterizou-se pela substituição da manufatura pela prática fabril, levando ao crescimento da produção, impulsionado pelo desenvolvimento tecnológico.

O avanço na tecnologia promoveu um êxodo do campo para a cidade, gerando excedente de mão-de-obra, condições subumanas de trabalho, má qualidade de vida, excessivas jornadas de trabalho, baixos salários e exploração da mão-de-obra infantil. Todas essas injustiças sociais levaram a um questionamento do pensamento liberal, não intervencionista, então vigente.

Verificou-se a necessidade do Estado intervir em determinadas situações onde houvesse intrínseca desigualdade entre os sujeitos. É o pensamento social contrapondo-se aos ideais liberais.

Ao final do século XVIII, a Revolução Francesa, com os seus ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade, derruba o Estado Absolutista em favor do Liberalismo.

O pensamento liberal clássico foi fruto de um processo histórico que teve início com a Revolução Industrial e tomou força com a Revolução Francesa, durante os séculos XVIII e XIX. O total desrespeito à vontade dos indivíduos durante o totalitarismo fez com que o Estado Liberal protegesse prioritariamente a autonomia da vontade.

O Estado Liberal defendeu oportunidades iguais para todos, não-intervenção estatal, livre concorrência e livre iniciativa, protegendo a harmonia entre os interesses individuais e os coletivos. Esse pensamento migrou da Economia para a Política e para o Direito. Neste último, a característica básica foi a proteção do indivíduo, através da defesa jurídica da vontade, sem levar em consideração as desigualdades intrínsecas entre os sujeitos de determinadas relações jurídicas.

Foi a liberdade de contratar, como reflexo da autonomia da vontade, que fez com que as partes ficassem presas a contratos *leoninos*, desrespeitando princípios como o da eqüidade, valor ético que se encontra positivado nos modernos diplomas jurídicos, como é o caso do Código de Defesa do Consumidor.

No final do século XIX, o Capitalismo exacerbado, aliado ao modo de produção em massa, institui um novo modelo de sociedade – a sociedade de consumo. A produção em série reduziu os custos, aumentando o consumo e gerando um número cada vez maior de consumidores, que passaram a comprar bens muitas vezes desnecessários à sua subsistência.

O crescimento da indústria e a produção e comercialização em larga escala provocaram uma mudança radi-

cal no sistema econômico, acarretando a necessidade de atender a um mercado consumidor crescente.

Assim, o sistema jurídico clássico, baseado na autonomia da vontade, não atendia às mudanças na indústria e no comércio e, conseqüentemente, às novas relações contratuais, não se mostrava capaz de solucionar os conflitos com justiça.

O avanço tecnológico trouxe também importantes mudanças nesse novo modelo de sociedade, tais como a saída do homem do campo para a cidade, a formação de centros urbanos, a expansão das funções sociais do Estado, e ainda a necessidade de uma maior dinâmica nas relações contratuais, gerando a contratação em massa.

As duas grandes guerras, na primeira metade do século XX, contribuíram para a introdução de novas tecnologias no mercado de consumo, melhorando o padrão de vida do cidadão e criando uma necessidade de proteção ao consumidor em razão da sofisticação dos bens de consumo e das práticas comerciais.

O surgimento da televisão deu aos fornecedores uma nova arma. Foi com o auxílio dos comerciais que muitos produtos passaram a integrar a lista de bens essenciais nos lares de inúmeros consumidores. Surge, no mercado, uma grande quantidade de produtos supérfluos. A indução ao consumo é uma realidade.

A concorrência desleal aliada à prática de marketing enganosa deixou o consumidor à mercê dos desmandos do mercado capitalista. Essas e outras circunstâncias exigem do Estado uma nova postura nos conflitos entre fornecedores e consumidores.

O marco para a consolidação do direito dos consumidores surge nos Estados Unidos, em 1962, por iniciativa do Presidente John Fitzgerald Kennedy que encaminhou ao Congresso Nacional uma mensagem definindo quatro direitos básicos do consumidor: direito à segurança, direito à informação, direito de escolha e direito de ser ouvido.

O intervencionismo estatal, no Brasil, teve início com algumas medidas governamentais tais como o tabelamento de preços e os congelamentos de aluguéis.

Aplicava-se às relações entre fornecedores e consumidores o Código Civil, datado de 1916, de inspiração liberal, no qual a autonomia da vontade era prevalente. Outras maneiras de proteção ao consumidor foram surgindo através de edições de legislações esparsas, órgãos governamentais e entidades civis de proteção ao Consumidor, tais como a ADECON e o IDEC. A mentalidade liberal do Código Civil de 1916 foi, ainda que lentamente, dando lugar a uma conscientização dos direitos dos cidadãos diante dos abusos do mercado.

A apoteose da proteção ao consumidor brasileiro surge em 1988 quando o constituinte reconhece, em dispositivo pétreo, a necessidade do Estado dar proteção aos consumidores, no art. 5°, inciso XXXII.

A natureza pétrea do dispositivo constitucional revela a importância desse sujeito de direito, na medida em que, apenas um Poder Constituinte originário poderá mitigar a proteção constitucional que é dada aos consumidores.

Em outro momento, no capítulo referente aos Princípios Gerais da Atividade Econômica, art. 170, inciso V, a

nossa Constituição enquadra a defesa do consumidor entre os princípios a serem observados pela Ordem Econômica com o objetivo de assegurar que todos tenham uma existência digna, fundada na justiça social.

Além disso, o art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determina que o legislador ordinário edite o Código de Defesa do Consumidor em cento e vinte dias, prazo que não foi observado uma vez que o Código do Consumidor data de 11 de setembro de 1990.

O dispositivo constitucional transitório não somente denominou o diploma consumerista como afirmou que o mesmo se constituiria em um Código e, como tal, uma norma ordinária.

2. OS PRINCÍPIOS BÁSICOS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, norma de ordem pública e de interesse social (art. 1º, CDC), tem por finalidade regular a sociedade de consumo, impondo novos paradigmas ético-jurídicos no sentido de proteger a coletividade de consumidores e o consumidor individualmente considerado, partindo-se da premissa de vulnerabilidade desse sujeito de direito frente ao mercado.

As normas tipificadoras de conduta existentes na Lei 8078 são de natureza civil, comercial, administrativa, penal e processual que se efetivam através do arcabouço legal adjetivo vigente com as modificações específicas e pontuais previstas na Lei Protecionista. Tudo isso permite afirmar que o Código do Consumidor é um microssistema com objetivo específico: regular as relações de consumo.

A Lei Protecionista, fugindo às tradicionais normas tipificadoras de condutas, inova ao estabelecer conceitos abertos, permitindo ao intérprete, na solução de conflitos, impregnar sua decisão com valores outrora pertencentes apenas ao campo da ética e da moral, possibilitando soluções mais próximas do ideal de justiça. Além disso, é considerada uma lei geral que estabelece princípios norteadores das relações de consumo, dentre os quais destacam-se o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da eqüidade e o princípio da transparência.

2.1. Princípio da Boa-fé

A boa-fé pode ser vista sob vários prismas. Segundo o dicionarista Aurélio Buarque de Holanda, boa-fé significa certeza de agir com o amparo da lei, ou sem ofensa a ela; ausência de intenção dolosa; sinceridade, lisura. Sob o ponto de vista ético, boa-fé denota lealdade, honestidade, etc.

O Código de Defesa do Consumidor optou por positivar explicitamente o princípio da boa-fé ao dispor, no inciso III (parte final) do artigo 4º, que a política nacional das relações de consumo tem por objetivo a harmonização dos interesses dos participantes sempre com base na boa-fé.

Entendem alguns doutrinadores que o princípio da boa-fé tem por finalidade orientar o intérprete na solução dos conflitos e não como cláusula geral de conduta, na busca do equacionamento dos interesses dos personagens da sociedade de consumo, individual e coletivamente considerados.

A boa-fé, no âmbito do Diploma Consumerista, é objetiva e, segundo Cláudia Lima Marques, significa:

> *uma atuação refletida, pensando no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações.* (MARQUES, 1998, p. 107).

Agir segundo o princípio da boa-fé é, portanto, sair do plano de interesse individual, utilizando-se de valores primordiais no ser humano, como a ética e a lealdade, para, assim, atingir uma finalidade superior – a harmonia nas relações de consumo.

Além disso, visa proteger os consumidores, através da intervenção estatal na vontade individual para conter os interesses egoísticos de cada um. Isto acontece quando a sociedade sai do plano de interesse individual para pensar no coletivo, agindo com lealdade, franqueza e, portanto, com boa-fé.

No artigo 51, inciso IV, da Lei Protecionista, a boa-fé aparece como cláusula geral de conduta, sendo consideradas nulas de pleno direito as cláusulas contratuais com ela incompatíveis por contrariarem a ordem pública de defesa ao consumidor (art. 1º, CDC). Desta maneira, a boa-fé deve ser seguida tanto pelo consumidor como pelo fornecedor.

Como norma de conduta, a boa fé visa estar de acordo com a justiça e a solidariedade, princípios gerais do sistema jurídico estabelecidos no artigo 3º da Carta Magna, quando busca trazer o equilíbrio às relações de consumo.

A cláusula geral da boa-fé exige uma interpretação teleológica do julgador que, diante da realidade social e econômica dos interessados, aferindo a lealdade dos mesmos, vai elaborar um juízo de valor. Sendo assim, é dever do magistrado ir além dos limites formais da lei para trazer ao caso concreto o verdadeiro sentido e alcance da norma.

A boa conduta está, portanto, no agir, no respeito às limitações do outro, na boa intenção de primar pelo justo, pelo igualitário e não por tirar vantagem em face de alguém. Para tanto, é necessário agir com lealdade e informar com limpidez e clareza.

Como princípio universal, a boa-fé é requisito imprescindível e deve sempre ser preservada em toda relação de consumo mesmo não estando presente explicitamente.

2.2. Princípio da Eqüidade

O princípio da eqüidade foi positivado em nosso ordenamento jurídico através do Código de Defesa do Consumidor e veio não somente para trazer a igualdade defendida pela Constituição Federal como também para estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.

Diversamente do princípio da eqüidade, o princípio constitucional da isonomia, disposto no artigo 5º, *caput*, da Lei Maior, defende a igualdade de todos perante a lei que é denominada de isonomia formal. A isonomia real, disposta no corpo do artigo mencionado, decorre da premissa de "tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de forma desigual, na medida exata de suas desigualda-

des". A Constituição, portanto, primou por dar tratamento diferenciado não somente aos consumidores como também aos índios e aos trabalhadores dentre outros.

O tratamento eqüitativo, porém, é diferente uma vez que a isonomia só acontece se houver equilíbrio. Quando todos têm a capacidade de estar em um mesmo plano de discussão, seja por auxílio da lei, seja por ter um maior poder econômico ou intelectivo, estão recebendo um tratamento equilibrado.

Sendo assim, considerado como pressuposto do princípio da isonomia, o princípio da eqüidade prima por trazer o equilíbrio às relações de consumo pondo consumidores e fornecedores capazes de discutir no mesmo nível de igualdade.

A Lei Protecionista instituiu alguns mecanismos que assegurassem o estabelecido pelo princípio da eqüidade, instituindo, por exemplo, o princípio geral da interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais (artigo 47, CDC).

Além disso, adotou a proibição expressa de cláusulas incompatíveis com a boa-fé e a eqüidade ou que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas ao fornecedor de bens ou serviços. Tais cláusulas, denominadas abusivas, são nulas de pleno direito e estão dispostas de forma exemplificativa no artigo 51 do Código do Consumidor.

O Estado Social interveio nas relações de consumo mitigando o princípio da autonomia da vontade através do Código de Defesa do Consumidor. E buscou restabelecer o equilíbrio dessas relações, dando ao consumidor a proteção necessária para que a sua vontade não lhe venha trazer ônus.

O juízo eqüitativo deve priorizar o justo. Desta forma, é licito ao magistrado tornar nulas algumas obrigações e flexibilizar outras para, assim, cumprir o seu dever de justiça.

Para tanto, é preciso utilizar-se dos princípios da hermenêutica e buscar o verdadeiro sentido e alcance da norma para, assim, preservar as legítimas expectativas dos consumidores e trazer o equilíbrio às relações de consumo.

2.3. Princípio da Transparência

Atuar seguindo o princípio da transparência significa agir com limpidez, prestar informação com clareza e lealdade, deixando o consumidor consciente dos direitos e obrigações que está assumindo e, principalmente, das restrições e riscos que este poderá vir a sofrer.

O princípio da transparência surgiu em nosso ordenamento jurídico através do Direito à Informação que está disposto no artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. O artigo mencionado versa sobre os direitos básicos do consumidor e estabelece, no inciso III, que a informação deve ser adequada e clara.

O CDC, em decorrência do princípio da transparência, estabeleceu um novo dever ao fornecedor: o dever de informar, determinando a prestação de informação correta que proporcione ao consumidor uma visão real daquilo que está sendo ofertado ou fornecido.

A intenção maior da Lei Protecionista, ao estabelecer a transparência como princípio basilar, foi trazer veracidade e lealdade aos consumidores seja num informe publicitário, numa embalagem, numa vitrine e até mesmo num contrato.

Na hipótese dos contratos, o princípio da transparência aparece, ainda que implicitamente, nos artigos 46 e 54, § 3°, do Código de Defesa do Consumidor.

O primeiro dispositivo determina que o consumidor não estará obrigado a cumprir cláusulas contratuais as quais não foram de seu conhecimento prévio ou cláusulas de difícil compreensão ao homem médio comum.

O segundo, por seu turno, estabelece que os contratos de adesão – formados prévia e unilateralmente pelo fornecedor – deverão conter termos de fácil compreensão, claros e legíveis.

Portanto, cláusulas com caracteres minúsculos, as quais não podem ser percebidas facilmente, ou com termos técnicos, de difícil compreensão, serão consideradas inválidas nos contratos de consumo. Isto, porém, não nulifica o contrato por inteiro, salvo se tais disposições gerarem ônus excessivos a quaisquer das partes.

A transparência transcende os requisitos de formalidade da formação de um negócio jurídico uma vez que a falha na informação acarreta vício de informação, disposto no artigo 20 do Código do Consumidor.

3. DIREITO BÁSICO À INFORMAÇÃO

O direito à informação tem na sua base os princípios da Boa-fé, da Transparência e da Lealdade. O direito à informação manifesta-se implícita ou explicitamente em várias partes do Código do Consumidor, na responsabilidade civil, nas práticas comerciais, na proteção contratual, nos dispositivos de natureza administrativa e penal.

O artigo 6° ao elencar os direitos básicos do consumidor estabelece, entre outros, o direito à informação:

> *São direitos básicos do consumidor: omissis III -* **a informação adequada e clara** *sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade* **e preço**, *bem como sobre os riscos que apresentem; (grifos nossos).*

O direito à informação, diferentemente da publicidade, visa dar oportunidade ao consumidor de conhecer previamente os bens de consumo oferecidos sob todos os aspectos, permitindo ao consumidor o exercício do seu direito de escolha. A publicidade, por sua vez, além de informar tem por objetivo maior a indução do consumo.

É importante esclarecer que não existe um *dever de anunciar*, ao contrário do que acontece com a informação que se constitui em uma obrigação imposta aos fornecedores.

A informação, como exposto no artigo anteriormente citado, refere-se ao conteúdo dos bens de consumo como, por exemplo, suas características, composição e qualidade, assim como a alguns aspectos formais como sua quantidade e preços. É dever ainda do fornecedor informar sobre os riscos inerentes ao produto ou serviço.

Alguns fornecedores, por exemplo, informam a quantidade de produtos disponíveis na loja, com a finalidade de respeitar as práticas comerciais, ofertando com clareza e precisão.

O vernáculo utilizado e a forma de apresentação da informação devem ser compatíveis com o produto ou serviço oferecido, assim como em relação ao público alvo. A

BIBLIOTECA DA ESMAPE

informação deve ainda ser suficiente, isto é, completa e verdadeira, correspondendo às reais características do produto ou serviço.

O fornecedor que não informa de maneira adequada, clara e suficiente, atinge direitos do consumidor e não se conduz segundo os ditames da ordem econômica, pois estará obtendo vantagens indevidas em relação à concorrência (artigo 170, inciso IV, CF/88).

Neste diapasão, o CDC procurou dar maiores proporções ao dever de informar, estabelecendo o mesmo como um dever do fornecedor disposto expressamente no artigo 31 do diploma mencionado:

> *Art. 31 – A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidade, quantidade, composição,* preço, *garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.*

Os meios utilizados atualmente para informar os consumidores sobre as características dos produtos ofertados no mercado são: embalagens, apresentação do produto e ainda os informes publicitários.

As informações prestadas nas embalagens são de grande utilidade, pois dão ao consumidor a possibilidade de comparar as mais diversas marcas de um mesmo produto. É importante ressaltar que a informação da apresentação do produto vincula o fornecedor e faz parte da oferta.

Os produtos que trazem consigo algum tipo de periculosidade inerente e colocam em risco a segurança ou a saúde do consumidor devem conter uma informação mais cautelosa de modo *ostensivo e adequado.* (artigo 9º, CDC)

Além disso, o artigo 10º, § 1° do Diploma Consumerista estabelece que é dever do fornecedor, ao descobrir periculosidade do produto fornecido após tê-lo colocado no mercado, informar não somente à sociedade como também às autoridades competentes.

No que tange aos anúncios publicitários, enquanto meio de informação e não como forma de estímulo ao consumo, a informação veiculada deve estar em conformidade com os princípios da boa-fé e da transparência uma vez que cria no consumidor legítimas expectativas, obrigando o fornecedor a agir de acordo com esses princípios.

Vê-se, portanto, que o direito à informação e o dever de prestá-la é fundamental nas relações de consumo e a cada caso concreto o juiz decidirá se o fornecedor se desincumbiu do ônus de prestar a informação, levando-se em consideração o universo de pessoas ao qual o bem de consumo se destina e o próprio da relação jurídica em exame, tudo com a finalidade última de atender à legítima expectativa dos consumidores sob os seus mais diversos aspectos, prevenindo e reparando danos de natureza física, psíquica ou econômica.

3.1. Escolha do consumidor

A informação ocorre tanto antes da contratação, fase pré-contratual, quanto depois da mesma, fase contratual.

Na fase pré-contratual, é imprescindível que a informação seja clara, útil, precisa e adequada, pois é nela que

acontece a escolha do consumidor. A informação deve ter a eficiência necessária para não influir no poder e na consciência de decidir do consumidor.

A publicidade, que antecede o bem de consumo, e a embalagem, que acompanha o produto, por exemplo, são informações da fase pré-contratual. Esta fase tem por finalidade preparar o consumidor para o período de contratação. Portanto, é nela que os fornecedores procuram, de todas as maneiras, atrair o consumidor ao seu produto.

A fase contratual, por seu turno, é a formalização da manifestação de vontade entre consumidor e fornecedor. A informação desta fase é, portanto, transmitida no momento da contratação.

O direito à informação da fase contratual está disposto no artigo 46, da Lei de Proteção ao Consumidor. Esse artigo estabelece o dever imposto ao fornecedor de oportunizar previamente ao consumidor o conhecimento total do conteúdo do contrato bem como dos ônus e bônus dele decorrentes, pois, do contrário a aceitação estará eivada de vício, desobrigando o consumidor do contrato.

Esse dispositivo visa proibir a ocultação de informações as quais os fornecedores não têm interesse de prestar por trazer ônus aos consumidores. Além disso, está protegendo o direito de escolha do consumidor que somente restará pleno, se a este for dada oportunidade de ter conhecimento completo do contrato.

Ressaltamos que dar oportunidade de conhecimento não é o mesmo que dar ciência das cláusulas contratuais, mas fazer o consumidor saber essencialmente o que elas significam, evitando o surgimento de obrigações as quais o consumidor não teria assumido se tivesse a plena compreensão das mesmas.

3.2. Oferta

O Código Civil de 1916, corroborado pelo novel de 2002, estabeleceu que a oferta corresponde à proposta, na qual o proponente manifesta unilateralmente a sua vontade de contratar com determinada pessoa (o aceitante), oferecendo algumas condições para tanto, tais como o bem e o preço.

Para o Código de Defesa do Consumidor, a oferta destina-se à sociedade de consumo e não a um destinatário individualizado. Além disso, o anúncio tem por finalidade atrair a população ao consumo, utilizando-se dos meios mais variados, vinculando, portanto, o anunciante. Para o pensamento liberal, os anúncios não tinham efeito vinculante por não fazer parte do negócio.

O artigo 30, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que:

> *Art. 30 – Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.*

Daí decorre o *princípio do dever de prestar*, isto é, o anunciante tem o dever de cumprir o contrato de consumo nas mesmas circunstâncias por ele ofertadas. A oferta obriga o fornecedor a atender a todas as características do bem de consumo, independentemente da forma de vinculação.

O Código de Defesa do Consumidor protege aqueles que confiam na informação veiculada através dos meios publicitários, exigindo que quem a prestar obriga-se a cumprir aquilo que anunciou.

Deste modo, prescreve o artigo 35:

> *Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.*

Caso o fornecedor se negue a adimplir o que ofertou ou não tenha condições de fazê-lo, descumprindo o princípio da vinculação, o consumidor pode, por livre escolha, utilizar-se de quaisquer dos incisos do artigo supramencionado. Ressaltamos ainda que as perdas e danos podem ser exigidas em quaisquer das hipóteses.

A vinculação para ser estabelecida depende de dois pressupostos: a exibição *pública* e a *precisão*. O primeiro trata de dar conhecimento aos consumidores, o segundo, prima pelo mínimo de concisão. É indispensável, portanto, a verificação do poder de persuasão, de indução da oferta.

O exagero, por exemplo, não tem força vinculante. O fornecedor não estará vinculado se oferecer o produto *maravilhoso, inesquecível*. No entanto, ao ofertar o

menor preço da cidade, o fornecedor se obriga em razão da suficiência de precisão e do poder de persuasão que tal mensagem traz.

4. A ETIQUETAGEM E O CÓDIGO DE BARRAS

O Código de Defesa do Consumidor é norma infraconstitucional que dá eficácia ao artigo 5°, inciso XXXII, da Constituição Federal, determinando a proteção estatal ao *homo economicus*. Os direitos consagrados no Código Protecionista são limitadores da ordem econômica nos termos do artigo 170, inciso V, da Carta Magna.

Todavia, os direitos dos consumidores não podem significar empecilho ao desenvolvimento econômico do País posto que significaria um grande prejuízo para a sociedade como um todo com destaque para a sociedade de consumo.

Em verdade, o que se busca é a harmonização dos dois interesses concretizando-se o ideal do bem comum, em última instância, papel fundamental do Estado Democrático de Direito.

Essa idéia resta positivada explicitamente no artigo 4°, do CDC, que cuida da política nacional das relações de consumo que tem por objetivo:

> *o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos", dentre outros princípios, a "harmonização dos interesses dos*

> *participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (artigo 4º, III, CDC).*

Duas expressões merecem destaque em razão da relevância para o presente trabalho: transparência e boa-fé.

A boa-fé, objetivamente tratada no Código do Consumidor, é regra de conduta dos indivíduos nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam. Confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social.

Sobre a transparência, colhe-se o conceito de Cláudia Lima Marques:

> *significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial de consumo.* (MARQUES, 1998, p. 286).

Ambos os princípios materializam-se através da informação clara, adequada, sobre os diferentes bens de consumo, relativa:

> *a especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem* (artigo 6º, III, CDC).

É a partir da informação que o consumidor poderá exercitar o seu direito de escolha, seja quanto ao fornecedor com quem eventualmente firmará o contrato, seja em relação ao produto ou serviço a ser adquirido, seja, ainda, quanto ao preço que pagará por este ou aquele.

O Código Consumerista não especifica os meios pelos quais o fornecedor prestará a informação à sociedade de consumo. Limita-se genericamente a exigir que o faça de forma adequada.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, a adequação diz com os meios de informação utilizados e com o respectivo conteúdo. Os meios devem ser compatíveis com o produto ou o serviço determinados e com o consumidor destinatário típico. (LÔBO, 2001, p.68).

Importa-nos analisar agora o conflito entre o direito à informação do consumidor quanto ao preço do bem de consumo e as modernas técnicas de prestar tal informação.

4.1. Os Supermercados

A realidade transforma-se com impressionante velocidade em razão de vários fatores como, por exemplo, o avanço tecnológico. No mercado, no qual ocorrem as várias relações econômicas entre os agentes econômicos, não é diferente.

A economia primitiva marcada pela relação de troca, escambo, hoje é mero registro histórico dos compêndios da ciência econômica. Os mascates e os pequenos comerciantes de outrora cederam lugar a novos métodos de

comercialização. Surgem os supermercados, os *shopping centers* e a comercialização de produtos e serviços através da mídia como televisão, telefone e internet.

Os supermercados concentraram num só local a comercialização de vários produtos objetivando atender a uma necessidade do mercado e do consumidor de adquirir os bens de consumo com maior velocidade e conforto. O *layout* dessas lojas é cuidadosamente estudado e montado a partir da análise comportamental do consumidor com o objetivo de estimular o consumo. Sistemas de informática são desenvolvidos para auxiliar no gerenciamento das grandes redes de supermercados. A mídia é um poderoso instrumento de indução de consumo.

Bem se vê que o consumidor é um sujeito exposto a práticas comerciais fundadas em estudos científicos que realçam sua vulnerabilidade.

Se verticalizarmos a análise do comportamento do consumidor na aquisição de produtos e serviços, encontraremos vários fatores externos que interferem na sua escolha, incluindo-se aí o preço.

Todos esses avanços podem e devem ser aplicados. Novas técnicas, por certo, serão desenvolvidas. O que se exige é a harmonização do desenvolvimento mercadológico e tecnológico com os princípios e os direitos fundamentais previstos na ordem jurídica.

4.2. A precificação nos supermercados

A velocidade é uma das características do mundo moderno. As relações socioeconômicas são massificadas para atender aos reclamos do mercado e a tecnologia tem sido um importante aliado dessa realidade.

A rotatividade das mercadorias expostas nos grandes centros de compras tem sido gerenciada através de sistemas de informática.

Neste diapasão, a velocidade da precificação é um reclamo das modernas técnicas de comercialização de produtos e serviços e, para tanto, utilizou-se o sistema de código de barras.

Nas embalagens dos produtos expostos à venda nos supermercados consta um conjunto impresso de barras, segundo convenção internacional, sensível aos leitores óticos. Cada barra tem uma significação que se refere a diversas características do bem de consumo, entre as quais, o preço.

Assim, quando um consumidor adquire um produto em um supermercado, o caixa, com o simples passar do conjunto de barras à frente do leitor ótico, registra de logo no sistema de informática a baixa da mercadoria no estoque e o valor da compra.

Como se vê a adoção do sistema de código de barras permite um melhor controle gerencial dos magazines que repercute positivamente no custo administrativo das empresas, na medida em que há uma diminuição da mão-de-obra utilizada, uma racionalização na aquisição das mercadorias, velocidade no atendimento entre outras vantagens.

Acontece que todo esse desenvolvimento trouxe *a reboque* um grave problema: a dificuldade de prestar a informação clara e adequada ao consumidor quanto ao preço dos bens de consumo no momento da aquisição.

Justificando-se na melhora do atendimento aos seus clientes e na otimização de suas atividades, os supermerca-

dos estabeleceram a leitura ótica e a aposição do preço nas prateleiras como meio de informação suficiente para o consumo de seus produtos. Com isso, tiraram de circulação as antigas etiquetas fixadas em cada produto.

Isso se deu com base no Decreto 90.595/84, que permite a utilização do código de barras nas operações de comércio no mercado interno, bem como na Portaria SUPER 02/96 da extinta SUNAB, que traz a regulamentação dessa prática.

Ocorre que o decreto foi elaborado com finalidade diversa da alegada pelos supermercadistas uma vez que tem por escopo *identificar os produtos* bem como *facilitar o controle de circulação de mercadorias*, auxiliando na fiscalização de tributos. Não poderia, portanto, ir além do estabelecido em lei, proibindo a fixação de etiquetas em cada produto.

Como já afirmado, a informação do consumidor sob os diversos aspectos do bem de consumo é causa determinante da escolha. Com o sistema de código de barras, o consumidor não tem a possibilidade de *prima facie* identificar o preço do produto e compará-lo entre os vários outros expostos.

No passado, a precificação dos produtos vendidos nas grandes redes de supermercados era feita com etiquetas apostas em cada produto exposto a venda.

Por esse sistema, um tanto quanto arcaico, o consumidor tinha a possibilidade de, de logo, verificar o preço do produto e com isso compará-lo com o preço cobrado por outro fabricante e até mesmo o preço cobrado entre os vários supermercados.

Considerando o descumprimento do artigo 31, do CDC, que assegura a informação clara e precisa ao consumidor, o diretor do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), através de procedimento administrativo, determinou que:

> *os estabelecimentos comercias estão obrigados a afixarem o "PREÇO À VISTA" através de etiquetas ou similares, diretamente nos bens expostos a venda, fazendo constar os seus preços à vista em caracteres legíveis independentemente de outra modalidade de pagamento.*[2]

O diretor mandou, ainda, oficiar todos os órgãos do Sistema Nacional de Proteção e Defesa ao Consumidor para acompanhar e promover o fiel cumprimento do despacho, podendo utilizar-se, inclusive, das penalidades previstas em Lei.

Esse ato gerou a impetração de diversos Mandados de Segurança[3] que argüiam a ilegalidade de ato administrativo em razão da ausência de lei que o autorize, bem como da omissão de motivação.

Os supermercadistas utilizaram vários argumentos dentre os quais destacamos a utilidade do código de barras e a violação de princípios constitucionais tais como o da legalidade e da livre iniciativa.

. . . . . .

2 Esse despacho foi publicado no Diário Oficial da União em 20 de maio de 1998 e foi referendado pelo então Ministro da Justiça através de despacho publicado em 14 de agosto do mesmo ano.

3 MS 5.943; MS 5.982; MS 5.986; MS 6.010;MS 6.016; MS 6.018; MS 6.023, MS 6.055;

Os ilustres ministros do Superior Tribunal de Justiça decidiram em favor do consumidor e denegaram a segurança. Argumentaram que, apesar da utilidade oferecida pelo código de barras, a informação da qual o consumidor necessita é insuficiente.

Além disso, aduziram que a Carta Magna estabeleceu como um dos princípios básicos da ordem econômica a defesa do consumidor (artigo 170, V). O princípio da livre iniciativa representa a liberdade, mas esta deve obedecer aos limites impostos pela lei. O legislador ordinário prevê, ainda, no artigo 6º, inciso III, do Diploma Consumerista, que a informação deve ser *adequada e clara* com especificação do preço, sendo infundada a alegação de que inexiste lei que obrigue os estabelecimentos comerciais a fixarem os preços.

Bem se vê que o ato praticado pelo diretor do DPDC e referendado pelo então Ministro da Justiça buscou garantir a precisão e clareza da informação ao consumidor que ficava passível de incorrer em erro diante da informação precária que lhe era prestada.

Não há dúvida que o preço é elemento essencial na determinação do consumidor para adquirir um determinado produto ou serviço o que realça a importância da informação neste particular.

Como forma de equacionar a precificação de produtos exclusivamente através do sistema do código de barras, abandonando o sistema de etiquetas produto a produto e o direito do consumidor de ser informado sobre o preço do bem se consumo, foram criadas várias alternativas.

A primeira delas foi a fixação de etiquetas na "testada" das prateleiras das gôndolas, que se revelou ineficiente pois não raras vezes as etiquetas, colocadas em sulcos, eram facilmente deslocadas para os lados, indicando, assim, erroneamente o preço do produto.

Para solucionar esse problema foram desenvolvidas prateleiras onde as etiquetas eram afixadas não mais em sulcos, mas inseridas entre plaquetas de acrílico que compunham a testada das prateleiras, como se fossem o *recheio de um sanduíche* e assim não era possível tocá-las ou movê-las para os lados.

Adotou-se a utilização de leitores óticos apostos em determinados locais das lojas para que o consumidor pudesse conferir o valor fixado na prateleira e o registrado no sistema de informática.

Os grandes supermercados também passaram a adotar uma rotina de constante verificação dos preços colocados nas prateleiras. Funcionários munidos de pequenos equipamentos eletrônicos remotamente interligados ao sistema de informática circulam rotineiramente pelos corredores das lojas e conferem o valor aposto na prateleira com o registrado no computador, fazendo a necessária correção dos eventuais erros.

Todas essas medidas não são suficientes para impedir a ocorrência de danos aos consumidores.

É importante lembrar que, infelizmente, uma grande parcela da população é formada por pessoas de pouca instrução, analfabetos e semi-analfabetos, por exemplo, que têm dificuldade de verificar o preço aposto nas prateleiras das gôndolas e confrontá-los com o produto a que se refere. A dificuldade não é menor quanto ao manuseio dos leitores óticos por parte desses consumidores.

Não bastassem as duas constatações anteriormente feitas para justificar a impossibilidade da precificação exclusivamente através do sistema do código de barras - sem a utilização de etiquetas de preço afixadas produto a produto - um outro problema atinge todos os consumidores, indistintamente, independentemente de seu desenvolvimento intelectual: a possibilidade de discrepância entre o valor fixado na gôndola e o valor registrado no sistema de informática.

Não há duvida que a possibilidade do erro é uma realidade. Nem todos os supermercados dispõem ou podem dispor de equipamentos eletrônicos para rotineiramente verificarem os preços apostos nas prateleiras e registrados nos sistemas de informática, não obstante utilizarem com exclusividade o sistema de códigos de barra para precificar os produtos comercializados.

O consumidor só tem a possibilidade de verificar a correção do preço aposto na prateleira e o lançado no sistema de informática no momento do registro das mercadorias no caixa.

Em uma compra pequena, de poucos itens, o consumidor ao passar pelo caixa facilmente poderia lembrar o preço colocado na prateleira, verificar o eventual equívoco na hora do registro no caixa e pedir o seu acerto. Porém, em compras de maior volume, com vários itens, essa verificação torna-se absolutamente impossível, ante a dificuldade de recordar o preço de todos os produtos.

Não se diga que os leitores óticos apostos nos corredores das lojas resolveriam o problema. Como afirmado, a velocidade é uma das características do tempo moderno e não é razoável exigir do consumidor que ao adquirir os produtos dirija-se até um leitor ótico para conferir o preço item a item.

No entanto, os donos de supermercados, insatisfeitos com as decisões proferidas pelo Tribunal Cidadão, procuraram as Assembléias Legislativas estaduais para incentivar a elaboração de lei que dispusesse especificamente sobre a regulamentação do código de barras e, principalmente, sobre a não obrigatoriedade da aposição de etiquetas nos produtos.

Argumentaram no sentido de que a informação eletrônica de preços, através do código de barras e das máquinas de leitura ótica, não prejudica o consumidor uma vez que dispõe de mecanismos de fácil aferição dos dados que este necessita conhecer.

Afirmaram, ainda, que a informação através do código de barras não só agilizou o processo de compra e pagamento de produtos, aumentando sensivelmente a velocidade do atendimento, como também tornou possível um maior controle das vendas e dos impostos devidos pelas autoridades fiscais.

Além disso, entendem que a fixação de preços nos produtos onera os custos e esse ônus é transferido ao consumidor final, dada a "pequena" margem de lucro que caracteriza esses estabelecimentos.

Os estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul, Rio Grande do Norte, Minas Gerais, Pará e Pernambuco elaboraram leis que têm basicamente a mesma literatura.

Em Pernambuco, a Lei n° 11.816, datada de 20 de julho de 2000, surgiu para estabelecer as condições de oferta e afixação de preços de bens e serviços para o consumidor, dispondo que:

Art. 1° - O Estado de Pernambuco, para os fins de informação ao consumidor, reconhece o sistema de código de barras e uso de equipamento de leitura eletrônica de preços no comércio e serviços em geral.

Diante da inversão de valores na qual os supermercados passam a ter os seus interesses protegidos licitamente pela Lei 11.816/00, elaborada pela Assembléia Legislativa pernambucana, a ADECON – Associação de Defesa do Consumidor – propôs uma Ação Civil Pública pedindo a declaração da ilegalidade da lei e, conseqüentemente, a obrigatoriedade da aposição das etiquetas de preço em cada produto.

A ação ainda se encontra em curso, mas, foi concedida uma antecipação de tutela em favor dos consumidores que exige a fixação de etiquetas de preços nos produtos. Essa tutela foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco em sede de Agravo de Instrumento.

No entanto, a decisão proferida pelo Tribunal pernambucano, infelizmente, não vem sendo cumprida pelas empresas demandadas. Tal cumprimento depende de fiscalização do PROCON que também não é realizada. Com isso, milhares de consumidores são lesados em seu direito - constitucionalmente protegido - em razão dos desmandos do mercado e da omissão do poder público.

5. CONCLUSÃO

Como se vê a adoção exclusiva do sistema de código de barras para a precificação dos produtos pode servir de atrativo à prática de fraudes cometidas contra os

consumidores coletivamente considerados e não se pode negar que as práticas comerciais adotadas pelos fornecedores ainda estão distantes dos ideais de boa-fé e eqüidade, não obstante uma significativa melhora da conduta dos agentes econômicos.

Não se diga ainda que a etiquetagem produto a produto inibe a adoção de novas tecnologias. No caso do sistema de código de barras sua utilização não se restringe à precificação. Como já afirmado, é ele utilizado no gerenciamento administrativo das empresas e sua utilização especificamente para a precificação pode e deve conviver com o sistema de etiquetas produto a produto, harmonizando-se o avanço tecnológico e o direito do consumidor.

Não resta dúvida, portanto, que o consumidor deve ser clara e adequadamente informado sobre o preço do produto adquirido, permitindo, assim, o livre exercício do direito de escolha e a efetivação da transparência nas relações de consumo em massa, até que uma nova realidade cultural se instale.

6. REFERÊNCIAS

Artigos de Revistas

AGUIAR JÚNIOR, R. R. de. A boa-fé na relação de consumo. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 14, p. 20-27, abr./jun. 1995.

AMARAL JÚNIOR, A. do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 6, p. 27-33, abr./jun. 1993.

AZEVEDO, A. J. de. A boa-fé na formação dos contratos. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 78-87, set./dez. 1992.

BENJAMIN, A. H. O Direito do Consumidor. **Revista do Ministério Público**, Porto Alegre, v. 26, p. 99-116, 1992.

CÁCERES, E. Os direitos básicos do consumidor: uma contribuição. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 10, p 61-76, abr./jun. 1994.

CAFFARATE, V. M.; PEDRON, F. B. Q. **Evolução Histórica do Direito do Consumidor**. Jus Navigandi. set./1999. Minas Gerais. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=687 > Acesso em: 24. abr. 2001.

CARVALHO, L. G. G. C. de. A informação como bem de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 41, p. 253-262, jan./mar. 2002.

CAVALIERI FILHO, S. O direito do consumidor no limiar do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 35, p. 97-108, jul./set. 2000.

GRAU, E. R. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 5, p. 183-189, jan./mar. 1993.

LÔBO NETTO, P. L. A informação como Direito fundamental do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 37, p. 59-76, jan./mar. 2001.

LUCCA, N. de. A proteção contratual no Código de Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 5, p. 74-88, jan./mar. 1993.

MACEDO JÚNIOR, R. P. Direito à informação nos contratos relacionados de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 35, p. 113-122, jul./set. 2000.

MARQUES, C. L. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 35, p. 61-96, jul./set. 2000.

NERY JÚNIOR, N. Os Princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.

PASQUALOTTO, A. Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 6, p. 34-60, abr./jun. 1993.

RODRIGUES, M. A. Análise de alguns princípios do Processo Civil à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 15, p. 43-78, jul./set. 1995.

RODRIGUES, M. A. Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 6, p. 34-60, abr/jun. 1993.

SCHIMITT, C. H. As cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 33, p. 161-181, jan./mar. 2000.

SILVA, L. R. F. da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 8, p. 146-156, out./dez. 1993.

TOMASETTI JÚNIOR, A. O objetivo de transparência e o regime jurídico dos deveres e riscos de informação nas declarações negociais para consumo. **Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 4, número especial - O controle da publicidade, p. 52-90, 1992.

Dicionários

DINIZ, M. H. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

HOLANDA, A. B. de. **Dicionário Aurélio Eletrônico** - século XXI. Versão 3.0. São Paulo: Nova Fronteira, 1999.

SILVA, De P. **Vocabulário Jurídico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1 e 2.

Livros

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DONATO, M. A. Z. **Proteção ao Consumidor**: conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FILOMENO, J. G. B. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GRINOVER, A. P. et. al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

LÔBO NETTO, P. L. **Responsabilidade por vício do produto ou do serviço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

MANDELBAUM, R. **Contratos de Adesão e Contratos de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, F. **Curso de Direito Comercial**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MENEZES CORDEIRO, A. M. da R. **Da Boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

MONTEIRO, W. de B. **Curso de Direito Civil**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5.

OLIVEIRA, J. de. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

REQUIÃO, R. **Curso de Direito Comercial**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.

ROCHA, S. L. F. **Responsabilidade Civil do Fornecedor pelo fato do produto no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

ZANON, J. A. **Direito do Consumidor e a Responsabilidade dos fornecedores**. Campinas: Copola Editora, 1996.

EXISTE POSSIBILIDADE DE HIERARQUIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS?
UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA

Mayra Marinho
Professora de Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Mestre em Direito.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. ACEPÇÕES DA PALAVRA *PRINCÍPIO*. 3. O REFLEXO ENCADEANTE DE VALORES E PRINCÍPIOS PARA COM AS NORMAS. 4. PRINCÍPIOS SÃO PRINCÍPIOS, NORMAS SÃO NORMAS. 4.1 Critérios de Distinção entre Regras e Princípios. 5. PARA UMA IMPOSSÍVEL HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO. 6. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA DIVERSIFICADA REPERCUSSÃO NOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*. 7. CLASSIFICAÇÕES E SUBDIVISÃO GERAL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. 8. A PALAVRA "PRINCÍPIO" NO ÂMBITO DO TEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE 1988: HÁ HIERARQUIA?. 9. CONCLUSÕES. 10. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Tema dos mais palpitantes no mundo do Direito, a principiologia assume importância crucial quando se pretende compreender a dinâmica de um determinado ordenamento jurídico, seja ele positivo ou não. Grandes dúvidas epistemológicas e conceituais pairam sobre a colocação desses institutos jurídicos dentro de uma determinada ordem.

Veja-se, porém, que a problemática se inicia quando da definição do termo princípio, que mostra melindres doutrinários, principalmente se considerarmos as diferentes características dos sistemas de *common e civil law*, adicionando-se à confusão doutrinária, no que diz respeito à própria natureza jurídica dos princípios gerais de direito.

Assim, cumpre-nos antes de responder aos questionamentos básicos que compõem este trabalho, premente é a necessidade da explicitação da acepção do termo princípio, primeiramente em sentido geral, para, então, lançarem-se algumas definições jurídicas.

Outro ponto de tensão é aquele que diz respeito à íntima relação entre princípios, valores e normas. Qual seria o ponto de mutação de um em relação ao outro? Que linha demarcatória pode ser traçada, na diferenciação formal e material desses três conceitos? De fato, há uma grave confusão acerca dos limites, das fronteiras que separam valores, princípios e normas, aliados, ademais, à dúvida que qual seria a inspiração de um em relação ao outro. Haveria realmente reflexo de um conceito sobre o outro ou não? E quais seriam os métodos de distinção a serem utilizados entre princípios e normas?

O ápice da discussão é atingido, entretanto, quando se questiona sobre a natureza jurídica dos princípios gerais de direito. Seriam eles normas ou meros guias? Inspirações ou preceitos positivamente considerados? Como se caracterizam? Qual o seu âmbito de atuação? Seriam eles apenas forma, apenas conteúdo ou faces de uma mesma moeda? Diante de tantas dúvidas, aparece como necessidade de extrema relevância o estabelecimento da natureza jurídica desses preceitos de ordem geral.

Aparece um outro questionamento que rodeia a questão da possibilidade ou não de se observar uma hierarquização de princípios gerais de direito, tópico esse que desliza entre incontáveis divergências doutrinárias, trazendo muita imprecisão técnica para o termo princípio.

Como se trata de monografia de Direito Constitucional Comparado, interessante é comentar, ainda, as diferentes repercussões dos princípios, respectivamente, nos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*.

Passar-se-á então a analisar algumas classificações dos princípios constitucionais à luz da Doutrina Constitucional, estabelecendo diferenças entre os mesmos para, posteriormente, defender-se a hierarquia de princípios constitucionais.

2. ACEPÇÕES DA PALAVRA *PRINCÍPIO*

Antes de nos referirmos diretamente à matéria principiológica no mundo do Direito, cumpre-nos estabelecer algumas definições iniciais que servirão de auxílio para o entendimento da questão dos princípios no campo da ciência do Direito e alhures.

A palavra princípio, em um sentido geral, possui as seguintes definições: momento ou local ou trecho em que algo tem origem, causa primária, ou ainda, preceito ou regra[1].

Já no mundo do direito, a palavra princípio assume diferentes significações: pode ser classificada como normas elementares ou requisitos primordiais, especialmente quando as utilizamos no plural, ou como conjunto de regras ou preceitos, fixados para servir de normas para todas as *ações jurídicas*, indicando os alicerces do direito[2]. Ainda, sob uma abordagem filosófica, princípios gerais seriam axiomas, proposições irredutíveis aos quais se re-

. . . . . .

1 FEREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 4. ed. Rio de janeiro: Nova Fronteira, 1989.
2 DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocábulo Jurídico**. São Paulo: RT, 1985. p. 7

Assim, cumpre-nos antes de responder aos questionamentos básicos que compõem este trabalho, premente é a necessidade da explicitação da acepção do termo princípio, primeiramente em sentido geral, para, então, lançarem-se algumas definições jurídicas.

Outro ponto de tensão é aquele que diz respeito à íntima relação entre princípios, valores e normas. Qual seria o ponto de mutação de um em relação ao outro? Que linha demarcatória pode ser traçada, na diferenciação formal e material desses três conceitos? De fato, há uma grave confusão acerca dos limites, das fronteiras que separam valores, princípios e normas, aliados, ademais, à dúvida que qual seria a inspiração de um em relação ao outro. Haveria realmente reflexo de um conceito sobre o outro ou não? E quais seriam os métodos de distinção a serem utilizados entre princípios e normas?

O ápice da discussão é atingido, entretanto, quando se questiona sobre a natureza jurídica dos princípios gerais de direito. Seriam eles normas ou meros guias? Inspirações ou preceitos positivamente considerados? Como se caracterizam? Qual o seu âmbito de atuação? Seriam eles apenas forma, apenas conteúdo ou faces de uma mesma moeda? Diante de tantas dúvidas, aparece como necessidade de extrema relevância o estabelecimento da natureza jurídica desses preceitos de ordem geral.

Aparece um outro questionamento que rodeia a questão da possibilidade ou não de se observar uma hierarquização de princípios gerais de direito, tópico esse que desliza entre incontáveis divergências doutrinárias, trazendo muita imprecisão técnica para o termo princípio.

Como se trata de monografia de Direito Constitucional Comparado, interessante é comentar, ainda, as diferentes repercussões dos princípios, respectivamente, nos sistemas de *Civil Law* e *Common Law*.

Passar-se-á então a analisar algumas classificações dos princípios constitucionais à luz da Doutrina Constitucional, estabelecendo diferenças entre os mesmos para, posteriormente, defender-se a hierarquia de princípios constitucionais.

2. ACEPÇÕES DA PALAVRA *PRINCÍPIO*

Antes de nos referirmos diretamente à matéria principiológica no mundo do Direito, cumpre-nos estabelecer algumas definições iniciais que servirão de auxílio para o entendimento da questão dos princípios no campo da ciência do Direito e alhures.

A palavra princípio, em um sentido geral, possui as seguintes definições: momento ou local ou trecho em que algo tem origem, causa primária, ou ainda, preceito ou regra[1].

Já no mundo do direito, a palavra princípio assume diferentes significações: pode ser classificada como normas elementares ou requisitos primordiais, especialmente quando as utilizamos no plural, ou como conjunto de regras ou preceitos, fixados para servir de normas para todas as *ações jurídicas*, indicando os alicerces do direito[2]. Ainda, sob uma abordagem filosófica, princípios gerais seriam axiomas, proposições irredutíveis aos quais se re-

. . . . . .

1 FEREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 4. ed. Rio de janeiro: Nova Fronteira, 1989.
2 DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocábulo Jurídico**. São Paulo: RT, 1985. p. 7

duzem todas as demais proposições e nas quais estas se apóiam[3]. Ainda, afirma-se que *princípios ou fundamentos* merecem referência de destaque no mundo do Direito pela freqüência e precisão com as quais são empregados, seriam tudo aquilo sobre que repousa uma dada ordem de conhecimentos, legitimando-os[4].

Há ainda quem divida os princípios, como o faz Lawrence M. Friedman[5], em três sentidos que nos conduzem a diferentes *locus*. Primeiramente, seriam verdadeiras supernormas de caráter geral ou generalíssimo que exprimem valores, servindo como ponto de referência para as regras que as desdobram. Em uma segunda abordagem, seriam *standards* que se imporiam para o estabelecimento de normas específicas, que preordenariam o conteúdo da regra geral. Por fim, os princípios seriam generalizações obtidas por indução a partir das normas vigentes sobre determinada ou determinadas matérias.

De fato, as duas primeiras proposições de Lawrence podem ser aceitas sem maiores desconstruções, já que a primeira nos conduziria a uma idéia de princípios gerais do direito em um dado ordenamento jurídico, enquanto que a segunda seriam os princípios-guia dos mais diversos ramos do direito, positivamente considerados. Maior crítica, entretanto, deve ser oferecida contra a derradeira proposição, quando dela se abstrai a idéia de que os princípios podem ser sublimados a partir de normas, ou seja, delas podendo ser obtidos através de um processo indutivo, de uma abstração por indução.

. . . . . .

3 MORA, José Ferrater. **Diccionario de filosofia**. Madrid: Alianza Editorial, 1986. v.1
4 CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Filosofia do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p 195/196
5 FRIEDMAN, Lawrence M. **Il Sistema giuridico nelle prospecttiva delle scienze sociale**. Bolonha: Il Molino, 1978. p. 94 e ss.

As idéias de Bergel[6], quando tratam do tópico em debate, também parecem se afinar a este pensamento, posto que, para este último, princípios gerais são regras de direito objetivo e não de direito natural ou ideal, expressas não nos textos, mas adotadas pela jurisprudência e dotadas de um caráter suficiente de generalidade. Para ele, os princípios gerais seriam também extraídos da lei por uma indução amplificadora, posto que a jurisprudência utiliza a sistematização operada pela doutrina e as idéias mesmas que ela discerniu do texto.

Na verdade, os princípios são proposições animadoras de um ordenamento jurídico específico, a ele se subordinam todas as demais normas vigentes, devendo-se, então, seguir direção oposta àquela tomada por Lawrence e por Bergel, pois afastada estaria a possibilidade de ter os princípios como uma indução transcendente das leis, o que esvaziaria o conteúdo axiológico e irradiante dos princípios gerais do direito em relação às normas jurídicas positivas.

Os princípios gerais de Direito pretendem unir todos os sistemas positivos sobre a base de constantes, vistas por um conhecimento empírico, ou, antes mesmo desses axiomas estarem articulados em um sistema específico, têm a intenção de estabelecer o conjunto de conceitos que devem corresponder à esfera jurídica. Entretanto, veja-se que em um país de tradição romanística, os princípios jurídicos apresentariam uma abstração maior do que aquela necessária aos países do sistema de *common law*[7].

. . . . . .

6 BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
7 SALDANHA, Nelson Nogueira. Direito Constitucional comporta Princípios gerais? **Revista de Direito do órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara**, n. 3, v. 1, set./dez. 1967. p. 91-96.

3. O REFLEXO ENCADEANTE DE VALORES E PRINCÍPIOS PARA COM AS NORMAS

A referência e a utilização dos princípios como fonte do direito sempre se processaram de modo assaz ambíguo, levando a confusões e indefinições doutrinárias diversas. Dessarte, para estabelecer uma linha demarcatória que auxilie no desenlace do novelo doutrinário que cerca os princípios do direito, deve-se partir da premissa de que os princípios gozam de uma íntima ligação aos valores.

É a hermenêutica que confere inteligibilidade à ordem jurídica e é responsável pela descoberta de componentes extrapositivos no direito, como os elementos axiológicos e os princípios. É a partir da idéia de inafastabilidade da hermenêutica como fenômeno jurídico que se toma consciência das categorias jurídicas, que, por ora, tomamos como valores, princípios e normas.

Segundo a teoria de categorias jurídicas adotada por Nelson Saldanha[8], antes de tudo, necessário se faz articular o conceito de princípio ao de fonte, que é simultaneamente impreciso, porém bastante óbvio, relacionando-se à imagem de proposições ou idéias. Essas idéias seriam os próprios princípios que estariam situados como pontos de referência de ordem doutrinária e axiológica em relação às normas. Os princípios estão sempre em contato com os valores, por um lado, e com as normas, por outro. Por vezes, apresentam-se como base fundante da norma e às vezes parecem advir da norma, dependendo da atividade do intérprete. Acrescenta, ainda, que:

. . . . . .

8 SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 216/217.

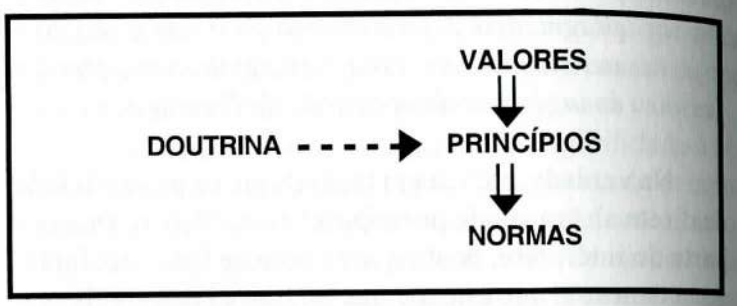
> *Entretanto, os princípios são sempre expressão de contextos culturais, são produzidos por idéias e crenças vigentes na mentalidade jurídica de cada época e de cada meio. A flexibilidade e a imprecisão que aparecem na noção de conceito não se acham muito distantes da idéia de imprecisão de fonte: só que para esta, por motivo pragmático, foi necessário fixar um conceito e um elenco, com uma hierarquia, para atender às urgências da aplicação do Direito positivo.*

Na verdade, parece um tanto ilógica a possibilidade de direta abstração de princípios "saídos" da norma por parte do intérprete, posto que se tal tese fosse acolhida, seria o mesmo que afirmar que tal norma teria dado origem aos princípios dela abstraídos. Não é isso, entretanto, o que faticamente ocorre. Os princípios refletem o seu conteúdo axiológico e também doutrinário para as normas. Admitir o inverso nos leva à aberração de considerar que essas normas teriam sido as responsáveis pelo surgimento do princípio, em uma direta relação de gênese, onde a norma seria a criadora, e o princípio, a criatura.

Já que os princípios são proposições generalíssimas, inspiradoras da ordem, tem-se que, a partir da constatação da existência de determinado princípio, ocorrida quando da interpretação de uma norma jurídica qualquer, observa-se que o intérprete apenas se apercebeu que aquela norma havia se inspirado, mesmo que não-intencionalmente, em um princípio jurídico já existente. Assim, os princípios, quando não são as bases diretas da norma, inspiram-na indiretamente.

E é justamente através de princípios que a ordem jurídica conhece os valores e a doutrina, são eles pontos de referência.

Observe-se o quadro explicativo de posicionamento de valores, princípios e normas, em seu reflexo de cada um em relação ao outro, fazendo, ainda, alusão à doutrina. Senão, veja-se:



No quadro acima, podemos observar a representação da reação em cadeia que ocorre entre os valores que inspiram os princípios, e estes, por sua vez inspiram as normas. A doutrina, por sua vez, influencia também as normas, contudo não se coloca na reação em cadeia, onde achamos o reflexo dos valores nas normas, através dos princípios, e apenas através desses.

Os princípios gerais de direito, na qualidade de auxílio complementar ao Direito Normativo, pois mesmo em países cujos códigos silenciaram a respeito do tema, a doutrina cuida de dar a esses princípios foros de regra obrigatória[9].

E é em observância ao quadro acima que podemos, também, sustentar o argumento de que as categorias valor, princípio e norma possuem diferentes aplicações e definições diversas, não se podendo confundir umas com as outras. Afirmação que nos conduz ao próximo tópico de discussão do trabalho.

. . . . . .

9 FRANÇA, Limongi R. **Princípios gerais de Direito**. 2. ed. [s.l.] : [s.n.], [s.d.]. p. 97 e ss.

4. PRINCÍPIOS SÃO PRINCÍPIOS, NORMAS SÃO NORMAS

A discussão acerca da natureza dos princípios gerais de direito é, sem dúvida, das mais palpitantes e atiça diversos setores da doutrina ávidos por uma resposta à seguinte pergunta: qual a natureza jurídica dos princípios?

A doutrina se divide, discrepantemente, quando trata do assunto, não há uma posição incontroversa e neutra, mas sim contrastantes e ideologicamente opostas.

A priori, cumpre-se afirmar que princípios e normas não são conceitos sobre os quais possa recair alguma semelhança, devido a sua diferente abrangência e posicionamento dentro da própria ordem jurídica.

Não se pode distanciar daquela noção primeira de que o princípio geral de direito é essencialmente, em um plano inicial, fonte do direito, cuja utilização se faz necessária a partir do momento de interpretação a ser dada quando se afasta, inevitavelmente, da idéia de ordenamento jurídico hermeticamente fechado, ou seja, a partir do instante em que o juiz, dentro da sua obrigatoriedade de julgar e arbítrio de decidir, opta, mediante livre apreciação, na ausência de uma norma particular expressa, por desentranhar a significação normativa do ordenamento jurídico, em face de cada caso concreto, utilizando, para tal, os princípios gerais de direito, que constituem a articula-

ção existencial do direito no ordenamento jurídico-positivo vigente[10].

Ernesto Eduardo Borga[11], em seu artigo La "naturaleza" de los princípios generales del Derecho, afirma o seguinte:

> *Los princípios generales Del derecho no son sino las determinaciones ontológicas Del ordenamiento jurídico positivo, cuya ineludible explicación por el intérprete, em trance de aplicación inexcusable em cuanto obligado a juzgar, esclarece la juridicidad por esencia y sus determinaciones históricas, como originaria y fundamentante instauración de cada ordenamiento jurídico positivo. La remisión, antela oscuridad, insuficiencia o contradicción delas nomas, dadas al juzgador, a la razón de su hacerse, a la instauración Del ordenamiento jurídico, reviviendo em si mismo la labor Del legislador originario, abocado a la instauración de un ordenamiento jurídico, que necesariamente se articula obre princípios que lo fundamentan y lo definen como tal, esclarece todo el problema.*

Ultimamente, têm-se apresentado, principalmente nos sistemas fechados, como o do Brasil, uma certa tendência de fuga ao dogmatismo engessante, através da busca de conceitos metajurídicos, como o são os princípios, vez que os sistemas dogmáticos não apresentam óbices à aceitação de postulados morais na qualidade de princípios de Direito.

. . . . . .

10 BORGA, Ernesto Eduardo. La "naturaleza" de los princípios generales del Derecho. Instituto de filosofía del derecho y sociología. La Plata: Universidade Nacional de La Plata, **Anuários IV e V**, t.I, 1964.
11 Idem.

Na verdade, surge a questão quanto a possibilidade de ocorrer positivação de um determinado princípio e que conclusões podem ser retiradas de normas positivas concretas. Seriam elas consideradas diretrizes, máximas, postulados ou normas aguardando por uma positivação ulterior? De fato, princípios de direito podem inspirar as mais diferentes espécies de norma jurídica, podendo inclusive haver a ocorrência de casos de normas de uma visível antinomia epistemológica, que, porém, houvessem sido inspiradas por um mesmo princípio jurídico.

Com tal afirmação, contudo, não se pretende diminuir a importância dos princípios em relação à ordem jurídica, posto que já foi ultrapassada a idéia de princípios como meros guias, uma vez que os mesmos já acharam a sua efetivação dentro do processo de positivação sofrido por esses princípios, conferindo-lhes uma real eficácia configuradora dos mesmos. Por outra perspectiva, deve-se desvelar o manto de discriminação que recobre a simplista idéia de que todos os princípios possuem, como verdadeiros, elementos de direito natural, uma validade independente da configuração estatal positiva[12].

Há, contudo, divergência doutrinária, a partir do instante em que há quem afirma que esses princípios são verdadeiras formas de expressão do direito positivo,como o faz Limongi França[13], utilizando-se das seguintes palavras:

. . . . . .

12 ESSER, Jossef. **Princípio e norma em la elaboratión jurisprudencial Del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961. p. 53.
13 Ob. Cit. N. 9, p. 149.

> *Provado o fundamento dos Princípios Gerais de Direito, como regra normativa, isto é, assentado que ditos princípios são forma de expressão do Direito Positivo, complementar à lei que, à falta desta, podem ser aplicadas direta e concretamente para a solução das controvérsias jurídicas, exurge para logo a questão da sua natureza.*

É Esser[14] quem pode dirimir algumas das divergências, funcionando como verdadeiro marco para a abordagem do tema. Para ele, um princípio jurídico não é um preceito, nem uma norma em sentido técnico, pois não contém nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões, visto que requer ou pressupõe a alcunha judicial ou legislativa dessas sitas instruções. Os princípios jurídicos, diferentemente das normas de Direito, são conteúdo em oposição à forma. O que distingue, em nosso sistema, princípio de norma, não é a abstração ou o caráter geral dos primeiros, mas a possibilidade de precisar os casos de aplicação, o que caracteriza o preceito. Assim, o princípio não é em si mesmo uma instrução, mas uma causa, critério e justificação desta.

4.1 Critérios de Distinção entre Regras e Princípios

O célebre constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho[15] propõe uma fórmula bastante sistemática – entre outras já propostas, a mais coerente – devido à com-

. . . . . .

14 Ob. Cit. n 12 p.57.

15 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1995. P. 1124 e ss.

plexidade para que sejam eleitos critérios coerentes de distinção.

Ocorre que tal distinção parte do pressuposto de que princípios e regras são espécies do gênero norma, tese com a qual insistimos em assumir posição contrária, visto que, princípios são postulados que, conforme anteriormente se demonstrou, posicionam-se entre os valores e as normas jurídicas, não podendo ser confundidos com essas últimas. O texto do constitucionalista português parece olvidar o fato de que grande parte da doutrina se afasta da premissa por ele proposta de que princípios não podem ser equiparados às normas jurídicas, visto que inspiram-nas com o conteúdo axiológico que carregam consigo. Assim, tudo o que positivamente se chama princípio, na verdade, são normas que, por repetirem o conteúdo dos princípios que as inspiraram, são denominadas de princípios. Acontece que, no estudo desse tema, permeia uma imensa impropriedade terminológica, que assume a função de um verdadeiro carcinoma para com a clareza que um estudo científico deveria idealmente proporcionar. Isto posto, doravante assumiremos posição diversa em relação à insistência que, inclusive epistemologicamente, permeia o estudo do tema: princípios jurídicos.

Ora, não podemos negar que o vocábulo princípio pode significar fundamento. Assim, quando o legislador constituinte decidiu inserir no *hall* de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, não estaria se referindo apenas ao princípio propriamente dito e metafisicamente considerado[16], mas também estaria se aten-

. . . . . .

16 Ver quadro na página 6.

> *Provado o fundamento dos Princípios Gerais de Direito, como regra normativa, isto é, assentado que ditos princípios são forma de expressão do Direito Positivo, complementar à lei que, à falta desta, podem ser aplicadas direta e concretamente para a solução das controvérsias jurídicas, exurge para logo a questão da sua natureza.*

É Esser[14] quem pode dirimir algumas das divergências, funcionando como verdadeiro marco para a abordagem do tema. Para ele, um princípio jurídico não é um preceito, nem uma norma em sentido técnico, pois não contém nenhuma instrução vinculante de tipo imediato para um determinado campo de questões, visto que requer ou pressupõe a alcunha judicial ou legislativa dessas sitas instruções. Os princípios jurídicos, diferentemente das normas de Direito, são conteúdo em oposição à forma. O que distingue, em nosso sistema, princípio de norma, não é a abstração ou o caráter geral dos primeiros, mas a possibilidade de precisar os casos de aplicação, o que caracteriza o preceito. Assim, o princípio não é em si mesmo uma instrução, mas uma causa, critério e justificação desta.

4.1 Critérios de Distinção entre Regras e Princípios

O célebre constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho[15] propõe uma fórmula bastante sistemática – entre outras já propostas, a mais coerente – devido à com-

. . . . . .

14 Ob. Cit. n 12 p.57.

15 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1995. P. 1124 e ss.

plexidade para que sejam eleitos critérios coerentes de distinção.

Ocorre que tal distinção parte do pressuposto de que princípios e regras são espécies do gênero norma, tese com a qual insistimos em assumir posição contrária, visto que, princípios são postulados que, conforme anteriormente se demonstrou, posicionam-se entre os valores e as normas jurídicas, não podendo ser confundidos com essas últimas. O texto do constitucionalista português parece olvidar o fato de que grande parte da doutrina se afasta da premissa por ele proposta de que princípios não podem ser equiparados às normas jurídicas, visto que inspiram-nas com o conteúdo axiológico que carregam consigo. Assim, tudo o que positivamente se chama princípio, na verdade, são normas que, por repetirem o conteúdo dos princípios que as inspiraram, são denominadas de princípios. Acontece que, no estudo desse tema, permeia uma imensa impropriedade terminológica, que assume a função de um verdadeiro carcinoma para com a clareza que um estudo científico deveria idealmente proporcionar. Isto posto, doravante assumiremos posição diversa em relação à insistência que, inclusive epistemologicamente, permeia o estudo do tema: princípios jurídicos.

Ora, não podemos negar que o vocábulo princípio pode significar fundamento. Assim, quando o legislador constituinte decidiu inserir no *hall* de princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, não estaria se referindo apenas ao princípio propriamente dito e metafisicamente considerado[16], mas também estaria se aten-

. . . . . .

16 Ver quadro na página 6.

do ao fato de que a dignidade seria um fundamento que poderia ser denominado princípio (no sentido de que essa premissa positivada assumiria a posição de fundamento). E de tal modo o fez o constituinte. De ver-se, porém, que não seria o mesmo princípio, considerado como segunda categoria situada logo abaixo dos valores, pois no momento da positivação perderia automaticamente esse *status*, apesar de ser mantida a denominação princípio.

Então, para tentar solucionar esse terrível impasse terminológico, melhor seria a utilização da expressão *norma principiológica* ao invés de princípio quando trazido ao mundo positivo do ordenamento jurídico. Propõe-se a utilização dessa expressão na esfera doutrinária, já que, no próprio texto constitucional seria extremamente difícil arredar-se da utilização do vocábulo *princípio*. Enfim, com tais afirmações, resta comprovada a diferença, quanto à natureza jurídica, dos princípios jurídicos gerais, mesmo que sejam eles princípios gerais de Direito Constitucional, daqueles que aparecem no texto da carta magna, posto que esses últimos seriam normas jurídicas positivadas, enquanto que, em relação aos primeiros, não se pode fazer semelhante afirmação. Esses últimos são indiscutivelmente fontes do Direito, porém jamais podem ser consideradas normas jurídicas, que por si só é outro tipo de fonte.

Mesmo não considerando princípios e regras como subproduto de normas, como o faz Canotilho, abandonando a metodologia jurídica tradicional, que mantém viva a distinção entre princípio e regra, como possuindo diferentes naturezas jurídicas, mas sendo ambos fontes do direito, podemos considerar os critérios distintivos eleitos por Canotilho, que,

vale salientar, foram baseados em autores como Esser, Dworking e Larenz que fazem clara distinção entre norma e princípio.

São esses os critérios, salvaguardadas as devidas adaptações:

a) *Grau de abstração* - Os princípios possuem, em relação às regras, um grau de abstração bem mais elevado.
b) *Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto* - Os princípios, devido à sua vagueza e indeterminação, necessitam de uma certa intervenção mediadora a ser operada pelo intérprete, enquanto que as regras podem ser aplicadas diretamente.
c) *Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito* - Possuem os princípios papel fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes.
d) *Proximidade da idéia de direito* - Os princípios são "standards" juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito, enquanto que as regras podem ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
e) *Natureza normogenética* - Os princípios são fundamento de regras. Estão na base, constituem a *ratio* das regras jurídicas.

De forma esclarecedora, prossegue Alexy[17], em sua Teoría de los Derechos Fundamentales:

. . . . . .

17 ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas e fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo prima facie. De hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas. Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se aje exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fatigas. Esa determinación puede fracasar por imposibilidades jurídicas e fácticas, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice.

Ronald Dworkin[18], finalizando, apresenta uma inquestionável distinção entre regras e princípios que diz respeito ao momento e aos mecanismos de sua aplicação. Segundo esse eminente professor, as regras ou se aplicam, ou não se aplicam ao caso concreto, dentro do que chama de "all or nothing", tudo ou nada:

. . . . . .

18 DWORKIN, Ronald. **Taking Right Seriously**. Cambridge: Harvard University Press. 1978.

If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.

5. PARA UMA IMPOSSÍVEL HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Seguindo-se uma perspectiva ontológica, e não apenas axiológica, ou seja, valendo-se de uma filosofia material, pode-se estabelecer uma hierarquia de supremos valores jurídicos, onde os filósofos serão os responsáveis pela determinação de quais seriam esses valores verdadeiros em todo e qualquer tempo e localidade, sem com isso negar-lhes a mutabilidade histórica da sua vigência como Direito, de princípios positivamente reconhecidos[19], pela positivação de normas que contenham os seus preceitos.

A celeuma se vê iniciada a partir da contaminação da doutrina que trata de designar todos os princípios aleatoriamente de "fontes do Direito". Na verdade, devem-se distinguir os princípios que são, de fato, direito vigente, daqueles que só adquirem tal condição a partir do instante em que fazem parte de um círculo de casos em que a jurisprudência é concordante, uma vez que muito pode ser tido como lógico e válido, sem necessariamente ser positivo.

Ora, como poderíamos hierarquizar os princípios de direito em plano unicamente metafísico? Ocorreriam as mesmas conseqüências de um grito no vácuo. É necessário que haja um ordenamento jurídico como paradigma, para que nele se possam estabelecer os níveis de impor-

. . . . . .

19 Ob. Cit, n. 12. p. 54.

tância assumidos por esses princípios, que são, indubitavelmente, objetos culturais. Vejamos a opinião de Falzea[20] sobre o assunto:

> *I piú alti valori Del sistema giuridico costituiscono i princìpi fondamentali Del diritto, col loro peculiare atteggiarsi all'internoo di uma società dada. Essi, pur condividendo la natura reale di tutti i valori giudici, si caratterizzano per la presenza n ela loro struttura complessa di uma più forte compone ideale. I princìpi fondamentali dell'ordinamento giuridico sono intensamente pervasi di eticità. Cio è molto significativo perchè chiarisce almeno due passagi importanti della reoria Del sistema giuridico. Dimostra per um verso la eistenzia di uma fitta rete di interrelazioni tra i sottosistemi culturali e Del loro concorso, ciascuno com la forza sociale di cui dispone, per la realizzazione dei valori comuni. Dimostra puree specialmente Che tale solidarità sistêmica converge soprattutto nel sistema giuridico, in cui, disposendo essa della più intensa forza sociale tra i sistemi culturali, confluincono i valori più importanti della comunità, qualunque sai il sistema sociale di origini.*

Dessarte, partindo-se do pressuposto de que dificilmente um ordenamento jurídico deixa de eleger quais são

. . . . . .

20 FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. **Rivista di diritto civile**, Padova, Edizioni CEDAM, a. XXXIV, n 1: 1-17 gennaio/ febbraio, 1988. p. 17.

os seus valores fundantes, previstos muitas vezes nas entrelinhas das constituições, através de princípios, que irradiam conteúdo axiológico para as normas de todo ordenamento jurídico, seria difícil não admitir que a Constituição Brasileira não hierarquiza mesmo os princípios constitucionais fundamentas, pois se nota, por exemplo, que o princípio da dignidade humana é, sem dúvidas, mais importante e hierarquicamente superior ao princípio do pluralismo político.

6. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA DIVERSIFICADA REPERCUSSÃO NOS SISTEMAS DE *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*

Neste subitem do trabalho, tratar-se-á de algumas das principais diferenças ontológicas entre os sistemas de *civil* e *common law* em relação ao comportamento destes *vis a vis* ao objeto de estudo proposto que são os princípios constitucionais.

Atente-se que atualmente tem ocorrido interessantes fenômenos de legalização nos países que adotam o sistema inglês, e uma crescente utilização e até inspiração jurisprudencial nos países de origem romanística, o que, afinal, expressa que não mais vigora a absoluta e radical separação dos sistemas, por muitos denominada rivalidade, quanto aos seus elementos caracterizadores, mostrando uma maior aproximação do sistema de precedente judicial face ao sistema legalista, no sentido da complementaridade mútua.

Podem-se identificar os elementos que estigmatizam o sistema jurídico de *civil law.* O primeiro deles é a supralegalidade do texto constitucional, estabelecendo, as-

sim, um sistema hierarquizado de normas; o segundo é a patente e já ultrapassada, mas ainda presente, subdivisão em direito público e direito privado; o terceiro é a prevalência e o predomínio de lei escrita; e o último seria a atuação restrita do poder judiciário que, tão-somente, interpreta e aplica as normas[21].

Já no sistema Inglês, *civil law,* diferentemente daquele anteriormente citado, há uma prevalência da jurisprudência em relação à lei escrita, conferindo ao magistrado um real poder de criação da norma jurídica *lato sensu* através das decisões por ele proferidas. Ou seja, a partir do momento em que surge uma decisão judicial sobre assunto inédito, o *leading case,* ficam os casos posteriores, que se assemelhem a esse primeiro, com a sua solução amarrada àquela primeira proferida no *leading case*, que seria, assim, um precedente.

É cediço que, no sistema de *common law,* há uma patente diferença entre lei e princípio. Atentando-se para a inarredável verdade de que há a notória divergência entre os sistemas romanístico e aquele acima citado, em sua gênese, composição, repercussão social etc., não há que se falar que a desigualdade ontológica que há entre princípio e norma em um sistema se assemelha à do outro. No sistema anglo-saxão, talvez, possa-se depreender qual a real diferença entre princípio e norma, visto que o primeiro viria a comportar, realmente, alguns preceitos que servem de inspiração à elaboração das últimas.

. . . . . .

21 DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Comparado: Introdução, Teoria e Metodologia**. Rio de Janeiro,São Paulo: Renovar, 2000. p. 202.

Em nosso sistema, a inocente discussão em relação a qual se tem deparado, a respeito da possibilidade de existirem reais diferenças entre princípios e normas parece absolutamente válida, posto que é absolutamente temerária a afirmação que há princípios propriamente ditos que estejam positivados, visto que são as normas jurídicas que expressam esses princípios no ordenamento jurídico positivo. No sistema jurisprudencial tal fato é plenamente possível, mas no romanístico há um impedimento embrionário.

A natureza jurídica dos princípios gerais não permite a apreensão de seu conteúdo, **fática e realmente em um ordenamento jurídico positivo da família romano-germânica**, senão através dessas normas jurídicas. Com tal assertiva, ressalte-se, não se pretende assegurar que somente através de normas jurídicas positivas pode-se apreender o conteúdo dos princípios gerais de direito de forma expressamente positiva, uma vez que é inegável a sua existência independentemente de qualquer ordenamento jurídico, já que eles pairam sobre este último.

Ora, quando Thomas Cooley[22] fala em princípios gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América do Norte, refere-se, indubitavelmente, a princípios que inspiram a sistematização e formação da ordem jurídica americana, contudo, não se observa similitude entre às observações por ele feitas quanto a princípios e àquelas feitas por autores constitucionalistas brasileiros, posto que, no texto constitucional americano, não há es-

. . . . . .

22 COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte.** 2.ed. Tradutor Alcides Cruz . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

crito o vocábulo *princípio*, diferentemente da brasileira. Tal fato vem ratificar a tese acima defendida de que é bastante mais fácil o estudo da principiologia no sistema de *common law*, posto que nele os princípios assumem realmente a sua verdadeira função de guias, norte, inspiração, não sendo, dessarte, tão facilmente confundidos com as normas jurídicas.

No mesmo sentido, Santi Romano[23], quando, em sua obra trata dos princípios de direito constitucional geral, a palavra princípio não se mostra expressamente pronunciada no texto. No entanto, resta óbvio o tratamento do autor em relação aos princípios, tratando diretamente do conteúdo dos princípios que serviriam para a teoria constitucional de diversos países. A sua obra está dividida em três partes: a introdução, que trata de teoria da formação do direito constitucional; o estado em geral; e as instituições constitucionais e suas funções.

Por fim, parece patente a conclusão de que os princípios de direito não deveriam ser normas jurídicas positivas, mas sim verdadeiros preceitos inspiradores, carregados de conteúdo axiológico.

7. CLASSIFICAÇÕES E SUBDIVISÃO GERAL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais, estudados pela Teoria do Direito Constitucional, comportam inúmeras subdivisões, entre as quais elegemos as mais relevantes ao nosso estudo.

. . . . . .

23 ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Tradução Maria helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

Os princípios constitucionais, *a priori*, poderiam ser subdivididos em duas grandes categorias:

a) EXPRESSOS – São aqueles que se acham positivados, escritos em letra de forma.
b) IMPLÍCITOS – São os não positivados, apercebidos através da leitura das entrelinhas, posto que ocupam a posição de corolários lógicos do sistema.

Entretanto, há uma segunda subdivisão, quanto à categoria dos princípios constitucionais.

a) GERAIS – São científicos, estudados e elencados pela disciplina de Direito Constitucional como ciência universal.
b) FUNDAMENTAIS – São princípios particulares a cada ordem estatal. São escolhidos pelo legislador constituinte. Seriam esses princípios a pedra fundamental do ordenamento jurídico que futuramente comporão o mesmo.
c) DECORRENTES – Derivam dos fundamentais e podem ser divididos em:
• **Sensíveis** – Estão indicados no texto constitucional com a denominação de princípios e permeiam, no caso da Constituição brasileira. Tudo sobre esse tema trataremos posteriormente.
• **Estabelecidos** – Limitam a autonomia organizatória dos Estados e Municípios[24].

Na verdade, antes mesmo do enfraquecimento do positivismo legalista, a função inovadora das cortes cons-

. . . . . .

24 SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 102-106.

crito o vocábulo *princípio*, diferentemente da brasileira. Tal fato vem ratificar a tese acima defendida de que é bastante mais fácil o estudo da principiologia no sistema de *common law*, posto que nele os princípios assumem realmente a sua verdadeira função de guias, norte, inspiração, não sendo, dessarte, tão facilmente confundidos com as normas jurídicas.

No mesmo sentido, Santi Romano[23], quando, em sua obra trata dos princípios de direito constitucional geral, a palavra princípio não se mostra expressamente pronunciada no texto. No entanto, resta óbvio o tratamento do autor em relação aos princípios, tratando diretamente do conteúdo dos princípios que serviriam para a teoria constitucional de diversos países. A sua obra está dividida em três partes: a introdução, que trata de teoria da formação do direito constitucional; o estado em geral; e as instituições constitucionais e suas funções.

Por fim, parece patente a conclusão de que os princípios de direito não deveriam ser normas jurídicas positivas, mas sim verdadeiros preceitos inspiradores, carregados de conteúdo axiológico.

7. CLASSIFICAÇÕES E SUBDIVISÃO GERAL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais, estudados pela Teoria do Direito Constitucional, comportam inúmeras subdivisões, entre as quais elegemos as mais relevantes ao nosso estudo.

. . . . . .

23 ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Tradução Maria helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

Os princípios constitucionais, *a priori*, poderiam ser subdivididos em duas grandes categorias:

a) EXPRESSOS – São aqueles que se acham positivados, escritos em letra de forma.
b) IMPLÍCITOS – São os não positivados, apercebidos através da leitura das entrelinhas, posto que ocupam a posição de corolários lógicos do sistema.

Entretanto, há uma segunda subdivisão, quanto à categoria dos princípios constitucionais.

a) GERAIS – São científicos, estudados e elencados pela disciplina de Direito Constitucional como ciência universal.
b) FUNDAMENTAIS – São princípios particulares a cada ordem estatal. São escolhidos pelo legislador constituinte. Seriam esses princípios a pedra fundamental do ordenamento jurídico que futuramente comporão o mesmo.
c) DECORRENTES – Derivam dos fundamentais e podem ser divididos em:
• **Sensíveis** – Estão indicados no texto constitucional com a denominação de princípios e permeiam, no caso da Constituição brasileira. Tudo sobre esse tema trataremos posteriormente.
• **Estabelecidos** – Limitam a autonomia organizatória dos Estados e Municípios[24].

Na verdade, antes mesmo do enfraquecimento do positivismo legalista, a função inovadora das cortes cons-

. . . . . .

24 SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 102-106.

titucionais já consagrava a utilização desses preceitos de ordem geral, revestidos sob a denominação de princípios gerais de direito, que eram à época reconhecidos pelas nações civilizadas como idôneos para solucionar determinados conflitos, quando a lei não pudesse solucioná-los[25].

Outrossim, cumpre-nos alertar que nem sempre os princípios gerais podem ser tidos como sinônimos dos princípios constitucionais, apesar de, em incontáveis ocasiões, podermos fazer tal afirmação. No entanto, a sinonímica identificação, além de temerária, conduziria a imprecisões, uma vez que há certos princípios setoriais, como aqueles das áreas econômica e administrativa, por exemplo, que não podem ser encontrados no *hall* de princípios fundamentais[26].

Ademais, observar-se-ia uma notória lacuna teórica, caso não fosse mencionada a tipologia de base adotada por Canotilho[27], que, resumidamente, permite classificação dos princípios nos seguintes termos:

a)**Princípios Jurídicos Fundamentais** - "Os princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional".

b)**Princípios Políticos Constitucionalmente Conformadores** - Explicitam os valores políticos adotados como fundamentais pelo legislador constituinte. São o cerne político de uma constituição. A partir desses princípios, poder-se-á definir a forma de Estado, a sua estrutura, a forma de governo, os princípios estruturantes do regime político.

c)**Princípios Constitucionais Impositivos** - Neles se subsumem todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, especialmente ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. Ex: princípio da igualdade, da progressividade na CF brasileira de 1988 e o princípio da correção das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, da Constituição Portuguesa.

d)**Princípios - Garantia** -Visam a instituir direta e imediatamente uma garantia dos cidadãos. Estabelecem diretamente garantias ao cidadão. Ex.: princípio da legalidade *(nullum crime nulla poena sine lege)*.

25 PEIXINHO, Manoel Messias. ***A Interpretação da Constituição e os Princípios Constitucionais***. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p. 103 e ss.
26 Idem, ibidem.
27 Ob. Cit. Nota de número 15.

8. A PALAVRA "PRINCÍPIO" NO ÂMBITO DO TEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO DE 1988: HÁ HIERARQUIA?

Grande parte da doutrina trata desse tema de maneira a solucionar a questão, somente, quando da utilização dos princípios constitucionais face ao caso concreto. A solução para impasses surgidos em uma determinada questão judicial traria à baila a hierarquia dos princípios constitucionais, de maneira bastante efetiva e sem trazer a debate a possibilidade de uma hierarquização antes mesmo do fato jurídico, em plano teórico.

A palavra *princípio*, conforme já se disse, aparece no Texto constitucional de 1988, ora implícita ora explicitamente, diversas vezes:

a) **Princípios Fundamentais;**
b) **Princípio-Artigos** 4º, 25, 29 e 32.
c) **Princípios Constitucionais** – Artigo 34, VII;
d) **Princípios Gerais** – Título VI, capítulo I, seção I, Título VII, Capítulo I[28].

Surge, então, o seguinte, questionamento: ao momento da elaboração da CF de 1988, o legislador constituinte, ao utilizar o termo princípio, queria dar-lhes semelhante significado em todas as ocasiões acima citadas?

Ivo Dantas[29] e Souto Maior Borges[30] tratam a questão similarmente, afirmando ser inegável o reconhecimento da hierarquia proposta na Constituição de 88, pondo os princípios constitucionais fundamentais em posição hierarquicamente superior aos outros princípios presentes em sede constitucional de um modo tal que:

> *os princípios fundamentais irradiam seu conteúdo sobre a Constituição como um todo; os princípios gerais irradiam-no sobre a ordem ou subsistema para o qual estão voltados...*

A propósito, Gustavo Zagrebelsky afirma:

> *Desde su ponto de vista, el positivismo jurídico tenía raziones para preocuparse, aun cuando los*

. . . . . .

28 Dantas, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995. p. 85-87.
29 Idem, ibidem.
30 BORGES, José Souto Maior. **Pró-dogmatismo: por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais**. Recife: INÉDITO, 1991.

> *principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituem el intento de "positivizar" lo que durante siglos se había considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos. La Constitución, en efecto, aunque trasciende al derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente di la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los derechos e de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia - como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del jusnaturalismo - su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas*[31].

Não se discutem as divergências e por vezes até discrepâncias do conteúdo dos princípios fundamentais de um país democrático, se comparados aos de um país de regime autocrático. Ululante que se comparados os

. . . . . .

31 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil. Ley, Derechos y Justicia**. Madrid. Trotta. 1995.

princípios eleitos como fundamentais pelos respectivos poderes constituintes de cada Estado Democrático, observaremos coincidências, repetições e semelhanças no conteúdo dos mesmos, tanto dos princípios propriamente ditos como das normas que os expressam, por nós denominadas de normas principiológicas, já que essas normas trazem ao mundo do direito positivado o conteúdo axiológico desses princípios propriamente ditos, inserindo-os assim, positivamente, no ordenamento jurídico positivo de cada Estado.

De ver-se, porém, que tal fenômeno só se verifica pelo fato dessa similitude ser inerente, em seu conteúdo axiológico, às características embasadoras da democracia, autocracia, teocracia, enfim, de qualquer que seja o regime, que, se adotado, comportará inexoravelmente características coincidentes, mantenedoras de uma unidade de sentido.

Com isso, não propomos a hierarquização dos, por nós denominados, princípios propriamente ditos fora do ordenamento jurídico positivo, mas daqueles transformados pelo poder constituinte em norma jurídica constitucional positiva com a alcunha de princípios constitucionais fundamentais e princípios gerais. Parece inegável, respondendo ao questionamento adrede proposto, que os princípios fundamentais são mais importantes, devido ao seu conteúdo, do que os demais princípios, irradiando inclusive conceitos a esses últimos, estabelecendo uma clara hierarquia de princípios na CF brasileira de 1988.

9. CONCLUSÕES

1. Os princípios, os valores e as normas acham-se ligados ontologicamente, posto que é através dos primeiros que o conteúdo axiológico e a doutrina conseguem atingir o campo das normas jurídicas.

2. Princípios e normas não são expressões sinônimas, não podendo ser confundidos, inclusive, em seu campo de atuação. Normas são eminentemente forma, enquanto que os princípios são conteúdo, não podendo, destarte, ser admitida a tese de que normas podem expressar positivamente princípios. O que pode ocorrer é que, em um campo metajurídico, fora do campo positivista, possa-se abstrair o conteúdo dessa norma, cuja inspiração e base fundante são expressas por princípios preexistentes às mesmas. A partir do momento em que se positiva uma norma jurídica, não se pode falar que são os mesmos princípios, posto que esses conceitos possuem natureza absolutamente diferente.

3. Os princípios, quando positivados, trazidos à baila do Ordenamento Jurídico, trazem consigo uma carga axiológica que, dependendo de cada sistema, varia. Dessarte, resta absolutamente inconcebível a hierarquização dos princípios propriamente ditos, que são aqueles não positivados, visto que esse fenômeno só pode ser observado se tomado como paradigma um determinado ordenamento jurídico positivo.

4. Os princípios fundamentais, quando considerados dentro de um ordenamento jurídico positivado, tomando como paradigma normas constitucionais que buscam inspiração nesses princípios, podem ser facilmente hierarqui-

zados. Para provar tal afirmação, basta comparar os princípios da dignidade da pessoa humana em contraposição ao do pluripartidarismo político, onde se nota que o primeiro, pela observação da dinâmica social e dos próprios princípios acolhidos e eleitos pela constituição federal, é hierarquicamente superior ao segundo.

5. Os princípios eleitos pelo constituinte brasileiro para compor o texto da Constituição de 1988 apresentam uma hierarquia uns em relação aos outros, onde se observa a prevalência irradiante dos princípios constitucionais fundamentais *vis a vis* aos demais princípios constitucionais, como os gerais, por exemplo.

10. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BORGA, Ernesto Eduardo. La "naturaleza" de los princípios generales del Derecho. Instituto de filosofia del derecho y sociologia. La Plata: **Anuários** IV e V, La Plata, t.I, 1964.

BORGES, José Souto Maior. **Pró-dogmatismo: por uma Hierarquização dos Princípios Constitucionais**. Recife, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Lisboa: Almedina, 1995. p. 1124 e ss.

COOLEY, Thomas. **Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. 2.ed. Tradutor Alcides Cruz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Filosofia do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: forense, 1983.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado: Introdução, Teoria e Metodologia.** Rio de Janeiro,São Paulo: Renovar, 2000. p. 202.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e Interpretação Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1995. p. 85/87.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocábulo Jurídico**. São Paulo: RT, 1985. p. 7.

DWORKIN, Ronald. **Taking Right Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ESSER, Jossef. **Principio e norma em la elaboratión jurisprudencial Del derecho privado**. Barcelona: Bosch, 1961.

FALZEA, Angelo. Sistema culturale e sistema giuridico. **Rivista di diritto civile**, Padova, Edizioni CEDAM, a. XXXIV, n. 1: 1-17, gennaio/ febbraio, 1988.

FEREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa.** 4. ed. Rio de janeiro: Nova Fronteira, 1989.

FRANÇA, Limongi R. **Princípios gerais de Direito**. 2.ed. [s.l.] : [s.n.], [s.d];

FRIEDMAN, Lawrence M. **II sistema giuridico nelle prospecttiva delle scienze sociale**. Bolonha: Il Molino, 1978. p. 94 e ss.

MORA, José Ferrater. **Diccionario de filosofia**. Madrid: Alianza Editorial, 1986. v.1

PEIXINHO, Manoel Messias. **A Interpretação da Constituição e os Princípios Constitucionais.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p. 103 e ss.

REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo,. a., XXXIX, n.167, p. 225-237, jul. /set., 1992.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral.** Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SALDANHA, Nelson Nogueira. Direito Constitucional comporta Princípios gerais? **Revista de Direito do órgão do Ministério Público do Estado da Guanabara**, v.3, n. 1,p. 91-96, set. / dez., 1967.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 102/106.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Ductil**. Ley, Derechos y Justicia. Madrid: Trotta. 1995.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Renata Figueirêdo Alves
Aluna do curso de pós-graduação "lato sensu", em Direito Processual Civil realizado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO; 1.1 Aproximação conceitual e cabimento; 1.2 Natureza jurídica: recurso ou mero pedido de esclarecimento/ declaração?; 1.3 Embargos de declaração com efeitos modificativos ou infringentes; 1.4 Embargos de declaração prequestionadores; 2. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PREQUESTIONAMENTO FICTO; 2.1 Questão não decidida e a necessidade dos embargos de declaração – impossibilidade dos embargos declaratórios "pós-questionadores"; 2.2 Embargos de declaração prequestionadores rejeitados e a divergência entre os tribunais superiores; 2.2.1 O Superior Tribunal de Justiça e a Súmula 211; 2.2.2 O Supremo Tribunal Federal e a Súmula 356; 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente texto visa abordar os embargos de declaração, caracterizados como o "recurso"[1] que mais sofre resistência por parte dos julgadores, consubstanciando, também, assunto relevante, principalmente, no que tange aos embargos declaratórios prequestionadores e ao prequestionamento ficto devido à sua rejeição, ao persistir a omissão na decisão recorrida, sendo divergente o entendimento da Súmula n.º 211 da Egrégia Corte e da Súmula n.º 356 do Pretório Excelso.

. . . . . .

1 *Discutiremos a natureza jurídica dos embargos de declaração.*

1. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

1.1 Aproximação conceitual e cabimento

Conforme se verifica no art. 535 do Código de Processo Civil[2], os embargos de declaração se constituem forma de impugnação de pronunciamento judicial e objetivam a não produção de efeitos jurídicos da decisão que apresenta defeito específico, visando, dessa forma, afastar a obscuridade, suprir omissão ou eliminar contrariedade, sendo, inclusive, interrompido o prazo para interposição de outro recurso (via de regra de reforma ou nulidade), sendo competente para julgamento o juízo que proferiu decisão, não havendo remessa à instância superior.

Impende ressaltar que para interrupção do prazo recursal será necessária a tempestividade, consoante se extrai do seguinte trecho de julgado da Egrégia Corte: "Os embargos de declaração, quando manifestados intempestivamente, não interrompem o prazo para a interposição de outros recursos."[3]

É interessante observar que, utilizando o estudo comparado em relação aos embargos declaratórios, em Portugal, verificamos que os declaratórios também interrompem o prazo para interposição de outros recursos, conforme se verifica nas palavras de Armindo Ribeiro Mendes:

. . . . . .

2 "Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:
I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;
II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal."

3 STJ, Quarta Turma, REsp 230750 / RJ, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 09.11.1999, D.J. 14.02.2000.

> *Ainda com relevância em matéria de tempestividade do recurso, o art. 686º, nº 1, estabelece o princípio de que o pedido de rectificação, aclaração ou reforma da sentença, nos termos dos arts. 667º e 669º, interrompe o prazo de interposição do recurso. O prazo só começa a correr 'depois de notificada a decisão proferida sobre o requerimento'.*[4]

Posição defendida pela doutrina e, em especial, pelo eminente José Carlos Barbosa Moreira é que "na realidade, *qualquer* decisão judicial comporta embargos de declaração: é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo"[5] .(MOREIRA,1994, p.498) *Data venia*, mais adequado, ao que parece, seria o aludido processualista ter utilizado a expressão "pronunciamento judicial", ao invés de "decisão judicial", pois nesta última expressão não se incluem os despachos de mero expediente, os quais, ainda ao consoar da opinião citada, em tese, são passíveis de embargabilidade.[6]

. . . . . .

4 MENDES, 1994, p.161

5 MOREIRA, 1994, p. 498.

6 "PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CABIMENTO. INTERRUPÇÃO DO PRAZO RECURSAL. APRESENTAÇÃO POSTERIOR DO AGRAVO. VALIDADE. GARANTIA MAIOR DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. DOUTRINA. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS. - Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, interrompem o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art. 535 do Código de Processo Civil atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter sido erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais." (STJ, Corte Especial, EREsp 159317/DF, Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 07.10.1998, D.J. 26.04.1999)

E, assim, tendo em vista o dever de segurança jurídica que se compraz com decisões claras e precisas, as hipóteses de cabimento não se restringem à sentença ou acórdão, visto que é possível haver obscuridade, omissão ou contradição em qualquer pronunciamento judicial, sendo este terminativo ou interlocutório, estando incluídos até mesmo os despachos de mero expediente[7].

Qualquer decisão, portanto, comporta os embargos de declaração, independente do grau de jurisdição, e, ainda que a lei determine a irrecorribilidade da decisão, há ressalva em relação aos embargos declaratórios[8] e, por isso, embora, em regra, o despacho de mero expediente seja irrecorrível admitem-se os aclaratórios, o que justifica a discussão em torno da natureza jurídica do instituto.

Teresa Arruda Alvim Wambier assim se manifestou:

> *O Código de Processo Civil prevê expressamente a possibilidade de se interporem embargos de declaração contra sentença e contra acórdão (art. 535, I). Entretanto, são também embargáveis de declaração as decisões interlocutórias, embora inexista previsão expressa na lei a respeito. É direito da parte obter do Poder Judiciário uma decisão, qualquer que seja ela, de clareza cristalina. Iríamos até mais longe, afirmando que, eventualmente, até despachos poderiam, em tese, desde que preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade deste recurso, ser objeto de embargos de declaração.*[9]

. . . . . .

7 MIRANDA, 1975, p. 401.
8 MOREIRA, 1994, p. 221 e 498.
9 WAMBIER, 2000, p. 465.

Serão cabíveis, também, os embargos declaratórios da decisão de anterior embargo, desde que se aponte omissão, obscuridade ou contradição, e que não seja mera repetição do anterior.

Atente-se ao fato de que, caso sejam os declaratórios manifestamente protelatórios, reconhecido este caráter pelo juiz, haverá condenação do embargante ao pagamento de multa, conforme prevêem as disposições contidas no art. 558, parágrafo único, do Código de Processo Civil Brasileiro.[10]

1.2 Natureza jurídica: recurso ou mero pedido de esclarecimento/ declaração?

Divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica dos embargos de declaração dificultam sua definição como recurso ou como mero pedido de esclarecimento/ declaração, pois a dúvida é se seriam uma espécie de recurso ou simplesmente um incidente visando ao aperfeiçoamento da decisão embargada.

Há autores que defendem a posição de que os embargos declaratórios não são recurso[11], posto que não se destinam a infringir ou modificar a decisão.

. . . . . .

10 "PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO JULGADOS PROTELATÓRIOS. APLICAÇÃO DE MULTA. INTERRUPÇÃO DO PRAZO. QUESTÕES NOVAS. INADMISSIBILIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. VERBAS SALARIAIS PAGAS COM ATRASO. CORREÇÃO MONETÁRIA. 1. Os embargos de declaração, ainda que protelatórios, interrompem o prazo para a interposição de eventuais recursos; pode o juiz aplicar multa ao embargante no percentual de até 1% sobre o valor da causa. 2. Descabem embargos declaratórios para suscitar questões novas, anteriormente não deduzidas. 3. Verificada a correta atualização monetária dos valores salariais pagos em atraso, é de se confirmar a decisão recorrida pela integral satisfação do direito do recorrente. 4. Recurso não conhecido."(STJ, Quinta Turma, REsp 144795/ RS, Relator Min. Edson Vidigal, j. em 04.02.1999, D.J. 08.03.1999)
11 João Monteiro, Fraga, Rezende Filho, Lopes da Costa, Odilon de Andrade e Sérgio Bermudes apud LIMA, 1976, p. 209

Na obra póstuma, atualizada pelo prof. Alfredo Buzaid, de Pedro Batista Martins, esse autor entende ser esses embargos de declaração:

> *um recurso sui generis contra a forma pela qual o Estado se desobriga, em determinados casos, da prestação jurisdicional a que está adstrito. A perplexidade da decisão pode trazer como conseqüência a sua inexeqüibilidade. E traz, indubitavelmente, senão nos casos em que a sentença é apenas obscura e pode ser, por isso, esclarecida pela interpretação, pelo menos nas hipóteses em que ela é omissa ou contraditória.*[12]

Pontes de Miranda afirmou que se o legislador revelou a sua convicção, introduzindo os embargos declaratórios na parte de recursos, embora não seja devolvida a matéria a juízo *ad quem,* deverá ser reconhecida a natureza de recurso por ter a lei como tal o classificado[13].

Para Alcides de Mendonça Lima, apesar da opinião de renomados autores, os embargos declaratórios devem ser considerados como recursos, pois o Código acolheu tais embargos expressamente dentre os recursos, inclusive quando afirma ficar interrompido o prazo "para interposição de outros recursos"[14].

José Carlos Barbosa Moreira, seguindo o mesmo entendimento, trata a matéria como sendo uma questão

. . . . . .

12 MARTINS, 1957, p. 361.
13 MIRANDA, 1975, p. 393/394.
14 LIMA, 1976, p. 209/210.

"pura e simplesmente de direito positivo: cabe ao legislador optar, e ao intérprete respeitar-lhe a opção, ainda que de *lege ferenda*, outra lhe pareça mais aconselhável."[15], concluindo que determinada está sua natureza jurídica se o legislador optou em colocar os embargos declaratórios entre os recursos.

Por conseguinte, cabe trazer à análise as palavras de Antonio Janyr Dall'Agnol Junior que, apesar de afirmar que no Brasil a questão da natureza jurídica está resolvida, por estarem os aclaratórios inseridos entre os recursos no Código de Processo Civil, distingue-os dos demais recursos:

> *Isso assentado, porém, convém, de logo, assinalar que, contrariamente ao que ocorre com os demais recursos, objetivo não têm os embargos de declaração de reforma ou de invalidação. Sem prejuízo de que modificação possa, como haveremos de ver pouco adiante, fruto da superação de apontada e comprovada omissão (ou mesmo de contradição), a finalidade do recurso de embargos definitivamente não é o de 'ofender' o julgado – usada aqui, antiga expressão, sob a forma de adjetivo (embargos ofensivos) -, senão que apenas o de declarar, isto é, tornar mais clara, e eventualmente mais precisa, a expressão do julgamento levado a efeito. (...) São os embargos de declaração, assim, meio de impugnação de pronunciamento judicial, deduzido no*

. . . . . .

15 MOREIRA, 1994, p. 497

> *curso da relação processual, objetivando a superação de deficiências específicas (obscuridade, contradição, omissão) que o inquirem, traduzidas, sem nenhuma outra alteração, em esclarecimento (obscuridade, contradição) ou complementação (omissão) do julgado.*[16]

Mais uma vez utilizando, em relação aos embargos declaratórios, o Direito Comparado, verifica-se que em Portugal o remédio não se encontra inserido entre os recursos, o qual utiliza, no art. 669º do Código de Processo Civil de Portugal[17], o título de "esclarecimento ou reforma da sentença", podendo se afirmar que nessa hipótese seriam os embargos de declaração um mero pedido de esclarecimento de obscuridade ou ambigüidade presente na decisão e não um recurso, podendo haver, ainda, reforma da sentença nas hipóteses previstas no mencionado artigo.[18]

. . . . . .

16 DALL'AGNOL JUNIOR, 2001, p. 91/92.

17 Código de Processo Civil de Portugal: "Art. 669.º – Esclarecimento ou reforma da sentença
1 – Pode qualquer das partes requerer no tribunal que proferiu a sentença:
a) O esclarecimento de alguma obscuridade ou ambigüidade que ela contenha;
b) A sua reforma quanto a custas e multa.
2 – É ainda lícito a qualquer das partes requerer a reforma da sentença quando:
a) Tenha ocorrido manifesto lapso do juiz na determinação da norma aplicável ou na qualificação jurídica dos factos;
b) Constem do processo documentos ou quaisquer elementos que, só por si, impliquem necessariamente decisão diversa da proferida e que o juiz, por lapso manifesto, não haja tomado em consideração.
3 Cabendo recurso da decisão, o requerimento previsto no número anterior é feito na própria alegação, aplicando-se, com as adaptações necessárias, o disposto no nº 4º do artigo 668º."

18 "Já no que se refere ao esclarecimento das sentenças ou despachos relativamente a obscuridades ou ambigüidades que eles contenham, ou à sua reforma quanto a custas e multa, é sempre possível a qualquer das partes requerer tal esclarecimento ou reforma no tribunal que proferiu a decisão (art. 669º)." (MENDES, 1994, p. 130.)

José Afonso da Silva, comentando acerca da natureza jurídica do recurso extraordinário, traz entendimento perfeitamente aplicável à crítica da natureza dos embargos declaratórios como recurso:

> *(...) O nomen iuris e enquadramento legal são, realmente, indícios importantes, mas não essenciais, da natureza do instituto. Seria, porém simplista a conclusão de que, só pelo nome e a topografia legislativa, o problema da natureza jurídica se resolvesse, e, até certo ponto, seria buscar a essência na conseqüência. A natureza do Recurso Extraordinário, portanto, deve desumir de sua essência e não do seu nome ou fato de figurar entre os recursos.*[19] *(grifo nosso)*

A jurisprudência tem conferido aos embargos declaratórios a natureza de recurso com base no fato de que a lei assim determinou, porém este entendimento merece críticas, visto que o simples fato de o legislador ter escolhido classificá-los dessa forma não significa proceder correto e, também, por possuírem os embargos declaratórios limites e objetivos distintos dos recursos em geral, principalmente pela ausência do intuito de reforma da decisão[20].

1.3 Embargos de declaração com efeitos modificativos ou infringentes

Em princípio, o juízo limitar-se-á a eliminar obscuridade, contradição ou suprir omissão, não havendo novo

. . . . . .

19 SILVA, 1963, p. 103.

20 KRIGER FILHO, 2002, p. 46.

julgamento da causa e, assim, os embargos declaratórios não se constituem em meio idôneo a alterar a decisão, salvo nos casos de embargos declaratórios com efeitos infringentes ou modificativos, com o objetivo de reexaminar a matéria embargada pelo órgão que proferiu a decisão, sendo admitidos, excepcionalmente, no âmbito processual civil, na doutrina e na jurisprudência, bem como, de forma expressa e avançada, no processo trabalhista em seu art. 897-A da CLT – Consolidação da Leis Trabalhistas[21], "quando manifesto o erro material contestado e não existir outra forma recursal, para a sua devida correção, ou quando a omissão ou contradição reconhecida impõe necessariamente a alteração do julgado".[22]

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal reconhece, de forma indireta, os embargos declaratórios com efeitos modificativos no art. 338 que dispõe da seguinte maneira: "Se os embargos forem recebidos, a nova decisão se limitará a corrigir a inexatidão, ou a sanar a obscuridade, dúvida, omissão ou contradição, salvo se algum outro aspecto da causa tiver de ser apreciado como conseqüência necessária." (grifo nosso)

Há de se assegurar a efetividade do princípio do contraditório, conforme entendimento firmado de que "a garantia constitucional do contraditório impõe que se ouça, previamente, a parte embargada na hipótese excepcional

. . . . . .

21 "Art. 897-A. Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão (...) admitido efeito modificativo da decisão, nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso." (grifo nosso)

22 STJ, Quinta Turma. REsp 295362-ED/SP, Relator Min. Edson Vidigal, j. em 07.12.199, D.J. 21.02.2000.

de os embargos de declaração haverem sido interpostos com efeito modificativo"[23].

Nesse sentido, no que tange à esfera trabalhista, mais uma vez adiantada, verifica-se que o Regimento Interno do Tribunal Regional do Trabalho – 6ª Região – Pernambuco, de forma explícita, no §3º do art. 152, determina o contraditório, quando se tratar de embargos aclaratórios com efeitos infringentes, nos seguintes termos:

> *Quando o Juiz relator estiver convencido da possibilidade de o julgamento dos embargos provocar a alteração da conclusão do acórdão embargado, determinará previamente, em despacho fundamentado, a intimação da parte adversa para, no prazo de 05 (cinco) dias, pronunciar-se sobre o recurso.*

1.4 Embargos de declaração prequestionadores

De acordo com orientação doutrinária, além dos embargos declaratórios esclarecedores, temos os embargos declaratórios prequestionadores[24], pretendendo este abordar questões federais ou constitucionais não ventiladas no acórdão com o objetivo de interposição dos recursos excepcionais.

. . . . . .

23 STF, Primeira Turma, RE 144981-ED/RJ, Relator Min. Celso de Mello, j. em 11.04.1995, D.J. 08.09.1995.
O prazo para o contraditório é de cinco dias. Não há prazo em dobro para a Fazenda Pública ou Ministério Público, pois de acordo com o art. 188 do CPC o privilégio só ocorre para recorrer e não para apresentar contra-razões. Haverá prazo em dobro para a defensoria pública por força do §5º da Lei 1060/50 e inciso I do art. 44 da Lei Complementar 80/94 com o privilégio concedido para todos os atos.

24 MEDINA, 2002, p. 335.

Há uma proliferação dos embargos declaratórios prequestionadores, sem risco de multa, consoante a Súmula 98 do STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório." Isto tem gerado forte estímulo à interposição dos embargos, muitas vezes desnecessários, utilizados para ganhar prazo para preparar o recurso excepcional, devido à interrupção do prazo recursal, levando a um acúmulo de processo e trabalho nos tribunais[25].

Mantovanni Colares Cavalcante distingue, de forma interessante, as modalidades de embargos de declaração relacionados com o prequestionamento, dividindo-os em: a) embargos de declaração autênticos quando visam eliminar omissão do acórdão que não abordou matéria constitucional ou federal anteriormente suscitada; b) embargos de declaração explicitantes quando, embora o acórdão tenha enfrentado o tema, não o fez de maneira explícita, não mencionando expressamente os preceitos violados, contudo há a questão do prequestionamento implícito, admitido por parte da jurisprudência, visto em outro capítulo e que poderá ser suficiente para compreensão do tema constitucional ou federal para ingressar com os apelos extremos; c) embargos de declaração exaurientes quando a questão surge no julgamento; d) embargos de declaração pós-questionadores que ocorrem quando induz o tribunal a se manifestar sobre questão presente apenas nos embargos, nunca ventilada nos autos e não terão o efeito de caracterizar o prequestionamento[26].

. . . . . .

25 CARNEIRO, 2002, p. 36.
26 CAVALCANTE, 2003, p. 111/116.

A questão relativa aos embargos declaratórios prequestionadores será mais bem abordada em seguida ao tratarmos da questão relativa ao prequestionamento ficto, principalmente no tocante às divergências entre as Súmulas 211 do STJ e 356 do STF.

2. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PREQUESTIONAMENTO FICTO

2.1 Questão não decidida e a necessidade dos embargos de declaração – impossibilidade dos embargos declaratórios "pós-questionadores"

Não se prestam os embargos declaratórios para que seja suscitada pela primeira vez questão federal ou constitucional.

Necessário é um debate anterior nas razões ou contra-razões recursais, sendo proibido manifestação do juízo de matéria não levantada pelas partes e, da mesma forma, os embargos de declaração com objetivo de prequestionamento devem versar sobre questão suscitada antes de proferido o acórdão embargado, pois, em hipótese contrária, seria caso de pós-questionamento, com matéria federal ou constitucional presente somente nos embargos, e não prequestionamento.[27]

. . . . . .

27 "Agravo regimental. – Não tem razão a agravante. Para que haja o prequestionamento da questão constitucional com base na súmula 356, é preciso que o acórdão embargado de declaração tenha sido omisso quanto a ela, o que implica dizer que é preciso que essa questão tenha sido invocada no recurso que deu margem ao acórdão embargado e que este, apesar dessa invocação, se tenha omitido a respeito dela. No caso, não houve omissão do aresto embargado (...)" (STF, Primeira Turma, AI 265938 AgR/RJ, Relator Min. Moreira Alves, j. em 22.08.2000, D.J. 15.09.2000) (grifo nosso)

A interposição dos embargos declaratórios é a maneira adequada de provocar a prestação jurisdicional sobre questão constitucional ou federal suscitada pelas partes e não apreciada na decisão embargada.

Mantovanni Colares Cavalcante, tratando da matéria, afirma que:

> (...) *o tema constitucional ou federal deveria ter sido enfrentado de modo natural,* no deslinde da causa, e como isso não ocorreu se fez necessária a provocação da instância ordinária através dos embargos de declaração. Observe-se então que os embargos *não geram o prequestionamento;* eles funcionam como *simples meio condutor* daquilo que deveria ter sido abordado no julgamento da causa.[28]

Perseu Gentil Negrão diferencia o prequestionamento do pós-questionamento, " (...) aquele significa que a questão deve ser colocada ao tribunal estadual ou federal, para que decida acerca da mesma. Este quer dizer que não houve a colocação da questão pelas partes e, somente após decisão do tribunal, uma das partes, tardiamente, a alegou".[29]

Por ser o prequestionamento a apreciação da questão federal ou constitucional, que será levantada no recurso especial ou extraordinário, não cabe interpor embargos declaratórios em face de sentença, decisão de 1º grau, com o fundamento de prequestionar a matéria.[30]

. . . . . .

28 CAVALCANTE, 2003, p. 111.
29 NEGRÃO, 1997, p. 57.
30 DEMO, 2003, p. 177.

Ainda que a questão tenha surgido por ocasião do julgamento, segundo a jurisprudência, devem ser interpostos os embargos para evitar que, posteriormente, não conheça do recurso por ausência do prequestionamento[31].

Os embargos de declaração serão necessários, ainda, quando a matéria omissa deveria ter sido apreciada de ofício, mas não o foi na decisão guerreada.

Oportuna a transcrição da lição de José Saraiva:

> *Não configura pós-questionamento o tema suscitado pelas partes apenas em sede declaratória tratando de omissão a respeito de questão a qual o tribunal de segundo grau devesse conhecer* ex officio, *pois, nesse caso, a obrigatoriedade da manifestação judicial é* ex lege.[32]

Assim, caso a matéria deva ser conhecida de ofício e haja omissão no acórdão recorrido, não será cabível o recurso especial ou extraordinário, devendo ser corrigida a omissão com os embargos declaratórios.[33]

. . . . . .

31 "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Os embargos de declaração são imprescindíveis, com vistas ao alcance do prequestionamento, ainda que a questão federal tenha surgido no julgamento atacado, sob pena de incidência das súmulas 282 e 356 do STF. Precedente da Corte Especial. 2. Recurso não conhecido." (STJ, Sexta Turma, REsp 434946/SP, Relator Min. Fernando Gonçalves, j. em 07.11.2002, D.J. 02.12.2002)
32 SARAIVA, 2002, p. 262.
33 "(...) I – Ainda que suscitadas tão-somente em sede de embargos de declaração, deve o tribunal estadual pronunciar-se sobre as questões de ordem pública apreciáveis de ofício. II – Os embargos de declaração especialmente aquele nos quais são suscitadas questões de ordem pública apreciáveis de ofício, e os viabilizadores da instância excepcional, não devem ser tidos pelos magistrados como crítica ao seu trabalho. Mas, sim, como oportunidade para melhorar a prestação jurisdicional. Tal recurso tem como escopo o suprimento de omissões, a eliminação de contradições, o aclaramento de obscuridades apontadas na decisão embargada, bem como o prequestionamento de questões federais e a apreciação de questões de ordem pública.(...)" (STJ, REsp 120240/SP, Relator Min. Adhemar Maciel, j. 01.09.1997, D.J. 29.09.1997)

2.2 Embargos de declaração prequestionadores rejeitados e a divergência entre os tribunais superiores

E. D. Moniz de Aragão acentua que:

> *É freqüente acontecer de o julgamento (ou o acórdão que o expressa) por obscuridade, dúvida, contradição ou omissão, embaraçar o emprego do recurso, o que força o interessado a opor-lhe embargos de declaração. O mesmo pode suceder nos julgamentos proferidos 'com surpresa para as partes', em relação aos quais os embargos desempenham relevante papel. No entanto, por ser medida que em geral não atrai a simpatia dos magistrados, é comum serem eles malsucedidos, negados portanto os esclarecimentos, o suprimento das omissões, ou o confronto da questão introduzida espontaneamente com as normas legais que o interessado reputa contrariadas. Em tais casos, ver-se-á o litigante em dificuldades, pois fez quanto estava a seu alcance para obter o aperfeiçoamento do julgado e nada conseguiu. O insucesso dos embargos repercute sobre o pré-questionamento, mesmo considerando-se que, no concernente ao ônus da parte, está ele satisfeito.*[34]

. . . . . .

34 ARAGÃO, 1994, p. 46.

2.2.1 O Superior Tribunal de Justiça e a Súmula 211

Passamos à análise das divergências em relação ao acolhimento dos embargos prequestionadores nas nossas cortes superiores.

O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido o prequestionamento ficto através da Súmula n.º 211 que fixou o seguinte entendimento: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*."

Por este enunciado, caso sejam rejeitados os embargos, permanecendo omissa a decisão embargada, deverá a parte interessada, considerando que a omissão de fato existe, interpor recurso especial, invocando contrariedade ao art. 535, inciso II do CPC e, com o eventual acolhimento deste recurso, o acórdão proferido nos embargos será anulado e outro será prolatado. Não basta, portanto, oposição dos embargos, é preciso que o tribunal aprecie a questão, conforme orientação sumulada[35].

Nesse passo, Nelson Luiz Pinto, comentando a respeito desta Súmula n.º 211, aponta que:

. . . . . .

35 "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. INEXISTÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N.º 211/STJ. NECESSIDADE DE SE AVIAR ESPECIAL COM ARRIMO NO ART. 535, II DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Inexistência de prequestionamento dos dispositivos legais apontados como violados, ainda que opostos embargos de declaração, incidindo o óbice da Súmula n.º 211/STJ. 2. Diante da negativa do Tribunal recorrido em apreciar os dispositivos mencionados nos embargos, deveria a ora agravante ter aviado o recurso especial com base no art. 535, II do CPC, a fim de que, caso fosse o mesmo provido, retornassem os autos ao Tribunal a quo para rejulgamento dos embargos declaratórios. 3. Agravo regimental improvido," (STJ, Segunda Turma, AGA 282223/SP, Relator Min. Eliana Calmon, j. em 15.06.2000, D.J. 01.08.2000).

> *De acordo com essa súmula do STJ, não basta para cumprir a exigência do prequestionamento que da matéria objeto do recurso especial a cujo respeito o acórdão recorrido foi omisso tenha a parte interposto embargos de declaração. Há necessidade de que os embargos sejam providos e que o tribunal a quo se manifeste precisamente sobre a questão federal que será objeto do apelo à instância especial. Assim, caso haja efetivamente a omissão a respeito da questão federal no acórdão recorrido e sejam rejeitados os embargos de declaração, deve a parte, em seu recurso especial, argüir a nulidade do acórdão, em razão de ser ele infra petita ou omisso e incompleto quanto à sua fundamentação, não podendo discutir no recurso especial a questão a respeito da qual alega ter havido omissão.*[36]

Aliás, a esse respeito, importante destacar a lição de Perseu Gentil Negrão que, seguindo orientação do STJ, trata dos embargos prequestionadores rejeitados, enfatizando que:

> *(...) pode acontecer de serem opostos embargos de declaração, com o propósito de prequestionar determinada matéria e o tribunal rejeitá-los. Neste caso, o recurso deverá ser contra a rejeição dos embargos e não para discutir a questão que se pretendia prequestionar. Obtido êxito no recurso especial, os*

. . . . . .

36 PINTO, 2002, p. 282.

> *autos deverão retornar ao tribunal estadual ou federal, para que se manifeste acerca dos embargos e, aí sim ser interposto o recurso especial a respeito da matéria de fundo.*[37]

Favorável à mencionada súmula, complementa a lição, Eduardo Ribeiro de Oliveira:

> *Com a devida vênia, entender que se faz imprescindível o pedido de declaração, mas que nada importa o que disso advenha, corresponde a simplesmente cumprir um ritual. Afirma-se que, quanto ao ponto omisso, o recurso não é apto a alcançar seguimento e tal assertiva está amparada pelos termos em que constitucionalmente previstos o extraordinário e o especial. Pedida a declaração, a omissão continuou. Entretanto, cumprido o cerimonial, passa a ser possível a impugnação atacando ponto não considerado pelas instâncias ordinárias. (...) Costuma-se afirmar que, com os embargos, a parte teria feito tudo o que dela seria de reclamar-se. A questão, entretanto, não é essa. Não se formula, no caso, um juízo de valor sobre a atuação do recorrente, que envolvesse qualificá-lo de mais ou menos diligente. O ponto é que, como exaustivamente se colocou em relevo, não haverá recurso se*

. . . . . .

37 NEGRÃO, 1997, p. 50/51.

> *não houve decisão. Se essa a hipótese, nada interessa deva ou não ser tido como negligente o interessado.*[38]

E segue:

> *Por certo que advirá daí alguma delonga. Isso é inevitável, enquanto houver decisões que não se atenham às normas processuais. Não se há de aceitar, entretanto, possa considerar dispensável o que se tem como decorrente da própria natureza extraordinária do recurso. Ou assim não é, e dele prescindirá em todos os casos.*[39]

No Superior Tribunal de Justiça para o recurso especial não basta, portanto, que sejam interpostos os embargos aclaratórios sobre a matéria que não consta no pronunciamento judicial recorrido, seja porque requerida antes pela parte ou porque deveria ter apreciado de ofício para caracterizar o prequestionamento. Caso não sejam acolhidos os declaratórios, ou seja, o tribunal não supriu a omissão, o recurso especial deverá tratar de afronta ao art. 535, inciso II do Código de Processo Civil para, somente após ser dado provimento a esse apelo especial, retornar ao tribunal de segunda instância para que proceda a outro julgamento dos embargos, apreciando ponto omisso e, posteriormente, interpor o recurso especial sobre a questão legal não mais omissa.

. . . . . .

38 OLIVEIRA, 1999, p. 254.
39 Ibid, idem, p. 255.

Somente após o suprimento da omissão, com o pronunciamento a respeito da questão federal, é que o recorrente poderia veicular a matéria no especial apelo, o que vem a comprometer, a nosso ver, substancialmente, a celeridade da prestação jurisdicional.

José Saraiva, apesar de contrário à atenuação da exigência do prequestionamento em favor da celeridade processual, trata do assunto de forma enfática, concorde se nota na seguinte citação:

> *Tal circunstância tem contribuído para o retardamento da prestação jurisdicional, porque os autos devem retornar ao tribunal de origem para ser realizado novo julgamento dos declaratórios, ensejando a interposição de novo recurso especial para, aí sim, julgar-se a questão federal invocada pelo recorrente. Normalmente, o lapso de tempo para tal realização é enorme, ocasionando grande prejuízo à necessária rapidez na solução definitiva do conflito sub judice.*[40]

2.2.2 O Supremo Tribunal Federal e a Súmula 356

O Supremo Tribunal Federal vem se inclinando por considerar prequestionada a matéria por meio da verificação de interposição dos embargos de declaração, ainda que rejeitados pelo tribunal de origem, em conformidade com a Súmula n.º 356: "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não

. . . . . .

40 SARAIVA, 2002, p. 266.

> *não houve decisão. Se essa a hipótese, nada interessa deva ou não ser tido como negligente o interessado.*[38]

E segue:

> *Por certo que advirá daí alguma delonga. Isso é inevitável, enquanto houver decisões que não se atenham às normas processuais. Não se há de aceitar, entretanto, possa considerar dispensável o que se tem como decorrente da própria natureza extraordinária do recurso. Ou assim não é, e dele prescindirá em todos os casos.*[39]

No Superior Tribunal de Justiça para o recurso especial não basta, portanto, que sejam interpostos os embargos aclaratórios sobre a matéria que não consta no pronunciamento judicial recorrido, seja porque requerida antes pela parte ou porque deveria ter apreciado de ofício para caracterizar o prequestionamento. Caso não sejam acolhidos os declaratórios, ou seja, o tribunal não supriu a omissão, o recurso especial deverá tratar de afronta ao art. 535, inciso II do Código de Processo Civil para, somente após ser dado provimento a esse apelo especial, retornar ao tribunal de segunda instância para que proceda a outro julgamento dos embargos, apreciando ponto omisso e, posteriormente, interpor o recurso especial sobre a questão legal não mais omissa.

. . . . . .

38 OLIVEIRA, 1999, p. 254.
39 Ibid, idem, p. 255.

Somente após o suprimento da omissão, com o pronunciamento a respeito da questão federal, é que o recorrente poderia veicular a matéria no especial apelo, o que vem a comprometer, a nosso ver, substancialmente, a celeridade da prestação jurisdicional.

José Saraiva, apesar de contrário à atenuação da exigência do prequestionamento em favor da celeridade processual, trata do assunto de forma enfática, concorde se nota na seguinte citação:

> *Tal circunstância tem contribuído para o retardamento da prestação jurisdicional, porque os autos devem retornar ao tribunal de origem para ser realizado novo julgamento dos declaratórios, ensejando a interposição de novo recurso especial para, aí sim, julgar-se a questão federal invocada pelo recorrente. Normalmente, o lapso de tempo para tal realização é enorme, ocasionando grande prejuízo à necessária rapidez na solução definitiva do conflito sub judice.*[40]

2.2.2 O Supremo Tribunal Federal e a Súmula 356

O Supremo Tribunal Federal vem se inclinando por considerar prequestionada a matéria por meio da verificação de interposição dos embargos de declaração, ainda que rejeitados pelo tribunal de origem, em conformidade com a Súmula n.º 356: "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não

. . . . . .

40 SARAIVA, 2002, p. 266.

pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

Desta forma, considerar-se-á não prequestionada a questão em que não tenha havido interposição dos embargos, mas será tida como prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos declaratórios, ainda que não suprida a omissão através da rejeição pelo tribunal de origem. Se o órgão julgador insiste em não apreciar a matéria dos embargos declaratórios, nada mais deve ser exigido da parte, tem-se por prequestionada a matéria.

Trata-se de prequestionamento ficto que se configura com a mera interposição de embargos declaratórios destinados a suprir omissão acerca de questão constitucional ou federal, sendo irrelevante o resultado do julgamento.

Este entendimento encontra ressonância nas seguintes palavras de Leonidas Cabral Albuquerque:

> *Quanto ao ponto omisso, haverá quando a matéria tiver sido devolvida ao tribunal, mas este, no julgamento, não a apreciar, omitindo solução a respeito. Para que o julgamento se complete, indispensável o recurso de embargos declaratórios. Mas veja-se que a exigência sumular é de que haja oposição de embargos, não o seu provimento. Se este resultado fosse indispensável para aferir o prequestionamento, estaria sendo imposta ao recorrente uma obrigação impossível, pois implicaria em ele determinar a própria redação do acórdão dos embargos, forçando o tribunal até mesmo a usar determinadas palavras, fazer referência aos artigos de lei, à forma de abordagem da questão etc. Portanto, basta a oposição de embargos para que esteja prequestionada a questão referente ao ponto omisso.*[41]

O Supremo Tribunal Federal, mais pragmático, considera, portanto, suficiente a interposição dos embargos declaratórios, independente de efetiva apreciação expressa no tribunal ordinário.

O STF, em sua Segunda Turma, tendo como precursor o Min. Marco Aurélio, chegou a perfilhar tese em conformidade com o entendimento do STJ, afirmando que:

> *Diz-se prequestionada determinada matéria quando o Órgão julgador haja adotado entendimento explícito a respeito. Verificada a omissão, incumbe à parte protocolar embargos declaratórios, no que consubstanciam verdadeiro ônus processual. A persistência do Órgão julgador no erro de proceder desafia a veiculação, no extraordinário, não da matéria sobre a qual não chegou a haver emissão de juízo, mas da transgressão ao devido processo legal com o pedido de declaração de nulidade do provimento. Impossível é atribuir aos declaratórios efeito que eles não têm, ou seja, de, pelo simples conteúdo, revelarem o prequestionamento, que nada mais é do que o debate e a decisão prévios do tema.*[42]

. . . . . .

41 ALBUQUERQUE, 1996, p. 91.
42 STF, Segunda Turma, AI 161014 AgR/SC, Relator Min. Marco Aurélio, j. em 08.09.1994, D.J. 20.04.1995.

Entretanto, trata-se de precedente pretérito, não mais espelhando o entendimento dominante, conforme se verifica no julgamento do RE n.º 208639, após brilhante voto-vista do Min. Nelson Jobim, vencido o Min. Marco Aurélio, por maioria a Segunda Turma se alinhou ao entendimento da Primeira Turma, fiel à Súmula n.º 356 do STF. Participaram do julgamento o Min. Néri da Silveira (presidente), o Min. Marco Aurélio (relator) e o Min. Nelson Jobim.[43]

A questão merece análise sob o prisma do acórdão paradigma da Primeira Turma, da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, conforme consignado na ementa do RE n.º 210638 que adiante se vê:

> *I. RE: prequestionamento: Súmula 356. O que, a teor da Súm. 356, se reputa carente de prequestionamento é o ponto que, indevidamente omitido pelo acórdão, não foi objeto de embargos de declaração; mas, opostos esses, se, não obstante, se recusa o Tribunal a suprir a omissão, por entendê-la inexistente, nada mais se pode exigir da parte, permitindo-se-lhe, de logo, interpor recurso extraordinário sobre a matéria dos embargos de declaração e não sobre a recusa, no julgamento deles, de manifestação sobre ela.*[44]

. . . . . .

43 STF, Segunda Turma, RE 208639/RS, Relator para o acórdão: Min. Nelson Jobim, j. em 06.04.1999, D.J. 04.02.2000.

44 STF, Primeira Turma, RE 210638/ SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, j. em 14. 04.1998, D.J. 19.06.1998.

Athos Gusmão Carneiro, avaliando a divergência jurisprudencial, chega à sensata conclusão de que "seria altamente conveniente a adoção, também pelo Superior Tribunal de Justiça, da orientação do Pretório Excelso, a bem da celeridade, instrumentalidade e eficiência do processo – objetivos maiores que devemos sobrepor a considerações de ortodoxia doutrinária."[45]

Entendimento mais adequado parece-nos o de que os embargos declaratórios não providos geram o prequestionamento, pois exigir do embargante interpor o recurso especial por violação ao art. 535, inciso II do CPC, aguardando o julgamento deste recurso para somente depois vir a propor o devido recurso especial ou extraordinário é, sem dúvida, uma afronta ou mesmo violação aos princípios da celeridade e da eficiência.

3. CONCLUSÃO

No presente trabalho a proposta foi discorrer sobre embargos declaratórios, e, assim, verificamos, abaixo, uma síntese dos principais tópicos abordados, opiniões e conclusões do presente trabalho monográfico:

1. Os embargos de declaração, conforme se verifica no art. 535 do CPC, constituem forma de impugnação de pronunciamento judicial e objetivam a não produção de efeitos jurídicos da decisão afastando obscuridade, suprindo omissão ou eliminando contrariedade, interrompendo o prazo para interposição de ou-

. . . . . .

45 CARNEIRO, 2002, p. 36.

tro recurso, não havendo remessa à instância superior, sendo competente para julgamento o juízo que proferiu decisão.

2. Qualquer decisão comporta os embargos de declaração, independente do grau de jurisdição, e, ainda que a lei determine ser determinada decisão irrecorrível, há ressalva em relação aos embargos declaratórios e, embora, em regra, do despacho de mero expediente não possa se interpor recurso, admitem-se os declaratórios.
3. Ocorrem divergências doutrinárias acerca da natureza jurídica dos embargos de declaração (recurso ou mero pedido de esclarecimento), mas, no direito pátrio, aos embargos declaratórios tem sido conferida a natureza de recurso com base no fato de que a lei assim determinou, entendimento este que merece críticas, pois o simples argumento de o legislador ter escolhido classificá-los dessa forma é frágil, pois não significa que tenha procedido corretamente, visto que os declaratórios possuem limites e objetivos distintos dos recursos em geral (ausência do intuito de reforma da decisão).
4. No art. 669º do Código de Processo Civil de Portugal, com o título de "esclarecimento ou reforma da sentença", verificamos que seriam, no direito comparado, os embargos de declaração um mero pedido de esclarecimento de obscuridade ou ambigüidade presente na decisão e não propriamente um recurso.
5. Os embargos declaratórios, a princípio, não se constituem em meio idôneo a alterar a decisão, salvo em caso de embargos de declaração com efeitos modificativos ou infringentes, assegurando-se o contraditório.

6. Além dos embargos declaratórios esclarecedores, temos os embargos declaratórios prequestionadores (sem risco de multa, consoante a Súmula 98 do STJ) que pretendem abordar questões federais ou constitucionais não ventiladas no acórdão, objetivando a interposição dos recursos excepcionais.
7. Não se prestam os embargos declaratórios prequestionadores para que seja suscitada pela primeira vez questão federal ou constitucional (seria caso de pós-questionamento).
8. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido o prequestionamento ficto através da Súmula n.º 211 e, assim, caso sejam rejeitados os embargos, permanecendo omissa a decisão embargada, deverá a parte interessada interpor recurso especial, invocando contrariedade ao art. 535, inciso II do CPC e, com o eventual acolhimento deste recurso, o acórdão proferido nos embargos será anulado e outro será prolatado. Somente depois de suprida a omissão, com o pronunciamento a respeito da questão federal, é que o recorrente poderia veicular a matéria no apelo especial, o que vem a comprometer, substancialmente, a celeridade da prestação jurisdicional.
9. O Supremo Tribunal Federal vem considerando o prequestionamento ficto e tem por prequestionada a matéria através da interposição dos embargos de declaração, ainda que rejeitados pelo tribunal de origem, concorde a Súmula n.º 356. Desta forma, será tida como prequestionada a matéria constitucional pela simples interposição dos declaratórios, sendo irrelevante o resultado do julgamento, pois

se o órgão julgador insiste em não apreciar a matéria dos aclaratórios nada mais deve ser exigido da parte e tem-se por prequestionada a matéria.

10. Em atendimento aos princípios da celeridade, instrumentalidade e eficiência, deveria prevalecer nas cortes superiores a orientação do Pretório Excelso, visando à máxima prestação jurisdicional, pois exigir do embargante interpor o recurso especial por violação ao art. 535, inciso II do CPC, aguardando o julgamento deste recurso para somente depois vir a propor o devido recurso especial, conforme entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, constitui uma afronta ou violação aos princípios supracitados.

4. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Leonidas Cabral. **Admissibilidade do recurso especial**. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Pré-questionamento. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 328, abr./jun.1994.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Recurso especial e extraordinário**. São Paulo: Dialética, 2003.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Embargos de declaração. **Revista de Processo**, a. 26, n. 102, abr./jun.2001.

DEMO, Roberto Luis Luchi. **Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KRIGER FILHO, D. A. **Embargos de declaração no processo cível e arbitral**. São Paulo: CL EDIJUR, 2002.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Introdução aos recursos cíveis**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MARTINS, Pedro Batista. **Recursos e processos da competência originária dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Armindo Ribeiro. **Recursos em processo civil.** 2 ed. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1994.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1975. Tomo VII

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 5

NEGRÃO, Perseu Gentil. **Recurso Especial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. Prequestionamento. In NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARAIVA, José. **Recurso especial e o Superior Tribunal de Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DA POSSIBILIDADE DO JULGAMENTO DA CAUSA MADURA EM SEDE DE EMBARGOS INFRINGENTES

Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Cível da Comarca do Recife-PE, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco

SUMÁRIO

1. HIPÓTESES PROCEDIMENTAIS COMPOSITIVAS DAS LIDES; 2. POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DO DUPLO GRAU EM REVISÃO; 3. JULGAMENTO DA "CAUSA MADURA" NA APELAÇÃO; 4. A NOVEL ADEQUAÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES; 5. JULGAMENTO DA "CAUSA MADURA" NOS EMBARGOS INFRINGENTES; 6. CONCLUSÃO.

1. HIPÓTESES PROCEDIMENTAIS COMPOSITIVAS DAS LIDES

Ao se buscar o Judiciário no sentido de solucionar uma determinada pretensão de direito contrária a uma pretensão resistida, através da competente ação, teremos a formação de um processo, o qual se desenvolverá de forma lógica e positiva, se regularmente exercido, passando pela análise de admissão da petição inicial, formação regular do contraditório e demais trâmites de direito, onde decisões interlocutórias, como liminares e saneadoras, podem ser proferidas, e, ao final, será prolatada sentença, pondo termo àquele procedimento específico, de modo a pacificar o conflito de interesses, na busca do mais justo frente à hipótese em concreto.

Este julgamento que encerra todos os procedimentos, ao seu turno, pode dispensar dilação probatória, quando os documentos acostados nas peças de acesso e bloqueio se façam suficientes para formação da convicção do julgador, que aplicará o que dispõe o art. 330, I do CPC, julgando antecipadamente a lide.

Se o réu não oferecer resistência, e em não se tratando de direitos indisponíveis, ocorre a revelia (art. 319 do CPC) e o julgamento se verifica nos moldes preconizados no art. 330, II do CPC, aceitando-se os fatos aduzidos na exordial como verdadeiros.

Por derradeiro, se o juiz ainda não se satisfez com os elementos coligidos na fase de postulação, deferirá a produção de provas em audiência pericial ou em inspeção, para esclarecimentos de fatos ainda obscuros nos autos, julgando o feito após a juntada dos memoriais respectivos de cada uma das partes envolvidas naquele processo[1].

Na primeira das hipóteses, diante da possibilidade de julgamento antecipado da lide, temos a ocorrência do que vem sendo denominado na doutrina e na jurisprudência de *causa madura*, ou seja, aquela causa que, em relação à produção de prova, se perfaz na fase de postulação, dispensando dilação probatória em instrução, ou, em outras palavras, aquela situação em que, encerrada a fase de petições, estará o processo em condições de imediato julgamento.

. . . . . .

1 *Em cuja sede não se pode mais fazer pedidos, mas um breve histórico do procedimento e a demonstração, em relação a cada uma das partes, de que sua tese deve ser aceita, caso comprovados os fatos e materializado o direito reclamado.*

2. POSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DO DUPLO GRAU EM REVISÃO

Regra geral, as decisões de primeiro grau que vão sendo prolatadas pelo juiz competente, interlocutórias ou sentenças, desafiam recursos voluntários[2] adequados por quem legitimado e interessado juridicamente, formando, quase sempre[3], o duplo grau de jurisdição, ou seja, aquela decisão do grau inferior será revisada, em devolução, pelo grau superior colegiado, pelos tribunais competentes.

No julgamento, a decisão originária poderá ser mantida ou reformada, total ou parcialmente, quando ocorre *error in judicando*, ou poderá ser anulada, por *error in procedendo*, redundando conseqüências diversas em cada uma dessas possibilidades procedimentais.

Neste diapasão, as sentenças poderão encerrar o processo com ou sem apreciação do mérito, extinguindo-o, meritoriamente, quando se define o cerne da lide na cognição.

Na hipótese formal, primeira, é facultado ao juiz do feito, portanto, reconhecer a prescrição ou a decadência, questões processuais materiais, ou declarar a parte autora carecedora do direito de ação, por falta das condições da ação, ou qualquer outra causa processual peremptória que leve à extinção do processo sem julgamento do mérito, podendo, entrementes, cometer equívocos de interpretação e proferir uma sentença imperfeita.

. . . . . .

2 *Ou mesmo necessários, nos termos, dentre outros, do art. 475 do CPC.*

3 *Os embargos de declaração devolvem o poder de revisar a decisão ao próprio juiz da causa, não formando, portanto, o duplo grau de jurisdição.*

Se a decisão é proferida quando da análise de admissibilidade da exordial, indeferindo-a, adequa-se o recurso apelatório previsto no art. 296 do CPC, pelo qual o juiz poderá, inclusive, excepcionalmente, retratar-se e receber a petição inicial, determinando a formação do contraditório e ulteriores trâmites, ou, ratificando sua decisão terminativa, encaminhar diretamente os autos ao tribunal para processamento do recurso apelatório, sem que se faça necessária a formação da relação processual anunciada.

Nestas circunstâncias, provido que seja o recurso, nenhuma outra alternativa resta ao tribunal competente, que não a devolução do feito ao juízo singular, para que ele dê andamento ao processo, com a formação do contraditório e dos atos lógicos que lhe seguem.

3. JULGAMENTO DA "CAUSA MADURA" NA APELAÇÃO

Já se a questão peremptória for acolhida após a formação da relação processual, interposta apelação e vindo esta a ser provida, caberá ao tribunal analisar se a causa está ou não madura a julgamento, na forma preconizada no art. 515, § 3º do CPC, ou seja, se há necessidade de dilação probatória ou não, conforme lição de Jorge de Miranda Magalhães, Professor e Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sua matéria *A Apelação na "Causa Madura"*, publicada na Revista da EMERJ, vol. 5, nº 19, 2002, pp. 85/89, devendo ser analisado se a ação que fora julgada extinta, sem o exame do mérito, já está pronta para julgamento definitivo, agora, porém, em sede recursal.

Se houver necessidade de dilação probatória, por outra via, a causa não estará madura e também não restará outra opção ao tribunal senão devolver os autos ao juízo natural para tanto e posterior novo sentenciamento.

Se não houver necessidade de dilação probatória, entretanto, conforme diretriz ínsita ao art. 330, I do CPC, cabe ao tribunal, já que superada questão processual peremptória, apreciar outras questões técnicas eventualmente argüidas e, igualmente superando-as, adentrar no próprio mérito, pondo termo àquela contenda, em atenção aos princípios da celeridade, instrumentalidade e efetividade que direcionam o processo civil moderno.

Aqui, no sítio de segundo grau de jurisdição, a decisão que encerra o recurso poderá ser monocrática, ao teor do contido no art. 557 do CPC, ou colegiada, como de regra, lavrando-se o competente acórdão, unânime ou por maioria, dando ou negando provimento à apelação.

Se monocrática ou colegiada a decisão e necessária dilação probatória, os autos serão devolvidos ao julgador singular para prosseguimento da instrução.

Caso contrário, se o feito estiver maduro, apto ao enfrentamento do mérito, caberá ao relator, monocraticamente[4], se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do STF ou do STJ (§1º-A do art. 557 CPC), dar provimento ao recurso e decidir a relação primária controvertida, ou, provida a apelação pelo colegiado, por maioria ou unanimemente, o relator determinará a devolução dos autos ao juízo competente para prosseguimen-

. . . . . .

[4] Esta decisão, portanto, por ser monocrática, dispensará acórdão, embora dele seja um substitutivo.

to, se necessária dilação probatória, ou, se madura a causa, decidir naquela oportunidade a relação controvertida cujo juízo natural seria o *a quo*, porém agora em sede recursal.

4. A NOVEL ADEQUAÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

A decisão colegiada, e só esta, por sua vez, poderá ser unânime ou por maioria, e se por maioria, mesmo que parcialmente, desafiará *embargos infringentes* das decisões de qualquer natureza não unânimes proferidas até 27 de março de 2002, data de entrada em vigor da Lei nº 10.352/2001, quando passou a se adequar o recurso de embargos infringentes apenas contra acórdão majoritário em apelação ou recurso necessário que reformar sentença de mérito ou que, superada questão processual peremptória, ao adentrar no mérito da causa madura, julgue por maioria a reforma do julgado originário[5], ou, ainda, em ação rescisória julgada procedente.

Na situação primeira, devemos fazer ver que diante do acúmulo de recursos nos tribunais, ainda há centenas ou milhares de embargos infringentes processados pelo regramento processual anteriormente vigente, cuidando a dissidência de questão meramente processual, formal ou de mérito, como vimos, e, na segunda hipótese, outros em que a divergência é material, tenha sido o acórdão lavrado sob a égide da nova lei instru-

. . . . . .

5 São cabíveis Embargos Infringentes quando o acórdão, após rechaçar a sentença terminativa, aprecia a matéria de mérito, resultando um julgamento não unânime. Preliminar rejeitada. Recurso conhecido (Nos Embargos Infringentes nº 2003.5.127, TJRJ, 7CC, Rel. Des. Ricardo Rodrigues Cardozo, Julgado em 25/11/2003).

mental ou não, quando se busca, no tocante ao mérito daqueles infringentes, a prevalência do entendimento minoritário.

5. JULGAMENTO DA "CAUSA MADURA" NOS EMBARGOS INFRINGENTES

A questão posta é a seguinte: seria admissível na sede dos embargos infringentes a aplicação da regra ínsita ao § 3º do art. 515 do CPC, típica do regime processual apelatório? Haveria supressão de instância? As partes não seriam surpreendidas com uma decisão atípica para aquele momento procedimental, já que, por regra, se providos os infringentes e superada questão processual, os autos deveriam baixar ao órgão competente do tribunal para apreciação do *meritum* do apelo?

Eis aresto do Colendo STJ sobre a regra aplicável em tais situações:

> *PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO DA APELAÇÃO. VÍCIO NO RESULTADO DO JULGAMENTO. EMBARGOS INFRINGENTES. NÃO-CONHECIMENTO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO ÓRGÃO JULGADOR DA APELAÇÃO PARA CORREÇÃO DO VÍCIO. CABIMENTO. ERRO MATERIAL. ART. 463, CPC. EXEGESE. RIGOR FORMAL. MITIGAÇÃO. RECURSO DESACOLHIDO. I – Caracteriza erro material, passível de apreciação de ofício, quando o resultado do julgamento da apelação não retrata a conclusão majoritária dos votos proferidos pelos integrantes do órgão julgador. II – Verificada a*

> *ocorrência do erro nas instâncias ordinárias (na espécie, quando do julgamento dos embargos infringentes), os autos devem ser remetidos ao Órgão que prolatou a decisão viciada, para a devida correção. (grifei) III – Nos termos da boa doutrina, considera-se nula a decisão judicial cujos fundamentos não se harmonizam com sua conclusão. Assim, também por essa razão, de rigor a devolução dos autos para sanação da nulidade. IV - A mitigação do rigor formal em prol da finalidade é critério que se impõe por imperativo da missão constitucional desta Corte (REsp 50510/SP, T4, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 22/10/2001, citado em RSTJ 152/366).*

Inobstante tal posição, entendo que sim, que em atenção aos princípios da instrumentalidade e da efetividade do processo é plenamente cabível o adentramento na questão de mérito mesmo na sede infringencial, isto em análise de situações concretas, não de modo generalizado, e justifico tal posicionamento, por mim defendido perante o 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, nos embargos infringentes nº 33.985-9, em sessão do dia 07.08.2002, quando em julgamento decisão terminativa material não unânime antes ainda da vigência da retromencionada legislação processual.

O acórdão da apelação decretou a prescrição da pretensão primária por maioria, cujo voto dissidente, do relator, adentrou no mérito e reconhecia o direito supli-

cado na origem. Houve interposição de embargos infringentes e estes foram acolhidos unanimemente, fazendo prevalecer o voto divergente, no sentido do cabimento da análise meritória da pretensão, já que os votos vencedores haviam se baseado em informação de data reconhecidamente errada, que levara ao cálculo do prazo prescricional indevido.

Os autos deveriam por regra ser então devolvidos à Câmara competente, já que reformado o acórdão, para prosseguimento dos votos de mérito do revisor e do vogal na apelação, estes, conforme já dito, calcados em informação que se reconheceu nos infringentes como falsa.

Nesta oportunidade, antes do encerramento do julgamento, suscitei questão de ordem, requerendo ao Presidente da Sessão que o Grupo passasse a apreciar, naquela mesma sede, o próprio mérito em discussão, ou seja, se o autor da demanda tinha ou não direito à sua pretensão resistida, já que a causa estava madura, a divergência superada, embora peremptória era também de mérito, pois a jurisprudência excepcionalmente já admitia na apelação, à época, o julgamento da causa madura nas hipóteses de prescrição ou decadência[6], e que o processo moderno tem função priorística de celeridade e instrumentalidade, no sentido de eficiencizar a prestação jurisdicional.

E mais, pela tortuosa via dos recursos, já decorrera mais de 20 (vinte) anos de discussões entre a origem e o tribunal naquele caso, e se providos ou não

. . . . . .

6 Neste sentido REsp 5575/SP, STJ, T3, Rel. Min. Costa Leite, DJ 05/12/1994, citado em REVPRO 78/237 e RSTJ 67/290, com precedente, REsp 2306/SP).

aqueles embargos infringentes, embargos aclaratórios poderiam ser interpostos, nova sessão de julgamento deveria apreciá-los, com a baixa à Câmara, para inclusão em nova pauta para novo julgamento da apelação, demandados vários meses ou até mesmo anos, e, por derradeiro, se admissíveis, ainda seriam demandados recurso especial ou extraordinário, os quais, reduzindo esta verdadeira *via crucis* processual, poderiam ser interpostos diretamente contra o acórdão que definisse pelo reconhecimento ou não da pretensão discutida naqueles infringentes.

Após muita discussão processual, à unanimidade o Grupo decidiu pelo acolhimento da questão de ordem, passou a apreciar o mérito da pretensão originária, já debatida inicialmente no juízo monocrático, depois na sede apelatória, na Câmara, e, por último, devolvida ao conhecimento do Grupo de Câmaras, naqueles embargos infringentes, de forma que não haveria mais surpresa a qualquer das partes, após tantos debates.

Desse modo, instrumentalizou-se o processo e ali se efetivou a jurisdição, positivando a pretensão[7], onde, no caso posto, o bom direito saltava aos olhos.

Na jurisprudência pátria há precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, seguinte, onde, na sede infringencial, aplicou-se subsidiariamente a nova regra recursal insculpida no art. 515, § 3º do CPC:

. . . . . .

7 *Observe-se que poderia estar a se suprimir instância, porém em se flexibilizando o processo, mediante fundamento de inexistência de prejuízo, diante do amplo contraditório já formado e sendo desnecessária dilação probatória, não há que se cogitar de nulidade do acórdão.*

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO ORDINÁRIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. ACÓRDÃO DA QUARTA CÂMARA CÍVEL, POR MAIORIA, JULGANDO PROCEDENTE A DEMANDA. VIGÊNCIA DO § 3º DO ART. 515 DO CPC. APLICABILIDADE. Vigente o § 3º do art. 515 do CPC, impõe-se a sua aplicabilidade para convalidar o vício existente na apelação, ao julgar o mérito, antes de sua vigência (grifei) (Nos EI 70003467396, 2GCC, Rel. Des. Wellington Pacheco Barros, julgado em 14/06/2002).

Ainda:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE OBRIGAÇÕES. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. CRT. VOTO VENCIDO QUANTO À LEGITIMAÇÃO ATIVA DE CESSIONÁRIOS. JULGAMENTOS DE MÉRITO. UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. Ausente divergência no 8º Grupo Cível quanto aos temas dos presentes embargos, inexiste o que ser uniformizado. Ainda que tenha havido cessão de direitos e ações pelos embargantes, têm os cedentes legitimidade para pleitear diferença de ações em relação ao contrato de participação financeira. Julgado extinto o feito, acolhidos os embargos infringentes, desde logo possível a apreciação do mérito, nos termos da Lei nº 10.352/01, que inseriu o par. 3º ao art. 515 do

CPC. Embargos infringentes desacolhidos, com exame de mérito, julgado improcedente o pedido de emissão de ações. Unânime (grifei) (EI 70005396239, TJRS, 8GCC, Rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes, julgado 13/12/2002).

No mesmo sentido os Embargos Infringentes nºs 70003117611 e 70004036083, também do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do mesmo Tribunal gaúcho, o primeiro julgado em 12/04/2002, da relatoria do Des. Luiz Ari Azambuja Ramos, e o segundo em 10/05/2002, da relatoria do Des. Vasco Della Giustina.

6. CONCLUSÃO

Concluímos, portanto, ser plenamente adequado o julgamento da "causa madura" em sede de embargos infringentes, desde que superada por maioria questão processual material, mesmo por prescrição ou decadência, que tenha sido respeitado o debate contraditório nas instâncias originária e apelatória e que, principalmente, a questão não demande dilação probatória em instrução.

Fica a sugestão para que, numa nova reforma processual, seja alargada formalmente a aplicação da possibilidade do julgamento da causa madura não só na apelação, mas também no agravo de instrumento, no recurso ordinário e nos embargos infringentes, sempre que o debate meritório se encontrar efetivado originariamente nos autos, como forma de celerização segura da prestação jurisdicional, especialmente evitando-se dilações recursais inúteis e reconhecidamente danosas à efetividade do processo resultado.

Nesta linha, o novo processo civil deve ser enxergado por todos que operam o direito exatamente no sentido instrumentalizador de eficácia jurisdicional, sem sobressaltos e surpresas às partes[8], porém numa visão mais ampla, flexível na medida do possível, suprimindo certas fórmulas procedimentais dispensáveis, reconhecidamente lentas e bastante complexas, desde que inocorrendo prejuízo a qualquer das partes, realizando tudo o que for possível para que a prestação jurisdicional, adequada e justa, possa ser mais célere e ponha fim eficientemente à controvérsia posta à apreciação do Estado juiz.

. . . . . .

[8] *A decisão surpresa, fora das regras procedimentais mínimas, deve ser combatida a todo custo pelo Judiciário, já que causa perplexidade aos jurisdicionados, indo de encontro ao princípio da segurança jurídica.*

LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO: NÃO APLICAÇÃO DE PRECLUSÕES PROCESSUAIS À *REFORMACIO IN MELIUS*

Roberval Rocha Ferreira Filho
Bacharel em Direito e em Ciência da Computação. Já ocupou os cargos públicos de Agente de Controle e Finanças da Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, Analista do Banco Central do Brasil e, desde 1996, é Auditor do Tesouro do Município do Recife.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. A DOUTRINA E O PRAZO DE REVISÃO DE LANÇAMENTO; 3. "COISA JULGADA" ADMINISTRATIVA; 4. APRECIAÇÃO DE RECURSO INTEMPESTIVO E REAPRECIAÇÃO DE ATO NÃO IMPUGNADO; 5. JURISPRUDÊNCIA; 6. A REVISÃO DE LANÇAMENTO NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL; 7. CONCLUSÕES; 8. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A doutrina brasileira há muito discorre sobre o assunto *imutabilidade do lançamento*, assentada em discussões e interpretações dos mais diversos matizes sobre o alcance do disposto no parágrafo único do art.149 do Código Tributário Nacional e tomando quase que uma direção única no sentido de entender tal prazo como de decadência, demonstrando preocupação com os limites da gula tributária do Estado e visando preservar os direitos dos contribuintes com a eficácia plena dos mandamentos sistêmicos do CTN, ensejadores

deste *freio* à atividade revisionista dos exatores públicos, e que têm, como razão maior, manter a estabilidade das relações jurídicas Fisco-cidadão, não permitindo que este venha a ser, depois de decorrido certo prazo, perturbado pelos representantes dos órgãos fiscalizadores e lançadores, a remexer situações sedimentadas num passado distante, à cata de fatos geradores não identificados para, numa canetada, constituir novos créditos tributários.

Acontece que, ciosos da defesa de certos direitos e, baseados numa premissa errônea (o próprio conceito de revisão de lançamento, como adiante demonstraremos), descuidaram-se vários autores (a imensa maioria) daquilo que tomamos a liberdade de chamar *revisão pro contribuinte*, abarcando toda a realidade fática numa solução jurídica única.

Interpretando o mandamento legal como obstáculo intransponível para a modificação do lançamento, jogaram numa vala comum realidades as mais dissonantes possíveis, e dentre estas, duas se destacam: os lançamentos errôneos que imputavam ao sujeito passivo dívidas tributárias inferiores às efetivamente devidas, e aqueles que, ao contrário, impunham-lhe recolher valores acima do realmente devido.

A pergunta que nos propomos a responder é a seguinte: pode a Administração, de ofício, alterar o lançamento tributário, decorrido o prazo "decadencial" tributário?

O problema apresentado diz respeito à melhor interpretação que pode ser dada ao parágrafo único do art. 149, do CTN: "A revisão do lançamento só pode

ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública", ou seja, em que prazo pode ser alterado, revisto o lançamento?

O conteúdo da questão é, sem dúvida, controverso e melindroso, dividindo os doutrinadores e a jurisprudência, e postando, frente a frente, teorias dissonantes, como as que dizem respeito ao cabimento (ou não) da anulabilidade do ato administrativo, da existência (ou não) da "coisa julgada" administrativa, de ter (ou não) o lançamento tributário, caráter declaratório (ou constitutivo), do modo de se definir e apartar os prazos decadenciais dos prescricionais, enfim, enfeixando várias cargas semântico-jurídicas que incidem sobre o mesmo problema, o que, por si só, já seria suficiente para, como dizia Alberto Xavier em várias de suas obras, "derramarem-se rios de tinta sobre o assunto", o que, sem dúvida, tentaremos evitar.

2. A DOUTRINA E O PRAZO DE REVISÃO DE LANÇAMENTO

José Jayme de Macedo Oliveira[1] expressa, ainda que de forma sucinta, o entendimento tradicionalmente acatado pela doutrina e também pela jurisprudência pátria. Segundo ele, o direito de revisão de lançamento limitar-se-ia, temporalmente, dentro do prazo decadencial de cinco anos. Miguel Reale emenda a tese com a idéia de que, decorrido o prazo decadencial assinalado pelo CTN, não mais poderia o Fisco, de ofício, rever o

. . . . . .

[1] OLIVEIRA, José Jayme Macedo. **Código Tributário Nacional – Comentários, Doutrina e Jurisprudência.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.388.

lançamento. O autor vai além, impugna a possibilidade de o Executivo anular ato administrativo, asseverando que, quando se configura um ato simplesmente anulável, cessa a competência anulatória do Executivo, ficando a cargo do Judiciário, exclusivamente, decretar tal nulidade. Cabe ressaltar, quanto à questão de anulação de ato administrativo, entretanto, que a doutrina majoritária não aceita essa orientação, estando a matéria pacificada jurisprudencialmente pelas súmulas 346 e 473 do STF.

Diógenes Gasparini preleciona no sentido da prescrição do poder de controlar seus próprios atos, conferido à Administração Pública. Para ele, "nada justifica a possibilidade de um ato administrativo vir a ser declarado inválido depois de longo tempo de sua edição"[2]. O administrativista lembra igual ponderação de Cleníncio da Silva Duarte, para quem as situações irregulares dever-se-iam consolidar com o decurso do tempo, seja para melhor, seja para pior[3].

É forte o pendor de variadas correntes de doutrinadores tributaristas por idéias assemelhadas às acima mencionadas, liderados por Hugo de Brito Machado, Luciano Amaro, Sacha Calmon, Ives Gandra, por fim, a imensa maioria, propugnando pela impossibilidade de revisão do lançamento decorrido decadencial a que faria alusão o parágrafo único do art.149 do CTN. Entretanto, a mesma força na defesa dessa tese não se encontra no sentido de não admitir *a reformatio in mellius* do lançamento, noutro dizer: se encontrado algum erro formal que imputasse ao sujeito passivo recolhimento de quantia superior ao devido (indébito), deveria proceder a Fazenda à correção do seu ato, ou estaria impossibilitada de fazê-lo?

. . . . . .

2 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 99.
3 Idem, Op. cit., p. 99.

É quase que muda a doutrina a esse respeito. A impossibilidade de revisão, da maneira como exposta na literatura sobre a matéria, iguala os desiguais, aniquilando princípios jurídicos básicos de proteção e também de isonomia. Vedada a revisão ensejadora de um *plus* de créditos tributários, vedada também estaria a *revisão pro contribuinte*?

E mais: identificado um erro formal (por exemplo, um erro de cálculo), em lançamento tributário, decorridos cinco anos de sua feitura, e já inscrito em dívida ativa, não tendo havido ainda a citação para a execução fiscal, decide o sujeito passivo efetuar o recolhimento do tributo e dos acréscimos legais incidentes, entretanto, identifica grave erro de cálculo que acrescenta, ao valor cobrado, quantias indevidas. Tal erro também é reconhecido pela Fazenda, que se propõe a saná-lo, retificando seu ato e prevenindo litígio. Impossível fazê-lo frente ao mandamento legal?

Cremos que não: a resposta a tais questionamentos encontra-se, parte na verdadeira definição da revisão do lançamento, parte na solução dos conflitos entre os princípios reitores da atividade administrativo-tributária.

É interessante notar, conforme sublinhou Alberto Xavier[4], que a lei usa o termo *alteração* para as três hipóteses de reapreciação do lançamento, reservando *revisão*, *ex vi* do art. 149 *caput* e parágrafo único, para

. . . . . .

4 XAVIER, Alberto. **Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 240.

indicar o ato-norma administrativo de reapreciação do ato-norma de lançamento tributário original. Nesse caso, a revisão consiste, juridicamente, em novo lançamento e, por conseqüência, novo crédito tributário.

Segundo Aurélio Pitanga Seixas Filho[5], nos prazos de constituição do crédito tributário fixados no artigo 173 do CTN, sempre que o Fisco tomar conhecimento que lavrou o lançamento tributário com base em fatos inverídicos ou errados, poderá efetuar uma revisão do mesmo, para retificá-lo, e exigir o pagamento do valor do tributo que estiver faltando, através de um lançamento complementar.

Assim, a denominada revisão constitui novo ato-norma administrativo que instala, com a devida notificação, nova constituição do crédito.

Para José Souto Maior Borges, o problema da revisibilidade do lançamento por erro pode ser encarado conseqüentemente sob o prisma da *majoração* do crédito tributário, ou seja, em benefício do sujeito ativo, mas também sob o ângulo da devolução do indébito e, assim sendo, em benefício do sujeito passivo. Se for identificado com um defeito, especificamente contemplado no ordenamento jurídico, que torna o lançamento deficiente, o erro ensejará, portanto, e *sempre*, a revisão do ato tributário, porque assim o CTN o determina[6].

Rubens Gomes de Souza, em parecer originalmente publicado em 1948[7]: "O lançamento em razão das

. . . . . .

5 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Estudos de procedimento administrativo fiscal.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 31.

6 BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário.** Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 318-319.

7 SOUZA, Rubens Gomes de. **Estudos de Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva: 1950. p. 241.

suas características e dos efeitos que dele decorrem, quer seja considerado dentro da sistemática dos atos administrativos, quer seja, mais exatamente, considerado como um elemento do processo formativo da obrigação tributária, não pode ser revisto, modificado ou substituído por outro, por ato espontâneo da administração, *em prejuízo do contribuinte*, com fundamento em erro incorrido na valoração jurídica dos dados ou elementos de fato em que se tenha baseado, quer tal valoração jurídica tenha sido adiantada pelo contribuinte ou terceiro obrigado à declaração ou informação, e aceita pela administração".

Reza a máxima jurídica que a lei não contém palavras inúteis, num esforço interpretativo, lendo-se a frase acima e retirando a parte "*em prejuízo do contribuinte*", vê-se que se modifica totalmente o sentido dos pensamentos de quem a escreveu. Daí se deduzir que, a contrário senso, dever-se-ia sempre rever o ato quando favorável ao contribuinte.

3. "COISA JULGADA" ADMINISTRATIVA

Decorrido o prazo extintivo de direitos a que se refere o parágrafo único do art. 149 do CTN, que é óbice temporal à revisão do lançamento, ou inexistindo fundamentos legais que amparem revisão mesmo durante o intercurso temporal decadencial, torna-se o lançamento imutável, conquanto possa, ainda, ser impugnado em processo regular, administrativo ou judicial.

Essa característica de *imutabilidade* tem natureza jurídica de *coisa julgada,* entendida como qualidade da sentença *judicial*, imutabilizando seus efeitos?

Conforme José Souto Maior Borges[8], para quem, ao ato administrativo não é oponível a *res judicata*, por entender que a reforma ou anulação dos atos administrativos é inerente à função administrativa, se for identificado com um defeito, especificamente contemplado no ordenamento jurídico, que torna o lançamento deficiente, o erro ensejará, portanto, e sempre, a revisão do ato tributário, porque assim o CTN o determina[9].

Tributaristas de renome há, como Alberto Xavier[10], que defendem que os atos jurisdicionais distinguem-se, em essência, dos atos administrativos, exatamente pela formação da coisa julgada, imanente àqueles, não a estes.

O obstáculo temporal à reapreciação da situação tributária teria, portanto, natureza de preclusão processual, tão-somente.

Afastada a aplicabilidade de tal conceito ao processo administrativo-tributário, vários doutrinadores preferem, visando melhor precisão terminológica, o conceito de *preclusão interna*.

Assim é que Mary Elbe Gomes Queiroz Maia[11], discorrendo sobre o assunto, salienta não serem oponíveis, no âmbito administrativo, "as alegações de preclusão interna ou a aquisição da qualidade de 'coisa julgada', com relação ao caráter de imodificabilidade que assumiriam as decisões administrativas."[12]

. . . . . .

8 BORGES, José Souto Maior. **Lançamento...**, Op. cit. p. 328-331.
9 Idem, p. 318-319.
10 XAVIER, Alberto. **Do lançamento**..., op. cit., p. 269.
11 MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. **Do lançamento tributário - Execução e Controle**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 73.
12 MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. Op. cit. p. 72.

A imutabilidade do lançamento só pode ser acatada como ramificação da segurança jurídica, ou seja, quando sua aplicação seja favorável ao sujeito passivo, em atendimento aos princípios da legalidade, verdade material, do direito de petição e no sentido de ficar impedida a Fazenda de procurar discutir judicialmente as decisões administrativas que lhe forem contrárias.

Deste modo, apesar da ocorrência da definitividade, como prevista nas variadas normas processuais-administrativas, motivos não há para que não se proceda *ex officio* à correção dos erros do lançamento, mesmo após a "coisa julgada" administrativa, quando for para decidir favoravelmente ao contribuinte, no intuito de evitar e prevenir a cobrança e a execução judicial indevida de valor total ou a maior do que devido, tendo em vista a *legalidade* e *verdade material* que norteiam o lançamento e suas conseqüências: julgamento, cobrança e execução do crédito tributário.

A revisão *ex officio*, assim, previne e poupa a Fazenda Pública de gastos indevidos com a sucumbência de lide judicial tendente a salvaguardar créditos tributários indevidos e por isso mesmo, ilegalmente ajuizados.

Tornar admissível revisão nestas condições nada mais é do que propugnar pela primazia da verdade real e da legalidade, não é simplesmente deixar de reconhecer ou desprezar a definitividade das decisões administrativas, mas, sobretudo, obstar a convalidação de ato administrativo viciado ou nulo, com base em preclusão processual, pela simples prevalência da legalidade formal sobre a verdade real, o que, no Processo Administrativo Tributário, deve ser sempre rechaçado.

Exigir crédito tributário indevido poderá afetar até mesmo a credibilidade da Administração Tributária e, em última instância, atentar contra a legalidade e a segurança jurídica[13].

Não significando ser um ato provisório ou condicional, a definitividade do lançamento não pode ser entendida de outro lado, como imutabilidade ou irreversibilidade, efeitos jurídicos não característicos dos atos administrativos[14].

Assim, o lançamento, apesar de definitivo, e com os requisitos de validade e eficácia, poderá ser modificado ou até anulado pela Administração, espontaneamente ou por impugnação do sujeito passivo, caso se evidencie ter sido exarado total ou parcialmente em desacordo com a lei.

A Administração deve reconhecer a invalidade do ato praticado, independentemente de recurso por parte do contribuinte, pois o princípio da legalidade é norteador de suas atividades, exigindo resguardo *ex officio* da atividade lançadora, sob pena de fulminar a vinculação de seus atos.

As oportunidades surgidas antes da instauração da lide entre contribuinte e Fazenda não devem ser desprezadas para que se corrijam falhas que viciem o ato administrativo do lançamento, e isto se faz visando à economia processual, à moralidade e, sobretudo, ao bom-senso.

. . . . . .

13 Idem, p. 74.
14 SEIXAS FILHO, **Aurélio Pitanga. Estudos**..., op. cit., p. 185

Assim, a autoridade exatora, tendo conhecimento da ilegalidade do ato, deve, agindo de ofício, repará-lo ou o anular, mesmo que requisitos formais do processo administrativo tributário tenham que ser sobrestados, pois a verdade material, no âmbito do Direito Tributário, sobrepaira-se aos requisitos adjetivos e meramente processuais.

Agindo desta forma, o representante estatal nada mais estará fazendo do que seguindo o princípio da oficialidade, um dos pilares da legalidade objetiva que, orientada pela busca da plenitude de seus efeitos, faculta rever-se a ilegalidade de qualquer lançamento, mesmo ausente a impugnação, ou intempestiva.

A não correção de falhas reconhecidas do lançamento simplesmente por falta de manifestação do sujeito passivo instaura, na relação jurídica fisco-contribuinte, supremacia inaceitável da verdade *formal* sobre a verdade *material*, desnaturando o regime jurídico do lançamento, totalmente afeito às regras administrativas, de onde retira seus efeitos e por onde se assentam suas regras.

Manter uma ilegalidade no lançamento, que seria do seu dever afastar, em cumprimento ao Princípio da Verdade Material, é ritualística processual pura, de incabível aceitação nestas paragens do Direito.

Como a Administração pode, no prazo prescricional, corrigir as invalidades dos seus atos administrativos, dentro do seu dever-poder de agir de ofício, realmente, não teria sentido, podendo a Administração retificar de ofício os erros do ato administrativo, precisar recorrer à função jurisdicional para tal fim.

4. APRECIAÇÃO DE RECURSO INTEMPESTIVO E REAPRECIAÇÃO DE ATO NÃO IMPUGNADO

A recusa de autoridades e tribunais administrativos em apreciar recursos ou reclamações intempestivas regula a própria atividade dos órgãos controladores que, sem um mínimo de ordenamento, obviamente não cumpririam com o seu mister e, não raro, estariam às voltas com inúmeros pedidos de reapreciação.

A inconveniência dessa posição, entretanto, fica acentuada com o fato de que o sujeito passivo não perde o direito de anular o lançamento com o esgotamento dos prazos recursais administrativos.

Mary Elbe Gomes Queiroz Maia[15] também é da mesma opinião, discorrendo sobre a amplitude do exercício do controle do lançamento: "Reconhecendo-se direito não requerido ou invocado pelo sujeito passivo, mas que a autoridade administrativa dele tem conhecimento, pois é isto que caracteriza o estrito cumprimento da propugnada legalidade."

Até mesmo perante a própria Administração que não acatar o recurso perempto, poderá o contribuinte requerer a anulação do lançamento por via transversa: pagando o valor que lhe está sendo exigido e, posteriormente, requerendo a repetição do indébito. Pode, também, valer-se de recurso próprio ao Poder Judiciário.

Assim, o exagero formalístico, atinando-se a prazos rígidos e ritualizando procedimentos, pode, não raro, desaguar em convalidação administrativa de lançamentos ilegais, impondo à Fazenda Pública desnecessário

. . . . . .

15 MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. Op. cit.,p. 60.

litígio judicial onde, com grande probabilidade, arcará com ônus evitáveis, como a sucumbência e o descrédito de sua atuação.

A preclusão administrativa imita correlato prazo judicial, mas sem os efeitos deste último: perder o prazo perante a Administração é algo sobejamente diferente de perder o prazo perante o Judiciário, no primeiro caso, permanece íntegro o direito de demandar o Fisco judicialmente.

Portanto, abrir mão de um prazo recursal administrativo não é abrir mão de um direito irrenunciável, é, antes de tudo, obrigação da Administração frente a reconhecimento de ato desajustado aos mandamentos legais, é acautelamento de indesejável lide, é submissão à estrita legalidade.

Assim, as autoridades tributárias com competência decisória de primeira instância estão autorizadas a conhecer e decidir sobre a legalidade do lançamento tributário, mesmo não sendo oferecido nenhum recurso, ou oferecido intempestivamente.

Assente nessas premissas, vários são os pareceres de alguns juristas que, laborando pela Administração Pública, lograram prevenir litígios judiciais contra a Fazenda. Abaixo, citamos alguns.

Carlos Medeiros da Silva, Consultor-Geral da República, em 19/04/54 (Revista de Direito Administrativo, 37/457): "A repulsa do pedido, na esfera administrativa, neste caso, seria mera formalidade, destinada a protelar a solução da controvérsia, onerando a parte e sobrecarregando a tarefa dos órgãos judiciários... De acordo com este ensinamento, fiel ao meu ponto de vista expresso em outra oportunidade e que tem o apoio de

ilustres juristas, entendo que, não estando esgotado o prazo para a propositura da ação judicial, pode a administração, ante a previsão do êxito desta, solucionar a controvérsia, a despeito de decorrido o lapso menor, da chamada prescrição administrativa."[16]

Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira, Procurador Geral da Fazenda Nacional, parecer publicado no DOU de 06/08/73, p. 7.659: "Entendemos que a competência da autoridade administrativa-fiscal não se exaure com a suposta 'coisa julgada administrativa'. Ser-lhe-ia dado rever o ato. Não, é claro, de forma arbitrária, mas sempre que, sem ferir o direito adquirido, verificasse a ilegalidade da decisão."[17]

5. JURISPRUDÊNCIA

A prática dos tribunais (tribunais em sentido amplo, incluindo também os órgãos colegiados julgadores administrativos) demonstra que nem sempre são acolhidos os posicionamentos da doutrina dominante, demonstrando que desta fonte do direito sobejam decisões que entendem ser o prazo referido no art. 149, parágrafo único do CTN, aplicável à nova constituição de créditos, através de novo lançamento, seja suplementar ou substitutivo ao original, mas não ao conserto do ato, de maneira *pro contribuinte*. Vejamos:

Tribunal Federal de Recursos – Ação Rescisória N. 997 – Paraná – DJU 18/10/84: "Processual Civil. Execução Fiscal. Título líquido e certo. Código Tri-

. . . . . .

16 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Estudos...**, op. cit. p. 266.
17 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Estudos**..., op. cit., p. 266.

butário Nacional, artigos 202 e 203. Código de Processo Civil, artigos 586 e 618, I. I – Se a prova colhida demonstra que parte do débito não é devida, restando, todavia, como devida, quantia líquida, resolve-se a questão com a procedência parcial dos embargos do devedor..."

No voto condutor do Acórdão, o Min. Carlos Mário Veloso esclareceu que: "Entendo que as regras processuais, regras formais, não podem ser encaradas de modo radical. O processo é instrumento de busca da verdade e realização da justiça. Ora, se, numa execução, é possível, com exatidão, separar o devido do indevido, não prestaria obséquio ao processo, assim como instrumento de realização da justiça, deixar de reconhecer tal separação e deixar de condenar o executado no que, em verdade, ele deve (ou, noutras palavras, para que fiquemos fiéis ao Direito Processual positivo, dar pela procedência dos embargos no tocante à parcela indevida)".

O Min. Antônio de Pádua Ribeiro, no mesmo Acórdão, pronunciou-se no sentido que: "A propósito do assunto, tenho entendido que a sentença, proferida nos embargos, que ordena seja excluída da execução determinada parcela do débito, não acarreta a iliquidez e incerteza da dívida, de modo a ensejar a nulidade da execução".

Os votos e o julgado acima transcritos demonstram, de maneira inequívoca, que o indébito *endolançamento*, aqui entendido como parcela que excede à quantia realmente devida, que excede o *quantum debeatur*, deve ser retirado do lançamento sem necessidade de revisão, *stricto sensu*, do lançamento.

ilustres juristas, entendo que, não estando esgotado o prazo para a propositura da ação judicial, pode a administração, ante a previsão do êxito desta, solucionar a controvérsia, a despeito de decorrido o lapso menor, da chamada prescrição administrativa."[16]

Pedrylvio Francisco Guimarães Ferreira, Procurador Geral da Fazenda Nacional, parecer publicado no DOU de 06/08/73, p. 7.659: "Entendemos que a competência da autoridade administrativa-fiscal não se exaure com a suposta 'coisa julgada administrativa'. Ser-lhe-ia dado rever o ato. Não, é claro, de forma arbitrária, mas sempre que, sem ferir o direito adquirido, verificasse a ilegalidade da decisão."[17]

5. JURISPRUDÊNCIA

A prática dos tribunais (tribunais em sentido amplo, incluindo também os órgãos colegiados julgadores administrativos) demonstra que nem sempre são acolhidos os posicionamentos da doutrina dominante, demonstrando que desta fonte do direito sobejam decisões que entendem ser o prazo referido no art. 149, parágrafo único do CTN, aplicável à nova constituição de créditos, através de novo lançamento, seja suplementar ou substitutivo ao original, mas não ao conserto do ato, de maneira *pro contribuinte*. Vejamos:

Tribunal Federal de Recursos – Ação Rescisória N. 997 – Paraná – DJU 18/10/84: "Processual Civil. Execução Fiscal. Título líquido e certo. Código Tri-

. . . . . .

16 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Estudos...**, op. cit. p. 266.
17 SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Estudos**..., op. cit., p. 266.

butário Nacional, artigos 202 e 203. Código de Processo Civil, artigos 586 e 618, I. I – Se a prova colhida demonstra que parte do débito não é devida, restando, todavia, como devida, quantia líquida, resolve-se a questão com a procedência parcial dos embargos do devedor..."

No voto condutor do Acórdão, o Min. Carlos Mário Veloso esclareceu que: "Entendo que as regras processuais, regras formais, não podem ser encaradas de modo radical. O processo é instrumento de busca da verdade e realização da justiça. Ora, se, numa execução, é possível, com exatidão, separar o devido do indevido, não prestaria obséquio ao processo, assim como instrumento de realização da justiça, deixar de reconhecer tal separação e deixar de condenar o executado no que, em verdade, ele deve (ou, noutras palavras, para que fiquemos fiéis ao Direito Processual positivo, dar pela procedência dos embargos no tocante à parcela indevida)".

O Min. Antônio de Pádua Ribeiro, no mesmo Acórdão, pronunciou-se no sentido que: "A propósito do assunto, tenho entendido que a sentença, proferida nos embargos, que ordena seja excluída da execução determinada parcela do débito, não acarreta a iliquidez e incerteza da dívida, de modo a ensejar a nulidade da execução".

Os votos e o julgado acima transcritos demonstram, de maneira inequívoca, que o indébito *endolançamento*, aqui entendido como parcela que excede à quantia realmente devida, que excede o *quantum debeatur*, deve ser retirado do lançamento sem necessidade de revisão, *stricto sensu*, do lançamento.

Vão mais além, pois reconhecem a procedência *parcial* do lançamento, o que, na prática, mostra-se de muita utilidade para a Fazenda Pública, pois assim ela não estaria sujeita a, uma vez reconhecida a improcedência de parte dos créditos, refazer *todo* o lançamento.

O reconhecimento de que o lançamento é constituído de *n* partes de expressão econômica facilita a ação do controle administrativo no tocante ao gerenciamento do total de créditos constituídos num único lançamento, uma vez que o erro identificado na origem de parte do pretenso crédito tributário não teria o condão de invalidar todo o procedimento, que é uno.

Jurisprudência semelhante é a do Superior Tribunal de Justiça – REsp n. 118653 / SP, DJ de 31/05/1999, Relator Min. Milton Luiz Pereira, j. em 20/04/1999: "Execução Fiscal. Certidão de Dívida Ativa. Exclusão de Parcela Referente ao Valor do Imposto Indevido. Desnecessidade de Substituição da Certidão Para Execução da Dívida Remanescente (Taxas). CTN Art. 204. Lei 6.030/80 (art. 3º). 1. A exclusão do valor do imposto, por si, não afeta a liquidez e certeza da dívida remanescente expressada em campo autônomo apropriado às taxas. Desnecessidade de substituição da certidão, uma vez que a dívida remanescente resulta de simples cálculo aritmético, sem prejuízo da verificação pelas partes interessadas. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso provido."

Aqui, mais um claro exemplo da desnecessidade de anulação ou de revisão do lançamento para a manutenção dos créditos procedentes já inscritos em dívida

ativa. Como a CDA é reflexo cartular do conteúdo de um lançamento tributário, a inferência lógica, mais uma vez, é que a "desconstituição" de parte do crédito (se é que podemos chamá-la assim), mesmo que já inscrito em dívida ativa tributária em fase de execução, não implica a anulação ou refazimento do ato de lançamento como um todo (revisão *stricto sensu*), o que demandaria emenda ou até substituição da certidão, ensejando, portanto e tão-somente, mera correção matemática do ato, com manutenção dos seus efeitos e presunção de sua liquidez.

Nos Tribunais Administrativos, a tese também tem boa guarida:

Conselho Federal de Contribuintes – Terceira Câmara – Acórdão 103–18592 – Recurso 011391: "Processo Administrativo Fiscal - Não podem prevalecer dois autos de infração consignando as mesmas exigências tributárias. O que o § 3º do art. 18 do Decreto nº 70.235/72 autoriza é a lavratura de auto de infração complementar quando, dos exames posteriores, no curso do processo, as incorreções resultarem em agravamento da exigência inicial ou alteração da fundamentação legal. As incorreções do lançamento original, reduzindo o valor devido, serão revistas de ofício, não ensejando novo lançamento".

Esta decisão vai mais além: nega seja a *revisão pro contribuinte* um novo lançamento. O recurso de ofício teve o provimento negado por unanimidade. Qual então seria a natureza jurídica desse procedimento? Só podemos entendê-lo como aquilo que aqui denominamos mera *correção* de lançamento tributário: mero acerto

matemático que, diferentemente da revisão, não enseja constituição de novos créditos (este último meio de revisão é mais comumente chamado *lançamento complementar*), mas *desconstituição* do indébito, cujo *plus* indevido e embutido no lançamento originário deve ser eliminado do mundo jurídico através de simples recálculo procedimental.

Algumas decisões de tribunais administrativos dissecam a problemática da revisão de lançamento após o prazo decadencial tributário:

Conselho Federal de Contribuintes – Terceira Câmara – Acórdão 203–06358 – Recurso 107669: "Lançamento - Erro de Fato - Revisão - Constatado, de forma inequívoca, erro no preenchimento da declaração, o lançamento deve ser revisto, em qualquer etapa do processo, ainda que tenha sido formalizado a partir das informações prestadas pelo próprio contribuinte, em atendimento ao princípio da verdade material dos fatos e aos preceitos do art. 149, IV, do Código Tributário Nacional."

Interessante notar como essa decisão administrativa, referente ao imposto territorial rural – ITR, *quebra* o posicionamento da irrevisibilidade do lançamento, mesmo após o prazo "decadencial" a que, supostamente, segundo alguns doutrinadores, faria referência o parágrafo único do art.149: foi procedida no dia 23.02.2000, através de recurso voluntário provido por unanimidade (ressalte-se), referente a lançamento ocorrido no ano de 1994. Atenha-se ao fato de que casos como este são corriqueiramente registrados nos tribunais administrativo-tributários do país, principalmente

no que diz respeito a tributos lançados por prazo certo, de ofício, e mais ainda, no tocante àqueles originados de cadastros tributários.

6. A REVISÃO DE LANÇAMENTO NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Dentre as possibilidades de revisão de lançamento (art. 145), reza o CTN que, quando regularmente notificado o sujeito passivo, poderá ocorrer por iniciativa de ofício da autoridade administrativa nos casos previstos no art. 149, cujo parágrafo único impõe que "a revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública."

O direito a que alude o parágrafo único do art.149 é o direito de cobrança, prazo prescricional, portanto, pois a revisão de lançamento que enseja lançamento complementar ou anulação do lançamento anterior encontra-se, aí sim, obstada pelo prazo do art.173 do CTN.

Se o parágrafo acima transcrito não constasse no CTN, mesmo assim seria impossível constituir crédito novo em sede de revisão de lançamento, pois o obstáculo temporal erigido no art. 173 lá permaneceria.

Sequer se pode falar que aquele excetuaria este, pois fazem parte de *capítulos* distintos do mesmo diploma legal.

Se o prazo para a constituição do crédito tributário já está, no mesmo texto legal, delimitado (art.173), entender que o art.149, parágrafo único, faria disposição em sentido idêntico seria desmerecer o próprio sistema ali disposto, uma vez que a lei não contém palavras inúteis.

Assim, ao Fisco compete o controle integral do lançamento e do crédito reflexo, podendo, a qualquer tempo, invalidá-lo, ou diminuir-lhe o crédito, se identificada alguma irregularidade, mas nunca suplementá-lo se exaurido o prazo decadencial, pois aí, inexoravelmente, ter-se-á erigido direito subjetivo para o sujeito passivo de não ver seu patrimônio tolhido por exação extemporânea.

7. CONCLUSÕES

A pergunta que nos propusemos a responder era se poderia a Administração, de ofício, revisar o lançamento tributário, decorrido o prazo extintivo previsto no parágrafo único do art. 149 do CTN.

Se, por um lado temos que a ilimitada revisibilidade dos atos tributários, por iniciativa da Administração, só foram concebidos, na história, em ordens jurídicas totalitárias, como o Nazismo, que, no § 19° da *Steuereinfachungsverordnung*, de 14 de setembro de 1944, autorizava a Administração fiscal a corrigir, sem quaisquer limites, os erros de suas decisões[18], do outro, temos que uma interpretação enviesada da norma jurídica, desconforme com o intuito protetivo assegurado ao cidadão-contribuinte pelo Código Tributário Nacional também fulmina os direitos daqueles a quem se dirige a *reformatio in mellius*.

Como o ordenamento jurídico exige, em obediência ao princípio da isonomia, que situações diferenciadas sejam tratadas também de maneira diferenciada,

. . . . . .

18 XAVIER, Alberto. **Do lançamento...**, op. cit., p.247.

desde que a razão para tanto esteja assentada em motivos relevantes, a alteração do lançamento, assim entendido o ato administrativo modificativo de lançamento anterior, que o anule ou o reforme *pro contribuinte*, não se submete ao prazo decadencial, perdurando enquanto não extinto o direito de cobrança da Fazenda Pública, prazo prescricional, portanto.

Verifica-se que a Administração Pública tem interesse na revisão dos atos administrativos antes de serem levados ao Judiciário. Conseqüentemente, permite-se ao crédito mais eficiência e maior possibilidade de êxito diante dos Tribunais.

Em resumo, temos que:

a) a revisão de lançamento, a que se refere o art.149, diz respeito à *nova constituição de crédito tributário* (lançamento suplementar ou novo lançamento, com anulação do anteriormente efetuado), e não a sua desconstituição (correção) parcial, daí não se lhe aplicar (a este último caso) a exegese regulamentar daquele outro, por descabida;

b) o postulado protetivo do art. 149 opera sempre a favor do contribuinte, não podendo ser usado para prejudicá-lo, em nenhuma hipótese;

c) o Princípio da Verdade Material é reitor do processo administrativo-tributário, impondo que o erro no lançamento, que gera indébitos, deva ser sanado *ex officio* a qualquer tempo, não se lhe aplicando preclusões processuais;

d) aceitar a imutabilidade de um lançamento em cujo bojo encontra-se embutido indébito é atitude temerária que desacredita a Administração Públi-

ca e abre brechas a possibilidades judiciais (amplas e certas) de desconstituição *total* do crédito tributário;

e) o assunto tem mais pertinência teórica do que prática, haja vista que não se encontram casos de questionamento judicial ou administrativo sobre a prática de "correção" de lançamentos efetuados *pro contribuinte*, observadas com certa reiteração nos fiscos das diferentes esferas federativas do país.

Por fim, merecem ser citadas as palavras de José Luiz Delgado[19], pois enfeixam bem o poder-dever da Administração no rever e controlar seus atos: "Uma administração honesta não manda ninguém se queixar na justiça: se ela reconhece que está errada, deve corrigir o erro espontaneamente, de ofício. A administração não pode confundir-se com o particular chicaneiro. Ela deve dirigir-se pelo princípio da moralidade, de tal sorte que o cidadão só deve precisar ir ao Judiciário se ela estiver convicta de ter razão, para que então o terceiro imparcial, o juiz, defina quem efetivamente está certo. Admitir que errou e não consertar voluntariamente o erro, mas mandar o pequeno recorrer ao Judiciário, é próprio somente das administrações arrogantes, prepotentes, mesquinhas, ditatoriais."

. . . . . .

19 DELGADO, José Luiz. O Judiciário desafiado. **Jornal do Commercio**, Recife, 10 jun. 2001.

8. REFERÊNCIAS

BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DELGADO, José Luiz. O Judiciário desafiado. **Jornal do Commercio**, Recife, 10 jun. 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. **Do lançamento tributário – Execução e Controle**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

OLIVEIRA, José Jayme Macedo. **Código Tributário Nacional – Comentários**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 39-50.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Estudos de procedimento administrativo fiscal.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SOUZA, Rubens Gomes de. **Estudos de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva: 1950.

XAVIER, Alberto. **Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ca e abre brechas a possibilidades judiciais (amplas e certas) de desconstituição *total* do crédito tributário;

e) o assunto tem mais pertinência teórica do que prática, haja vista que não se encontram casos de questionamento judicial ou administrativo sobre a prática de "correção" de lançamentos efetuados *pro contribuinte*, observadas com certa reiteração nos fiscos das diferentes esferas federativas do país.

Por fim, merecem ser citadas as palavras de José Luiz Delgado[19], pois enfeixam bem o poder-dever da Administração no rever e controlar seus atos: "Uma administração honesta não manda ninguém se queixar na justiça: se ela reconhece que está errada, deve corrigir o erro espontaneamente, de ofício. A administração não pode confundir-se com o particular chicaneiro. Ela deve dirigir-se pelo princípio da moralidade, de tal sorte que o cidadão só deve precisar ir ao Judiciário se ela estiver convicta de ter razão, para que então o terceiro imparcial, o juiz, defina quem efetivamente está certo. Admitir que errou e não consertar voluntariamente o erro, mas mandar o pequeno recorrer ao Judiciário, é próprio somente das administrações arrogantes, prepotentes, mesquinhas, ditatoriais."

. . . . . .

19 DELGADO, José Luiz. O Judiciário desafiado. **Jornal do Commercio**, Recife, 10 jun. 2001.

8. REFERÊNCIAS

BORGES, José Souto Maior. **Lançamento tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DELGADO, José Luiz. O Judiciário desafiado. **Jornal do Commercio**, Recife, 10 jun. 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAIA, Mary Elbe Gomes Queiroz. **Do lançamento tributário – Execução e Controle**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

OLIVEIRA, José Jayme Macedo. **Código Tributário Nacional – Comentários**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 39-50.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Estudos de procedimento administrativo fiscal.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SOUZA, Rubens Gomes de. **Estudos de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva: 1950.

XAVIER, Alberto. **Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

A HISTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO EM PERNAMBUCO[1]

Rosângela Araújo Viana de Lira
Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco/UNICAP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife-FDR-Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Adjunta da Universidade Católica de Pernambuco. Atualmente exerce o cargo de Secretária do I Colégio Recursal dos Juizados Especiais Cíveis.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. O PERÍODO PRÉ-COLONIAL. 3. O PERÍODO COLONIAL. 4. O BRASIL-REINO. A CARTA-RÉGIA DE 1808. 5. O BRASIL INDEPENDENTE. 6. A ABDICAÇÃO DE DOM PEDRO I, A REGÊNCIA E O ATO ADICIONAL. 7. A REPÚBLICA. 8. O PODER JUDICIÁRIO, A ATUAL SOCIEDADE PERNAMBUCANA E A CIDADANIA PARTICIPATIVA. 9. CONCLUSÃO. 10. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Cada povo e cada organização social dispõem de um sistema jurídico que traduz a especificidade de um grau de evolução e complexidade, portanto, toda cultura tem um aspecto normativo, cabendo-lhe delimitar a existencialidade de padrões, regras e valores que definem modelos de conduta e de instituições.

Diante das transformações da sociedade contemporânea, da crise das narrativas de fundamentação e das mudanças dos paradigmas científicos, adquire relevância redefinir as tradicionais relações entre o Direito e a História. Percebemos que perde espaço e significação o cultivo de um historicismo jurídico oculto no mito da neutralidade

. . . . . .

[1] *A Monografia em apreço foi a vencedora do "Concurso de Monografias Jurídicas Victor Diniz Filho, instituído pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, em razão das comemorações de seus 181 anos.*

do saber. Hodiernamente, vive-se o descrédito de uma historiografia jurídica desvinculada da realidade social, busca-se, agora, a renovação crítica da historiografia do Poder Judiciário em Pernambuco, nascida e articulada na dialética da produção da vida material e das relações sociais concretas.

Pensar na historicidade que envolve o Poder Judiciário em Pernambuco é pensar a historicidade do próprio Direito Brasileiro – no que se refere à sua evolução histórica, suas idéias e suas instituições. A partir de uma interpretação das fontes do passado e com o intento de recuperação da verdadeira história é que surgiu a proposta desta síntese sobre a História do Poder Judiciário em Pernambuco, fundado na inquietude e no engajamento de gerações de Magistrados imbuídos pela força do inconformismo e na luta ingente para que o Direito fosse mantido. A preocupação geral é introduzir uma reflexão que chama a atenção para o fato de que quem escrever sobre a História do Poder Judiciário em Pernambuco não se haverá de restringir aos fatos e às datas, há de sentir que por trás de um processo cronológico, meramente datal, está um sentimento, que Gilberto Freire chama de "pernambucanidade", e que é a percepção psicossocial da nossa vida e do nosso comportamento. Introduzir também a discussão sobre um tema, enfim, sobre um poder de grande relevância e de extraordinária significação como é o Poder Judiciário.

Pernambuco vai apresentar a sua ação desde os primórdios da colonização, pois, a ação do Judiciário influiu bastante para que excessos não fossem praticados. Vamos ver o Poder Judiciário atuando grandemente, tendo

como centro, sobretudo, a relação da Ordem de Olinda, a primitiva capital da capitania, pois, não se permitiam muitas atitudes violentas emanadas do poder dominante, exercido pelos juízes de nossa terra. Na seqüência, com a Independência, o Poder Judiciário toma uma feição própria. Vai ter também uma atuação muito louvável em face dos movimentos revolucionários eclodidos naquele tempo. No Império, o Poder Judiciário sagrou-se como um grande Poder. É, pois, um Poder que honra o Brasil, que honra Pernambuco, tão rico em movimentos libertários. Está presente em toda a nossa história, como um garantidor de nossas liberdades e das nossas atividades políticas. Enfim, este esforço de contextualizar uma História do Poder Judiciário em Pernambuco revela não só o rumo para uma obrigatória atualização, como, sobretudo, aponta o desafio de caminhos que avançam na direção de uma historicidade forjada na justiça, conseqüência de um compromisso com a verdade.

2. O PERÍODO PRÉ-COLONIAL

O estudo histórico do direito brasileiro e conseqüentemente da formação do nosso Poder Judiciário envolve em suas raízes dois atos de Direito Internacional Público, de datas anteriores a 1500. Podemos citar inicialmente a *Bula Intercoetera*, do ano de 1493, expedida pelo Papa Alexandre VI, que assegurava ao Rei de Espanha direitos sobre a América e outras terras ainda não descobertas, a partir de uma linha de cem léguas a oeste de Cabo Verde. Em segundo e por mediação do mesmo Papa, o Tratado de Tordesilhas, de 1494, celebrado entre o Reino de Espa-

nha e o Reino de Portugal. Durante os primeiros trinta anos da história do Brasil podemos afirmar que a colônia não despertou maiores interesses para o Reino de Portugal. Isto seu deu em razão do lucrativo e intenso comércio mantido pelo colonizador com o Oriente. De forma que não há que se falar em direito brasileiro ao longo dessas três primeiras décadas, pois, o descobridor não se preocupou em traçar para a nova terra uma política de colonização racional e eficiente. O que se deu foram tímidas iniciativas que marcaram a presença lusa em alguns pontos do litoral brasileiro, mediante um precário sistema de feitorias.[2] As primeiras manifestações jurídicas teriam a natureza eclesiástica, tais como as bulas pontifícias, bem como civil, a exemplo dos alvarás e cartas-régias.

Assim, durante esse período, expedições exploradoras e guarda-costeiras foram enviadas às terras brasileiras. Objetivando descobrir riquezas a serem exploradas, chegou ao Brasil a primeira expedição sob o comando de Gaspar de Lemos. Em 1503, ocorreu a expedição de Gonçalo Coelho que foi o responsável pela criação da "feitoria" de Cabo Frio e também pelo envio a Portugal de grande carregamento de pau-brasil, riqueza constatada desde a primeira expedição. Devido ao contrabando crescente de pau-brasil pelos franceses, o Reino de Portugal organizou expedições guarda-costeiras comandadas por Cristóvão Jacques. Todavia, em razão da vasta extensão da costa brasileira, tornou-se impossível sua defesa, obrigando Portugal a iniciar o povoamento e construir fortificações no Brasil. D. João III or-

. . . . . .

2 *No período colonial, caracterizava-se por ser um posto de troca com os indígenas, mormente de pau-brasil.*

ganizou, então, a expedição de Martim Afonso de Souza, que deu início à efetiva colonização do Brasil. Como garantia da posse portuguesa, Martim Afonso fundou, no ano de 1532, a Vila de São Vicente. É também atribuída a ele a inicialização do sistema fundiário brasileiro de grandes propriedades através da doação das sesmarias. De forma que essa expedição e suas iniciativas encerraram o período pré-colonial brasileiro.

3. O PERÍODO COLONIAL

O processo de colonização brasileiro fez vigorar em seu vasto território, além das normas integrantes do direito português, disposições e atos expeditos com o singular propósito de proteger a colônia e suas riquezas contra a intromissão e cobiça dos estranhos. No afã de tornar a colonização do Brasil efetiva, D. João III, Rei de Portugal, determinou a instalação da economia açucareira pelo sistema de capitanias hereditárias. Desta forma, o Brasil foi dividido em quinze lotes de terras, que foram entregues a doze donatários. Seus direitos e deveres eram estabelecidos nas "Cartas de Doação" e no "Foral".

Com a colônia demarcada em capitanias hereditárias cada Governador que chegava ao Brasil trazia consigo o denominado "Ouvidor", pessoa que cumulava as funções administrativas e judiciárias. Da mesma forma que acontecia na Espanha e suas colônias, grande parte da Justiça portuguesa de primeira instância residia no âmbito municipal. Convém assinalar que os municípios portugueses nasceram de forma mais ou menos independente, pois, na ausência de uma autoridade e de uma legislação centraliza-

das, cresceram e se organizaram com base nos costumes e forais das diferentes regiões. Apenas ressaltamos que a instituição municipal estava baseada no Direito Romano que, por sua vez, teve sua inspiração na *polis* grega. Dessa forma, estando o município português submetido ao poder feudal, ainda conservava a sua composição eletiva e, podemos dizer que o mesmo representava, talvez, o único rasgo democrático no seio da monarquia. Assim, por ter o sistema de capitanias hereditárias fracassado, exceto em Pernambuco e em São Vicente, foi criado o sistema de governadores-gerais, com sede na Bahia.

No período colonial[3], a organização judiciária brasileira seguiu o modelo existente em Portugal e começou a tomar forma sob as determinações de um governo geral, subordinado à Carta Régia de 1549.[4] No que diz respeito à administração da justiça, o sistema comum a Portugal e ao Brasil, até a Independência quando se deu a reforma judiciária de 1832, obedecia a uma divisão em três instâncias.[5] A estrutura judiciária[6] de primeira instância no seu início era composta de Juízes singulares que eram distribuídos nas seguintes categorias: Juízes de Vintena, Almotacés, Juízes Ordinários, Juízes de Fora, Juízes de Órfãos, Juízes de Sesmarias e Ouvidores de Comarca. Os

. . . . . .

3 Cf. QUINTAS,Amaro Quintas. **A Revolução de 1817**, p. 477, os portugueses dominadores chamavam nossa aspiração libertária de 'Maligno Vapor Pernambuco'.

4 ALVES,Jones Figueiredo. **A Administração Judiciária em Pernambuco**, p. 19.

5 Até 1807, a justiça no Brasil, embora se confundisse com funções administrativas e policiais, era distribuída por dois Tribunais de Relação (o da Bahia e o do Rio de janeiro), corregedores, chanceréis, provedores e contadores de comarca, juízes ordinários, de órfãos, de fora e de vintena, vereadores e almotacés, sendo auxiliados por escrivães, inquiridores meirinhos, etc. Cf. Lenine Lequete, **O Poder Judiciário no Brasil**, p.7.

6 Cf. QUINTAS,Amaro. **A Revolução de 1817**, havia limitação quanto à atuação dos donatários e seus magistrados às respectivas capitanias, impossibilitando-os de ingressarem nas outras donatarias mesmo por razões de justiça.

Juízes de Vintena eram nomeados pelas câmaras municipais, pois, personificavam o controle da obediência às disposições do município. Possuíam um mandato de um ano e jurisdição em localidades de até vinte famílias. A eles competiam julgar oralmente causas, excluídas as relativas a imóveis, com alçada até 300 réis em aldeias de menos de cinqüenta moradores, até 600 réis em aldeias de menos de cem moradores, até 900 réis em aldeias de menos de 150 moradores e até 1.200 réis em aldeias de maior número de moradores. Também julgavam infrações contra as posturas municipais e determinavam a prisão de criminosos. Suas sentenças eram definitivas, ou seja, delas não se podia recorrer. Os Almotacés eram escolhidos mensalmente pela Mesa da Vereação. Em cada conselho atuavam dois deles pelo prazo de apenas um mês. No primeiro mês, assumiam o cargo os juízes do ano anterior; nos meses subseqüentes, o cargo era ocupado pelos vereadores em exercício, mediante critério de antiguidade, até que, esgotado o número destes, pelo procurador e uma pessoa eleita; a seguir eram eleitos tantos almotacés quantos fossem os meses restantes do ano, sendo indicado o par de cada mês por sorteio.[7] Julgavam informalmente, sem grandes processos nem escrituras. Competia-lhes a apreciação de litígios sobre servidões urbanas e nunciações de obra nova, bem como a prisão e apresentação ao juiz competente daqueles que, responsáveis pela defesa de multas, entrassem em conchavos com os infratores para eximi-los do encargo. Entretanto, todas as suas decisões podiam ser apeladas perante os juízes ordinários em cau-

. . . . . .

7 NASCIMENTO,Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**, p.232.

sas com valor até 18 mil réis. Nas causas de valor acima e nos casos de condenações a penas corporais, recorria-se para os ouvidores de comarca.

Os denominados "Juízes Ordinários" eram também chamados de "Juízes da Terra", pois, da mesma forma que os vereadores, eram também moradores do município. Elegiam-se dois para cada conselho e para mandato de um ano. Nas localidades de população acima de duzentas pessoas, a sua alçada era de 3 mil réis; menos populosas, de 1. 800 ou 1. 200 réis, conforme se tratasse de bens móveis ou imóveis.

Não eram os mesmos necessariamente bacharéis em Direito, mas sim pessoas eleitas pelos homens tidos como qualificados da comunidade, e confirmados pelo Ouvidor e que, nas suas atividades, utilizavam-se da vara vermelha como insígnia. Pode-se afirmar que àquela época eram considerados a representação mais evidente da magistratura de primeira instância. Por sua vez, os Juízes Ordinários podiam conhecer ações novas, mesmo nos casos de infrações ou delitos fora do âmbito municipal. Também podiam revisar decisões dos almotacés, realizar sindicâncias particulares sobre feitos de sangue, violentação de mulheres, destruição de propriedade comunal ou privada, falsificação de moedas, entre outros. Eram encarregados de controlar a atuação dos juízes, vereadores e oficiais de justiça do âmbito municipal.[8] No ano de 1532, enquanto os primeiros juízes ordinários eram empossados no Brasil, surgiam em Portugal os "Juízes de Fora". Estes deviam ser bacharéis em Leis ou Cânones e nomeados pelo Rei, pois, atuavam em substituição ao Juiz Ordinário, aliás, sua

. . . . . .

8 Cf. http://www.tj.ba.gov.br capturado em 14.5.2002. Memória da Justiça Brasileira.

autoridade em relação a estes últimos era muito superior e usavam a vara branca como insígnia e também como sinal da distinção régia. A coroa dele esperava uma administração da justiça profissionalizada que se fundamentava no direito escrito e nas "Ordenações". É oportuno ressaltar que a Vara era um símbolo da magistratura antiga e constituía um sinal de jurisdição. Nos dias atuais, esta palavra incorporou-se à Magistratura nacional e ao Direito Brasileiro. No Brasil, os Juízes de Fora eram nomeados por Carta Régia para mandato de três anos, tinham de ser bacharéis e suas atribuições eram as mesmas dos Juízes Ordinários, sendo eventualmente seus substitutos. Do mesmo modo que os Juízes Ordinários, os Juízes de Órfãos podiam ser eleitos ou nomeados, como os Juízes de Fora, com jurisdição nos termos que tivessem quatrocentas ou mais famílias. A sua alçada era a mesma dos referidos juízes, que eram também seus substitutos eventuais.[9] A sua competência restava em processar e julgar os inventários nos quais figurassem menores e incapazes, bem como as causas oriundas desses inventários; nomear tutores e curadores, fiscalizar a sua administração, exigir-lhes prestação de contas e destituí-los e cuidar da subsistência e educação dos menores órfãos. Das sentenças nas causas que excedessem a alçada dos Juízes de Órfãos cabia o mesmo recurso dado para as decisões dos Juízes Ordinários. Os Juízes de Sesmarias, por sua vez, eram escolhidos um para cada vila e com mandado de três anos, pela Mesa do Desembargo do Paço ou pelos governadores de capitania, de uma lista tríplice organizada pelas câmaras municipais.

Quando as partes envolvidas em um litígio não optassem pela justiça ordinária, a eles competia decidir so-

. . . . . .

9 NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**, p. 233.

bre mediação e demarcação de terras de sesmarias, cabendo de suas sentenças recurso para os ouvidores de comarca. Os Ouvidores de Comarca eram nomeados por Carta Régia. Havia um Ouvidor para cada comarca com um mandato de três anos. Nas comarcas em que houvesse minas, a sua alçada era de 25 mil réis nas causas referentes a imóveis e de 30 mil réis nas referentes a móveis; nas demais era, respectivamente, de 16 e 20 mil réis.[10] Seus substitutos eventuais eram os Juízes de Fora e, na falta destes, pessoas da sua escolha. Competia-lhes conhecer das suspeições argüidas em relação a Juízes Ordinários e de Fora, conhecer das causas cíveis e criminais em que fossem partes juízes, alcaides[11], procuradores, tabeliães, fidalgos[12], abades[13] e priores[14], bem como dos recursos sobre sentenças dos Juízes Ordinários e de Fora; decretar a prisão de criminosos, conceder cartas de seguro, inspecionar as prisões; comunicar aos prelados[15] a má conduta de clérigos; fazer correição nos julgados de sua comarca; fazer observar os regimentos dados aos juízes e serventuários da justiça, fazer observar os forais de cada localidade e anular as posturas municipais contrárias às normas prescritas pelas Ordenações. Das sentenças proferidas pelos ouvidores de comarca nas causas que excedessem a sua alçada, cabia recurso para o Tribunal de Relação.

A segunda instância, composta de juízes colegiados, agrupava os seguintes tribunais: o Desembargo do Paço,

. . . . . .

10 Idem, Ibid, p. 233.
11 Cf. Dicionário Aurélio, Antigo Oficial de Justiça.
12 Ibid, Aquele que tinha título e privilégios de nobreza.
13 Ibid, Superior de certas ordens religiosas cf. Dicionário Aurélio.
14 Ibid, Pároco de certas freguesias.
15 Ibid, Título honorífico de dignatário eclesiástico.

encarregado de apreciar matérias sobre liberdade, tais como graça, indulto, perdão e comutação de pena - também competia ao Desembargo do Paço a apreciação de matérias sobre adoção, legitimação e emancipação, bem como reintegração de posse e censura de livros; a Mesa da Consciência e Ordens, que tratava do provimento de benefícios, da administração de comendas e dos negócios relativos a interditos, cativos, ausentes e defuntos, o Conselho da Fazenda, ao qual estava afeto fiscalizar a arrecadação tributária e os bens da Coroa, sobre cujas matérias tinha jurisdição exclusiva e privativa, e o Tribunal da Relação, que era responsável pelo julgamento de recursos ou embargos. Seus membros se denominavam desembargadores e suas decisões, acórdão. O primeiro tribunal desse gênero, instalado no Brasil, data de 1609, deu origem aos Tribunais de Justiça dos Estados.

Quanto aos Tribunais de Relação, podemos até acrescentar que nas províncias brasileiras, durante o período do poder imperial, as bases do poder judiciário foram assentadas pela Constituição de 25 de março de 1824. O Supremo Tribunal de Justiça veio a ser criado por lei em 18 de setembro de 1828, composto por dezessete magistrados, advindos das Relações, por antigüidade, e por ministros dos extintos tribunais das Mesas do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens. O Supremo Tribunal de Justiça, instalado na sede do Reino, em 1829, substituíra a Casa de Suplicação, nos moldes do sistema judiciário português, e com atribuições de julgar Revistas em grau de recurso e conhecer originariamente atos dos ministros e membros do alto escalão, bem como os casos de conflito de jurisdição. Seus membros recebiam o título

de Conselheiro e o tratamento de Excelência, sendo o Presidente da Corte Suprema nomeado diretamente pelo Imperador. Seu primeiro presidente foi o Conselheiro José Albano Fragoso. Os Tribunais da Relação foram os mais antigos tribunais coletivos no Brasil. O primeiro, como já mencionado, foi instalado no ano de 1609 na Bahia, e o segundo, em 1751, no Rio de Janeiro. Estes tribunais julgavam os embargos através de magistrados denominados desembargadores, e as decisões chamavam-se acórdão, do verbo arcaico "acordar". Remonta ao século XIX, precisamente ao terceiro quartel, a criação de apenas mais duas Relações, a de São Luiz do Maranhão, na data de 13 de maio de 1812 e a de Pernambuco, em 6 de fevereiro de 1821. Após estas últimas criações, esses tribunais, órgãos da segunda instância, passaram a ser instalados nas principais províncias do Reino.

A Carta Magna de 25 de março de 1824, no seu artigo 163, definiu que as Relações ficariam sujeitas ao Supremo Tribunal de Justiça sediado na Capital do Império. Assim, até 1889, funcionou no Império uma Justiça única, de âmbito nacional. A administração da justiça até então era confiada a magistrados singulares, nomeados e demitidos livremente pelo Rei, e aos Tribunais de Relação, que podiam também decidir questões administrativas.

Com a transferência da Corte real para o Rio de Janeiro, D. João VI, por alvará de 10 de maio de 1808, determinou que a Casa da Suplicação do Brasil fosse considerada como Superior Tribunal de Justiça, para nele se findarem todos os pleitos em última instância, por maior que fosse o seu valor. Os Ministros teriam a mesma alçada que os da Casa da Suplicação de Lisboa.

Esse tribunal de cúpula estava estruturado de forma que havia duas Mesas; uma que julgava as matérias cíveis, e outra, que julgava as matérias criminais. Havia também a Grande Mesa, que se reunia ordinariamente uma vez por semana para conhecer das decisões da mesa. Podemos registrar que a administração de Thomé de Souza, nomeado Governador Geral, foi marcada por uma administração em que ele próprio delegou poderes ao Ouvidor Geral, Pero Borges de Souza, e ao Provedor Mor, Antonio Cardoso de Barros.

O Ouvidor Geral era considerado a mais alta autoridade judiciária em exercício na colônia. [16] Entretanto, o Provedor-Mor também exercia função judicante. O sistema de governos gerais obedecia a um plano de administração centralizada, o que provocou a redução do poder dos donatários. Esses governos tiveram quase um século de duração. Entretanto, nesse período, houve a fase de domínio espanhol, de 1580 a 1640, e da invasão holandesa, de 1630 a 1655. Do ponto de vista jurídico, a época espanhola no Brasil foi assinalada com as Ordenações Filipinas. Estas, ao revogar as Ordenações Manuelinas, não alteraram a estrutura do direito então vigente em Portugal e no Brasil.

A fase holandesa se caracteriza de forma bem diversa. Os holandeses fixaram-se no nordeste brasileiro, especificamente em Pernambuco, Itamaracá, Paraíba e Rio Grande do Norte. Em 17 de fevereiro instalaram um governo provisório que durou onze semanas. Depois, a onze de março, assumiram os seus postos o

. . . . . .

16 ALVES, Jones Figueiredo. Ibid, p 19.

Conselho Supremo e o primeiro governador designado. Desenvolviam, respectivamente, funções semelhantes às que a Relação e o Governador da Bahia tiveram até 1627. Ambos os poderes tinham, conforme os conceitos atuais, atribuições mistas, primando, no governador, as executivas e militares, e, no Conselho, as legislativas e judiciárias. A atividade legisferante era, no caso dos holandeses, bastante mais intensa e autônoma que a observada no Brasil português. O Conselho era a máxima autoridade da colônia. O próprio governador fazia parte dele, mas votava em segundo lugar. Apesar disto, não estava diretamente subordinado a ele, dependendo o governador dos Estados Gerais e Conselho, da Assembléia dos Dezenove e da Companhia das Índias Ocidentais, embora todos eles obedecessem ao principado de Orange, líder da luta independentista contra a Espanha. Governador e Conselho podiam diferir, controlar-se mutuamente e, até, entrar em conflito, mas o Conselho reconhecia no governador a primazia em assuntos militares, reservando para si as funções legislativas e judiciárias, parte das quais delegava, no âmbito municipal, às câmaras de escabinos. Os "Schepenen" ou escabinos eram magistrados não remunerados, que constituíam câmaras municipais presididas por um "Schout", ou esculteto, todos eles escolhidos entre os vizinhos pelo Conselho Supremo.

À medida que a colônia crescia e se tornava mais complexa, também o Conselho cresceu, sofrendo diversos desdobramentos. Originalmente constituído por três membros, passou a ter cinco em 1634. Já em 1637, a vinda de Mauricio de Nassau significou uma profunda

reforma na colônia. Designado não apenas governador de Pernambuco mas, também, capitão e almirante geral das conquistas do Brasil, dotado de atribuições muito superiores às de seus antecessores, chegou como reformador, encarregado de transformar uma simples dependência comercial e militar num estado organizado e poderoso. A esse efeito foi acompanhado por três assessores diretos, dois deles ex-membros do Conselho Supremo. Eles formariam o Conselho Secreto, uma divisão anterior destinada especificamente a partilhar das decisões de Nassau. Daí o órgão, em conjunto, ser mencionado como Conselho Supremo e Secreto. Outra instituição surgida nesse período é o Senado Político, mais tarde chamado Conselho de Justiça. Constava de treze membros, depois aumentados para dezessete, e estava incumbido de tutelar os direitos dos cidadãos, presidir os processos capitais e pecuniários e decidir, em grau de apelação, as causas, segundo o Direito Romano e o costume de Holanda.

Os aspectos monetários eram fiscalizados pela Câmara das Contas. Essa câmara era integrada por cinco membros, entre eles dois tesoureiros, sendo todos eles, em geral, ex-membros do Conselho de Justiça. Apesar de não marginalizar portugueses e brasileiros da vida pública, obrigou-os às suas leis. Os holandeses eram pragmáticos. Não estavam interessados em promover a resistência com atitudes que ferissem os interesses econômicos, políticos ou religiosos dos antigos moradores. Foram tolerantes. Católicos e judeus foram autorizados a praticar as suas religiões, conservar os seus templos e cemitérios e construir novos, contanto que não exteriori-

zassem seus cultos com procissões ou outras manifestações de rua.

> *Mais rigorosos parecem ter sido os métodos de Nassau para conter a desintegração das suas próprias forças. 'os holandeses primeiro abriram o caminho para o poder e depois para o desregramento. . . e, enfraquecida a disciplina, os naturais e os nossos patrícios deixaram as armas pelos prazeres, os negócios pelo ócio, maculando, de maneira vegonhosíssima, a boa fama de sua nação com a impiedade, os furtos, o peculato, os homicídios e a libidinagem.* [17]

As medidas de Nassau seriam complementadas com a punição dos responsáveis. Isto iria derivar numa sobrecarga de trabalho no Conselho, tornando a Justiça mais lenta. Como nas áreas portuguesas, a morosidade da justiça era já um problema sério. É válido registrar que num certo momento o Conselho informava que, dos seus nove membros, um falecera, outro partira para a Holanda e quatro estavam em missão pelas Capitanias. Dos três que restavam em Pernambuco, um encarregava-se da Fazenda Pública e o outro do pagamento da milícia, restando apenas um conselheiro com capacidade de dedicar-se à Justiça em tempo integral. Conseqüentemente, solicitava o Conselho a designação de novos membros, indicando o nome de três possíveis candidatos. Por outra parte, para não aumentar excessivamente

. . . . . .

17 Cf. http://www.tj.ba.gov.Br capturado em 14.5.03 – Memória da Justiça Brasileira.

para os juízes superiores a tarefa das causas forenses, vedaram-se às apelações de menor importância. Afirma César Tripoli[18] que

> *a legislação que devia ser observada, segundo foi decretado, a fim de que houvesse homogeneidade na distribuição da justiça, era a da Holanda, e nos tribunais devia ser usada exclusivamente a língua flamenga.*

Em 1710, o Senado da Câmara de Olinda já tinha se rebelado, quando um pernambucano, Sargento-Mor do Terço dos Palmares – Bernardo Vieira de Melo- conclamara o Senado da Câmara que tinha se rebelado contra a prepotência portuguesa a proclamar uma república.

4. O BRASIL-REINO. A CARTA-RÉGIA DE 1808

Em virtude do avanço das tropas napoleônicas, no ano de 1807 ocorre a transferência da Corte Portuguesa para o Brasil.[19] Nova dimensão é conferida à realidade política da Colônia.[20] Assim, a Carta Régia de 1808 representou o primeiro passo no sentido da libertação econômica do Brasil e da instauração de um regime liberal de comércio, pois, até então, o comércio externo brasileiro era monopólio exclusivo de Portugal.

. . . . . .

18 Apud NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**, p.205.

19 Os tribunais e órgãos judiciários, ou seja, a Casa da Suplicação, o Desembargo do Paço e a Mesa da Consciência e Ordens, juntamente com a Corte, foram transferidos de Lisboa para o Rio de Janeiro. Por esta razão, a justiça foi inicialmente exercida pelo soberano, o Rei.

20 LORETO, Silvio. O Estrangeiro no Brasil da Colônia à República. **Revista Acadêmica**, p.51.

É bom ressaltar, contudo, que a política implantada por D. João VI atendeu mais à preocupação de obter o favorecimento de um intercâmbio com a Inglaterra do que beneficiar propriamente o Brasil. A conquista imediata e mais significativa foi a elevação do Brasil a reino. Isto se verificou através da Carta de Lei de 1815, da qual resultou no Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve. Por esse documento, o Brasil passou a situar-se no mesmo nível da Metrópole, com igual personalidade internacional.

5. O BRASIL INDEPENDENTE

Com a proclamação de nossa independência no ano de 1822, o Brasil passaria a enfrentar, entre outros graves problemas, o da sua estruturação jurídica. Todavia, será nesse novo período que a justiça brasileira consolida o seu processo histórico. Como dito anteriormente, a invasão de Portugal pelas forças de Napoleão I levou a corte de Dom João VI a se transferir apressadamente para o Rio de Janeiro, com o objetivo de não dar oportunidade aos franceses de conquistar Lisboa. Ao se instalar no Brasil, o governo português declarou guerra à Napoleão I, conforme manifesto de 1º de agosto de 1808. Foi através deste mesmo instrumento que Portugal declarou nulos todos os tratados concluídos com o Imperador dos franceses. Napoleão I, por sua vez, absorvido com as suas conquistas na Europa, não teria condições de atuar com as suas forças a uma distância tão grande. Em termos da história do Poder Judiciário em Pernambuco, o grande problema inicial do império foi o poder central e o unitarismo da sua ação política interna, em unir o território brasileiro sem

alterar-lhe, substancialmente, a divisão política, pois, apenas limitaram-se em transformar em províncias as antigas capitanias hereditárias, criadas pelo governo colonizador. O clima de hostilidade também foi um fator importante na época. A avidez do fisco e a venalidade dos funcionários, vindos com Dom João VI, levaram a um clima que acabou resultando em Pernambuco, no ano de 1817, uma revolução contra a administração portuguesa, devido à conscientização da elite pernambucana, cuja cultura era predominantemente francesa, influenciada pelos livros e pelos contatos com os viajantes franceses e fundada sob as pregações do sábio botânico Padre Manuel de Arruda Câmara. Podemos de logo ressaltar que o grande pioneirismo de Pernambuco na História nacional é justamente o inconformismo. Dessa forma, o movimento pernambucano que se alastrou pelo Nordeste teve a participação de inúmeros franceses.

Assim, o desprestígio em que as cortes de Lisboa colocavam Dom João VI provocavam a inconformação da opinião pública e dos líderes políticos com a Coroa. Cada vez mais brasileiros e antiportugueses extremavam-se com os movimentos de rebeldia contra a metrópole. Esses acontecimentos provocaram o regresso de Dom João VI a Portugal, porém, antes de seu retorno, vaticinou a eclosão nacionalista que se desencadearia pelo Brasil e foi neste momento de nossa história que ele aconselhou ao filho Dom Pedro que fosse o seu sucessor, assumindo a proteção do povo brasileiro. Assim, as correntes de idéias e personalidades conduziram o Brasil à realização da sua independência, uma vez que amadureceu no povo o caráter nacional. Entretanto, em 1826, Dom Pedro renuncia

ao trono de Portugal em favor da filha Maria da Glória. Percebe-se que após a morte de Dom João VI, Dom Pedro I envolveu-se por demais com a sucessão em Portugal, criando para os portugueses o sentimento de que ele continuava herdeiro da coroa, mas, para os brasileiros, o sentimento era de que o imperador não tinha ou não deveria ter mais vínculo com a metrópole. Desta forma, o apoio que Dom Pedro I busca entre os portugueses instalados na burocracia civil-militar e no comércio desagrada à oposição liberal brasileira.

O Primeiro Reinado se estende da independência, em 1822, até a abdicação, em 1831. Foi o período da consolidação da independência, sob o predomínio da aristocracia rural brasileira, tendo à frente o imperador Dom Pedro I. O imperador concentrava um poder sem paralelo, o que demonstra o caráter centralizador e autoritário da organização política do Império do Brasil. Na Assembléia Constituinte, convocada em 1823, a discussão ocorria em torno do projeto chamado de "Constituição da Mandioca", que defendia o fortalecimento do Poder Legislativo em detrimento do Executivo. Dom Pedro I, contrário ao projeto, fechou a Constituinte em 1823, prendeu e exilou vários deputados. Ao mesmo tempo nomeou um Conselho de Estado encarregado de elaborar uma nova Carta Constitucional, que foi outorgada em 1824.

A Constituição outorgada de 1824 centralizava todo o poder do estado brasileiro nas mãos do imperador, que dispunha do Poder Executivo e do Moderador, controlando os poderes Legislativo e Judiciário. Além disso, restringia o acesso da maioria da população brasileira às decisões políticas. Tal situação não foi aceita por toda a so-

ciedade imperial. Havia quem aprovasse, quem calasse por temor e quem contestasse. Ressalte-se que o protesto mais violento partiu da província de Pernambuco e se transformou no episódio conhecido como a Confederação do Equador. Originou-se do descontentamento popular ao autoritarismo de Dom Pedro I, teve como principais fatores as dificuldades econômicas locais e os ideais republicanos. Os principais líderes do movimento foram Paes de Andrade, Frei Caneca e Cipriano Barata. Muitos rebeldes republicanos e anticolonialistas foram salvos graças à ação de Juízes daquela época, de Juízes que arriscando não só o seu cargo, mas a sua própria condição humana, a sua própria vida, ousaram se opor, ou ao rigorismo da metrópole, ou do Império, e mais tarde, da própria República.

Em Pernambuco, marcará a nossa história a instalação, no dia 13 de agosto de 1822, em parte do antigo Colégio dos Jesuítas do Recife, do denominado Tribunal da Relação. O Tribunal de Justiça de Pernambuco tinha sido criado por alvará de 6 de fevereiro de 1821, de Dom João VI, então Rei do Brasil, recebendo na ocasião o nome de Tribunal da Relação de Pernambuco.

Consolidada a Independência Política do Brasil criava-se, pela Constituição de 1824, um sistema judiciário próprio e possuidor de destinação específica, ou seja, a de substituir aquela imposta por Portugal. O referido sistema judiciário teria como órgão maior o Supremo Tribunal, organizado por Lei de 18 de setembro de 1828.[21] De modo que as linhas mestras da administração da justiça

. . . . . .

21 ROCHA, José de Moura. O Direito Processual nos Estados-Pernambuco. **Revista Acadêmica**, p.35.

sofreriam, como é lógico, alterações consideráveis. No âmbito político, incidentes graves, a exemplo da morte do jornalista oposicionista Líbero Badaró, em São Paulo, a mando de autoridades ligadas ao governo imperial, reforçam o afastamento dos liberais brasileiros e provocariam mais tarde a abdicação do Imperador.

6. A ABDICAÇÃO DE DOM PEDRO I , A REGÊNCIA E O ATO ADICIONAL

Ocorre, então, no dia 7 de abril de 1831, a abdicação de Dom Pedro I. Políticos passam a governar o país, já que o herdeiro do trono, Dom Pedro II, tinha apenas 5 anos. Veio o período da regência, considerado pelos historiadores como o mais difícil e turbulento. Devido ao momento vivido, Pernambuco, que estivera muito presente no quadro político do império e que estava em crise, ressurgiu mais forte na onda liberalista que ganhou mais força com a abdicação. Com isto, reacendeu em Pernambuco o movimento liberal, com suas raízes nas tradições francesas. Destacou-se como líder incontrastável do movimento, o Ministro Antonio Francisco de Paula Holanda Cavalcanti que, embora tenha deixado o cargo que exercia às vésperas da abdicação, negociou com Eduardo Pontois, representante da França, um projeto de sucessão do Brasil, onde chegaram a elaborar um plano pelo qual o Brasil, dada, as condições precárias em que se encontrava, seria dividido em dois reinos, o do norte, a partir da Bahia, e do sul, com o apoio da França e o favorecimento da Guiana Francesa.

Em 1832, começa a ser votada a reforma da Constituição, do que resulta a lei de 1834, conhecida por Ato

Adicional. As principais inovações foram a substituição da Regência Trina pela Regência Una, a supressão da vitaliciedade dos membros do Senado, a supressão do Conselho de Estado e a transformação dos Conselhos Gerais das Províncias em Assembléias Legislativas e competência desta, para legislar. [22] Com a reforma de 1832, a primeira instância passou a ser composta dos seguintes juízes: Juízes de Direito de Comarca, Juízes de Órfãos, Juízes Municipais, que atuavam em termos ou subdivisões da comarca, Juízes de Paz, que atuavam em divisões distritais dos Municípios e Juntas de Paz, que apreciavam os recursos sobre decisões de Juízes de Paz. [23] No mesmo sentido, em conseqüência da reforma de 1832, a segunda instância, composta pelo Desembargo do Paço, a Mesa de Consciência e Ordens, o Conselho da Fazenda e o Tribunal da Relação, ficaram reduzidos a duas categorias: Juntas da Fazenda e Tribunais de Justiça. A Casa da Suplicação, por sua vez, passou a se denominar Supremo Tribunal de Justiça, passando somente a ter a denominação de Supremo Tribunal Federal em 1890.[24] Suas atribuições consistiam em conceder ou denegar revista, julgar os crimes praticados pelos seus membros, pelos desembargadores, pelos membros do corpo diplomático e pelos presidentes de província e decidir sobre os conflitos de jurisdição. Contudo, a história nos relata que após um período de pouca contestação à Monarquia, a Revolta Praieira tem início. Isto se dá quando setores radicais do Partido Liberal pernambucano, reunidos em torno do jor-

. . . . . .

22 NASCIMENTO, Walter Viera do. **Lições de História do Direito**, p. 215.
23 Idem, p.234.
24 Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, p.127.

nal Diário Novo, na Rua da Praia, no Recife, e conhecidos como praieiros, condenam a destituição do governador da Província, Antonio Chimorro da Gama, por ser ele opositor dos "guabirus", o mais poderoso grupo da aristocracia e da burguesia mercantil ligado ao Partido Conservador. Com inspiração liberal e federalista, liderados por militares e políticos, os praieiros começam em Olinda uma rebelião contra o novo governo provincial.

O movimento espalha-se rapidamente por toda a Zona da Mata pernambucana. Em 1849 lançam o manifesto ao mundo[25] e defendem o voto livre e universal, a liberdade de imprensa, a independência dos poderes constituídos, a extinção do Poder Moderador, o federalismo e a nacionalização do comércio de varejo. Chegam a receber a adesão da população urbana pobre e atacam o Recife com quase dois mil e quinhentos combatentes, mas são rechaçados. Assim, a rebelião é derrotada no começo de 1850.[26] No contexto da história do Poder Judiciário em Pernambuco, importa consignar que Joaquim Nunes Machado foi um dos chefes da Rebelião Praieira. Conhecido por seu espírito revolucionário, nasceu a 16 de agosto de 1809, em Goiana, Pernambuco, e ingressou cedo na carreira jurídica. No ano de 1832, formou-se Bacharel em Direito pela primeira turma da Academia Jurídica de Olinda, atual Faculdade de Direito do Recife. Ainda recém-formado, foi nomeado o primeiro Juiz de Direito da Comarca de Goiana, criada por resolução do Conselho da Província. Em 1835, foi nomeado titular da 1ª Vara Criminal do Recife.

. . . . . .

25 Cf. artigo publicado no Diário de Pernambuco de 22.01.2001 –Ed.Especial- "Mais de 800 morreram na Praieira".

26 Cf. http://www.superzap.com capturado em 12.05.2003.

Em 1847, passou a ser Desembargador da Relação de Pernambuco. Além dos cargos no Poder Judiciário, foi Deputado Provincial e Deputado pela Assembléia Geral por Pernambuco em várias legislaturas. Faleceu no dia 2 de fevereiro de 1849, quando, à frente dos rebeldes, entrava no Recife.[27]

7. A REPÚBLICA

A República foi proclamada no Brasil ainda sob o espírito libertário da abolição da escravatura, pois, o governo de Dom Pedro II extinguira definitivamente o tráfico de escravos com a Lei Eusébio de Queirós. Aos poucos, os imigrantes europeus assalariados passam a substituir os escravos no mercado de trabalho, principalmente nas fazendas de café em expansão. Alguns fatos importantes para a história do Brasil ocorrem. Irrompe a Guerra do Paraguai (1865-1870); um choque entre a hierarquia católica e a maçonaria, conhecido como 'Questão Religiosa', provoca conflito entre o governo brasileiro e a Igreja Católica; e o Partido Liberal, de oposição, compromete-se publicamente com o fim da escravidão. Por sua vez, políticos e intelectuais importantes, como Joaquim Nabuco e José do Patrocínio, criam no Rio de Janeiro a Sociedade Brasileira contra a Escravidão, que estimula a formação de dezenas de agremiações similares pelo país. Há insatisfação na caserna, pois, os sucessivos conflitos envolvendo o Exército e o Império crescem com o fim da Guerra do Paraguai.

. . . . . .

27 Cf. http://www.tjpe.gov.br capturado em 20.06.2003.

nal Diário Novo, na Rua da Praia, no Recife, e conhecidos como praieiros, condenam a destituição do governador da Província, Antonio Chimorro da Gama, por ser ele opositor dos "guabirus", o mais poderoso grupo da aristocracia e da burguesia mercantil ligado ao Partido Conservador. Com inspiração liberal e federalista, liderados por militares e políticos, os praieiros começam em Olinda uma rebelião contra o novo governo provincial.

O movimento espalha-se rapidamente por toda a Zona da Mata pernambucana. Em 1849 lançam o manifesto ao mundo[25] e defendem o voto livre e universal, a liberdade de imprensa, a independência dos poderes constituídos, a extinção do Poder Moderador, o federalismo e a nacionalização do comércio de varejo. Chegam a receber a adesão da população urbana pobre e atacam o Recife com quase dois mil e quinhentos combatentes, mas são rechaçados. Assim, a rebelião é derrotada no começo de 1850.[26] No contexto da história do Poder Judiciário em Pernambuco, importa consignar que Joaquim Nunes Machado foi um dos chefes da Rebelião Praieira. Conhecido por seu espírito revolucionário, nasceu a 16 de agosto de 1809, em Goiana, Pernambuco, e ingressou cedo na carreira jurídica. No ano de 1832, formou-se Bacharel em Direito pela primeira turma da Academia Jurídica de Olinda, atual Faculdade de Direito do Recife. Ainda recém-formado, foi nomeado o primeiro Juiz de Direito da Comarca de Goiana, criada por resolução do Conselho da Província. Em 1835, foi nomeado titular da 1ª Vara Criminal do Recife.

. . . . . .

25 Cf. artigo publicado no Diário de Pernambuco de 22.01.2001 –Ed.Especial- "Mais de 800 morreram na Praieira".
26 Cf. http://www.superzap.com capturado em 12.05.2003.

Em 1847, passou a ser Desembargador da Relação de Pernambuco. Além dos cargos no Poder Judiciário, foi Deputado Provincial e Deputado pela Assembléia Geral por Pernambuco em várias legislaturas. Faleceu no dia 2 de fevereiro de 1849, quando, à frente dos rebeldes, entrava no Recife.[27]

7. A REPÚBLICA

A República foi proclamada no Brasil ainda sob o espírito libertário da abolição da escravatura, pois, o governo de Dom Pedro II extinguira definitivamente o tráfico de escravos com a Lei Eusébio de Queirós. Aos poucos, os imigrantes europeus assalariados passam a substituir os escravos no mercado de trabalho, principalmente nas fazendas de café em expansão. Alguns fatos importantes para a história do Brasil ocorrem. Irrompe a Guerra do Paraguai (1865-1870); um choque entre a hierarquia católica e a maçonaria, conhecido como 'Questão Religiosa', provoca conflito entre o governo brasileiro e a Igreja Católica; e o Partido Liberal, de oposição, compromete-se publicamente com o fim da escravidão. Por sua vez, políticos e intelectuais importantes, como Joaquim Nabuco e José do Patrocínio, criam no Rio de Janeiro a Sociedade Brasileira contra a Escravidão, que estimula a formação de dezenas de agremiações similares pelo país. Há insatisfação na caserna, pois, os sucessivos conflitos envolvendo o Exército e o Império crescem com o fim da Guerra do Paraguai.

. . . . . .

27 Cf. http://www.tjpe.gov.br capturado em 20.06.2003.

Diante deste quadro, a Princesa Isabel assina a lei que extingue definitivamente a escravidão no Brasil. Em contrapartida, a abolição desagrada aos fazendeiros, que exigem indenizações pela perda do que consideram ser sua propriedade. Como não são bem sucedidos, aderem ao movimento republicano como forma de pressão. O Império perde assim sua última base de sustentação política e a República é proclamada. O clima social que então vigorava, inspirado por idéias liberais, sedimentaram a nova constituição do país. O Brasil deveria iniciar a sua fase de Estado republicano-federativo, em regime de governo presidencialista, sob a égide da Constituição de 1891. Esta consagrava o princípio da divisão dos poderes, assim expresso no seu art. 15: "São órgãos da soberania nacional o poder legislativo, o executivo e o judiciário, harmônicos e independentes entre si".[28]

A Constituição da República inovou ao adotar o sistema dualista de justiça federal e justiça estadual. O Tribunal Federal de Recursos, que integraria a segunda instância, com a finalidade de restabelecer o trânsito normal do Supremo Tribunal Federal, somente foi criado em 1946 e teve a sua competência definida no art. 104 daquela Constituição desse mesmo ano, uma vez que, por força da Constituição de 1937, a composição da primeira instância já estava desfeita. Esta situação perdurou até o ano de 1966, quando, através da Lei nº 5. 080, de 30 de maio, foi restabelecida, através de duas categorias de juízes, ou seja, os Juízes Federais e os Juízes Federais Substitutos. Enfim, pela Constituição de 1988, a Justiça Federal so-

. . . . . .

28 NASCIMENTO, Walter Vieira do. Ibid, p. 221.

freu alterações, como se vê dos arts. 104 e 105, 107 e 108, que dispõem sobre a composição e competência de seus novos órgãos, ou seja, o Superior Tribunal de Justiça, em substituição ao Tribunal Federal de Recursos, e os Tribunais Regionais Federais.

Quanto aos juízes federais singulares, a sua competência passou a ser regulada pelo art. 109 do mesmo diploma constitucional. A Justiça Estadual, de primeira e segunda instância, passou a ter a seguinte composição: Juízes de Direito; Juízes Municipais ou Distritais, Juízes de Paz e Tribunais de Justiça. Contudo, em razão das sensíveis mudanças ocorridas no mundo, merecendo referência alguns acontecimentos, como causa e efeito, a Primeira Grande Guerra 1914/18, a Revolução Russa de 1917, a aceleração da economia internacional, fez-se indispensável adaptar nossa legislação à nova realidade do mundo.

A grande recessão da economia mundial em 1929 veio completar o quadro de uma nova realidade internacional. Tais alterações não podiam deixar de repercutir de forma inexorável na organização nacional, na sua estrutura social e jurídica. O Estado passou a intervir no domínio econômico e o Brasil não escapou de todos esse acontecimentos. O período compreendido entre 1919 e 1930 caracterizou-se, no Brasil, pela progressiva decadência do regime oligárquico em função da ascensão de grupos de oposição ao governo, oriundos das transformações por que passou a sociedade brasileira no início do século. Em 1922, havia ocorrido a polêmica Semana de Arte Moderna, realizada em São Paulo, na qual artistas e intelectuais apresentavam uma nova proposta para a cultura nacional, havendo o des-

contentamento atingido o máximo em 1930. A Constituição de 16 de julho de 1934, como não podia deixar de ser, foi um reflexo da situação internacional, definindo novos padrões político-jurídico nacionais, particularmente quanto ao papel do Estado e seu compromisso com a ordem econômica. A época do governo de Getúlio Vargas marcou profundamente a história brasileira.[29] A modificação econômica pelas quais o Brasil passou originou mudanças da estrutura social. A indústria promoveu o desenvolvimento rápido das cidades, transformando-as em importantes centros de atração para populações rurais. Em virtude disto, as cidades industriais, cujo aumento populacional se deu em escala superior às necessidades das indústrias, passaram a contar com uma série de problemas que antes desconheciam. No seu governo foi criada a Justiça do Trabalho. Na Região Nordeste o período foi marcado por secas que propiciaram as migrações internas, uma vez que a falta de incentivos à fixação da população nas zonas rurais foi também fator decisivo para o aumento da população nos centros urbanos. Durante essa fase do Brasil, diminuíam as atribuições do Poder Judiciário devido a forte ingerência do Poder Executivo em diversos níveis.

Com a redemocratização em 1945, foi eleita a Assembléia Constituinte, a qual votou e promulgou uma nova Constituição em 18 de setembro de 1946. O fim da Segunda Guerra marcou o início do período denominado Guerra

. . . . . .

29 A chamada Era Vargas, iniciada com a Revolução de 1930, que desalojou do poder a oligarquia cafeeira, divide-se em três períodos: o Governo Provisório(1930-1934), o Governo Constitucional (1934-1937) e o Estado Novo (1937-1945).

Fria, no qual dois blocos antagônicos, o capitalista, sob a liderança dos Estados Unidos, e o socialista, dominado pela então chamada União Soviética, disputavam a hegemonia mundial. Nesse grupo, o Brasil se alinhou ao bloco capitalista. Após Vargas, assume Juscelino Kubitschek de Oliveira. Durante seu governo a nova capital federal, Brasília, é construída, além de ter sido dado grande estimulo à industria. Nesse período, dentre as personalidades que marcaram o Poder Judiciário em Pernambuco, está o Des. Thomaz de Aquino Cirilo Wanderley, nomeado Desembargador em 1951. Relata-se[30] que nunca aceitou presidir o Tribunal de Justiça, tampouco assumir a Secretaria de Justiça. Recebeu o Diploma do Mérito da Magistratura, concedido pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Destacamos a obra "Exame de Consciência do Juiz", onde ressalta o imperativo ético do juiz clamando pela consciência da majestade da função e, acima de tudo, a dedicação ao trabalho, independência e coragem.

O quadro político segue com Jânio Quadros na presidência da República, entretanto, com a sua renuncia, assumiu João Goulart a chefia do Estado Brasileiro. Porém, a aplicação de uma política de caráter social provocou descontentamentos que redundaram no golpe militar de 1964, o qual depôs João Goulart da presidência, fazendo com que assumisse o Marechal Castelo Branco. O golpe de 1964 instaurou o regime militar no país até 1985. Esse regime caracterizou-se fundamentalmente pelo centralismo e pelo autoritarismo que impôs aos brasileiros. Arbitrariedades e violência foram constantes no período. A partir de 15 de março de 1967 entrou em vigor uma

. . . . . .

30 Cf. http://www.tjpe.gov.br capturado em 20.6.2003.

nova Constituição. Essa Carta, denominada Constituição do Brasil, teve sua vigência até 1969, quando recebeu nova redação pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Assim, os preceitos constitucionais e a legislação perderam a sua limpidez democrática, sofrendo alterações em alguns casos marcadamente abusivas. Por meio da Constituição de 1967, fortaleceram-se os poderes do Executivo, notadamente em matéria de segurança nacional e finanças. Ao Legislativo se impôs prazo fatal de tramitação para as matérias oriundas do Executivo, sob pena de aprovação automática.

O fim da ditadura militar ocorreu em 1985, quando assumiu a presidência José Sarney (1985-1990). Seu governo foi marcado pela consolidação democrática no Brasil. Em 1989, foi escolhido pelo voto direto o novo presidente do Brasil, Fernando Collor de Mello. Entretanto, seu governo caracterizou-se pelos escândalos político-administrativos, produzindo uma Comissão Parlamentar de Inquérito, importante mobilização popular e, finalmente, o seu afastamento do governo. Assim, assumiu a vice-presidência Itamar Franco. Seu sucessor, Fernando Henrique Cardoso, continuou a política de estabilização monetária e maior integração à globalização. Na última eleição, assumiu o governo o primeiro representante do Partido dos Trabalhadores, Luis Ignácio Lula da Silva.[31]

O atual Presidente propõe novas mudanças e reformas, tenta vencer os graves problemas sociais e econômicos do Brasil. Já podemos visualizar alguns avanços localizados, apesar do amplo quadro de exclusão social e agravamento econômico ligado, principalmente ao déficit cres-

. . . . . .

31 Cf. http://www.proficardao.hpg.ig.com.br capturado em 12.05.2003.

cente da balança comercial. No que se refere à atuação do Poder Judiciário, não somente em Pernambuco, é que a democracia, na verdade, aprimora-se com a ordem jurídica constituída e se desfortalece com a ordem jurídica abalada. Vale dizer que o Estado de Direito tem que ser cansativamente lembrado e defendido pelo Judiciário. Os poderes devem trabalhar em conjunto, harmoniosamente. Entretanto, é válido mencionar que o Judiciário, como guardião que é da ordem jurídica, deve lutar como um bom soldado pela defesa da ordem jurídica de modo responsável, mesmo que para tanto tenha que se opor aos outros poderes, pois importa muito mais defender a Constituição e obedecer à Justiça.

8. O PODER JUDICIÁRIO, A ATUAL SOCIEDADE PERNAMBUCANA E A CIDADANIA PARTICIPATIVA

Entendemos que o desenvolvimento das instituições a partir das lutas sociais, a partir do entendimento da cidadania como algo gradual é, pois, o acúmulo de direitos sedimentados na sociedade. Cremos que ao explicar a cidadania apenas na classificação dos direitos, os constitucionalistas incorrem em uma visão incompleta, ou seja, quando feita apenas no "acumular de direitos", uma vez que deveria ser uma junção de acumular direitos e desenvolver obrigações.

Uma forte cultura cívica é caracterizada quando as pessoas lêem mais jornais, participam nas votações, reúnem-se para discussão de assuntos públicos. Ou seja, a idéia de cidadania participativa é o povo, não só os membros dos poderes, participando nos assuntos públicos. O envolvimento cívico forte gera uma economia pujante. Há evidências fortes

que o desenvolvimento de uma cultura é algo fundamental para o desenvolvimento econômico. Não podemos omitir que o Brasil vem de uma cultura onde o povo não contava – a elite da casa grande. Pernambuco tornou-se um paradoxo – sucesso no regime do "plantation" – entretanto, formou uma elite que desprezou o trabalho duro dos menos favorecidos economicamente. É inegável que parcela de nossa sociedade não sinte a legitimidade das leis, pois, o povo não se sente responsável pelas instituições. Impera um quadro de violência, uma vez que o atraso no desenvolvimento econômico é provocado pela desigualdade social. Há uma debilidade de direitos de cidadania que inviabilizou o desenvolvimento nacional, analogamente, o desenvolvimento das nossas instituições. Ressaltamos que apesar de importante, a discussão não é suficiente e necessita de uma consciência de responsabilidade social do trabalho e da participação da sociedade para a efetiva mudança das instituições. Temos potencial para o desenvolvimento de uma cultura cívica, ou seja, a cultura de uma cidadania participativa. Tal procedimento não seria o primeiro, a história nos relata que desde a época do governo de Mauricio de Nassau opiniões, sugestões e queixas dos moradores eram levadas em consideração.

> *... as várias assembléias gerais convocadas para ouvir opiniões, sugestões e queixas dos moradores das capitanias. Pelo menos duas foram feitas em 1636, em Pernambuco e na Paraíba, uma em 1640, na cidade Maurícia, e uma em 1646 no Recife. Exclusivamente de índios foi realizada em 1645, numa aldeia em Goiana*[32]

. . . . . .

32 Cf. http://www.tj.ba.gov.br capturado em 14.5.2003.

Deve-se tentar criar os laços da cultura cívica para se obter um melhor resultado junto as nossas instituições, mormente o Poder Judiciário em nosso Estado. A prática democrática conduz ao amadurecimento cívico, pois o desenvolvimento não é apenas a junção do capital, mas também do chamado capital humano, ou seja, o conjunto de habilidades.

Não se pode ou não se deve, portanto, conceber a cidadania tão somente como direitos e sim como deveres cívicos. A correlação é inegável.

9. CONCLUSÃO

O Poder Judiciário em Pernambuco sempre esteve presente como um garantidor de nossos direitos e ajudará com suas decisões compromissadas com a justiça a construir a nossa memória. Pode-se dizer que um maior entrosamento com a sociedade, como já vem sendo feito, é mais uma semente que poderá germinar se, na vida prática, os Magistrados e Servidores que compõem, este Poder desenvolverem e direcionarem suas aptidões e conhecimentos com verdadeiro espírito público, que vai se tornando escasso no Brasil de hoje. É certo que o Estado de Direito pressupõe o respeito pelas liberdades individuais e direitos consagrados na nossa Constituição. Entretanto, o Judiciário ainda é visto, pela sociedade pernambucana, de uma forma muito distante. Contudo, a busca permanente do melhor funcionamento é intrínseca ao Poder Judiciário, sem a qual ele é a negação de si próprio.

Não consideramos o Judiciário um Poder com credibilidade cadente. Muito pelo contrário, seria possível afir-

mar, sem medo de heresia, que ele é o verdadeiro esteio da nossa sociedade, e que fortalecê-lo é interesse direto dela. Se a sociedade sabe que tem um Judiciário sólido, também sabe que está bem amparada, que está bem protegida. Essa relação de causa e efeito é a receita universal para o resgate da empatia que nutre as sociedades mais desenvolvidas e do combustível necessário às condições de um desenvolvimento mais acentuado, ou, porque não, de um desenvolvimento sustentável. Existe a necessidade de dizer à sociedade que está presente, que pode e deve ser mostrado de forma transparente. Nossa sociedade precisa entender como funciona o mecanismo, não simplesmente pôr a culpa nos magistrados e servidores, dizendo que os processos estão emperrados, porque essa culpa não é apenas da magistratura e dos servidores deste Estado. Para o andamento processual, não é somente o juiz que impulsiona o processo. Inicialmente, há a necessidade de um advogado para a propositura da ação, em alguns casos o Ministério Público tem que funcionar, em outros a Defensoria Pública tem de impulsionar o feito, e o magistrado, obviamente, tem de decidir todas as matérias postas ao seu crivo. O Judiciário precisa dizer como efetivamente funciona, precisa pedir a contribuição da sociedade para modificação de muitas situações, de muitas de suas agruras. Em contra partida, a sociedade deve dar o seu retorno e ser ouvida. É necessário, principalmente, que ocorram mudanças de base na nossa legislação. Não estamos falando dessa pretensa reforma do Judiciário que de há muito tempo se anuncia e que não conduzirá a nada. É preciso, sim, que a reforma seja feita por intermédio da modificação da legislação processual, tanto civil quanto penal. A reforma processual precisa trazer para

o magistrado uma outra forma de impulsionamento dos feitos. Precisa limitar os recursos, porque, hoje em dia, nós temos um processo de conhecimento e, na hora em que se parte para a execução, já é outro processo, muito mais demorado. Então, os códigos precisam limitar os recursos, principalmente os Agravos. Nós precisamos estabelecer prazos, sim, mas prazos que sejam efetivamente cumpridos. Não pretendemos, com essas assertivas e explicações, nos furtarmos às nossas responsabilidades como integrantes do Poder Judiciário. Mas é preciso que se entenda o centro das questões, que são complexas por natureza. Os códigos têm de sofrer reformas profundas. Se os nossos legisladores, os nossos parlamentares, não se conscientizarem de que os códigos são a essência da reforma, não vamos obter sucesso algum nessa caminhada. Como levar ao conhecimento da sociedade o funcionamento do Judiciário, conseguindo um grau de compreensão mútua capaz de reduzir atritos e aumentar a competitividade sistêmica? Pensamos que os juízes devem ser levados à televisão, às rádios, para dizer como as coisas funcionam, quais são as necessidades do Judiciário. Nosso Estado poderia ser o pioneiro com essas medidas. Não podemos, juízes e servidores, suportar sozinhos todas as críticas. E é necessário que a sociedade contribua, de uma forma também efetiva, para as modificações. Assim, a História será sempre uma participação no processo social de um povo. Em outras palavras, é o próprio povo agindo, deliberando, fazendo-se ouvir nos seus reclamos de justiça e de compreensão de bem comum. Construindo, junto com os magistrados e servidores, um Poder Judiciário mais eficaz e justo.

10. REFERÊNCIAS

Livros:

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962. v. 1,

MATTOS, Potyguar. Imprensa e Justiça. **Arquivo Forense,** Recife, v. LXXIV, 1989/1992.

MENEZES, José Luiz Mota; Marcílio Reinaux. **O Palácio da Justiça.** Recife: Liceu Gráfica e Ed. Liceu, 2002.

NASCIMENTO, Walter Vieira. **Lições de História do Direito.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência.** Porto Alegre: Livraria Sulina, 1973.

QUINTAS, Amaro. **A Revolução de 1817**. Rio de Janeiro: José Olimpio, 1985.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito.** [S. l.]: [s. n.], [s. d.].

RIBEIRO, Benildes de Souza et alli. **Poder Judiciário em Pernambuco, Diagnóstico de um Poder Imolado**. Recife: Tipografia Papelaria Liceu, 1979. 1 v.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

Revistas:

LORETO, Sylvio. O Estrangeiro no Brasil. Da Colônia à República. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife,** Recife, v. 01, n. LXXIII , 1986. .

Revista Jus et Fides. Recife: FASA, 2001.

REINALDO, Demócrito Ramos. Discurso proferido pelo Exmo. Sr. Min. Demócrito Ramos Reinaldo. Superior Tribunal de Justiça. Ciclo de Estudos Jurídicos em homenagem ao Min. Demócrito Ramos Reinaldo. **Discursos e Conferências**, Petrolina, 1998.

ROCHA, José de M. O Direito Processual nos Estados-Pernambuco. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, Recife, v. 1, n. LXXI, 1984.

DINIZ, Melillo. Judiciário: críticas e crises. **Diário de Pernambuco.** Recife, 30 abr. 1993. Opinião, p. A-7.

MAIS DE 800 MORRERAM NA PRAIEIRA. **Diário de Pernambuco.** Recife, 22 jan. 2001. Edição especial.

Outras fontes:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Brasília: Nova Fronteira, 2001.

Sites da Internet :

http://www. tjpe. gov. br;
http://www. geocities. com;
http://www. superzap. com
http://www. proficardao. hpg. ig. com. br;
htpp://www. tj. ba. gov. br

O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A TELEOLOGIA DA APLICAÇÃO DA PENA

Teodomiro Noronha Cardozo
Juiz de Direito Titular da 1ª Vara Criminal e Anexo do Tribunal do Júri da Comarca do Paulista. Pós-graduado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Ex-Coordenador da ESMAPE. Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Especialista em Ciências Criminais pela UFPE. Mestrando em Direito Público pela UFPE. Professor Titular de Técnica de Elaboração de Decisões Penais da ESMAPE. Professor Substituto de Direito da Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO. 1.1.Origem do princípio da legalidade. 1.2. Antecedentes históricos. 2.O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL. 2.1. Princípios penais constitucionais. 2.2. O princípio da reserva legal *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*. 3.A CULPABILIDADE E A APLICAÇÃO DA PENA. 3.1. A culpabilidade como limite da punição estatal. 3.2. As teorias da pena. 3.3. Da individualização da pena. 4.O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A TELEOLOGIA DA PUNIÇÃO DO ESTADO. 4.1. Culpabilidade e legalidade. 4.2. Teoria psicológica da culpabilidade. 4.3. Teoria psicológico-normativa da culpabilidade. 4.4. Teoria normativa pura da culpabilidade. 4.5. Imputabilidade. 4.6. Potencial consciência da antijuridicidade. 4.7. Exigibilidade de conduta conforme ao direito. 5. CONCLUSÕES. 6. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

1.1. A Origem do princípio da legalidade

A origem do princípio da legalidade, conquanto se reconheça o grande merecimento de Feuerbach em formular uma construção não só jurídica, como também política para o Direito, no dizer de Francisco de Assis Toledo,* na ver-

. . . . . .

* TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988.** 5. ed. São Paulo:Saraiva, 1994. p. 21.

dade é originário da *Magna Charta* de João sem Terra, promulgada no século XIII, da baixa Idade Média, no ano de 1215, que no seu art. 39, prescrevia, *in verbis*:

> *Nenhum homem livre será detido, nem preso, nem despojado de sua propriedade, de suas liberdades ou livres usos, nem posto fora da lei, nem exilado, nem perturbado de maneira alguma; e não poderemos, nem faremos pôr a mão sobre ele, a não ser em virtude de um juízo legal de seus pares e segundo as leis do País.*

Na concepção de Cláudio Brandão, a Carta Política de João sem Terra, fundada no costume inglês da *common law,* trazia no seu bojo a semente garantidora do Princípio da Legalidade, naquela sociedade estabelecida contra o absolutismo da monarquia reinante à época.[1]

1.2. Antecedentes históricos

Segundo José Frederico Marques, o princípio de Direito Penal liberal da reserva legal encontra-se vinculado ao Direito Medieval:

> *Nas cortes de Leão, em 1186, declara Afonso IX, sob juramento, que não procederia contra a pessoa e propriedade de seus súditos, enquanto não fossem chamados "perante a* Curia". *E nas*

. . . . . .

1 BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 26.

> *Cortes de Valladolide foi proclamado, em 1299, que ninguém pode ser privado da vida ou propriedade enquanto sua causa não for apreciada segundo o* fuero *e o Direito.*[2]

Alguns doutrinários, todavia, referem que a proposição da reserva legal *nullum crimen* teve origem no Direito Romano. Sabe-se, não obstante, que o Direito Romano era sobretudo costumeiro e a tarefa de interpretar a lei cabia aos julgadores. Porém, os Romanos já distinguiam o *dolus bonus* do *dolus malus* e conheceram eles o erro de direito (*jus et facti*), estabelecendo que o erro de direito não aproveitava o agente – *error jus non excusat*, que mais tarde passou a denominar-se *error jus nocet* - o erro de direito é nocivo.

Esclareça-se que a antiga doutrina penal reportava-se a erro de direito o que a dogmática moderna, já na fase científica do Direito Penal, chama de erro de proibição.

Doutrina Francisco de Assis Toledo que a substituição de erro de fato para erro de tipo e de erro de direito para erro de proibição não significa apenas mudança de terminologia, mas busca-se evitar equívocos e, além do mais, o erro de tipo abrange situações novas que antes eram tratadas às vezes como erro de fato e às vezes como erro de direito, de sorte que o erro de proibição passou a ser mais abrangente ao possibilitar a inclusão de situações novas ao tempo em que atrai para si as hipóteses antes classificadas como erro de direito.[3]

. . . . . .

2 MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Milenium, 2002. p. 151. V. I

3 TOLEDO, Francisco de Assis. (nota 02), p. 267.

2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

2.1. Princípios penais constitucionais

A Constituição Política 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.*

Segundo Canotilho

> *consideram-se princípios fundamentais os princípios historicamente* objectivados *e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.*[4]

Paulo Bonavides pontifica que a manifestação universal dos direitos fundamentais como a liberdade e a dignidade à pessoa humana deu-se a partir do racionalismo da revolução francesa que celebrou o pacto da Declaração dos Direitos do Homem, sendo chamados de direitos de primeira geração os direitos civis e políticos.[5]

Luigi Ferrajoli afirma que a primeira acepção do termo "garantismo" seria um modelo normativo de direito, estruturado a partir do princípio da legalidade, que "é a base do Estado de Direito".

. . . . . .

4 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p. 171.

5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, 7.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997. p.. 516.

> *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*[6]

2.2. O princípio da reserva legal *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*

Com efeito, em matéria penal, estão previstos constitucionalmente, além do princípio de princípios (para usar a terminologia de Cláudio Brandão) um sentido mais amplo de legalidade, inclusive, extrapenal: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei" (art. 5º, II, CF); o princípio da reserva legal, alhures referido *nullum crimen*; o princípio *nulla poena sine culpa* – também não haverá imposição de pena sem culpa formada, assegurado ao réu o devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV); respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX,); princípio do juízo natural – art. 5º, XXXVII,)- *nulla poena sine judicio* "não haverá juízo ou tribunal de exceção" e (art. 5º, inciso LIII) – "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"). – *nulla*

. . . . . .

6 MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de FERRAJOLI, Luigi. **Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco**, Recife, v. 4, n. 10, p. 25-41, jul./dez.1999. 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 que limitam a intervenção daquele – eqüivalem 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".

poena sine judice, e, ainda, o princípio de humanidade (art. 5º, III,); o princípio da irretroatividade da lei mais gravosa (*in malam partem*) (art. 5º, XL); o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e o princípio da presunção de não-culpabilidade (art. 5º, LVII).

O princípio da legalidade penal constou do texto da Constituição Monárquica de 1824, art. 179, inciso XI; da Republicana de 1891, art. 72, § 15; da de 1934, art. 113, inciso XXVI; na de 1946, artigo 141, parágrafo 25; na de 1967, em seu artigo 150, § 16 e na Emenda Constitucional nº 01, de 17 de outubro de 1969, artigo 153, § 16.

Para William A.Schabas, o Princípio da Legalidade:

> *É um princípio básico de justiça que uma pessoa não pode ser punida se os atos incriminados, quando praticados, não eram tidos como tais, em lei. Esta regra é uma das raras que não apresenta qualquer derrogação na maior parte das convenções de direitos humanos*[7].

Além dos princípios acima, o texto constitucional, a partir de uma interpretação sistêmica, permite-nos inferir outros princípios implícitos, quais sejam, o da proporcionalidade, o da razoabilidade, o da intervenção mínima, sem embargo, conforme Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Júnior de, em matéria penal, serem extraídos do Texto Magno os princípios da necessidade, da utilidade social e da suficiência.[8]

. . . . . .

7 CHOUKR, Fauzi Hassan (organizador). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 158.

8 CORREA JUNIOR, 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.

A própria Constituição Federal prevê a aceitação de princípios implícitos ao consagrar no art. 5º, § 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.*

A propósito, Francisco Fernandes de Araújo assegura que a existência de 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.*[9]

3. A CULPABILIDADE E A APLICAÇÃO DA PENA

3.1. A culpabilidade como limite da punição estatal

É inquestionável que o princípio da culpabilidade decorra do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III, da Carta Política).

. . . . . .

9 ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação**. Campinas:Copola, 2002. p. 14 e 17.

Conquanto o princípio da culpabilidade não esteja expresso na Constituição, é inegável sua vinculação ao Princípio reitor da Legalidade, como observa José Cerezo Mir ao afirmar que tal princípio também não está positivado na Constituição Espanhola, mas o princípio da legalidade "é uma exigência do respeito à dignidade da pessoa humana".[10]

Assevera Palazzo que o princípio da culpabilidade é de dúplice 'virtude' constitucional, porquanto, ora funciona como fundamento da pena e do próprio *jus puniendi* do Estado-juiz, ora como limite da intervenção punitiva estatal:

> *Admitir o princípio de culpabilidade como fundamento da pena significa emprestar a esta caracteres retributivos, compensadores do mal produzido pelo autor, na medida em que esse mal reflete a* cattiva volontà *do réu. A culpabilidade, como fundamento da pena, projeta o sistema penal numa perspectiva eticizante, no centro da qual está o homem, como sujeito de responsabilidade moral, entendido, pois, em sua característica de auto-determinação, para o 'mal' e para o 'bem.*[11]

Para Claus Roxin o princípio da culpabilidade, do ponto de vista dogmático, exerce função limitadora da pena, em obséquio à teoria da prevenção geral e especial,[12] típica, antijurídica e culpável.

. . . . . .

10 Citado por AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios penais – da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 173.
11 PALAZO, Francisco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 52
12 Roxin, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal** Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 31.

Assim, é através da culpabilidade que se atribui conseqüência ao crime, com a imposição de uma pena proporcional à culpa, visto que no Estado Democrático de Direito, em que se privilegia a dignidade da pessoa humana, é incompatível a aplicação de penas cruéis, humilhantes e desumanas, vigentes no período do terror penal.

O legislador constituinte, expressamente, consagrou na Constituição, em homenagem ao princípio da legalidade, a proibição de penas de morte, salvante os casos de guerra declarada; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento e cruéis (art. 5º, inciso XLVII).

3.2. As teorias da pena

As chamadas teorias da pena dividem o pensamento dos juspositivistas em três grandes grupos: teorias absolutas, relativas e mistas ou ecléticas. É justamente através dessas teorias que a dogmática penal busca explicar a pena por meio do fundamento ideológico da retribuição e da prevenção. A primeira delas, **a teoria absoluta** vê na pena um 'fim em si mesmo', hermético, de fechamento dogmatizado, retributivo, absolutista, e, em *ultima ratio* seria um *malus propter malus*. A **teoria relativa** subdivide-se em prevenção geral e especial. Pela prevenção geral evitar-se-ia a reprodução de novos crimes a partir do caráter aflitivo da pena como um mal necessário. Pela ótica da prevenção especial a pena destinar-se-ia, finalisticamente, ao tratamento individual do criminoso para evitar a contumácia de novos comportamentos anti-sociais.

As teorias **mistas ou ecléticas** conjugam as duas teorias anteriormente referidas (absolutas e relativas), com-

binando retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena, cuja teoria melhor traduz a idéia de pena pela reprovação e prevenção do crime.

O legislador do Diploma Penal Brasileiro de 1940 adotou a teoria mista da pena ao gizar, no art. 59, que o juiz estabelecerá a pena, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (...).

A noção de pena é vista não só com o fim retributivo (*quia peccatum est*) mas também preventivo (*quia ne peccetur*). Por isso, ao lado do sancionamento expiatório a pena tem por finalidade a prevenção geral e especial à reprodução de novas práticas criminosas.

Platão, no Protágoras, concebeu a idéia de uma pena finalista, que não se alimentava só da reprovabilidade do fato cometido, mas da necessidade que ela tinha para evitar a prática de novos crimes.

> *(...) em todos os povos o princípio da punição assenta na consideração de que o seu motivo não é tirar vingança do injusto passado, uma vez que não se poderia fazer que não se tenha realizado o que já se realizou, mas o que se tem em vista é o futuro, para que se evitem novas injustiças.*[13]

Sêneca sustenta que Platão, influenciado pelos estóicos e epicúreos – que avançaram no estudo da pena preventiva mais do que o próprio filósofo grego – lançou a fórmula que viria a ocupar um lugar-comum dos dois pensadores: *nemo prudens punit quia pecatum est sed ne peccetur.*[14]

. . . . . .

13 BRUNO, Aníbal, tomo 3º, p. 36.
14 Idem, p. 37.

Kant, partidário do caráter absoluto da pena, chegou mesmo a afirmar que se uma sociedade resolvesse voluntariamente se dissolver, o último dos assassinos que se achasse na prisão deveria ser justiçado, a fim de que cada um recebesse o castigo que sua conduta reclamasse.

Hegel, afirma Heleno Cláudio Fragoso, também formulou a mesma idéia dialética da pena ao conceber o crime como a negação do direito, a pena como a negação do crime, que anula o direito, podendo-se aí inferir-se que a pena é a negação da negação, o que corresponde a uma afirmação.[15]

Assim, concluímos que a finalidade da pena, resultando no direito de punir estatal é, essencialmente, a tutela de bens jurídicos. Segundo Liszt a pena estaria ligada, finalisticamente: 1) à ressocialização dos delinqüentes que ainda são recuperáveis; 2) intimidação daqueles delinqüentes que são socializáveis e por isso não precisam de uma ressocialização e 3) neutralização dos delinqüentes que não podem conviver em sociedade e por isso não ressocializáveis.[16]

Liszt enxerga a pena como 'ação instintiva' desvinculada de qualquer juízo ético, não podendo este ser negado ou rejeitado de algum modo, posto que não existe ligação entre pena e ética, conforme seu posicionamento:

> *Não se avaliará nunca como suficiente a vantagem desta separação; ela libera a Ciência do Direito Penal do perigo de ser arrastada numa disputa, ainda não resolvida sobre os fundamentos da ética, e a exonera da obrigação do de-*

. . . . . .

15 FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal ; parte geral**. 4. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.p. 275-276.
16 LISZT, Franz Von. **A teoria finalista no Direito penal.** Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2003. 46.

ver de demonstrar, reiterada e quotidianamente, a validade do título sobre a qual apóia a sua existência[17]

Contrariamente ao pensamento de Liszt, o saudoso Prof. Ruy da Costa Antunes raciocinava que a pena é reprovação e é justamente na reprovação que reside o seu sentido ético porquanto "o reprovador da conduta má (inadequada) é exigência de preservação dos valores morais."[18]

Nesta perspectiva, Claus Roxin, tecendo críticas à dicotomização sobre os conceitos teóricos de política criminal e sistema jurídico-penal, leciona que a lei penal é um meio de restabelecer a ordem das liberdades coexistentes, mas não é um instrumento válido de reforma social.[19]

Assim dito, é de concluir-se que a pena, no ponto de vista da eficácia e da otimização sociopolítico-econômico é tão gravosa quanto o delito, sim, porque ela importa tanto quanto o crime, um dano a bens jurídicos igualmente tutelados: vida, liberdade e patrimônio, e neste aspecto, conclui Francesco Carnelutti, "parece, por isso, à primeira vista, que o castigo a um mal acrescenta outro".[20]

3.3. Da individualização da pena

Cezar Roberto Bitencourt leciona que a individualização da pena passa por três momentos distintos: *individualização legislativa* – processo por meio do qual o legislador seleciona quais os fatos sociais que devem ser punidos e a eles comina as sanções respectivas, fixando os limites e critérios para estabelecimento da pena; *individualização judicial* – atividade judicial elaborada pelo juiz na sentença correlata com a individualização legislativa que, abstratamente, cominou as sanções penais e, por fim, a *individualização executória*, que se verifica por ocasião do cumprimento efetivo da pena fixada pelo juiz.[21]

Para Luiz Régis Prado entende-se por pena determinada, no seu sentido amplo, não somente a fixação da pena em espécie e seu respectivo *quantum*, mas também a decisão a respeito de sua eventual substituição ou suspensão condicional.[22]

Já se disse que ao Direito Penal incumbe coibir uma conduta e o que importa é a certeza da punição e não a quantidade da pena aplicada.

O Código Penal do Império de 1830, seguindo as pegadas do Diploma Penal liberal francês de 1791, sob os ares dos postulados da revolução, com as modificações trazidas pelo legislador de 1810, adotou como sistema de dosimetria da pena mero cálculo aritmético, estabelecendo três graus distintos de apenação: máximo, médio e mínimo (art. 63). Perfilhando do mesmo raciocínio o Código Penal Pátrio de 1890 dividia a sanção penal em graus: máximo, submáximo, médio, submédio e mínimo. Assim, o código definia apenas os graus máximo e mínimo, enquanto que o grau médio era o resultado da soma

. . . . . .

17 Idem, p. 16.
18 ANTUNES, Ruy da Costa. **Problemática da pena**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Recife no concurso para professor catedrático de direito penal. Recife, 1958.p. 341-342.
19 ROXIN, Claus, nota 12, p. 13.
20 CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 12.

21 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.p. 548-549.
22 PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro.**3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 533.

aritmética dos extremos e o grau médio extraía-se da soma dos graus submédio e mínimo e, por último, o grau submáximo era obtido da média entre os graus médio e máximo, conforme estatuído no art. 62.

O artigo 42, do Diploma Penal de 1940, tinha a seguinte dicção, *verbis*:

> *Art. 42. Compete ao juiz, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime...*

O legislador reformista de 1984 substituiu "a intensidade do dolo e o grau da culpa" pela culpabilidade e acresceu "a conduta social" e o "comportamento da vítima" às circunstâncias então previstas no art. 42 do CP.

A doutrina brasileira apegou-se em dois sistemas para a fixação da pena, de um lado o chamado sistema bifásico defendido por Roberto Lyra Filho e, de outro, o sistema trifásico defendido por Nelson Hungria.

Pelo sistema bifásico o juiz aplicaria a pena utilizando-se de duas etapas: na primeira etapa fixava a pena-base levando em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59 e as circunstâncias legais e atenuantes agravantes (arts. 61/62, 65/66, do CP) e, na segunda etapa, apreciava as causas especiais de aumento e de diminuição, previstas na parte geral e ou especial do Código.

Pelo sistema trifásico, também chamado de sistema de Nelson Hungria, são três os momentos que o juiz deve percorrer para fixação da pena. Em primeiro lugar ele determina a pena-base valorando as circunstâncias judiciais; com lastro na pena inicial, são consideradas as circunstâncias atenuantes e ou agravantes para o efeito de estabelecer-se a pena provisória, na segunda fase; por último, em cima da pena provisória, são consideradas as causas de aumento e ou de diminuição, gerais e ou especiais, tornando-se, assim, a pena-final individualizada e concreta.

A ressaltar, entrementes, que a Novel Parte Geral do Código Penal brasileiro, pela reforma introduzida pela Lei n. 7.209/84, adotou o sistema trifásico de Hungria para a dosimetria da pena privativa de liberdade, conforme gizado no art. 68, cujo posicionamento legislativo foi adotado pelo Supremo Tribunal Feferal.[23]

O elogio que se faz ao método trifásico é, justamente, que ele se presta ao Princípio da Legalidade da pena porque atende ao princípio constitucional de individualização da pena.

No próximo item analisaremos o Princípio da Legalidade e a questão da Punição Estatal.

4. O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A TELEOLOGIA DA PUNIÇÃO DO ESTADO

4.1. Culpabilidade e legalidade

Para a teoria finalista, o crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. H. Welzel, citado por Cláudio Bran-

. . . . . .

[23] *"Numa primeira fase é fixada a pena-base, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Na segunda, incidem sobre a pena-base eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes (artes. 61, 62, 65 e 66 do mesmo estatuto). Por fim, se for o caso, devem ser consideradas as causas de aumento ou de diminuição, previstas na Parte Geral ou Especial do CP". (RHC 59.215, DJU 2.10.81, p. 9774).*

dão, dizia que a estruturação do crime em três elementos, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade traduz, nesta ordem, alto grau de racionalidade e segurança jurídica, porquanto, o elemento antecedente será pressuposto do elemento subseqüente. Isto permite, todavia, fazermos um juízo de antijuridicidade se já estiver feito o de tipicidade, e o de culpabilidade se já estiver sido realizado o juízo de antijuridicidade. Conclui Cláudio Brandão que se pode inferir que a tipicidade e a antijuridicidade se baseiam na legalidade e a culpabilidade também encontra sua base, em conseqüência de seus pressupostos, no Princípio da Legalidade.[24]

Acentua a teoria finalista da ação que o dolo e a culpa migram da culpabilidade para a ação (primeiro elemento do tipo) e desta para o tipo, razão pela qual é que se diz que a culpabilidade é constituída apenas de elementos normativos e ela se verifica quando ocorrem os seguintes elementos: *imputabilidade, potencial consciência da antijuridicidade, exigibilidade de conduta diversa* e todos estes elementos encontram substrato de validade no Princípio reitor da Legalidade.

A culpabilidade traduz-se num juízo de reproche social da conduta que recai sobre o autor de um fato típico e antijurídico que podendo, nas circunstâncias, comportar-se de acordo com o direito, por sua vontade decidiu comportar-se contrário ao Direito.

Segundo Cláudio Brandão faz tempo que o Direito Penal abandonou a responsabilidade pelo resultado, a chamada responsabilidade objetiva, para "debruçar-se"

. . . . . .

24 BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 134-135.

sobre a responsabilidade pessoal, concluindo o autor que a culpabilidade rompeu de forma definitiva com o princípio penal da responsabilidade objetiva.[25]

Ensina Brandão que nem sempre existiu um juízo de reprovação sobre o autor do fato para o efeito de imposição de uma sanção penal:

> *Nos primórdios, vigia no direito penal a responsabilidade sem culpa, onde só se observava o nexo de causalidade entre a conduta do homem e o resultado tido como criminoso, independentemente de qualquer análise pessoal sobre o autor do fato.*[26]

Günter Jakobs, ao tratar dos fundamentos do Direito Penal, doutrina que o princípio da culpabilidade é pressuposto necessário para legitimar a atuação repressiva estatal. E continua:

> *Por sua vez, a culpabilidade é o resultado de uma imputação reprovadora, no sentido de que a defraudação que se produziu vem motivada pela vontade defeituosa de uma pessoa (...)*[27]

4.2. Teoria psicológica da culpabilidade

A culpabilidade, a partir de um conceito meramente psicológico, é o liame subjetivo entre o agente e o fato delituoso.

. . . . . .

25 Idem, p. 132.
26 Idem, p. 133.
27 JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari; colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 11.

A teoria psicológica da culpabilidade, nas palavras de Cézar Roberto Bitencourt, mantém estreita correspondência com o *naturalismo-causalista,* dicotomia fundamentada no positivismo do século XIX, quando o direito passou a utilizar-se da metodologia das ciências naturais.

É de Francisco de Assis Toledo a afirmação de que sobre os pilares anímicos - um volitivo e ou intelectual – (o voluntário e o previsível) – edificaram-se dois importantes conceitos penalísticos, quais sejam, o dolo e a culpa.

Heleno Cláudio Fragoso argumenta que o conceito de culpa seria naturalístico, desprovido de qualquer valoração, esgotando-se ele no dolo e na culpa em sentido estrito.[28]

Para este autor, a evolução dessas idéias, no perpassar dos séculos, desembocou na elaboração de um "conceito dogmático puramente psicológico da culpabilidade", para quem:"Culpabilidade é uma ligação de natureza anímica, psíquica, entre o agente e o fato criminoso".[29]

Sendo inquestionável que a culpabilidade é um dos elementos do crime, já que não se pode admitir responsabilidade penal sem culpa, Bettiol acentua que não há dúvida que a culpabilidade é um elemento integrante do crime e, segundo ele,

> *é precisamente o elemento que, mais do que qualquer outro, exprime o embasamento humano e moral sobre o qual construiu a noção de crime.*[30]

. . . . . .

28 FRAGOSO, Op. cit., p. 195.
29 TOLEDO, Op. cit., p. 219.
30 BETTIOL, Guiseppe. **Direito Penal.** Tradução de Eugênio Carlos Amarante Russi]. Campinas, São Paulo: Red Livros, 2000.p. 317-318.

Já Carrara pontificou "que a força moral subjetiva do delito consiste na vontade inteligente do homem que agiu".[31]

Von Liszt diz que

> *Não basta que o resultado possa ser objetivamente referido ao ato de vontade do agente; é também necessário que se encontre na culpa a ligação subjetiva.*[32]

Assim, temos que na teoria da culpabilidade da ação, dolo e culpa não constituem elementos da culpabilidade, mas são espécies da culpabilidade e a imputabilidade é pressuposto dela, porém, não a integra como fator constitutivo, conquanto, para haver dolo ou culpa é necessário que o agente seja imputável, conforme lição de José Frederico Marques.[33]

Cláudio Brandão, finalizando sua investigação sobre a teoria psicológica da culpabilidade, arremata dizendo o seguinte:

> *Conclui-se, portanto, que nesta teoria a metodologia naturalística aplicada despe a culpabilidade dos elementos normativos. Ao se renunciar aos elementos normativos, retira-se a consciência da antijuridicidade do dolo, que passa a ser concebido como pura previsibilidade aliada à vontade da realização do fato (...)* [34]

. . . . . .

31 CARRACA, Francisco. **Programa do curso de direito criminal.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, São Paulo.: LZN, 2002. p.84. v.1
32 LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal Alemão.** Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Campinas, São Paulo: Russel, 2003. v. 1, p. 259.
33 MARQUES, José Frederico, Op. cit., p. 174-175.
34 BRANDÃO, Cláudio, Op. cit.,p. 140.

4.3. Teoria psicológico-normativa da culpabilidade

Coube a Frank a tarefa de formular uma teoria psicológico-normativa da culpabilidade, a qual fora aperfeiçoada por Goldsmith, que traçou as linhas científicas desta teoria e a Mezger a difusão das idéias do conceito da culpabilidade, para quem, a culpabilidade "é tanto um determinado conteúdo quanto também um juízo de valor sobre esse conteúdo."[35]

Cláudio Brandão, formulando um conceito para a teoria psicológico-normativa, afirma que essa teoria retomou o conceito de dolo dos romanos, abandonado pela teoria psicológica da culpabilidade.

Na concepção de Brandão:

> *A culpabilidade não é mais considerada como um puro vínculo psíquico entre o sujeito e o fato, mas como um juízo de reprovação sobre o agente, por não ter se comportado conforme o direito.*[36]

Para Bitencourt, a partir desta teoria normativa, "dolo e culpa" deixam de ser considerados como espécies de culpabilidade, para constituírem-se elementos integrantes da própria culpabilidade, isto porque, esta concepção enxerga a culpabilidade como algo que está fora do sujeito, ou seja, não o vincula ao fato, mas atua como um juízo de reprovação sobre o agente.[37]

Fragoso, ao falar da vontade dos normativistas, abandonando a vontade no seu sentido natural, destaca a vontade que não deveria ser.[38] É vontade "contrária ao dever".

. . . . . .

35 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 290-291.
36 BRANDÃO, Cláudio, Op. cit., p. 141.
37 BITENCOURT, Cezar Roberto, Op.cit. p. 292.
38 FRAGOSO, Heleno Cláudio, Op. cit. p. 196.

Ressalta Aníbal Bruno que se pode dizer que a culpabilidade é a reprovabilidade que recai sobre o autor de um fato punível, que imputável age dolosa ou culposamente, tendo ou podendo ter o agente a consciência de que viola um dever e em circunstâncias que não excluem a exigência de que se abstenha dessa violação.[39]

Citando Maurach, Brandão é categórico quando afirma que é de exigir-se do agente o conhecimento não só atual como também real da consciência da antijuridicidade, que é um fato psicológico.[40]

Em síntese, o pensamento psicológico-normativo é composto dos seguintes elementos: a) *imputabilidade*, b) *elemento psicológico-normativo (dolo ou culpa)* e c) *exigibilidade de conduta conforme ao Direito*.

Em sendo assim, o *dolus malus* (dos romanos) que era antes puramente psicológico agora passa a ser também normativo, constituído de *vontade, previsibilidade e consciência da ilicitude,* sendo os dois primeiros elementos psicológicos e o último, normativo.[41]

4.4. Teoria normativa pura da culpabilidade

Ensina Welzel:

> *que toda ação consciente é levada pela decisão de ação, ou seja, pela consciência do que se quer – o elemento intelectual - e a decisão de querer realizá-lo – o elemento volitivo. Am-*

. . . . . .

39 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]. Tomo 2, p. 31.
40 BRANDÃO, Cláudio, Op. cit., p. 141.
41 BITENCOURT, Cezar Roberto, Op. cit. p. 293.

bos elementos juntos, como fatores criadores de uma ação real, constituem o dolo.[42]

No dizer de Francisco de Assis Toledo, Welzel, limitando-se a rearrumar os elementos estruturais do crime, não incorporou elemento novo, apenas deslocou o dolo e a culpa da culpabilidade para a ação e, assim o fez sem o seu elemento normativo, qual seja, a consciência da antijuridicidade. Assim, arremata Toledo: retirada a consciência da ilicitude da culpabilidade, sepultou-se de vez o antigo *dolus malus* dos romanos, que viveu muito tempo e não poderia mais corresponder às necessidades de um direito penal moderno.[43]

Bitencourt, arrimado em Manuel Viadurri Aréchiga, observa que o modelo finalista do conteúdo da culpabilidade exibe diferenças substanciais em relação ao normativo. Segundo afirma:

> *(...) Na* concepção causalista *o dolo e a culpa eram partes integrantes da culpabilidade, no* finalismo *passam a ser elementos, não desta, mas do injusto. E também, na corrente finalista, se inclui o conhecimento proibido na culpabilidade, de modo que o dolo é entendido somente como dolo natural (puramente psicológico) e não como no causalismo, que era considerado como o* dolus malus *dos romanos (vontade, previsão e conhecimento da realização de uma conduta proibida.*[44]

42 WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Tradução de Afonso Celso Rezende. Campinas, São Paulo: Romana, 2003. p. 119.
43 TOLEDO, Francisco de Assis, Op.cit. p. 228.
44 BITENCOURT, Cezar Roberto, Op. cit., p. 296-297.

Assim dito, potencializa Brandão que a culpabilidade, do ponto de vista puramente normativo, não contém nenhum elemento psicológico,

> *é juízo puramente normativo e seus elementos são: a) imputabilidade, b) potencial conhecimento da antijuridicidade e c) exigibilidade de outra conduta.*

4.5. Imputabilidade

A imputabilidade é a capacidade de culpabilidade, vez que para que se faça um juízo de reprovação pessoal da conduta faz-se mister que o agente seja penalmente capaz.

Assim, o agente é considerado penalmente imputável quando ele for capaz de discernimento entre a representação de sua conduta e a plena capacidade de entendimento de acordo com a "resolução" de sua vontade. Portanto, a imputabilidade é o conjunto de atributos pessoais que, determinadas pela norma penal, possibilitam o reproche pessoal, dado que sem imputabilidade não se chega à culpabilidade.

Pela análise de Welzel:

> *Com o conhecimento de que o homem, como ser determinado pela responsabilidade, é capaz de autodeterminação conforme os fins e com a compreensão da estrutura categorial dessa forma de determinação, logrou-se já, sem dúvida, uma definição geral da natureza do homem e de sua*

liberdade, mas não se ainda esse homem, numa situação concreta, era realmente capaz de auto-determinação conforme os fins.[45]

O Código Penal Brasileiro não formulou um conceito para a imputabilidade, porém, de forma negativa depreende-se o conceito de imputabilidade pela dicção dos arts. 26, 27 e 28, tratando-se da inimputabilidade.

Existem três sistemas para determinar a imputabilidade: o sistema biológico ou psiquiátrico, o sistema psicológico e o sistema biopsicológico ou misto. O primeiro diz respeito aos estados de patologia mental ou desenvolvimento mental deficiente, retardos mentais ou transtornos mentais transitórios, de origem patológica ou não. Provados os fatos biológicos, o indivíduo será considerado inimputável.

O critério psicológico reconhece inimputável o indivíduo que ao tempo do fato, de acordo com o seu psiquismo, não podia compreender a ilicitude da ação ou não podia determinar-se de acordo com este entendimento.

Já o critério biopsicológico é a junção do critério biológico com o psicológico, por isso vale ser chamado de critério misto. Para este sistema ocorre a inimputabilidade sempre que houver um fato biológico (doença mental, por exemplo) e um fato psicológico, ao mesmo tempo, impedindo o agente de compreender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com este entendimento.

Dispõe o art. 228, da Carta Política, que os menores de dezoito anos de idade são penalmente inimputáveis, sujeitos às normas de legislação especial.

. . . . . .

45 WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 102.

A Lei subconstitucional n. 8.069/90 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera a criança a pessoa de até doze anos de idade incompletos e adolescente a pessoa entre doze até os dezoitos anos de idade (art. 2º). Se uma criança praticar um ato infracional (crime ou contravenção) a ela será aplicada uma medida protetiva (art. 105 c/c o art. 101, da Lei) e ao adolescente que cometer um ato infracional será aplicada uma medida socioeducativa (art. 112, da Lei).

4.6. Potencial consciência da antijuridicidade

O elemento potencial consciência da antijuridicidade é de natureza normativa, porque somente adquire significado a partir de uma valoração da norma, já que a consciência da antijuridicidade é a capacidade humana de percepção de que aquele comportamento é ilícito, contrário, portanto, ao direito.

Existem duas correntes que buscam a conceituação da consciência da antijuridicidade: a corrente formal e a material.

Para a primeira, a consciência da antijuridicidade é sinônimo da consciência da lei. O agente, para esta corrente, tem conhecimento da antijuridicidade na medida em que ele não ignora a lei.

Cláudio Brandão tece críticas à corrente formalista pela quantidade de leis penais que existem hoje, sendo impossível o conhecimento de todas elas.

Para a segunda corrente, a consciência da antijuridicidade define-se materialmente pela consciência do desvalor da conduta.

> *Para a corrente material, se o agente tem condições de atingir a consciência da reprovabilidade de seu atuar, ainda que nunca tenha tido qualquer contato com a lei penal, ele terá a consciência de antijuridicidade necessária para o juízo de reprovação da culpabilidade.*[46]

O Código Penal, como lembra Cláudio Brandão, adotou a concepção material, conforme disposição do art. 21.

4.7. Exigibilidade de conduta conforme ao direito

Welzel, citado por Cláudio Brandão, ensina que quando o autor imputável tem consciência da antijuridicidade da ação a materialidade da culpabilidade encontra-se estabelecida.

> *Isto não significa que o ordenamento jurídico terá que fazer o juízo de reprovação da culpabilidade.* Mas ao contrário pode ter razões para afastar a reprovação da culpabilidade e em tal medida 'exculpá-lo' e absolvê-lo da pena." *(grifos do original).*[47]

Plasmada a consciência do injusto, pela materialização da culpabilidade, exigir-se-á que o agente se comporte de acordo com o direito, posto que a idéia de exigibilidade de outra conduta está vinculada à idéia de liberdade, porquanto, a reprovação recai pessoalmente sobre o sujeito que podendo se comportar conforme o direito,

. . . . . .

46 BRANDÃO, Cláudio, Op. cit., p. 143.
47 Idem, p. 143.

buscou livremente agir de forma contrária ao Direito, daí o direito imputar ao autor um juízo de censura pela culpabilidade, exigindo dele conduta diversa da efetivamente realizada, encontrando-se o conceito de exigibilidade de outra conduta suporte no Princípio da Legalidade.

5. CONCLUSÕES

O Princípio da Culpabilidade, como fundamento da Teoria da Pena, impõe ao Estado uma limitação da potestade punitiva, porquanto, a teleologia da culpabilidade, no dizer de Günther Jakobs, "é pressuposto necessário" para legitimar a aplicação da pena estatal.

A exigência de *Lex praveia, scripta, stricta e certa*, corolário fragmentário do Princípio da Legalidade penal (*nullum crimem, nulla poena sine lege*) tem o grande mérito de garantir, efetivamente, o direito fundamental de todo homem à liberdade, como gizado no art. 5º, *caput*, da Carta Política, valor maior da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Contudo, se por um lado, a analogia *in malam partem* é vedada, todavia, a analogia *in bonam partem* é doutrinariamente aceita por favorecer o *status libertatis*.

Com efeito, pela dicção do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, combinado com o art. 1º, do Código Penal, é vedado ao intérprete no Estado de Direito criar novos tipos penais ou agravar a punição de crimes tipificados no sistema jurídico-penal, não sem incorrer em flagrante violação aos Princípios da Legalidade e da Separação dos Poderes, em desconsideração grave à Legalidade Democrática.

Os elementos estruturadores do conceito de crime: tipicidadade, antijuridicidade e culpabilidade (teoria finalista da ação) devem estar todos de acordo com o Princípio da Legalidade.

O sistema trifásico de dosimetria da pena é o que melhor se adequa ao Princípio da Legalidade.

REFERÊNCIAS

I - Livros

AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios penais – da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

ANTUNES, Ruy da Costa. **Problemática da pena**. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Recife no concurso para professor catedrático de direito penal. Recife, 1958.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação**. Campinas: Copola, 2002.

BETTIOL, Guiseppe. **Direito penal.** Tradução de Eugênio Carlos Amarante Russi. [S.l.]: Red Livros, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 7. ed. ver., e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Tratato de direito penal: parte geral.**3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal, parte geral, pena e medida de segurança**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Tomo I.

_____. **Direito penal, parte geral, pena e medida de segurança**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Tomo 2.

CARRARA, Francisco. **Programa do curso de direito criminal.** Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, São Paulo: LZN, 2002. v.1.

CANHOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CHOUKR, FAUZI HASSAN (Organizador). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CORREA JUNIOR, Alceu ; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da pena: finalidade, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal ; parte geral**. 4. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JAKOBS, Günhter. **Fundamentos do direitgo penal.** Tradução de André Luís Callegari; colaboração de Lúcia Kalil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LISZT, Franz Von. **A teoria finalista no Direito penal.** Tradução de Rolando Maria da Luz. Campinas: LZN, 2003.

_____. **Tratado de Direito penal Alemão.** Tradução de José Higino Duarte. Campinas, São Paulo: Russel, 2003. v. I

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Milenium, 2002. v.1

PALAZO, Francisco C. **Valores constitucionais e direito penal.** Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Tradução, prefácio e notas Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZIPP, Heinz. **Introducción a la política criminal**. Tradução de Miguel Izquierdo Macías Picavea. Madrid: Editoriales de Drecho Reunidas, 1979.

II – Artigos

MAIA, Alexandra da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. **Revista da Escola da Magistratura de Pernambuco,** Recife, v. 4, p. 25-41, n. 10, jul./dez. 1999.

III – Revistas

JUÍZES PARA A DEMOCRACIA. a. 6, n. 31, jan./mar., 2003.

REVISTA DE PRÁTICA JURÍDICA. São Paulo: Consulex, a. I, n. 2, p.56-61. 31 mai. 2002.

PÓS-MODERNIDADE, CRISE DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO E CRISE NA LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Walber de Moura Agra
Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Doutor pela UFPE/Universitá di Studio di Firenze; Professor Universitário; Procurador do Estado de Pernambuco e Advogado; Autor de: (1) Fraude à Constituição: Um Atentado ao Poder Reformador. Porto Alegre: Fabris, 2000; (2) Manual de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

SUMÁRIO

1.PÓS-MODERNIDADE E CRISE DO DIREITO LEGISLADO; 2. A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO; 3. CRISE CONSTITUCIONAL; 4. A CRISE DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL; 5. A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E COMO ELEMENTO LEGITIMANTE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL; 6. REFERÊNCIAS;

1. PÓS-MODERNIDADE E CRISE DO DIREITO LEGISLADO

O objetivo do presente trabalho é analisar os efeitos produzidos pela pós-modernidade na crise do Estado Social de Direito e suas conseqüências para a jurisdição constitucional. Parte-se da premissa que os direitos fundamentais são o alicerce para a reestruturação do Estado Social de Direito e para o reforço da legitimação da jurisdição constitucional, já que esta é uma ferramenta imprescindível para a concretização das prerrogativas contidas na Constituição.

A concepção moderna do Direito, de cunho predominantemente formal, juspositivista, não preenche mais as expectativas da sociedade, impondo-se, pelas novas necessidades da pós-modernidade, uma concepção funcional do Direito, em que as interpretações jurídicas devem ser feitas com o escopo de assegurar eficácia concretiva aos comandos normativos.[1] A concepção funcional do Direito marca o superamento da teoria kelseniana baseada no binômio norma/sanção, sendo substituída pelo binômio norma/suporte administrativo, em que assume relevância a eficácia normativa.

A pós-modernidade tem como característica a dúvida.[2] Heisenberg fala que as partículas elementares não formam um mundo de coisas e fenômenos, mas um mundo de tendências ou possibilidades.[3] Ela começa com a dúvi-

. . . . . .

1 *O Prof. Nelson Saldanha discorda do conceito de pós-modernidade: "O termo "moderno" vai mencionado no título com o sentido que lhe deu a historiografia dos séculos XVIII e XIX, ou seja: aludindo ao mundo ocidental que se segue ao Renascimento, ao aparecimento do capitalismo e ao da Reforma. De dentro do moderno desdobra-se o "contemporâneo", ou surge como etapa posterior. Com esses conceitos, dispenso pessoalmente o rótulo de "pós-moderno", que muitos vêm utilizando para designar as coisas correspondentes à crise da modernidade. Para mim são, ainda, modernidade. Prefiro empregar para o tema o termo secularização, que se refere à passagem do padrão sociocultural teológico para o leigo (e logo depois racional): a passagem que se deu no mundo clássico mais ou menos nos séculos V e IV a C. e que ocorreu no Ocidente no trecho que abrange os séculos XVII e XVIII." SALDANHA, Nelson. O Racionalismo Moderno e a Teoria do Poder Constituinte.* **Revista da ESMAPE,** *Recife, v. 8, n. 18. p. 481, jul./dez. 2003.*

2 *Acerca dos efeitos da Pós-Modernidade, expõe David Lyon: "a possibilidade mesma de adquirir conhecimento ou de fazer uma descrição do mundo é posta em dúvida. Enquanto antes se podia ver como a estrutura do conhecimento refletia a estrutura da sociedade que o produzia – pense nos estudos de Weber sobre a racionalidade burocrática na Alemanha em sua fase de modernização - o pós-moderno nega tal estrutura tanto no conhecimento como na sociedade. Adeus ao conhecimento elaborado no passado; em vez disso, boas-vindas aos discursos flexíveis. LYON, David.* **Pós-Modernidade**. *São Paulo: Paulus, 1998. p. 23.*

3 *Michael Hardt e Antonio Negri, autores do famoso livro* Impire, *defendem a tese de que o mundo contemporâneo é um mundo pós-moderno, nascido com o exaurimento do Estado Moderno e com a perda definitiva de qualquer tipo de ontologia. Eles afirmam que uma das conseqüências da pós-modernidade é de forma peremptória a privatização do espaço público. A paisagem característica da modernidade com o seu apego pelas praças e pelos locais públicos é suplantada pelas áreas privadas, em que poucos têm acesso. A arquitetura e a estrutura de grandes metrópoles são planejadas para impedir a movimentação e a interação entre grupos sociais diferentes. HARDT, Michael & NEGRI, Antonio.* **Impere**. *Trad: Alessandro Pandolfi. Milano: Biblioteca Universale Rizzoli, 2003. p.178-179.*

da sobre a possibilidade da exatidão da ciência. Não significa a substituição da razão, mas a antevisão da probabilidade em lugar da certeza.[4]

Ela representa a destruição dos postulados que delineavam a ordem social, com a instalação do "caos" ontológico, isto é, a ausência de postulados valorativos para toda a sociedade, aumentando a incredulidade com relação às metanarrativas.[5] A ordem que imperava na modernidade é substituída pela ausência de ordem da pós-modernidade.[6] Para Garcia Pelayo, o conceito de ordem é definido como um conjunto constituído por uma pluralidade de componentes, que cumprem determinadas funções e ocupam certas posições com base em um sistema de relações relativamente estabelecidas ou pautadas.[7] A pós-modernidade pode ser definida como uma

. . . . . .

4 *A pós-modernidade é a conseqüência direta do desenvolvimento da infra-estrutura econômica dos países capitalistas desenvolvidos, fruto da revolução tecno-informática. Esse ritmo geométrico de modificações na sociedade, em consonância com as modificações tecnológicas, agravam ainda mais a possibilidade de encontrar princípios que possam ser compartilhados por toda a sociedade, que por sua vez está bastante fragmentada pela diversificação de lugares na cadeia produtiva.*

5 *A pós-modernidade aponta para um processo de desubstancialização porque a valoração científica passa a ser feita com referência ao cidadão, acumulando ao mesmo tempo as funções de sujeito e de objeto, autor da produção científica e da apropriação do conhecimento. Tomar o homem como referência significa que, como os seus interesses são cambiantes de acordo com as suas relações sociopolítico-econômicas, a produção de uma ontologia que contemple todos os interesses se mostra de difícil elaboração. Finda-se a possibilidade de se mensurar uma teoria através de um único parâmetro, que passa a ser avaliada e mensurada sob os mais diversos prismas. O que não deixa de se caracterizar como um retorno à filosofia sofista que defendia que o homem era a medida de todas as coisas.*

6 *Como conceito de Pós-Modernidade é interessante o delineado pelo professor argentino Carlos Alberto: " A pós-modernidade é a contradição entre o conhecimento formal dos direitos individuais dos homens e a negação dos direitos fundamentais do ser humano". GHERSI, Carlos Alberto. Posmodernidad Juridica. El análisis Contextual del Derecho como contracorriente a la abstracción jurídica.* **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, *Porto Alegre, v. 15, p.21,1998.*

7 *GARCIA-PELAYO, Manuel.* **Idea de la Política y Otros Escritos**. *Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 45-46.*

situação fática em que a ordem social vigorante na modernidade não mais existe.[8]

Uma das conseqüências negativas da sociedade pós-moderna é que em virtude da desubstancialização, da quebra dos paradigmas ontológicos, e da fragmentação do seu tecido social provocada pela diversificação econômica, há uma forte tendência para o afloramento dos conflitos sociais nessas sociedades.[9] O incremento na potencialidade dos conflitos sociais ocorre porque não há parâmetros substantivos que possam, ao mesmo tempo, normatizar as relações sociais e atender às expectativas de toda a variada composição do tecido social.[10] Adicione-se a isto o enfraquecimento dos órgãos estatais, provocado pelo liberalismo econômico, o que leva a maioria desses conflitos a se resolverem fora do alcance dos órgãos estatais, contribuindo ainda mais para o seu agravamento.

Como influência positiva da sociedade pós-moderna tem-se a importância que o conhecimento passou a exercer no processo produtivo, tornando-se insumo impres-

. . . . . .

8 *Assinala o professor João Maurício Adeodato que os seguintes pressupostos marcam a modernização do direito: a) pretensão de monopólio na produção das normas jurídicas por parte do Estado; b) importância das fontes estatais em detrimento das fontes não estatais; c) relativa emancipação da ordem jurídica com relação às demais searas sociais. ADEODATO, João Maurício Leitão.* ***Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica.*** *São Paulo: Saraiva, 2003. p. 207-209.*

9 *No momento em que a possibilidade da construção de dogmas é considerada irrealizável, conseqüentemente, as teorias que se alicerçam em uma verdade universal para os homens entram em declínio. As teorias substancialistas perdem relevo para as teorias procedimentais que não se amparam em verdades absolutas, sendo que estas se estruturam com a regulamentação do seu procedimento.*

10 *"Esta segunda aporia – a obsessão pelo que não pode ser decidido – é confirmada por uma desconstrução de cada presunção na certeza determinante de uma justiça presente, ela atua a partir de uma idéia de justiça infinita, infinita porque é irredutível, irredutível porque necessita de relação de alteridade – relação de alteridade diante de cada contrato, porque é uma decorrência, uma decorrência da alteridade como singularidade sempre de outro". DERRIDA, Jacques. Diritto alla Giustizia. In:* ***Diritto, Giustizia e Interpretazione****, Roma: Laterza, 1998. p. 31.*

cindível para o desenvolvimento econômico devido às constantes modificações tecnológicas e à necessidade crescente de aperfeiçoamento da mão-de-obra.[11] A imperiosidade de um maior cabedal de conhecimentos, tanto tecnológico como humano em geral, tende a produzir um ambiente favorável para o desenvolvimento de uma cultura de tolerância, em que o outro deixa de ser visto como estranho para ser considerado como um membro da sociedade e, portanto, como um sujeito detentor das mesmas obrigações e dos mesmos direitos.[12]

As conseqüências acarretadas pela pós-modernidade atingiram todas as esferas da sociedade, com abrangência no campo social, familiar, econômico, cultural, deontológico etc. O Direito, definido como a ciência que tem a finalidade de regulamentar as relações sociais, sofre de forma mais intensa essas conseqüências. Como as relações sociais são cada vez mais complexas, em decorrência da pluralidade do tecido social e da velocidade em que as relações sociais são modificadas, a concepção do Direito formal, baseada na sua positivação e no formalismo exacerbado, entrou em crise, afetando seriamente a eficácia de suas normas.

A crise da concepção formalista do Direito atinge de forma mais drástica a jurisdição constitucional que, pela relevância de suas decisões judiciais, muitas vezes oferece limites às decisões políticas, necessitando, por isto, de

. . . . . .

11 *Bruno Romano aponta duas direções para o desenvolvimento da pós-modernidade: a primeira direção é um processo de desubstancialização, e a segunda direção é o descrédito de todas as teorias que tentam construir uma verdade universal para os homens. ROMANO, Bruno.* ***Soggettività Diritto e Postmoderno. Uma interpretazione com Heidegger e Lacan.*** *Roma: Bulzone, 1988. p. 62.*

12 *ARCHETTI, Marcello.* ***Lo Spazio Ritrovato. Antropologia della Cotemporaneità****. Roma: Meltemi, 2002. p.40.*

um maior grau de legitimidade. O difícil de se buscar essa legitimidade é que os paradigmas que norteiam a jurisdição constitucional também estão padecendo da mesma crise, como a concepção de Estado Democrático Social de Direito, o conceito de Constituição, de separação de poderes, dos limites da atuação do Poder Judiciário etc.

Para densificar a legitimidade da jurisdição constitucional, com o objetivo de que ela possa atender às exigências sociais hodiernas, deve-se realizar uma reavaliação dos seus paradigmas, fazendo com que os vetores que direcionam sua atuação possam contribuir com a missão de garantir eficácia para os mandamentos contidos na Constituição, principalmente os direitos fundamentais.

2. A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO SOCIAL DE DIREITO

A concepção de Estado defendida nesta análise é a de um Estado Democrático Social de Direito, em sincronia com a recente evolução das dimensões dos direitos fundamentais. A importância da utilização de uma terminologia adequada, que possa englobar todo o conteúdo do conceito mencionado, tem o sentido de se evitar imprecisões que dificultem a realização dos objetivos primordiais do Estado. Segundo Canotilho, o Estado de Direito só pode ser Estado de Direito se for também um Estado democrático e um Estado social.[13]

O Estado Social Democrático de Direito é um Estado de Direito porque é regido por normas pré-fixadas; Democrático porque suas normas devem contar com a

. . . . . .

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. p. 56.

participação ativa da população, concebendo o regime democrático como uma efetiva democracia participativa, atendendo aos direitos de quarta dimensão; Social porque a sua finalidade é construir uma forma de organização política que proporcione bem-estar a sua população, *Welfare-State*, atendendo principalmente às necessidades dos hipossuficientes sociais.

A transformação do Estado de Direito em Estado Democrático Social de Direito assinala a simbiose entre três elementos imprescindíveis à sociedade moderna: regulamentação da sociedade pelo Direito, democracia e concretização dos direitos fundamentais. Mirkine-Guetzévitch assevera que a democracia é expressada em língua jurídica através do Estado de Direito.[14] É importante assinalar que a regulamentação da sociedade pelo Direito e a democracia são os dois elementos que garantem a fecundidade do terreno para o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Essa foi a terminologia adotada pela Lei Fundamental alemã de 1949. No Capítulo II, denominado da Federação e dos Estados regionais, no seu art. 20, secção 1, afirma que a República Federal Alemã é um Estado Federal (*Bundesstaat)*, democrático e social. No art. 28, secção 1, do mesmo capítulo, assevera que a ordem constitucional dos Estados Regionais deve obedecer aos princípios do Estado de Direito (*Rechtsstaat)* republicano,

. . . . . .

14 "A democracia expressa em linguagem jurídica é o Estado de Direito, é a racionalização jurídica da vida, porque o pensamento jurídico conseqüente conduz à democracia, como única forma do Estado de Direito. A democracia pode realizar a supremacia do Direito; eis porque o Direito Constitucional geral é o conjunto das formas jurídicas da Democracia, do Estado de Direito". MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **As Novas Tendências do Direito Constitucional**. Trad. Candido Motta Filho. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1933. p. 45.

democrático e social no sentido da Lei Fundamental de 1949. Portanto, atendendo às finalidades primordiais da organização política, a Constituição alemã preferiu utilizar a denominação de Estado Democrático Social de Direito.[15]

Essa também é a terminologia utilizada pela Constituição espanhola, de 1978, constituindo-se nas primeiras palavras do parágrafo primeiro do artigo 1, que declara que a Espanha se constitui em um Estado Social e Democrático de Direito. Para Enrico Álvares Conde, a expressão Estado Democrático Social de Direito assinala três momentos lógicos, susceptíveis de análise, independentes dentro de uma estrutura sistêmica, mas fortemente integrados em uma unidade de todos os seus elementos componentes.[16]

Em contraste com esse tipo de organização política, encontra-se o Estado liberal, cuja Constituição vislumbra uma intervenção mínima dos órgãos estatais na sociedade, fixando de forma bem nítida a atuação do Estado e da sociedade, sem compromisso substancial com a concretização de direitos fundamentais ou com o incentivo a for-

. . . . . .

15 Esclarece Javier Pérez Royo acerca de sua raiz histórica: "A origem dessa terminologia é bastante precisa. Vem do constitucionalismo da Alemanha Ocidental posterior à Segunda Guerra Mundial, sendo utilizada pela primeira vez nas Constituições de alguns Länder (Baden – Württemberg – 23.1 – Baviera – 3.1 –, Bremen – 65 – Hamburgo – 3.1 –) e foi consolidada com sua incorporação na Lei Fundamental de Bonn, que a emprega em dois momentos singularmente importantes, no artigo 20.1, ao definir a República Federal da Alemanha como um Estado Federal, democrático e social, delimitando assim o que a doutrina daquele país define como princípios estruturais do sistema constitucional, e no artigo 28, que ao precisar um dos princípios básicos do Estado Federal, tipificado na necessária correspondência entre a ordem constitucional e os Estados membros e a Federação, afirma que a ordem constitucional dos Länder deverá corresponder aos princípios do Estado de Direito republicano, democrático e social". ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. 6 ed., Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 190.

16 CONDE, Enrique Alvarez. **Curso de Derecho Constitucional**.. 3 ed., Madrid: Tecnos, 1999. v.1. p. 114.

mação de uma democracia participativa.[17] Os direitos fundamentais, de primeira dimensão, são apenas para evitar a intervenção do Estado na autonomia individual, direitos de natureza omissiva, concretizando-se com a omissão do Estado. Consonante esse prisma, as normas estatais destinam-se ao bem comum na medida em que estão subordinadas aos cânones do direito individual.

A jurisdição constitucional no Estado liberal, pela própria esfera de atuação da Constituição, é bem mais restrita que a do Estado Democrático Social de Direito, podendo se adequar integralmente aos limites da concepção tradicional da separação dos poderes. A feitura do Estado liberal apenas foi possível graças aos influxos da teoria constitucionalista do século XVIII, significando um avanço com relação à organização política, representada pelo Estado Absolutista. A função de uma Carta Magna dentro dos padrões liberais é estabelecer os modos de ponderação dos poderes, combatendo os excessos freqüentes dos órgãos estatais.

Tomando como paradigma o modelo implementado pelo Estado Liberal, a estrutura jurídica do Estado Democrático Social de Direito parece uma distorção, levando à degeneração da arquitetura constitucional clássica.[18] A jurisdição constitucional deste tipo de Estado, devido às suas amplas neces-

. . . . . .

17 "O liberalismo trata de limitar o poder político, não de reparti-lo entre todos, ou muito menos em quantidade igual. Para limitar o papel do Estado é adequado reduzir as suas competências e ampliar de modo simultâneo a amplitude de esfera da sociedade. A preocupação dominante no protoliberalismo consiste em afirmar a liberdade política da nação, mas justificando com ênfase o direito de que nem todos os indivíduos podem participar dessa vontade porque nem todos têm os mesmos direitos políticos, e, de outra parte, exaltando uma liberdade natural ou social, no sentido de que a sociedade é um inter privatos". TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **Códigos y Constituciones, 1808-1978**. Madrid: Alianza Universidad, 1989. p.154.

18 HABERMAS, Jürgen. **Fatti e Norme. Contributi a uma Teoria Discorsiva del Diritto e della Democrazia**. Trad. Leonardo Ceppa. Milano: Edizioni Ângelo Guerini e Associati, 1996. p. 286.

sidades de intervenção na sociedade, não se reduz a declarar uma decisão ao caso concreto, sendo levada a decidir *praeter legem*, garantindo a eficácia das normas programáticas e, muitas vezes, tendo que realizar uma elaboração normativa diante da omissão do Poder Legislativo.

O motivo jurídico que mais contribuiu para a derrocada do Estado Liberal foi não permitir o amplo aforamento dos direitos fundamentais, uma forma de organização social em que o princípio da autonomia da livre iniciativa prepondera sem entraves à sua atuação. Advogam os liberais que, quando houver a colisão de um direito fundamental com a autonomia da livre iniciativa, deve prevalecer esta última. A forma de estado que mais se adequa e permite o desenvolvimento dos direitos fundamentais é o Estado Democrático Social de Direito, garantindo através de prestações fornecidas por entes estatais a concretização das demandas essenciais da população.

Apesar de ser uma forma de organização política superior ao Estado Liberal, a crise pós-moderna também atingiu o Estado Democrático Social. Essa crise é um fenômeno bastante complexo, porque atinge diversos setores da vida social, fazendo com que suas conseqüências possam ser sentidas na economia, no direito, no campo ético-moral, na política, na produção literária etc.[19] Pode ser traduzida, em amplo senso, pela desestruturação de uma estru-

. . . . . .

19 "Falar de crise(s) tornou-se referência ao longo das últimas décadas do século XX, supostamente frente à desconstrução dos paradigmas que orientaram a construção dos saberes e das instituições da modernidade. De lá para cá, tudo o que havia de sólido – real ou aparentemente – foi-se esboroando ou sendo desconstituído, seja por envelhecimento – precoce muita vezes, induzido outras tantas –, seja por incompatibilidade com as estratégias hegemônicas atuais, seja, ainda, por outros motivos, mais ou menos nobres, os quais não referiremos nominalmente". BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002. p. 23.

tura política, regida por normas que contaram com a participação da maioria da população, com a finalidade de assegurar direitos mínimos para os hipossuficientes sociais, ou seja, configura-se como uma crise que afeta a essência do Estado Democrático Social de Direito.

Segundo o professor Danilo Zolo, as motivações da crise do Estado Democrático Social de Direito podem ser creditadas a duas causas distintas: o fenômeno da complexidade social nas sociedades de economia avançada e o processo de integração em escala global, a globalização. Em decorrência do primeiro, assume relevo a crise nas estruturas normativas, que devido ao seu caráter genérico e abstrato não atendem às expectativas de uma sociedade pluricultural, marcada pela conflituosidade nas relações sociais. No segundo, o tema central é a erosão da soberania dos Estados nacionais, com a prevalência do poder dos sujeitos transnacionais. Acredita Zolo que todas as crises que assaltam a organização política atual podem ser resumidas em uma crise do Estado de Direito, atingindo de modo frontal a sua estrutura de garantia dos direitos fundamentais.[20]

Devido à complexidade da crise do Estado Democrático Social de Direito, não podemos resumi-la a apenas duas causas porque vários são os fatores que estimulam esse processo. Sua gênese é plural e a sua análise deve abranger todos os fatores que contribuem para a perda do paradigma normativo dos entes que compõem a organização política.

A primeira motivação para a crise ocorre primordialmente nas economias capitalistas avançadas, implementada pela revolução tecnológico-informática, que devi-

. . . . . .

20 ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica Dello Stato di Diritto. In: **Lo Stato di Diritto. Storia, Teoria, Critica.** Milano: Feltrinelli, 2003. p. 58-59.

do ao desenvolvimento econômico criou várias cadeias econômicas e, como conseqüência, possibilitou a existência de uma grande complexidade social, em que cada um destes grupos tem seus respectivos interesses que freqüentemente se chocam com o interesse de outros. Isto obriga o Estado a dispor de políticas sociais específicas para cada segmento, o que nem sempre é possível, no sentido de propiciar a satisfação das expectativas sociais.

A aceleração com que as modificações tecnológicas são implementadas e as conseqüências da pós-modernidade contribuem para a heterogeneidade de que é formado o tecido social, em que a diversificação da infra-estrutura econômica origina numerosos postos na cadeia produtiva, com interesses os mais variados.

A segunda causa, produto da crise do Estado Democrático Social de Direito, é a inflação legislativa. Para adequar-se à constante evolução social, o ordenamento jurídico, da mesma forma, tem que produzir novos dispositivos para que estes possam acompanhar os fatos sociais sem entrar em contradição com eles. Essa constante modificação das normas redunda em insegurança, antinomias, inconstitucionalidades etc.[21] Gilissen assevera que o

. . . . . .

21 "O processo de diferenciação dos subsistemas sociais estimula o ordenamento jurídico a seguir a evolução com uma crescente produção de normas, de conteúdo cada vez mais especializado e particular. Mas o Direito é um instrumento rígido e lento com relação à rapidez evolutiva dos outros subsistemas sociais, em particular aqueles tecno-científicos e os econômicos, que são dotados de uma elevada capacidade de auto-programação e auto-correção. Destarte, deriva-se a crise inflacionária do Direito, acarretando sua depreciação, redundância e instabilidade normativa, e, no fim, impotência de realização. Ao multiplicar-se a quantidade de atos legislativos, soma-se a isso o crescente vazio expressivo e a extensão dos textos, sempre mais repletos de referências tecnológicas; a necessidades de utilização de outras normas para sua aplicação; a tendência à programação ao invés de disciplinação, com o agravamento da tendência dessa regulamentação estatal perder o seu requisito de generalidade e abstração, assemelhando-se sempre mais, na sua substância, aos atos administrativos". ZOLO, Danilo. Teoria e Crítica Dello Stato di Diritto. In: **Lo Stato di Diritto. Storia, Teoria, Critica**. Milano: Feltrinelli, 2003. p. 59-60.

número de leis *stricto sensu* mais do que decuplicou em um século porque o Estado se imiscuiu cada vez mais nos diversos domínios da vida social.[22]

Como os fatos sociais são cada vez mais dinâmicos para se adequarem à *lex mercatoria*, as estruturas normativas não podem mais ser feitas com a pretensão de validade indefinida. Elas devem ser cada vez mais flexíveis para se adaptarem às mutações da sociedade. A produção normativa deixa de ser feita exclusivamente pelo Poder Legislativo e passa a se realizar por uma multiplicidade de órgãos, propiciando um estado de incerteza e de insegurança normativa. Esses dois efeitos impedem a criação de uma norma geral, que contemple os mais variados interesses sociais e que conte com o respaldo das diversas fontes normativas.

Cabe à jurisdição constitucional e ao Poder Judiciário redefinirem as leis para aplicar aos casos concretos, garantindo a completude sistêmica diante de fatos que não podem ser enquadrados por normas previamente definidas e manter a atualidade do ordenamento jurídico em uma sociedade constantemente em mutação, multipolar e fluida.

É de bom alvitre salientar que o princípio da exclusividade da produção normativa nas mãos do Legislativo não foi considerado absoluto nem mesmo nos países que adotaram o *civil law*, no auge do positivismo jurídico. A concorrência na produção normativa, enfrentada pelo Poder Legislativo diante da expansão da jurisdição constitucional, é um fato relativamente recente. Contudo, o dogma da exclusividade da sua produção nunca foi abso-

. . . . . .

22 GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2 ed., Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986. p. 465.

luto. Historicamente, a principal objeção a essa exclusividade por parte do Legislativo sempre foi oposta pelo jusnaturalismo, que acreditava na existência de leis que seriam imanentes à natureza humana e portanto, não precisariam ser criadas por esse poder.

Diante da multiplicidade e heterogeneidade das fontes normativas, que muitas vezes produzem antinomias legais, e da heterogeneidade do tecido social, a jurisdição constitucional e o Judiciário se transformam em uma fonte jurídica preponderante, pois cabe-lhes sistematizar o ordenamento jurídico e firmar a lei que deve ser aplicada em cada caso concreto. Eles, devido à prerrogativa de aplicar o *jurisdictio*, são os órgãos estatais que podem tanto intermediar os conflitos ocasionados pela heterogeneidade do tecido social e pela pluralidade normativa, como resolvê-los a contento, tomando como parâmetro os mandamentos contidos na Constituição.[23]

A globalização também é uma das causas que, principalmente para os países periféricos, produz um acintoso enfraquecimento do aparato estatal, impedindo a implementação de políticas públicas que possam atender aos interesses da população. A esfera decisória passa a se concentrar nas mãos de organismos internacionais, que não dispõem de mecanismos de ligação com os interesses locais.

. . . . . .

23 "Rarefação e onipresença são as duas fases da mesma medalha: o Direito realizado pelo Poder Judiciário é mais leve do que o Direito produzido pelo Poder Legislativo, capaz de se auto-modificar, de assumir uma forma diversa, de seguir a trajetória das necessidades fluidas que se desenvolvem em uma sociedade largamente guiada pelos mecanismos de mercado; inerente ao modelo utilizado pelo mercado para incrementar suas relações, confiando a muitos sujeitos e em situações em perene evolução. O Direito produzido pelo Poder Legislativo se caracteriza com o Direito do presente por excelência, porque, não obstante adequar a norma ao fato passado, é igualmente lugar de reinvenção jurídica, sobretudo, mas não apenas, em matéria de Direito". FERRARESE, Maria Rosaria. **Il Diritto al Presente. Globalizzazione e Tempo della Istituzione**. Bologna: Mulino, 2002. p. 201-202.

O atual processo de globalização não significa o desaparecimento do Estado, como entidade de organização social, contudo ele passa a funcionar em função da *lex mercatoria*, em que as necessidades econômicas afetam de forma bastante considerável o quadro institucional de poder, fazendo com que as relações políticas sejam ditadas em sintonia com a necessidade dos mercados, relegando os anseios populares a um papel secundário. Quando se atrela o Direito às exigências econômicas globais, retiram-se-lhe algumas de suas características essenciais, a sua segurança e certeza, porque diante da ausência de regulamentação dos fluxos globais de capital prepondera o risco e a incerteza.[24]

Por outro lado, pela influência da concepção liberal de Estado, na esfera econômica há um fenômeno inverso da inflação legislativa: a deficiência na capacidade regulativa do Estado, o que contribui para o agravamento da crise. Ela se manifesta em dois sentidos: ou na ausência de eficácia das estruturas normativas, mormente das normas programáticas, ou no impedimento de regulamentação legal de determinada seara fática. No primeiro sentido, há um enfraquecimento dos órgãos estatais que deixam de realizar as suas funções; no segundo, os órgãos estatais deixam de regulamentar determinadas searas por causa de uma proibição legal, partindo de uma concepção de que a ausência de regulamentação, ou a sua regulamentação por órgãos privados, é mais conveniente para a sociedade.

Outro elemento que agrava a situação é a crise no regime democrático, especificamente na concepção da

. . . . . .

24 FERRARESE, Maria Rosaria. **Le Istituzione della Globalizzazione. Diritto e Diritti nella Società Transnazionale**. Bologna: Mulino, 2000. p. 14-15.

representação política tradicional. Como os assuntos da pauta política são cada vez mais complexos, discutidos através de uma linguagem hermética, a população fica impossibilitada de compreender as discussões e de demonstrar o seu posicionamento. A sua única fonte de informação cognoscível são os meios de comunicação, mas, por estarem nas mãos de poderosos grupos econômicos, contribuem mais para alienar a cidadania do que para informá-la.

Sem a participação dos cidadãos, o jogo político fica restrito à concorrência das elites políticas que brigam entre si para conseguirem poder, sendo a população um mero expectador. Nesse quadro, os partidos políticos perdem a sua importância, a estrutura e a militância partidária ficam relegadas pelo papel desempenhado pela mídia.[25] Usando o neologismo empregado por Giovanni Santori, o *Homo sapiens* se transforma em *Homo videns,* transformando a democracia em uma videodemocracia.[26]

. . . . . .

25 *"Os novos sujeitos políticos não são mais, propriamente, os partidos políticos: são as elites de empreendedores eleitorais que, dentro de uma concorrência publicitária, direcionam-se diretamente à massa dos cidadãos-consumidores, oferecendo-lhes, através dos meios de comunicação e segundo precisas estratégias de marketing, os próprios produtos publicitários. Pode-se dizer que a legitimação da decisão política fundada sobre a estrutura da representação popular é agora substituída por uma legitimação teleplebiscitária e "sondocrática", ou seja, substancialmente pós-representativa". ZOLO, Danilo. A Proposito dell' Espansione Globale del Potere dei Giudici.* ***Iride****. Bologna, n.. 11. p. 448, 1998.*

26 *"O* Homo sapiens *é, ou se tornou, um animal que lê, capaz de abstrair, cuja compreensão (inteligência, do latim* intelligere*) ultrapassa de muito o que ele enxerga, e na verdade não se relaciona com o que ele vê. Mas o* Homo sapiens *está sendo deslocado e substituído pelo* Homo Videns*, que simplesmente vê (*videre*, em latim, significa "ver"); seu horizonte é limitado pelas imagens que lhe são fornecidas. Assim, enquanto o* Homo sapiens *tem o direito de dizer, com toda inocência, que ele compreende o que vê, o* Homo videns *vê sem compreender, porque boa parte do que lhe é mostrado significa pouco e o que é significativo, na melhor das hipóteses, é mal explicado". SARTORI, Giovanni.* ***Engenharia Constitucional. Como Mudam as Constituições.*** *Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1996. p. 162.*

A crise do regime democrático é caracterizada tanto por uma ausência de legitimação popular, como por uma impossibilidade de resposta às demandas da sociedade. Ela é entendida como uma falência funcional do regime democrático em atender às mais variadas demandas sociais, haja vista que, em uma sociedade estruturada por uma composição multipolar e fragmentada, configura-se como impossível realizar uma estrutura normativa que possa atender a todos os segmentos. A crise do regime democrático significa ainda a alienação de grande parte da população das decisões políticas, ensejando que as decisões tomadas pelo governo sejam para atender aos interesses de determinados setores sociais, em detrimento da maioria dos cidadãos.

Pode-se ainda perceber uma certa "falência do *Welfare State*", em que os gastos com o financiamento social são cada vez maiores, sem uma contrapartida imediata de aumento na produtividade. Há uma multiplicação exponencial das demandas sociais, o que não é acompanhado por um acelerado ritmo de crescimento nem pela melhora na eficiência dos entes estatais.[27] A "solução" encontrada pelas elites políticas para os problemas que afligem o *Welfare State* foi a aplicação de um receituário neoliberal de medidas, que fragilizou os órgãos estatais e agravou mais ainda a crise.

Pela influência desses vetores se pode concordar com duas tendências: de um lado, um processo de intensa privatização das estruturas normativas, em que o espaço livre para as decisões particulares é cada vez maior, impedindo

. . . . . .

27 *GIUSTINIANI, Antonio Zorzi.* ***Stato Costituzionale ed Espansione Della Democracia****. Milano: CEDAM, 1999. p.88.*

que instrumentos públicos possam regulamentar setores imprescindíveis da sociedade; do outro lado, um aumento na tensão entre a esfera pública e a esfera privada, provocada pela tendência anterior, em que o espaço público tende a ser arrefecido pelos interesses privados, o que estimula as crises cíclicas do sistema capitalista, com a ausência de mecanismos adequados para a sua superação.[28]

A solução para a superação da crise do Estado Democrático Social de Direito é a substancialização dos direitos fundamentais contidos na Carta Magna, outorgando-se maiores prerrogativas à jurisdição constitucional para o cumprimento desse desiderato.

3. CRISE CONSTITUCIONAL

A crise do Estado Democrático Social de Direito, como não poderia deixar de ser, acarreta também um forte impacto sobre o Direito e, principalmente, sobre o papel desempenhado pelas Constituições, *lex mater* do ordenamento, com as suas tradicionais características: supremacia constitucional, supralegalidade e imutabilidade relativa.[29] A discussão centra-se na interrogação para saber se as Constituições nacionais ainda são imprescindíveis para a construção de um Estado, ou se elas ainda

. . . . . .

28 FERRARESE, Maria Rosaria. ***Le Istituzione della Globalizzazione. Diritto e Diritti nella Società Transnazionale.*** Bologna: Mulino, 2000. p. 61-62.

29 Significativas as palavras de Paulo Ferreira da Cunha: "Hoje ao Direito Constitucional se pede muito o que não pode dar. Ainda se vai falando em "crise da Constituição", em "morte da Constituição", em Constituição como sobrevivência, mas, para canto do cisne, não há dúvida que se trata de uma sinfonia, talvez desconcertante, mas animada. Por toda a parte – que em toda a parte a Constituição, pelo menos como flautus vocis, se encontra firmada e com balcões abertos – não apenas os teóricos, como mesmo o homem comum, iniciados e leigos dão as mãos numa vozearia confusa". CUNHA, Paulo Ferreira. ***Mito e Constitucionalismo. Perspectiva Conceitual e***

possuem condições de garantir a sua eficácia, pois nenhuma serventia tem uma Carta Magna destituída de concretude normativa, seja no seu aspecto negativo-formal, seja no aspecto positivo-funcional, direcionando a implementação de políticas públicas.

A discussão acerca das dificuldades do direito público, particularmente do Direito Constitucional, não se configura como uma discussão nova, pois já no início do século XX, George Jellinek afirmava que se estava em um momento de crise mundial e seus reflexos atingiam inelutavelmente o ordenamento jurídico, e era impossível a construção sistemática de um novo direito político em que não se advertisse sobre a "crise radical das idéias".[30]

A crise do Direito se iniciou nos anos cinqüenta do século passado, quando personagens como Carnelutti, Biondi, G. Tarello, G. Capograssi se reuniram para discutir a ambigüidade do Direito.[31] Santi Romano, em 1950, alertava que a causa maior da crise que assola as instituições estatais é tentar conciliar os interesses particulares dos vários grupos que condicionam as relações sociais com o interesse geral.[32] Entre as várias características da crise constitucional, podemos considerar como sua essência a necessidade constante de renovação das estruturas jurídicas porque estas não mais atendem às exigências das demandas sociais.[33]

Essa crise constitucional não tem uma natureza deontológica, restando imaculado o papel das estruturas nor-

. . . . . .

30 JELLINEK, Georg. ***Teoría General Del Estado.*** Trad. Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 48.

31 NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. La Crisis de la Codificación Y la Historia Del Derecho. ***Anuario Mexicano de Historia del Derecho, XV.*** México: UNAM, 2003. p. 208.

32 SANTI ROMANO. ***Lo Stato Moderno e la sua Crisi.*** Milano: Giuffrè, 1969. p. 24.

33 GALIZIA, Mario. ***Scienza Giuridica e Diritto Costituzionale.*** Milano: Giuffrè, 1954. p.9.

mativas na sociedade, o que está posto em crise é a sua concepção simplificada e restrita, oriunda do Estado Moderno, que estabelece os dispositivos normativos em rígidos códigos.[34] Esse modelo entra em descrédito em virtude da complexidade do universo jurídico, da sua irredutibilidade a parâmetros simples, impedindo que as normas jurídicas isoladas nas Constituições possam regulamentar as relações sociais.[35]

Os textos constitucionais não servem mais como leis fundamentais estruturantes de uma realidade social; em sua grande maioria são o que Karl Loewenstein denomina de Constituição semântica, ou seja, aquelas que têm a finalidade de servir como instrumento para a perpetuação das classes dominantes no poder,[36] exercendo o papel que o Professor Pinto Ferreira denomina de ilusão Constitucional.[37]

A crise constitucional se origina da convulsão que grassa na sociedade, onde a Constituição deixa de ser parâmetro normativo, resvalando na falta de perspectiva ética, política, econômica e social. Diante de profundas instabilidades no tecido da sociedade, produzindo cons-

. . . . . .

34 "Parece inevitável que, como consectário das crises anteriormente referidas, tenhamos a fragilização dos instrumentos que, na modernidade, serviram como locus privilegiado para a instalação dos conteúdos políticos definidos pela sociedade, desde um projeto que se consolida como uma fórmula para a organização do poder político e assegura-mento da(s) liberdade(s) e se constitui como estratégia de racionalização do poder e das relações entre Estado e Sociedade Civil, tomando por ora a dicotomia celebrizada pelo pensamento liberal em sua versão clássica". BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002. p. 46-47.

35 GROSSI, Paolo. **Scienza Giuridica Italiana. Un Profilo Storico 1860-1950**. Milano: Giuffrè, 2000. p.276.

36 LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Trad.: Alfredo Ballego Anabitarte. Barcelona: Ariel, ís.d.ý. p. 217.

37 FERREIRA, Pinto. **Democracia, Globalização e Nacionalismo**. Recife: Edição da Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino, 1999. p.3.

tantes e profundas mudanças a Constituição perde eficácia e já não pode mais produzir aquilo que Konrad Hesse denominou de força normativa.[38]

A conseqüência imediata da crise constitucional é a desordem nas relações sociais. Sugere o professor Agostino Carrino que para conhecer a desordem propiciada pela crise constitucional deve-se saber qual o conceito de ordem e esta definição é dada pelos conceitos de Constituição e soberania nacional.[39] Como esses dois conceitos estão em processo de reestruturação, atualmente aumenta a intensidade da crise e, conseqüentemente, o grau de desordem das relações sociais.

Um fator que contribui para o arrefecimento da normatividade constitucional é a falta de legitimação das reformas constitucionais. Devido a vários fatores, uma série de limitações ao acesso do povo às decisões políticas faz com que o regime democrático sofra um processo de esvaziamento da participação popular, e, sem a fiscalização da sociedade, as reformas atendem muito mais aos interesses dos conglomerados internacionais do que aos interesses dos hipossuficientes sociais. A reforma constitucional, ao invés de ser usada para a modernização do seu texto, serve para implementar inconstitucionalidades, fragmentando a concepção de Poder Constituinte e sua supremacia no ordenamento jurídico.[40]

. . . . . .

38 HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 19.

39 CARRINO, Agostino. **Sovranità e Costituzione nella Crisi Dello Stato Moderno**. Torino: Giappichelli, 1998. p. 25.

40 Nesse sentido ensina Carré de Malberg: "es necesario que las revisiones no sean imposibles ni tampouco demasiado difíciles de emprender, importa igualmente que no lleguen a ser demasiado frecuentes y esto, especialmente, a causa de que una revisión facilmente llega a ser de agitación política para el país" MALBERG, R. Carre de. **Teoria General del Estado**. México: Fondo de Cultura Economica, [s.d.]. p. 1237.

Paulo Bonavides faz uma distinção entre crise constituinte e crise constitucional. A primeira seria pertinente ao regime, suas estruturas políticas, ao sistema de governo, cujo problema residiria enfim na existência da Constituição. A segunda seria incidente em artigos do texto supremo e se resolveria por uma reforma constitucional, nos moldes por ela ditados.[41] Hodiernamente, na grande maioria dos países, a crise tanto é constituinte como constitucional, atingindo igualmente os alicerces de legitimação da Lei Maior e as partes específicas do seu texto.

A crise constitucional se desenvolve de forma mais aguda nas normas de natureza programática. Elas não conseguem ter eficácia positiva ou negativa, nem conseguem concretizar o conteúdo previsto no texto constitucional através da obrigatoriedade de execução por parte dos poderes constituídos; tentam até mesmo nega-lhes o seu caráter jurídico-coercitivo. Este acinte às normas programáticas ocorre porque elas ocupam o ápice do ordenamento jurídico apenas de forma retórica: a legitimidade que ampararia a sua eficácia é esvaída da sociedade. O modelo constitucional não serve mais para traçar o desenho político da sociedade, seu papel restringe-se à garantia dos direitos de primeira dimensão, deixando as demais dimensões ao relento.

Portanto, a essência da crise constitucional reside na ausência de eficácia dos dispositivos da Constituição. Esse

. . . . . .

41 Explica Paulo Bonavides: " uma, de todo superficial, não arranha as instituições, não perturba os mecanismos funcionais do sistema, não excede os limites de conservação da ordem jurídica estabelecida, não faz necessário substituir o regime; cinge-se tão-somente a impetrar-lhe a reforma [...] A outra, ao contrário, mais profunda, corrompe, fere e abala as instituições. De tal sorte que, ao intensificar-se, as destrói ou tende a destruí-las nos seus elementos vitais". BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 45.

desfalecimento de eficácia da Lei Maior é uma decorrência do próprio enfraquecimento do papel do Estado como responsável pela implementação de políticas públicas, que passam a ser realizadas cada vez mais por órgãos privados. A supremacia dos mandamentos constitucionais resta maculado devido à pluralidade de instituições com poderes normativos, com esferas de incidência que não são reguladas pelo poder público, mas a partir de decisões individuais. O processo de globalização também aprofunda a crise constitucional, em que importantes decisões são tomadas por órgãos estranhos à soberania estatal, devendo a Constituição se adequar a essas normas e não essas normas se adequarem ao texto constitucional.[42]

A crise constitucional apresenta importância na análise porque produz conseqüências que atingem a jurisdição constitucional. A dimensão dos conflitos que são postos sob apreciação da jurisdição constitucional exige que o órgão que a exerce no controle abstrato, no caso brasileiro o Supremo Tribunal Federal, tenha uma maior legitimidade para que as suas decisões possam ter um maior respaldo na sociedade. Esta crise se mescla, umbilicalmente, com a crise do Estado Democrático Social de Direito em suas múltiplas facetas.

4. A CRISE DE LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A teoria tradicional de legitimação da jurisdição constitucional parte do princípio de que o seu substrato se encontra no ordenamento jurídico. A legitimidade da ju-

. . . . . .

42 FERRARESE, Maria Rosaria. **Il Diritto al Presente. Globalizzazione e Tempo delle Istituzioni**. Bologna: Mulino, 2002. p.109.

risdição constitucional depende da legitimidade do Direito vigente, obtida pelo apoio popular aos parlamentares que foram eleitos para compor o Poder Legislativo. Por sua vez, as normas jurídicas dependem para alcançar sua validade de preencher todos os procedimentos dispostos na Constituição e nos regimentos internos do Congresso Nacional. O Poder Judiciário, na concepção clássica da separação dos poderes, deve se restringir a apenas declarar a lei ao caso concreto, utilizando dispositivos normativos já previamente existentes no ordenamento jurídico.

A crise da legitimação da jurisdição constitucional surge como um reflexo da crise do direito legislado, quando o conteúdo previamente estabelecido pelas normas jurídicas não mais atende aos anseios da maioria dos cidadãos. A multiplicidade do tecido social e o crescimento geométrico das demandas sociais, cada vez mais cambiante, impedem tal antevisão normativa. Faz-se necessário uma construção interpretativa das decisões judiciais, haja vista que o Direito deve ser estruturado em princípios, com o intento de evitar antinomias entre a normatividade e a normalidade,[43] em que o Judiciário estabelece uma ligação com a seara fática e com o caráter sistêmico do ordenamento, realizando a concretização dos objetivos políticos traçados pela Carta Magna, consonante à densidade dos princípios jurídicos.

Como a legitimação da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário, de um modo geral, sempre foi amparada em precisos parâmetros legais, baseando-se no primado

. . . . . .

43 HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 296.

da lei formal elaborada pelo Poder Legislativo e da completude do ordenamento jurídico, o debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional não apresentava relevância. Quando a primazia da lei formal, oriunda do Legislativo, entra em declínio, propiciando as condições para o desenvolvimento de uma maior atuação judiciária, as contestações com relação a essa expansão se avolumam porque a atividade jurisdicional não estaria mais restrita ao padrão clássico da subsunção da norma geral ao caso particular, aumentando a discricionariedade de suas decisões.

Essa crise ganha contornos mais agudos quando as decisões da jurisdição constitucional tomam uma densidade política mais ampla, não apenas declarando a inconstitucionalidade das normas, mas ao mesmo tempo exigindo determinadas posturas dos outros poderes. O judiciário passa a trabalhar com uma margem de liberdade maior, atuando não apenas como um legislador negativo, mas freqüentemente como legislador positivo para cumprir o conteúdo das normas contidas na Carta Magna, ou até mesmo, criando estruturas normativas não existentes no ordenamento jurídico.

A questão essencial tem como fundamentação o princípio da soberania popular, base do regime democrático. Como uma norma emanada do Poder Legislativo, estabelecida pelo voto dos cidadãos, pode ser revogada, modificada e até mesmo regulamentada pela jurisdição constitucional que não fora estabelecida pelo voto universal, mas através de um procedimento legal? Como uma norma estabelecida por um poder que conta com a representação popular pode ser modificada por um poder que não dis-

põe dessa representação? Até que ponto a atuação da jurisdição constitucional, no sistema do *civil law*, não se configuraria uma apropriação das atribuições do Poder Legislativo quando uma decisão sua trouxesse inovações para o ordenamento jurídico? [44]

A crise de legitimação da jurisdição constitucional se evidencia, no caso brasileiro, quando o Supremo Tribunal Federal toma decisões que extrapolam os limites normativos da regra jurídica, exercendo não apenas um papel de declarar a inconstitucionalidade da lei, mas igualmente criando estruturas normativas para possibilitar a concretização de prerrogativas contidas na Constituição, que são relegadas pelo Legislativo e Executivo ou criando cominações normativas que não existiam na Carta Magna. Qual a sua legitimidade para atuar nessas hipóteses e naquelas em que há uma maior discricionariedade para definir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade?

Todavia, esse contexto de crise da jurisdição constitucional não é um caso circunscrito apenas à realidade brasileira, refletindo-se igualmente em outros países, até mesmo na comunidade européia.[45]

. . . . . .

44 Sintetiza a questão José de Sousa e Brito: "A questão pressupõe, portanto, habitualmente, que o poder legislativo do povo através dos seus representantes eleitos é a dimensão essencial da democracia e que a jurisdição constitucional é uma restrição à democracia na medida em que retira, pelo menos em parte, a lei e sua força. Por que razão deveriam os juízes, que não são legisladores eleitos pelo povo, poder afectar (sic) a força duma lei democrática? Não é isto governo dos juízes em vez de governo do povo?" SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático. **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 39.

45 "A "questão judiciária" se deriva principalmente do fato de que as organizações judiciárias italianas – ou ao menos boa parte destas – não são atualmente preparadas para fazer frente ao que se denomina de "demanda de justiça", isto é, de pronunciar-se, em tempo razoável e em modo eficiente e juridicamente correto, sobre as demandas e os recursos que são apresentados nas instâncias civil, penal, administrativa, tributária e contábil". PIZZORUSSO, Alessandro. **La Costituzione. I Valori da Conservare, Lê Regole da Cambiare**. Torino: Einaudi, 1996. p. 149.

O advento do Estado Democrático Social de Direito não pode ser tomado como marco para um maior alargamento das funções da jurisdição constitucional e do Poder Judiciário. De modo geral, esse processo começou muito antes, só que de forma restrita e pouco perceptível. Quando o Estado de Direito se transforma em Estado Social de Direito já há uma maior necessidade de atuação do Judiciário para garantir determinados direitos materiais para a parte da sociedade mais desfavorecida. Apenas quando os entes estatais têm que atuar de forma incisiva na sociedade, para realizar as prestações esculpidas na Constituição e desenvolver os direitos da democracia participativa, é que a jurisdição constitucional se torna imprescindível para a criação de um Estado Democrático Social de Direito.

A jurisdição constitucional não mais se limita a resguardar a tutela individual dos cidadãos, preocupando-se, de forma redobrada, com a concretização do *Welfare State* e a criação de uma rede de proteção para os mais desfavorecidos, desequilibrando ainda mais a simetria entre o Poder Legislativo e o exercício da jurisdição constitucional, haja vista que em um Estado de bem-estar social as normas programáticas desempenham relevante função, intervindo em vários setores da sociedade para garantir direitos mínimos aos hipossuficientes.

Essa reestruturação da arquitetura constitucional, dentro dos parâmetros do Estado Democrático Social de Direito, tem de uma forma imediata duas conclusões. Por um lado, ela oferece uma resposta às demandas da população, que, como foi exposto, em uma sociedade altamente diferenciada como a pós-moderna, exige am-

plos serviços por parte dos órgãos estatais. Dentro desse prisma a reestruturação pode ser considerada como benéfica, significando a evolução da arquitetura constitucional para cumprir a sua função social. Por outro lado, inexoravelmente, ela exigirá uma remodelação da teoria de legitimação das decisões da jurisdição constitucional, que não mais se sustenta baseada na legitimidade advinda da separação clássica dos poderes, em que a atividade do Poder Judiciário se resumia à aplicação da lei ao caso concreto.

A maior incidência das decisões da jurisdição constitucional não é um fato episódico, mas uma realidade duradoura, atrelando-se de forma umbilical às novas necessidades sociais. Um retorno ao patamar das decisões anteriores apenas se configura possível com um retorno ao Estado Liberal, no qual os cidadãos não tenham mais resguardados os seus direitos fundamentais materiais.

O que se vislumbra de toda essa discussão, acerca da crise de legitimidade da jurisdição constitucional, configura-se no medo da transformação de um "governo da lei" em um "governo da magistratura", porque o Poder Legislativo cria as normas, mas é o Poder Judiciário que decide acerca de sua constitucionalidade, dando a palavra final.

O aumento da atividade da jurisdição constitucional tem o escopo indelével de garantir a concretização dos direitos fundamentais, e, de forma mais ampla, garantir a substancialização da Constituição. Quanto maior o desenvolvimento das dimensões dos direitos fundamentais (hoje se pode falar na sexta dimensão dos direitos fundamentais) maior será a necessidade de atuação da jurisdição

constitucional para assegurá-los. Portanto, o desenvolvimento da jurisdição constitucional liga-se de forma nítida ao incremento dos direitos fundamentais.

E, conseqüentemente, quanto maior for a extensão da atuação da jurisdição constitucional para preservar os direitos fundamentais e os preceitos da Lei Maior, avultar-se-á a crise de sua legitimidade e maior será a necessidade de reforçar a fundamentação do órgão que desempenha o exercício das atividades jurisdicionais. Diante das necessidades hodiernas, cada vez mais as decisões judiciais, para atender às demandas constitucionais, são obrigadas a realizar interpretações construtivistas, ultrapassando os limites impostos pela tradicional teoria da separação dos poderes, assumindo a jurisdição constitucional em função ativa na concretização dos mandamentos constitucionais.

Para cumprir as demandas de um Estado Democrático Social de Direito, a jurisdição constitucional é levada a exercer um alargamento nas suas decisões, quer seja de modo implícito, quer explícito, e sustentar essa atuação exclusivamente com base no cumprimento dos postulados legais, sobrecarrega demasiadamente o princípio da legalidade, indiretamente legitimado pela soberania popular.

Mas, por que as críticas são direcionadas, quase que exclusivamente, com relação às decisões da jurisdição constitucional se, em cada uma das interpretações realizadas pelo Poder Judiciário, existe um determinado teor de construção judicial? Porque as decisões da jurisdição constitucional são as que mais afetam a estruturação do poder na sociedade, definindo os limites da atuação de cada um dos poderes instituídos.

As maiores críticas com relação à legitimidade da atuação da jurisdição constitucional não ocorrem nem no

controle difuso de constitucionalidade, onde a análise se reduz a um caso concreto, nem no controle abstrato clássico, em que o Judiciário retira do ordenamento jurídico normas que foram feitas pelo Poder Legislativo, em contradição com as determinações da Constituição. Ocorrem, de forma preponderante, quando a decisão judicial, tanto no controle concentrado como no controle difuso, tem a finalidade de colmatar as omissões do Legislativo e do Executivo em realizar as prestações garantidas pela Lei Maior, dentro de uma função que não lhe é típica, segundo os traços da teoria clássica da separação dos poderes.

Um dos pontos de discussão é se essa maior atuação da jurisdição constitucional não pode resultar em sua autoregulamentação, em que há uma perda dos referenciais de contato com a Carta Magna e a sociedade, exercendo o Supremo Tribunal Federal as suas funções sem nenhum substrato de legitimidade.

Por trás desse debate há uma modificação de paradigmas. Primeiro, a maior parte das decisões judiciais hodiernas se refere a uma relação jurídica que, no mais das vezes, abrange uma pluralidade de sujeitos, afastando-se do vetor liberal em que as contendas, em regra, tinham duas partes. Segundo, as decisões da jurisdição constitucional para realizar as prerrogativas constitucionais devem ter eficácia concretiva, de caráter prestacional, cumprindo as finalidades da Constituição-planejamento, devendo até mesmo vincular os outros poderes, no que relega à concepção clássica de jurisdição constitucional, em que muitas de suas decisões têm efeitos meramente declaratórios.

5. A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SOLUÇÃO PARA A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E COMO ELEMENTO LEGITIMANTE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Os direitos fundamentais se configuram como os mais importantes elementos para a solução da crise do Estado Democrático Social de Direito e para a crise de legitimidade da jurisdição constitucional. Quando o processo de expansão da atuação da jurisdição constitucional se ampara sobre seus fundamentos, até mesmo as decisões que incidem em controversas searas políticas encontram respaldo na sociedade, desempenhando o órgão que exerce a jurisdição constitucional um papel de guardião dos direitos agasalhados pela Constituição. No atendimento das demandas sociais pós-modernas, a jurisdição constitucional é chamada a incidir cada vez de forma mais constante na seara política, chegando, inclusive, a desempenhar uma função normogenética, quando um direito fundamental não puder ser exercido por falta de regulamentação do legislador infraconstitucional.

A grande essência para o enfrentamento das crises provocadas pela pós-modernidade, especificamente para legitimar a jurisdição constitucional e assegurar o cumprimento dos paradigmas teleológicos do Estado Democrático Social de Direito, são os direitos fundamentais, em qualquer uma de suas seis dimensões. São eles, o substrato de dignidade da pessoa humana, o arrimo do ordenamento jurídico e que, portanto, deve ser o eixo para a formação de uma teoria de legitimação que faça com que a corte ou tribunal constitucional possa ficar mais conexo com as demandas sociais e não se isolar por intermédio de procedimentos que se auto-referenciam, consubstan-

ciando-se um sistema que se auto-reproduz sem sentir as demandas da sociedade.

Demonstra a relevância dos direitos fundamentais Mirkine Guetzévitch: "As liberdades individuais e sociais ocupam um lugar de honra nas novas Constituições européias. Mesmo as dos países onde a prática governamental ou administrativa não é absolutamente democrática consagram capítulos eloqüentes à afirmação dessas liberdades. Pode-se dizer que o reconhecimento dos Direitos do Homem penetrou na opinião mundial com uma unanimidade quase desconcertante, pois, embora unânime, esse reconhecimento não é para tanto um penhor de eficácia".[46]

Todavia, a densificação da Constituição e a construção de uma teoria legitimante da jurisdição constitucional brasileira não é uma tarefa fácil de ser realizada porque envolve difíceis obstáculos que devem ser superados, principalmente para solidificar a sua legitimidade. A sua justificação passa a ser reconstruída, com base em diversos alicerces que contribuem para uma forte aceitação de suas decisões judiciais. O vetor comum dessa densificação é a tentativa de cumprir as funções inerentes ao Estado Democrático Social de Direito, fazendo com que a estruturação e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal possa estar adstrito aos parâmetros delineados pelo regime democrático, concretizando os direitos fundamentais contidos na Constituição.

Portanto, a garantia da concretização dos direitos fundamentais contidos na Constituição através da jurisdição constitucional configura-se como uma alternativa para sanar a crise do Estado Social Democrático de Direito e para robustecer a legitimidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Magna.

. . . . . .

46 MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Evolução Constitucional Européia**. Trad. Marina de Godoy Bezerra. *Rio Janeiro: José Konfino Editor, 1957. p. 157.*

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ARCHETTI, Marcello. **Lo Spazio Ritrovato. Antropologia della Cotemporaneità**. Roma: Meltemi, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CONDE, Enrique Alvarez. **Curso de Derecho Constitucional**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1999. v.1

CARRINO, Agostino. **Sovranità e Costituzione nella Crisi Dello Stato Moderno**. Torino: Giappichelli, 1998.

DERRIDA, Jacques. Diritto alla Giustizia. In: **Diritto, Giustizia e Interpretazione**. Roma: Laterza, 1998.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Il Diritto al Presente. Globalizzazione e Tempo della Istituzione.** Bologna: Mulino, 2002.

ciando-se um sistema que se auto-reproduz sem sentir as demandas da sociedade.

Demonstra a relevância dos direitos fundamentais Mirkine Guetzévitch: "As liberdades individuais e sociais ocupam um lugar de honra nas novas Constituições européias. Mesmo as dos países onde a prática governamental ou administrativa não é absolutamente democrática consagram capítulos eloqüentes à afirmação dessas liberdades. Pode-se dizer que o reconhecimento dos Direitos do Homem penetrou na opinião mundial com uma unanimidade quase desconcertante, pois, embora unânime, esse reconhecimento não é para tanto um penhor de eficácia".[46]

Todavia, a densificação da Constituição e a construção de uma teoria legitimante da jurisdição constitucional brasileira não é uma tarefa fácil de ser realizada porque envolve difíceis obstáculos que devem ser superados, principalmente para solidificar a sua legitimidade. A sua justificação passa a ser reconstruída, com base em diversos alicerces que contribuem para uma forte aceitação de suas decisões judiciais. O vetor comum dessa densificação é a tentativa de cumprir as funções inerentes ao Estado Democrático Social de Direito, fazendo com que a estruturação e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal possa estar adstrito aos parâmetros delineados pelo regime democrático, concretizando os direitos fundamentais contidos na Constituição.

Portanto, a garantia da concretização dos direitos fundamentais contidos na Constituição através da jurisdição constitucional configura-se como uma alternativa para sanar a crise do Estado Social Democrático de Direito e para robustecer a legitimidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Magna.

. . . . . .

46 MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Evolução Constitucional Européia**. Trad. Marina de Godoy Bezerra. *Rio Janeiro: José Konfino Editor, 1957. p. 157.*

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ARCHETTI, Marcello. **Lo Spazio Ritrovato. Antropologia della Cotemporaneità**. Roma: Meltemi, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CONDE, Enrique Alvarez. **Curso de Derecho Constitucional**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1999. v.1

CARRINO, Agostino. **Sovranità e Costituzione nella Crisi Dello Stato Moderno**. Torino: Giappichelli, 1998.

DERRIDA, Jacques. Diritto alla Giustizia. In: **Diritto, Giustizia e Interpretazione**. Roma: Laterza, 1998.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Il Diritto al Presente. Globalizzazione e Tempo della Istituzione.** Bologna: Mulino, 2002.

ciando-se um sistema que se auto-reproduz sem sentir as demandas da sociedade.

Demonstra a relevância dos direitos fundamentais Mirkine Guetzévitch: "As liberdades individuais e sociais ocupam um lugar de honra nas novas Constituições européias. Mesmo as dos países onde a prática governamental ou administrativa não é absolutamente democrática consagram capítulos eloqüentes à afirmação dessas liberdades. Pode-se dizer que o reconhecimento dos Direitos do Homem penetrou na opinião mundial com uma unanimidade quase desconcertante, pois, embora unânime, esse reconhecimento não é para tanto um penhor de eficácia".[46]

Todavia, a densificação da Constituição e a construção de uma teoria legitimante da jurisdição constitucional brasileira não é uma tarefa fácil de ser realizada porque envolve difíceis obstáculos que devem ser superados, principalmente para solidificar a sua legitimidade. A sua justificação passa a ser reconstruída, com base em diversos alicerces que contribuem para uma forte aceitação de suas decisões judiciais. O vetor comum dessa densificação é a tentativa de cumprir as funções inerentes ao Estado Democrático Social de Direito, fazendo com que a estruturação e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal possa estar adstrito aos parâmetros delineados pelo regime democrático, concretizando os direitos fundamentais contidos na Constituição.

Portanto, a garantia da concretização dos direitos fundamentais contidos na Constituição através da jurisdição constitucional configura-se como uma alternativa para sanar a crise do Estado Social Democrático de Direito e para robustecer a legitimidade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da Carta Magna.

. . . . . .

46 MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Evolução Constitucional Européia**. Trad. Marina de Godoy Bezerra. *Rio Janeiro: José Konfino Editor, 1957. p. 157.*

6. REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética e Retórica. Para uma Teoria da Dogmática Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ARCHETTI, Marcello. **Lo Spazio Ritrovato. Antropologia della Cotemporaneità**. Roma: Meltemi, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado Institucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

CONDE, Enrique Alvarez. **Curso de Derecho Constitucional**. 3 ed. Madrid: Tecnos, 1999. v.1

CARRINO, Agostino. **Sovranità e Costituzione nella Crisi Dello Stato Moderno**. Torino: Giappichelli, 1998.

DERRIDA, Jacques. Diritto alla Giustizia. In: **Diritto, Giustizia e Interpretazione**. Roma: Laterza, 1998.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Il Diritto al Presente. Globalizzazione e Tempo della Istituzione.** Bologna: Mulino, 2002.

_____. **Le Istituzione della Globalizzazione. Diritto e Diritti nella Società Transnazionale**. Bologna: Mulino, 2000.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

GALIZIA, Mario. **Scienza Giuridica e Diritto Costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1954.

GARCIA-PELAYO, Manuel. **Idea de la Política y Otros Escritos**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

FERREIRA, Pinto. **Democracia, Globalização e Nacionalismo**. Recife: Edição da Sociedade Pernambucana de Cultura e Ensino, 1999.

GHERSI, Carlos Alberto. Posmodernidad Juridica. El análisis Contextual del Derecho como contracorriente a la abstracción jurídica". **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v.15, 1998.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2 ed. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

GIUSTINIANI, Antonio Zorzi. **Stato Costituzionale ed Espansione Della Democracia**. Milano: CEDAM, 1999.

GROSSI, Paolo. **Scienza Giuridica Italiana. Un Profilo Storico 1860-1950**. Milano: Giuffrè, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Fatti e Norme. Contributi a uma Teoria Discorsiva del Diritto e della Democrazia.** Trad.

Leonardo Ceppa. Milano: Edizioni Ângelo Guerini e Associati, 1996.

JELLINEK, Georg. **Teoría General Del Estado**. Trad. Fernando de los Rios. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

HARDT, Michael & NEGRI, Antonio. **Impere**. Trad: Alessandro Pandolfi. Milano: Biblioteca Universale Rizzoli, 2003.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucion**. Trad.: Alfredo Ballego Anabitarte. Barcelona: Ariel, ís.d.ý.

MALBERG, R. Carre de. **Teoria General del Estado**. México: Fondo de Cultura Economica, [s.d.].

MIRKINE-GUETZÉVITCH, Boris. **Evolução Constitucional Européia**. Trad. Marina de Godoy Bezerra. Rio Janeiro: José Konfino Editor, 1957.

_____. **As Novas Tendências do Direito Constitucional**. Trad. Candido Motta Filho. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1933.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. La Crisis de la Codificación Y la Historia Del Derecho. **Anuario Mexicano de Historia del Derecho, XV**. México: UNAM, 2003.

PIZZORUSSO, Alessandro. **La Costituzione. I Valori da Conservare, Lê Regole da Cambiare.** Torino: Einaudi, 1996.

ROMANO, Bruno. **Soggettività Diritto e Postmoderno. Uma interpretazione com Heidegger e Lacan.** Roma: Bulzone, 1988.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional.** 6 ed. Madrid: Marcial Pons, 1999.

SALDANHA, Nelson. O Racionalismo Moderno e a Teoria do Poder Constituinte. **Revista da ESMAPE**, Recife, v.8, n. 18, jul./dez. 2003.

SANTI ROMANO. **Lo Stato Moderno e la sua Crisi.** Milano: Giuffrè, 1969.

SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional. Como Mudam as Constituições**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.

SOUSA E BRITO, José de. Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático. In: **Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. **Códigos y Constituciones. 1808- 1978**. Madrid: Alianza Universidad, 1989.

_____. Teoria e Crítica Dello Stato di Diritto. In: **Lo Stato di Diritto. Storia, Teoria, Critica.** Milano: Feltrinelli, 2003.

ZOLO, Danilo. A Proposito dell Espansione Globale del Potere dei Giudici. **Iride.** Bologna, n. 11. 1998.

PRÁTICA

ESMAPE

SENTENÇA CÍVEL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONTRATO DE ÊXITO. CONDIÇÃO SUSPENSIVA. DIREITO EVENTUAL.

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

EMENTA: Direito Civil – Prestação de serviços - Contrato de êxito – Condição suspensiva – Evento futuro e incerto não implementado – Ineficácia do direito – Cessão pro soluto – Obrigação da cedente que não se extingue de imediato, mas apenas se e na medida em que o crédito cedido for efetivamente cobrado - Improvimento da pretensão.

I Na cessão de direito de crédito *pro solvendo* (transferência de um direito de crédito feita com intuito de extinguir uma obrigação), o liame obrigacional não se extinguirá de imediato, mas apenas se e na medida em que o crédito cedido for efetivamente cobrado.

II Para a conformação da cessão *pro soluto*, que opera, imediatamente, a liberação do cedente, independentemente do resgate da obrigação cedida, exige-se que, ao tempo da cessão, o crédito exista e pertença ao cedente.

III Subordinando-se a eficácia do direito de crédito cedido à condição suspensiva, revela-se incompossível a sua cobrança, de vez que, enquanto não se verificar o implemento do evento futuro e incerto, não se terá adquirido o direito objeto da cessão (v. arts. 118, CC/1916 e 125, CC/2002).

IV O negócio jurídico condicional existe e é válido. Apenas sua eficácia depende do implemento da condição. Portanto, desde que celebrado, já vincula as partes contratantes, motivo pelo qual não pode ser unilateralmente desfeito, sob pretexto de que sobre ele pende condição, reputando-se verificada esta, consoante a dicção do art. 129, do Código Civil, quando seu implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer.

V Improvimento do pedido.

Vistos etc.

1. Trata-se de ação de cobrança, de rito comum ordinário, ajuizada por **J. D. S.** em desfavor de (I) **ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA MONTENEGRO E PEREIRA ASSOCIADOS – G. R. M. T. e Â. C. F. S. ADVOGADOS ASSOCIADOS – SOCIEDADE CIVIL** e (II) **DESTILARIA LIBERDADE S.A.**, todos qualificados na inicial de fls. 02/13, colimando haver crédito remanescente de contrato de prestação de serviços, adimplido incompleta ou parcialmente.
   Ao pedido, instruindo-o, foram juntos os documentos de fls. 14/42.
2. As rés ofereceram contestações às fls. 102/113 e 67/71, respectivamente.
   2.1 Diz a primeira ré (sociedade de advogados) que, através de cessão ordinária de crédito, obteve quitação do autor, exonerando-se da obrigação de pagamento, independentemente do resgate da obrigação cedida.
   2.2 Afirma a segunda ré (DESTILARIA LIBERDADE S.A.), por sua vez, que não celebrou qualquer contrato com o autor, mas tão-somente com a primeira ré, acrescendo sua condição de contratante pontual, pois o direito da cedente (sociedade de advogados) está subordinado à verificação de condição, isto é, está sujeito ao implemento de evento futuro e incerto (decisão definitiva do Poder Judiciário que exclua a TR e a TRD da base de cálculo dos débitos fiscais da contratante junto ao Estado de Pernambuco) – o que ainda não ocorreu, em razão da existência de recursos pendentes de julgamento.
   2.3 Foram produzidos com as respostas os documentos de fls. 102/113 e 72/99, correspondentemente.
3. Disse o autor, sobre as contestações e documentos, às fls. 174/180.
4. Em audiência preliminar (v. Termo de Assentada de fl. 191), frustrada a proposta de conciliação, foi anunciado às partes, por pertinente, através de pronunciamento interlocutório irrecorrido, o julgamento antecipado da lide, na conformidade da regra editada no art. 330, I, do CPC, porque a questão controvertida é unicamente de direito.
   É o que havia de relevante para ser relatado.

Decido.

5. Ressumbra dos autos que as rés firmaram contrato de prestação de serviços de advocacia, com cláusula de êxito (v. doc. de fls. 17/22), tendo por objeto o ajuizamento de ação de segurança visando a excluir as TR (Taxa Referencial) e TRD (Taxa Referencial Diária), como indexadores da correção monetária, da base de cálculo de débitos fiscais da contratante (DESTILARIA LIBERDADE S.A.) junto à Secretaria da Fazenda do Estado de Pernambuco, relativos a processos administrativos devidamente discriminados no instrumento negocial.

Por se tratar de contrato de êxito, a contraprestação da contratante (R$ 464.000,00) - subordinada ao proveito econômico desta última, ficou sujeita (condição), à partida, ao (I) deferimento da liminar (R$ 24.000,00) e (II) à sentença concessiva da segurança (R$ 80.000,00), sendo certo que, de acordo com a melhor exegese do contrato, dada a sua natureza de contrato de êxito, o saldo remanescente deveria ser pago, (III) quando tornada definitiva a segurança deferida em 1° grau de jurisdição, em 15 (quinze) parcelas mensais, iguais e sucessivas de R$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais).

Certo, a cláusula 3.1.3 não explicita que os pagamentos das prestações relativas ao débito remanescente ficaram subordinados ao trânsito em julgado da decisão que concedeu a segurança impetrada. Sua interpretação literal ou gramatical pode até autorizar a conclusão segundo a qual os pagamentos devem ser realizados a partir do 30° (trigésimo) dia após a sentença de 1° grau. No entanto, a exegese perfeita da regra inserta na cláusula *sub examine* deve ser buscada a partir da natureza da contratação (contrato de êxito – portanto subordinado ao implemento de evento futuro e incerto), o que, aliás, ficou expresso na cláusula 2.2 do ajuste.

Com efeito, dispõe o Código Civil que se considera "condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio a evento futuro e incerto" (art. 121, CC/2002), sabido, ademais disso, que, "subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito" (art. 125, CC/2002).

O negócio jurídico condicional existe e é válido. Apenas sua eficácia depende do implemento da condição. Portanto, desde que celebrado já vincula as partes contratantes, motivo pelo qual não pode ser unilateralmente desfeito, sob pretexto de que sobre ele pende condição (NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Anotado e legislação extravagante.** 2. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 213), reputando-se verificada esta, consoante a dicção do art. 129, do Código Civil, quando seu implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer.

É assim que interpreto a vontade das partes (v. art. 112, do CC/2002), inclusive com lastro no princípio da boa-fé objetiva (v. art. 113, do CC/2002).

Destarte, é forçoso concluir que os pagamentos das prestações referentes ao saldo devedor remanescente

(eventual) estão efetivamente subordinados ao implemento da condição (condição suspensiva) contratada: decisão (e não sentença em sentido estrito) final de mérito que confirme a segurança concedida em 1° grau de jurisdição.

Se a contratante realizou pagamentos de obrigação ainda não eficazmente constituída, porque sujeita a condição não implementada, fê-los por mera liberalidade, não importando em novação, considerada a circunstância de que, na espécie, nada autoriza inferir-se da existência de ânimo de novar.

6. Noticiam, ainda, os autos que, para a execução de sua prestação convencional, a primeira ré (sociedade de advogados) subcontratou os serviços do autor, cujos honorários também ficaram adstritos à condição suspensiva.

Supervenientemente, através de escritura pública de cessão de crédito (v. fls. 15/16v.), a primeira ré (sociedade de advogados) transmitiu seu direito (eventual) de crédito junto à segunda ré (DESTILARIA LIBERDADE S.A.) ao autor, com o viso de extinguir imediatamente a obrigação que contraiu com o cessionário.

Tenho, contudo, que, *in casu*, cuidando de cessão *pro solvendo*, e não de cessão *pro soluto*, a cedente não logrou obter a extinção da obrigação antiga. Deveras, na cessão *pro solvendo* (transferência de um direito de crédito feita com intuito de extinguir uma obrigação), o liame obrigacional não se extinguirá de imediato, mas apenas se e na medida em que o crédito cedido for efetivamente cobrado (v. DINIZ, Maria Helena. **Curso de**

Direito Civil Brasileiro. 16. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002. v.2, p. 413).

Subordinando-se à eficácia do direito de crédito cedido, na espécie dos autos, a condição suspensiva (decisão - e não sentença em sentido estrito - final de mérito que confirme a segurança concedida em 1° grau de jurisdição), revela-se incompossível a sua cobrança, de vez que, como cediço, enquanto não se verificar o implemento do evento futuro e incerto, não se terá adquirido o direito a que visa o negócio jurídico (v. art. 125, CC/2002).

Registre-se que, para a conformação da cessão *pro soluto*, que opera imediatamente a liberação do cedente, independentemente do resgate da obrigação cedida, exige-se que, ao tempo da cessão, o crédito exista e pertença ao cedente (v. DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 413) – o que, como explicitado, a toda evidência, inocorre na *fatispécie*.

Desavém cogitar-se, por essa razão, de ilegitimidade passiva da cedente (sociedade de advogados), contra quem a ação foi também endereçada. A hipótese é de improvimento da pretensão, tendo em vista que o bem da vida cuja proteção foi buscada pelo autor, através da via jurisdicional, não se reveste de eficácia, e não de trancamento adjetivo da ação.

Ao autor, titular de direito futuro e eventual (expectativa de direito), a lei autoriza, tão-só, enquanto não verificada a condição, a prática de atos destinados à sua conservação (v. art. 130, CC/2002).

À segunda ré, por sua vez, não é lídimo opor-se à cessão para o efeito de ver declarada sua ilegitimação

passiva *ad causam*, pois, não ignorado o fato de que, em regra, qualquer crédito pode ser cedido, o objeto da cessão, *in casu*, é lícito, e a natureza da obrigação, a lei e a convenção com o cedente, em particular, a ela não se opõem (v. art. 286, CC/2002), sendo significativo notar e destacar, para além disso, que foi observada, com escorreição, a forma legal, inclusive a notificação da devedora do direito de crédito transmitido (v. arts. 288, 289, 290 e 292, CC/2002, c/c os arts. 127, I, 129, n. 9, Lei nº 6.015/73) (v. Diniz, Maria Helena, op. cit., p. 421).

7. Forte na regra editada no art. 121 c/c o art. 125, ambos do Código Civil, estando a eficácia do direito do autor subordinada à condição suspensiva, não implementada, **julgo improcedente** o pedido, carreando-lhe, em conseqüência, por força do princípio do sucumbimento, o pagamento das custas processuais e verba de patrocínio, esta arbitrada, por fixação eqüitativa, à ausência de condenação, em R$ 1.000,00 (um mil reais) para os respectivos patronos das rés.

Custas na forma da lei.

P.R.I.

Recife, 22 de abril de 2004.

SENTENÇA DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS

José Viana Ulisses Filho
Juiz de Direito

Ação: Responsabilidade Civil por Danos Morais, Materiais e Lucros Cessantes.
Processo. Nº. 001.1998.027218-2
Autor: M.C.N.O. e M.N.O.
Réu: Município do Recife

EMENTA: Direito Constitucional e Administrativo. Escola Pública Municipal. Homicídio praticado por aluno vitimando colega da mesma escola em plena sala de aula. Responsabilidade objetiva do Poder Público Municipal por ato omissivo. O Poder Público, ao receber estudante em seus estabelecimentos de ensino, tem o dever e a obrigação de diligenciar com relação à preservação da integridade física e moral dos seus alunos, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse *Munus* Constitucional, sob pena de indicidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos que porventura ocorram ao aluno. Condenação do Município do Recife

ao ressarcimento aos parentes da vítima por danos materiais e danos morais, além de condenação ao ressarcimento das despesas com luto e funeral. Condenação nas custas e honorários advocatícios. Procedência do Pedido.

Vistos etc.

M.C.N.O. e M.N.O., *brasileiras, a primeira viúva e a segunda solteira, a primeira doméstica e a segunda estudante, residentes e domiciliadas na Rua Esdras Farias, nº 09, Vila do Ipsep, nesta comarca, ingressaram perante este juízo com uma* **Ação Ordinária de Responsabilidades Civil Por Danos Morais, Materiais e Lucros Cessantes,** *decorrentes da prática de ato ilícito contra* **O Município do Recife,** *pessoa jurídica de direito público interno, com sede administrativa na Av. Martin Luter King, nº 925, nesta comarca, alegando, em resumo, que a primeira autora é mãe e a segunda irmã de* **M.N.O.,** *que foi assassinado no dia 3 de agosto do ano de 1994, enquanto assistia a uma aula de Português na Escola Municipal Luiz Vaz de Camões, situada no bairro do Ipsep, nesta comarca.*

O responsável pelo crime foi **L.J.S.,** *aluno da mesma escola, com a participação conjunta de* **G.M.S. e C.R.S.,** *todos já julgados e condenados pela prática do delito.*

Houve omissão da administração da escola, vez que não existiam medidas de segurança capazes de evitar o fato, decorrendo desta omissão, conforme descreve na inicial, a responsabilidade do Município, requerendo, ao final, indenização por dano moral e material, considerando que ambas dependiam do filho e irmão, respectivamente, que era o responsável, com o seu trabalho, pela alimentação das duas, além do reembolso das despesas com funeral, tarifa de necrópole e de mudança e locação de imóvel, pugnando, ao final, que os danos morais sejam fixados por arbitramento e os materiais correspondam à pensão mensal a ser concedida a elas, considerando a sobrevida da vítima até a idade em que completaria 65 anos.

Acostaram à inicial, os documentos de fls.12 "usque" 89.

Regularmente citado, o Município respondeu à ação tempestivamente, contestando a inicial, aduzindo em resumo que:

Em preliminar, ilegitimidade do Município para integrar o pólo passivo da ação, posto que, a responsabilidade pela segurança pública é da competência do Estado de Pernambuco, razão por que requer o chamamento do Estado à autoria e a sua exclusão da lide.

No mérito, que inexistiu, na hipótese, nexo causal entre a omissão do Município e o evento danoso, considerando que se encontra comprovado nos autos que o Município do Recife, através dos seus agentes, controlava a entrada e saída de pessoas da escola.

Ademais, o autor direto do homicídio, L.J.S., era aluno da escola, situação que o colocava acima de quaisquer cuidados específicos por parte da direção, porquanto o mesmo ter livre acesso a todos os locais da escola, com a administração tomando as precau-

ções necessárias como controle de entrada e saída de pessoas do seu recinto, portões fechados e acorrentados, enfim, todas as diligências necessárias, não faltando qualquer outra que pudesse evitar o crime, além da vigilância e Segurança Pública, que conforme já dito, são atribuições da competência do Estado, inexistindo, destarte, qualquer nexo que viesse a vincular a existência de omissão do Município ao crime ocorrido na sala de aula da escola em referência.

Da forma como ocorreu o homicídio, no interior do estabelecimento municipal de ensino, caracteriza-se o denominado fato de terceiro, eis que o criminoso era aluno da escola e, conforme já dito, com livre acesso a todas as dependências, em nada concorrendo o Município.

Improcedem os pedidos de indenização por dano e de funeral, o primeiro pela ausência de comprovação da sua existência e falta de amparo legal, e o segundo, pela falta de comprovação das despesas nos autos.

No que pertine aos danos materiais reclamados, inexiste nos autos a comprovação de renda alegada em favor da vítima, que possibilite indenização por pensão mensal. No máximo, a citada pensão, caso fixada, levaria em consideração o valor de um salário mínimo, reduzido em um terço em função das despesas que a vítima teria com os seus gastos pessoais, tendo por termo final o fato da vítima completar 25 anos de idade.

Com relação ao requerimento de indenização com o aluguel de casa, o mesmo já está englobado, por ocasião do pedido de dano material, o que acarretaria em uma duplicidade de indenização pelo mesmo fato gerador, constituindo um verdadeiro bis in idem.

Ao final, requer a extinção do processo sem julgamento do mérito pela ilegitimidade requerida à guisa de preliminar e, no mérito, a improcedência do pedido.

Em pedido alternativo, na hipótese de indeferimento dos requerimentos principais, propõe a exclusão do dano moral, das despesas de funeral e que a pensão seja fixada em dois terços do salário mínimo e em cinqüenta (50%) por cento para cada autora até o dia 4 de abril do ano 2000, sendo que a pensão em favor da irmã deverá ser provida até que esta complete a idade de 25 anos.

Acostou à contestação, os documentos de fls. 103 "usque" 134.

Réplica das autoras acostada às fls. 135/138.

Decisão do juízo às fls. 143, indeferindo o requerimento preliminar de ilegitimidade do Município réu, merecendo a interposição do recurso de agravo retido nos autos (fls. 144/145), ensejando, às fls. 146, despacho de manutenção da decisão por parte do juízo.

Audiência de instrução e julgamento com as assentadas de fls. 150/154, inquirimento de testemunhas e depoimento pessoal de uma das autoras, deferindo o juízo a entrega de alegações por memoriais, tendo, no prazo assinado, as autoras requerido a procedência dos pedidos iniciais, enquanto que, antagonicamente, pugna o Município réu, em ratificação à sua contestação, a improcedência do pedido.

Com vista ao Min. Público, opinou o órgão, em escorreito parecer de fls. 163/164, pela improcedência do pedido.

Em resumo, eis o relatório.

Destarte, sigo em direção ao ***DESCISUM.***

Cuida-se de ação ordinária de ressarcimento de danos materiais e morais, movimentada pelas autoras, mãe e irmã respectivamente de vítima de homicídio ocorrido em plena sala de aula de um educandário público municipal, onde perdeu a vida o jovem estudante de 19 anos de idade, ***M.N.O.,*** *abatido por certeiro tiro de revólver desferido por colega de escola, que se fazia acompanhar de dois co-participantes que não eram alunos do citado educandário.*

A tese das autoras é da existência de responsabilidade objetiva do Município do Recife, que teria se omitido em adotar medidas de segurança na escola pública onde ocorreu o fato, medidas estas que, acaso adotadas, poderiam ter evitado o desfecho danoso que redundou na morte do estudante.

Examinemos, destarte, os fatos, à luz do direito positivo aplicável à espécie, bem como sob a ótica do que se encontra comprovado nos autos.

A princípio, urge deslindarmos questão preliminar argüida pelo Município do Recife, que é a sua legitimidade para figurar como réu no pólo passivo da ação. Com efeito, tenho por improcedente a preliminar.

Alega o Município que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da controvérsia, porquanto sustentarem as autoras que a responsabilidade do réu advém da sua omissão no dever de vigilância e garantia da segurança dos freqüentadores da escola, o que, seguramente, não são atribuições do Município e sim do Estado, a quem cabe o dever Constitucional de promover a Segurança Pública. Ora, aceitar o argumento do Município seria o mesmo que responsabilizarmos o

Estado por todos os assaltos e homicídios que possam ocorrer em locais públicos ou mesmo possíveis depredações ou saques porventura acontecidos no âmbito do Estado de Pernambuco. O que fundamenta a responsabilidade do Estado são os danos que os seus agentes causam nesta qualidade e não os fatos estranhos à atividade administrativa, vez que o homicida, o assaltante ou o saqueador não são agentes do Estado.

Desta forma, quando se cogita da responsabilidade da administração Pública, tem-se por parâmetro a causação de danos efetivados em função da atuação deficiente do Estado ou mesmo da sua omissão, concorrendo decisivamente para a realização do evento.

Assim, improcede a preliminar aduzida, posto que a segurança, fiscalização e vigilância, cuja responsabilidade é realçada pelas autoras na inicial, efetivamente, é a do Município do Recife com relação à manutenção de um Serviço Público educacional, posto que incumbe ao Poder Público garantir o acesso de todos à educação formal, forjando o pleno desenvolvimento e formação das pessoas, preparando-as e qualificando-as para o trabalho e exercício da cidadania, devendo, entretanto, a entidade governamental preservar o bem-estar e a segurança de todos que estão matriculados e que freqüentam os estabelecimentos, durante todo o período de suas permanências no recinto escolar, encargo este indissociável do dever do Poder Público Municipal, no caso, de proteção efetiva de todos os estudantes que se encontrarem sob a guarda dos estabelecimentos municipais de ensino.

Em tendo o fato ocorrido em plena sala de aula, sob direta e imediata supervisão dos agentes da admi-

nistração pública municipal, cabe a esse Poder Público o dever de proteção e vigilância sobre todos os que se acham sob sua guarda, obrigando-se a adotar providências que se destinem a evitar situações lesivas aos alunos, estando, destarte, o Município do Recife, integrando corretamente o pólo passivo da ação, razão por que deverá responder perante o Poder Judiciário ao chamamento do processo.

Superada a preliminar e estabelecida a legitimidade do Município do Recife para integrar o pólo passivo da lide, examino, dessarte, o ***meritum causae.***

O Direito Constitucional positivo brasileiro adota, desde o advento da Constituição Republicana de 1946, a responsabilidade civil objetiva do Estado, norma esta aperfeiçoada pela Constituição vigente desde outubro de 1988, onde consagrou, no art. 37, § 6º, o princípio de que "as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

Pela dicção do dispositivo Constitucional ora transcrito, percebe-se que o direito positivo nacional adotou a doutrina da teoria do risco administrativo, estabelecendo a responsabilidade do Poder Público para o ressarcimento de danos que decorram direta ou indiretamente da atividade administrativa, cabendo ao Estado (que desempenha a atividade administrativa em favor de todos), suportar o ônus dessa atividade, independentemente da culpa dos seus agentes, visto que tal atividade representa um risco para a coletividade como um todo.

Do exposto, infere-se que a culpa como elemento subjetivo da responsabilidade civil não a integra, cabendo, na hipótese fática, verificar a atuação do Estado no que diz respeito a esta responsabilidade, ou mesmo à ausência desta atuação (omissão), no sentido de se aferir da existência de um nexo que vincule as referidas ações ou omissões do Estado, no exercício de sua atividade administrativa, a um dano sofrido pelo administrado. Evidentemente a construção teórica **sub examine,** *adotada pelo Legislador Pátrio, não deve ser confundida com a teoria do risco integral, que é a modalidade extrema da doutrina do risco, buscando fundamentar a responsabilidade de indenizar do Estado mesmo que a culpa seja exclusiva da vítima, decorra de fato de terceiro ou mesmo de caso fortuito ou força maior.*

Pela teoria do risco administrativo, pode o Estado elidir a sua responsabilidade desde que ele demonstre a inexistência de nexo causal por fato exclusivo da vítima, pela existência de caso fortuito, força maior ou fato exclusivo de terceiro.

Em sendo assim, compete-nos, doravante, subsumir os fatos colacionados na presente lide aos desígnios estabelecidos na legislação positiva vigente, para daí extrairmos a conclusão que servirá para o deslinde final da controvérsia.

A **vexata quaestio** *dessume-se em se saber se a atuação ou omissão da administração Pública Municipal deu causa ou contribuiu para o evento danoso,* ***in casu,*** *a morte do Estudante* ***M.N.O.;*** *ou melhor, existiu algum vínculo ou nexo causal relacio-*

nando a atuação ou omissão do Município do Recife ao seu conseqüente, que foi a morte do estudante?

Do exame das provas coligidas nos autos, a inferência inabalável da nossa convicção é no sentido de que está estabelecido o vínculo que une o comportamento omissivo da administração Pública Municipal, ao resultado morte do aluno, em plena sala de aula da Escola Municipal Luiz Vaz de Camões, localizada no bairro do IPSEP.

A questão pode ser analisada sob dois aspectos. Primeiramente, sob a perspectiva da incidência da responsabilidade objetiva do Estado, por ato omissivo do Município. Com efeito, sob este aspecto, encontra-se mais do que comprovada e demonstrada a responsabilidade objetiva do Município do Recife, que teve um aluno de escola municipal, assassinado dentro de uma sala de aula, quando assistia a uma aula de Português, delito praticado por outro aluno do mesmo educandário, em companhia de duas pessoas estranhas ao corpo discente e funcional da escola, homicídio este praticado com arma de fogo, revólver calibre 38 (perícia criminalística fls. 18/24). O fato objetivo é este, sem que o Município, apesar da brilhante contestação subscrita pelo eminente procurador Dr. º Alcides Spíndola, tenha o elidido, quer comprovando a inexistência de nexo causal, quer demonstrando fato exclusivo da vítima, caso fortuito, força maior ou fato exclusivo de terceiro, considerando, com relação a esta última excludente (fato exclusivo de terceiro) que, sendo o autor dos disparos aluno de escola municipal, está comprovado nos autos que o mesmo teve acesso ao interior

do estabelecimento de ensino armado de revólver, acompanhado de dois elementos estranhos utilizando, além da falha da vigilância, a falta de obstáculos que dificultassem o acesso ao interior da escola tal como muro com proteção, além da exposição da sala de aula ao ambiente externo através de combogós e a falta de iluminação a facilitar a prática de qualquer delito, diligências estas que, com certeza, se tomadas pelo Município, talvez tivessem impedido o desfecho macabro dos fatos.

E é a própria diretora da escola, através do seu depoimento de fls. 153/154, quem oferece o principal libelo que atesta a responsabilidade do Município do Recife, quando afirma: "que a iluminação dos oitões da escola era precária, que havia falhas na rede elétrica e as lâmpadas não acediam, que tem conhecimento de que L. se dirigiu por trás do colégio e através dos combogós introduziu a arma e atirou em M.; que após o fato os muros da escola foram levantados; que antes do fato a escola encaminhou expediente solicitando providência para levantar o muro e fechar os portões com folhas de alumínio para impedir a visão para dentro da escola; que estes pleitos foram solicitados em ação conjunta da escola e da comunidade (. . .); que o funcionário João lhe garantiu que R. e C. não ingressaram pelo portão; levantando-se assim a hipótese de que pularam o muro ou passaram por uma abertura que tinha atrás".

Não é outro o posicionamento dos nossos tribunais, com relação à possibilidade da caracterização de responsabilidade objetiva do Estado, por omissão, quan-

do se comprova que a inércia administrativa é a causa direta e imediata do não impedimento do evento, resultando o dano da omissão específica do Estado, devendo responder objetivamente, como na presente hipótese, em que um aluno foi assassinado por outro, em plena sala de aula de um educandário municipal.

O Supremo Tribunal Federal (STF), através de caso líder, firmou o entendimento em julgamento de hipótese análoga a dos presentes autos, através do Recurso Extraordinário de nº 109.615-2-RJ, 1ª Turma, voto unânime publicado em 28.05.96, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, assim ementado:

> *O Poder Público, ao receber o estudante em qualquer dos estabelecimentos da rede oficial de ensino, assume o grave compromisso de velar pela preservação de sua integridade física, devendo empregar todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, sob pena de incidir em responsabilidade civil pelos eventos lesivos ocasionados ao aluno.*
>
> *A obrigação governamental de preservar a intangibilidade física dos alunos, enquanto estes se encontrarem no recinto do estabelecimento escolar, constitui encargo indissociável do dever que incumbe ao Estado de dispensar proteção efetiva a todos os estudantes que se acharem sob a guarda imediata do Poder Público nos estabelecimentos oficiais de ensino. Descumprida essa obrigação, e vulnerada a integridade corporal do aluno, emerge a responsabilidade civil do poder público pelos danos causados a quem, no momento do fato lesivo, se achava sob a guarda, vigilância e proteção das autoridades e dos funcionários escolares, ressalvadas as situações que descaracterizam o nexo de causalidade material entre o evento danoso e a atividade estatal imputável aos agentes públicos.*

Analisando-se a questão sob o aspecto da responsabilidade subjetiva, por culpa do Estado, outra sorte não terá a administração pública municipal, posto que, os fatos comprovados nos autos, indicam que pela omissão do Município do Recife ou sua atuação deficiente (falta do serviço), o mesmo concorreu decisivamente para o desfecho do evento, em vista de que omitiu, a administração escolar municipal, o emprego e adoção de medidas impostas pela exigência de segurança a que o Poder Público está obrigado, como guardião da integridade física e moral dos alunos matriculados e que estejam, no momento em que ocorreu o fato lesivo, no interior do estabelecimento de ensino.

Desta forma, examinados os fatos sob a ótica da responsabilidade civil subjetiva, também se encontra o Município do Recife responsável pelo dano causado ao estudante M.N.O., considerando que atuou omissivamente ao não dispensar os cuidados materiais e diligenciais necessários para garantir a proteção efetiva do estudante que, no momento em que recebeu a lesão, estava sob sua guarda.

Do exposto, a conclusão a que chegamos é no sentido de que, na hipótese ora submissa, é o Município do Recife responsável pelo ressarcimento dos danos vindicados pelas autoras porquanto: 1°) houve a consumação de um dano, caracterizado com a morte de um aluno que estava sob a guarda de um estabelecimento de ensino municipal; 2°) foi comprovada a omissão da administração; 3°) existiu vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal; 4°) inexistem causas excludentes de exoneração da responsabilidade ou culpa do Município.

Com relação ao ressarcimento por danos materiais, temos a observar que se encontra comprovada nos autos a condição de dependentes da mãe e da irmã do jovem assassinado. Entrementes, no que tange ao valor da sua remuneração, há indicação de que o mesmo percebia a quantia de um salário mínimo mensal como empregado, aumentando este rendimento com serviços extras (biscates).

Desta forma, não nos é dificultoso concluir que, conforme têm decidido reiteradamente os nossos Tribunais, deve-se levar em consideração, em média, a remuneração da vítima, projetando a obrigação da indenização sob forma de pensionamento, como "***dies ad quem***", até o momento em que a vítima em questão completaria a idade de 65 anos (esperança de vida média do brasileiro).

Consideranto, ***in casu***, que a vítima percebia o valor remuneratório correspondente a um salário mínimo, além de rendimentos extras cujo valor não se encontra demonstrado com exatidão, é legítimo condenar o Município do Recife a que pague à primeira autora, M.C.N.O., mãe do de cujus, pessoa de idade sem qualquer perspectiva de renda futura, uma pensão mensal correspondente ao valor de (1) um salário mínimo, até o dia em que a vítima completaria a idade de 65 (sessenta e cinco) anos.

Com relação à segunda autora, M.N.O., por sua idade na época em que ocorreu o fato, considerando as suas necessidades e a remuneração da vítima, deve a mesma perceber, à título de pensão, o valor de ½ (meio) salário mínimo, até a data em que completar a idade de 25 (vinte e cinco) anos, idade em que presumivelmente deverá estar casada ou no exercício de alguma atividade remunerada, não justificando a sua condição de pensionista da vítima até que viesse a completar 65 anos de idade, como ocorre com relação a sua genitora.

Por oportuno, é importante realçar que deve integrar as citadas pensões, o 13° salário ou gratificação natalina a partir da morte da vítima, conforme tem entendido reiteradamente a jurisprudência, por constituir um dos elementos do lucro cessante, o mesmo não acontecendo com relação ao terço das férias, razão por que temos esta pretensão por indeferida.

Entendemos, também, como procedente, o requerimento para inclusão na condenação das despesas com o funeral e luto da família, mesmo que tais despesas não estejam comprovadas nos autos, em vista do entendimento unânime de que "em caso de morte, uma das parcelas indenizáveis, obrigatoriamente, independentemente de prova é o funeral (art. 1.537, I,

Do exposto, a conclusão a que chegamos é no sentido de que, na hipótese ora submissa, é o Município do Recife responsável pelo ressarcimento dos danos vindicados pelas autoras porquanto: 1°) houve a consumação de um dano, caracterizado com a morte de um aluno que estava sob a guarda de um estabelecimento de ensino municipal; 2°) foi comprovada a omissão da administração; 3°) existiu vínculo causal entre o evento danoso e o comportamento estatal; 4°) inexistem causas excludentes de exoneração da responsabilidade ou culpa do Município.

Com relação ao ressarcimento por danos materiais, temos a observar que se encontra comprovada nos autos a condição de dependentes da mãe e da irmã do jovem assassinado. Entrementes, no que tange ao valor da sua remuneração, há indicação de que o mesmo percebia a quantia de um salário mínimo mensal como empregado, aumentando este rendimento com serviços extras (biscates).

Desta forma, não nos é dificultoso concluir que, conforme têm decidido reiteradamente os nossos Tribunais, deve-se levar em consideração, em média, a remuneração da vítima, projetando a obrigação da indenização sob forma de pensionamento, como "***dies ad quem***", até o momento em que a vítima em questão completaria a idade de 65 anos (esperança de vida média do brasileiro).

Consideranto, ***in casu***, que a vítima percebia o valor remuneratório correspondente a um salário mínimo, além de rendimentos extras cujo valor não se encontra demonstrado com exatidão, é legítimo condenar o Muni-

cípio do Recife a que pague à primeira autora, M.C.N.O., mãe do de cujus, pessoa de idade sem qualquer perspectiva de renda futura, uma pensão mensal correspondente ao valor de (1) um salário mínimo, até o dia em que a vítima completaria a idade de 65 (sessenta e cinco) anos.

Com relação à segunda autora, M.N.O., por sua idade na época em que ocorreu o fato, considerando as suas necessidades e a remuneração da vítima, deve a mesma perceber, à título de pensão, o valor de ½ (meio) salário mínimo, até a data em que completar a idade de 25 (vinte e cinco) anos, idade em que presumivelmente deverá estar casada ou no exercício de alguma atividade remunerada, não justificando a sua condição de pensionista da vítima até que viesse a completar 65 anos de idade, como ocorre com relação a sua genitora.

Por oportuno, é importante realçar que deve integrar as citadas pensões, o 13° salário ou gratificação natalina a partir da morte da vítima, conforme tem entendido reiteradamente a jurisprudência, por constituir um dos elementos do lucro cessante, o mesmo não acontecendo com relação ao terço das férias, razão por que temos esta pretensão por indeferida.

Entendemos, também, como procedente, o requerimento para inclusão na condenação das despesas com o funeral e luto da família, mesmo que tais despesas não estejam comprovadas nos autos, em vista do entendimento unânime de que "em caso de morte, uma das parcelas indenizáveis, obrigatoriamente, independentemente de prova é o funeral (art. 1.537, I,

C.C). (AP. 96.01.04577-5-MG, 4º T. do TRF da 1ª R., V. Un. Em18.03.96, rel: Juíza Eliana Calmon, RT 734/497).

No mesmo sentido, é doutrina especializada (*in* Programa de responsabilidade civil, Sérgio Cavalieri Filho, editora Malheiros, 2ª edição, 1999, pág. 95) quando arremata:

> *A jurisprudência, quanto às despesas com funeral, se não comprovadas com documentos, tem arbitrado uma verba de até cinco salários mínimos, por entender tratar-se de despesa inevitável. Por mais humilde que seja a família da vítima, não deixará um ente querido ser sepultado como indigente na vala comum. Isso nada mais é que aplicação de uma regra de experiência comum.*

No que pertine ao ressarcimento com mudança de imóvel e locação, temos o entendimento de que a despesa reclamada se confunde com os danos morais, posto que a sua motivação foi a necessidade momentânia que a família teve em se ausentar, por uma temporada, da localidade onde ocorreu o homicídio, tudo por conta da dor, da tristeza e das lembranças que o imóvel próprio da família trazia, por se situar vizinho à escola onde ocorreu o evento, fato este que deve ser considerado para fins do arbitramento dos danos morais, evitando-se, destarte, o ***bis in idem,*** *no que concerne à duplicidade de ressarcimentos, motivo pelo qual temos por indeferida a verba reclamada.*

Passemos a examinar a pretensão das autoras com relação à existência de ressarcimento por danos morais.

Indubitavelmente, hoje perdeu sentido a polêmica no que diz respeito ao cabimento ou não do ressarcimento por danos morais, ou mesmo a sua cumulação com os denominados danos materiais. Com efeito, a questão já está sumulada pelo STJ, sob o verbete de nº 37, que afirma "são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral, oriundos do mesmo fato."

In casu*, temos que os fatos que ensejaram a postulação das autoras, adequam-se à pretensão* ***sub examine,*** *pela própria gravidade dos acontecimentos, onde jovem com a idade de 19 anos, arrimo de família, foi assassinado em recinto de escola pública municipal, em plena sala de aula, quando fazia anotações em seu caderno de Português.*

Imagine-se a dor de uma mãe e de uma irmã gêmea, pela perda de ente querido, com futuro promissor, fazendo ruir por terra os planos para a construção de uma vida próspera e feliz. Tal fato por si só dá-nos a dimensão do sofrimento psicológico, das aflições e angústias destes parentes, deixando seqüelas de natureza psicológica irremediáveis, interferindo sobremaneira no desequilíbrio do bem-estar da família.

É justo que as autoras tenham uma compensação pela dor e sofrimento causados com o precoce desaparecimento da vítima, cuja responsabilidade, conforme demonstrado, é atribuída objetivamente ao Município do Recife. É verdade que o dano moral é insusceptível de avaliação pecuniária, devendo ser observada uma

compensação com a obrigação pecuniária imposta ao responsável pelo dano, tendo mais características de compensação do que propriamente de uma indenização.

Em hipóteses como tais, conforme prudente balizamento da doutrina e jurisprudência, vez que não há norma legal dispondo objetivamente sobre a forma de se chegar a um valor pecuniário indenizatório, cabe ao juiz o arbitramento deste valor, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor.

Deve o magistrado, no arbitramento, nortear-se por uma lógica do razoável (Siches), ponderando com prudência na valoração do dano moral, levando em consideração a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pelo sujeito pretensor, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais dos beneficiários, enfim, quaisquer circunstâncias outras que se afigurem necessárias para mensurar o valor.

Neste sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro na apelação cível de nº 1.622/95, 2ª Câmara, em brilhante decisão que teve por relator o eminente desembargador Sérgio Cavalieri Filho, assim ementada:

> *Responsabilidade civil – dano moral – arbitramento judicial – princípio da razoabilidade material – necessidade de prova.*
> *O arbitramento judicial é o mais eficiente meio para se fixar o dano moral. E embora nessa penosa tarefa não esteja o juiz subordinado a nenhum limite legal, nem a qualquer tarefa prefixada, deve, todavia, atentando para o princípio da razoabilidade, estimar uma garantia compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita e a gravidade do dano por ela produzido. Se a reparação deve ser a mais ampla possível, não pode o dano transformar-se em fonte de lucro. Entre esses dois limites devem se situar a prudência e o bom senso do julgador. (In Programa de responsabilidade civil, OB. Cit., Pág. 104).*

Em face do exposto, e considerando os fatos acima realçados, arbitro, em favor das autoras, a título de danos morais, a quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), sendo repartida pela metade para cada uma das autoras, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Isto posto,

e considerando tudo mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido para o fim de condenar o Município do Recife, qualificado na inicial, a indenizar as autoras, M.C.N.O. e M.N.O., ambas qualificadas na inicial, a ressarcimento por danos materiais, em valor de, com relação à primeira autora, uma pensão mensal correspondente a 01 (um) salário mínimo, até o dia em que a vítima completaria a idade de 65 (sessenta e cinco) anos.

Com relação à segunda autora, o valor de meio salário mínimo, até a data em que a mesma completar a idade de 25 anos.

Deve integrar as citadas pensões, o valor correspondente ao 13º (décimo terceiro) salário, a incidir a partir da morte da vítima.

Condeno o Município do Recife ao pagamento às autoras, de quantia que arbitro em cinco salários mínimos, a título de ressarcimento com as despesas de funeral e luto da família.

Condeno, ainda, o Município do Recife, ao ressarcimento das autoras com relação aos danos morais, em quantia que arbitro em R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), sendo repartida pela metade para cada uma das autoras, no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais).

Sobre todos os valores da condenação, deverão incidir juros moratórios e correção monetária a partir da verificação do evento (aplicação das súmulas nºs 54 e 43 do STJ).

Por fim, condeno o Município do Recife, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em quantia correspondente a 10% (dez por cento) incidente sobre o valor integral da condenação, devidamente corrigido.

Transcorrido o prazo para interposição do recurso voluntário, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado, para a reapreciação necessária da decisão.

Publique-se; Registre-se e Intimem-se.

Recife, 29 de Outubro de 2001.

SENTENÇA CÍVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Luiz Mário de Góes Moutinho
Juiz de Direito.

JUÍZO DA 23ª VARA CÍVEL DA CAPITAL
PROCESSO 0012003093588-2

Vistos etc.

E. S. B., qualificada, ingressou através de advogado legalmente habilitado, procuração de fls. 11, com AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, em face do **INSTITUTO MATERNO INFANTIL DE PERNAMBUCO – IMIP**, também devidamente qualificado.

Aduz, em síntese, que no dia 30 de setembro de 1996 perdeu a sua única filha, nascida doze dias antes, no estabelecimento hospitalar demandado, vítima de queimaduras provocadas pelo berço térmico.

Diz que as enfermeiras prepostas da ré dormiram em serviço, após colocarem a menor extinta no berço térmico, cuja temperatura se encontrava elevada, resultando daí as queimaduras que causaram a morte da recém-nascida.

Pede a procedência do pedido, com a conseqüente condenação pelo luto da família, no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), tudo acrescido da correção monetária e juros moratórios a partir do evento danoso, mais a condenação na verba honorária de 20% (vinte

por cento), tudo com base nos artigos 5º, da CF/88; 159 do CC/16; 948, e 951 do CC/02 e súmulas 37, 43 e 54 do STJ.

Instrui a inicial com os documentos de fls. 11 *usque* 47, respectivamente, procuração (fls 11); substabelecimento (fls. 12); cópia de material fotográfico da menor falecida, feito por fotógrafo do IML (fls. 13); cópia da certidão de nascimento da menor falecida (fls. 14); cópia da perícia tanatoscópica (fls. 15/16); ofício de encaminhamento da perícia tanatoscópica ao delegado da DPCA (fls. 17); cópia do laudo pericial realizado no nosocômio demandado e na referida incubadora (fls. 18/23); termo de declaração de Edileuza Saraiva Barbosa, prestada perante o delegado da DPCA (fls. 24/26); cópia de declaração de representante comercial do berço aquecido quanto ao seu funcionamento (fls. 27); autos dos interrogatórios de R. L. S. e V. S. O., prestados perante o Juízo da Vara Privativa dos Crimes Contra a Criança e o Adolescente (fls. 28/34); assentada do depoimento das testemunhas arroladas pelo MP nos autos da ação penal com trâmite pelo juízo já referido (fls. 35/39); razões finais do MP oferecidas nos autos da ação penal (fls. 40/47).

Deferida a gratuidade, determinei a citação da ré, despacho de fls. 48, cuja resposta foi tempestivamente oferecida, na forma de contestação, petição de fls. 56/70, instruída com os documentos de fls. 71/93.

A parte demandada diz, em preliminar, que não é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, atribuindo o fato danoso às suas prepostas, R. L. S. e Veronilda da Silva Oliveira, que manifestamente extrapolaram os limites de suas atribuições legais e estatutárias, constituindo-se as únicas responsáveis pelo dano. Ainda em preliminar, pugna pela citação das prepostas referidas, na condição de litisconsortes necessárias.

No mérito, diz, em suma, que a responsabilidade é das funcionárias referidas, que agiram com negligência. Ressalta a qualidade dos seus serviços e, na eventual condenação, pugna pela adoção do critério da razoabilidade.

Réplica às fls. 98/101.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

O feito comporta julgamento antecipado porque a matéria de fato se encontra devidamente provada.

O fato se verificou no ano de 1996, mais especificamente no dia 30 de setembro de 1996, data do óbito da filha da autora e momento em que o acontecimento ingressou no 'mundo' do Direito, incidindo-se por isso mesmo a ordem jurídica então vigente, no plano material, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, este último naquilo que não conflitar com o primeiro, e no âmbito instrumental, o Código de Processo Civil, respeitados os princípios e dispositivos específicos do diploma consumerista, tudo à luz da Constituição Federal de 1988 (Art. 7º, CDC e § 2º, Art. 5º da CF/88).

Dispõem os artigos 2º e 3º do CDC:

> *Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
§ 1° omissis.
§ 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Nestes temos, tenho que presentes se encontram os elementos da relação jurídica de consumo, incidindo o CDC, valendo ressaltar que a natureza filantrópica da atividade ré, associação civil, não afasta a incidência do diploma protecionista.

Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça decidiu, recentemente, dia 07 de maio de 2004, nos autos do Recurso Especial 519310, cujo acórdão ainda não foi publicado.

A relação estatutária existente entre a recorrida e seus associados não interfere no seu enquadramento como fornecedora de serviços, observados os critérios objetivos traçados pelo art. 3°, caput, do CDC, explicou Nancy Andrighi, relatora do recurso especial no STJ.

Ainda que os serviços sejam prestados conforme prevê o estatuto da recorrida, consigne-se que as despesas advindas dessa atividade são cobertas por remuneração feita a título de contribuição, o que reforça o caráter de relação de consumo.

Assim, tenho que na espécie se aplica o CDC, em razão do disposto nos artigos 2° e 3° e seu parágrafo único.

Antes de apreciar o mérito, cumpre decidir as matérias suscitadas sob o título de preliminar, ilegitimidade passiva e litisconsórcio necessário, as quais rejeito pelas razões a seguir expostas.

Estabelece o artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

A seu turno, o inciso III do artigo 1.521, do Código Civil de 1916, que com o referido artigo 34 se harmoniza, preceitua:

Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil:
III - o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (art. 1.522).

Dos artigos retro se evidencia a legitimidade da ré para figurar no pólo passivo da demanda, motivo pelo qual rejeito a preliminar suscitada.

Melhor sorte não tem a ré quanto ao pretendido litisconsórcio necessário.

Diz o artigo 47 do CPC:

> *Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo.*

A solidariedade estabelecida no art. 34 do CDC legitima a ré e faculta a autora a demandar contra qualquer dos co-devedores.

A eventual condenação do hospital não atingirá direito subjetivo das funcionárias da ré. O nosocômio, nesta hipótese, poderá litigar com as mencionadas auxiliares de enfermagem, em autos próprios, para, regressivamente, ressarcir-se dos eventuais danos por elas eventualmente causados.

Nestes termos, entendo que a triangularização processual está perfeita e não há a necessidade da citação das funcionárias da ré, passando ao exame do mérito.

O artigo 6º do CDC enumera, exemplificativamente, os direitos básicos dos consumidores e, dentre eles, a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de serviços considerados perigosos ou nocivos (inciso I).

Assim, os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados ***normais*** e ***previsíveis,*** em decorrência de sua natureza e fruição, artigo 8º, do CDC.

> *Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados **normais** e **previsíveis** em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.*

Não há dúvida de que todo produto ou serviço traz uma periculosidade, capacidade de causar dano, denominada **periculosidade inerente**, cujo dano dela decorrente não obriga, em princípio, o fornecedor a indenizar por ser ***normal*** quanto ao objeto da relação jurídica e ***previsível*** no que tange ao sujeito, não existindo, por isso mesmo, desconformidade de segurança – vício – e frustração de expectativa legítima, também de segurança.

Neste sentido leciona Antônio Hermen de Vasconcelos e Benjamin, *in* Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, editora Saraiva, 1. edição, São Paulo, 1991, pp. 46/48.

> *De uma maneira geral, pode-se dizer que não há produto ou serviço totalmente seguro. (...) O direito, de regra, só atua quando a insegurança ultrapassa o patamar da **normalidade** e da **previsibilidade** do risco, consubstanciando-se em verdadeiro defeito. Assim, todo produto ou serviço, por mais seguro e inofensivo que seja, traz sempre uma ponta de insegurança para o consumidor. Não se pode, é claro, denominá-los produtos ou serviços enodoados com vício de qualidade por*

insegurança, portadores de defeito. Seria esta uma insegurança que está em acordo com a legítima expectativa do consumidor. (...) a noção de segurança depende do casamento deste componente com um outro: a "desconformidade com uma expectativa legítima" do consumidor. Uma obrigação abrangente como a estampada no princípio geral da segurança dos bens de consumo há que ter limites. Não se pode condenar, por exemplo, o fabricante da corda utilizada pelo suicida ou o da navalha, instrumento do crime de assassinato. (...). ***Daí que a periculosidade inerente raramente dá causa à responsabilização do fornecedor****. Esta é conseqüência natural da periculosidade adquirida (e também da exagerada), isto é, a insegurança que supera as fronteiras da expectativa legítima dos consumidores. Em síntese, para que a periculosidade seja reputada inerente, dois requisitos devem estar presentes: a* ***normalidade*** *e a* ***previsibilidade****.* ***Têm eles que ver com a expectativa legítima dos consumidores. A regra geral, portanto, é a de que os danos decorrentes de periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar****.*

Oportuno registrar o que preceitua o parágrafo 1º, do artigo 14, do CDC, inserto no capítulo da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço:

§ 1° O serviço é ***defeituoso*** *quando não fornece a* ***segurança que o consumidor dele pode esperar****, levando-se em consideração as circunstân-*

cias relevantes, entre as quais: I - ***o modo de seu fornecimento****; II - o resultado e os* ***riscos que razoavelmente dele se esperam****; III - a época em que foi fornecido.*

É incontroverso, no caso em exame, que a falecida filha da autora foi a óbito quando se encontrava sob os cuidados de prepostos do hospital demandado, mais especificamente em um berço térmico do berçário.

Também não dissentem as partes quanto ao fato de que as auxiliares de enfermagem dormiram durante o plantão no qual a morte da menor ocorreu.

Os interrogatórios das auxiliares prepostas da ré, prestados no Juízo Criminal dos Crimes Contra a Criança e o Adolescente, documentos de fls. 28 a 34, também são conclusivos neste sentido.

A acusada R.L. da S. disse em juízo:

que quem colocou o menino no berço térmico foi a própria mãe da vítima, lá elas têm acesso a tudo, dão medicação, alimento, e a gente só orienta e observa... ela interrogada e a denunciada V. estavam ambas acordadas, mas nem ela acusada nem a acusada V. assistiram à genitora colocar a vítima no mencionado berço; nós estávamos numa sala de televisão e burocrática, preenchendo papeletas, quando a mãe do menino perguntou se podia colocar ele no berço (...) que momentos depois a genitora da vítima retornou e disse que já tinha colocado a mesma no berço e eu disse a ela que depois ia ver; que depois de terminar de pre-

encher as fichas não fui ver a mesma, quando eu terminei a evolução já era mais de meia-noite e aí eu desci, fui fazer um lanche e subi de volta, e durante esse tempo a colega ficou lá no setor porque a gente não desce junto. (...) ***que ao subir do lanche avisou a V. que ia dar um cochilo****, sim, eu avisei, a gente dorme dentro do setor, a gente não sai de dentro do setor, que quando dormiu não avisou para ser acordada porque já é rotina,* ***eu dormia de 01 às 03 e então ela me acordava****... quem está acordado não pode dormir, né? Tem de estar acordado (...),* ***que acordou somente às 04:15 horas e aí perguntei à colega (V.) por que ela me chamou tão tarde****?* ***E ai ela disse que tinha dado um cochilo*** *mas que eu não me preocupasse porque estava tudo calmo e já tinha dado a dieta, que quando acordou foi terminar de fechar, isto é, transcrever as temperaturas que a colega havia tirado dos bebês (...) que o tempo entre o momento em que a mãe do menino informou que ia colocá-lo no berço e o momento em que eu me dirigi para dormir não demorou uns cinco minutos não, e quando eu fui dormir a mãe estava acordada, no setor.*

A seu turno, a acusada V. da S. O. afirmou no juízo criminal:

que E." – autora e mãe da vítima, observação nossa – "se deitou, adormeceu, ***que R. também foi se deitar, pois já era meia-noite, hora de ela se deitar****; a gente fazia o seguinte: de sete a meia-noite todo mundo fica acordado; de meia-noite uma vai para o repouso e a outra fica acordada; às três da manhã eu chamaria ela, né, e ia repousar de três às seis da manhã,* ***só que nessa noite eu fiquei acordada somente até uma hora e quarenta****; de uma e quarenta eu fui no berçário inicial e vi que nele estavam o filho de E. e também o de E., eu entrei, troquei a fralda do RN de E. porque ele estava chorando mas depois adormeceu; a terceira cama estava com nenéns de fototerapia, e a quarta cama estava vaga, nesse momento eu vi que o neném de E. estava no berço aquecido, vi o berço ligado e sabia que tinha de dar a dieta dele; antes disso acordei a mãe da primeira cama para ela dar de mamar a seu filho e disse a ela que não tinha mais o que fazer na primeira e segunda cama,* ***estava cansada, com a perna dolorida e disse que ia me encostar na cama e pedi à mãezinha A. para me acordar de duas horas se eu adormecesse, mas só que passou no sentido, ela não me acordou e quando eu acordei já eram 10 para as quatro; eu me desesperei porque tinha passado a hora da dieta do neném de E.****; eu não esqueci que tinha de dar a dieta do bebê de E., mas isso... às duas horas, só que eu adormeci; que quando acordou às dez pras quatro da manhã foi direto acordar R. e disse a ela que não tinha dado a dieta do neném de E. porque tinha adormecido...*

Os depoimentos são esclarecedores da falha do recurso humano do nosocômio, que diretamente contribuiu

para a morte da filha da autora pois, se os procedimentos tivessem sido adotados, se as duas auxiliares de enfermagem não tivessem simultaneamente dormido, se o alimento da criança tivesse sido dado, se a sua temperatura tivesse sido tirada periodicamente, como determinam a experiência comum e técnica, o recém-nato, ou RN na linguagem médica, estaria vivo.

As provas carreadas aos autos também revelam falha de equipamento utilizado pela ré, posto que, a extinta filha da autora foi colocada em um berço térmico, como afirmado, que apresentava defeito no termostato de temperatura.

Chego a essa conclusão a partir do conjugado exame do laudo pericial de fls. 18/23 e do documento de fls. 27, aquele subscrito por peritos do Instituto de Criminalística, cuja perícia foi realizada por ocasião da investigação criminal e este consubstanciado na declaração prestada por empresa que recebeu o equipamento (berço térmico) para conserto, dois (02) dias após o óbito da menor.

A perícia realizada no berço térmico data de 18 de outubro de 1996 e os senhores peritos informam que o objeto do exame se encontrava no setor de manutenção quando da visita, contudo, atendendo a solicitação uma funcionária mandou buscar o equipamento que foi examinado pela equipe técnica. Esclarecem, ainda, os senhores peritos que o termostato do berço havia sido trocado. Eis a transcrição do laudo:

> *trata-se de um berço aquecido próprio para o recém-nato com problema de hipotermia, da marca OLIDEF-CZ-MºBABH-09, tombado pelo patrimônio com o* ***nº 6670 (IMIP)*** *(vide fotos nº 02 e 03). Na presença dos técnicos, o referido berço foi ligado e observado durante um período de aproximadamente dez minutos (10min) e não apresentou nenhuma anormalidade no seu funcionamento.*
>
> *Continuando com os exames, a equipe técnica indagou à enfermeira V. sobre o ocorrido com o berço, pois o mesmo não se encontrava naquele local e, sim, no setor de manutenção na hora dos exames. Esta não soube explicar o motivo e participou aos Peritos que quem poderia dar maiores explicações era o Departamento de Enfermagem do IMIP.*
>
> *No Departamento de Enfermagem, fomos recebidos pela Enfermeira C.F., Mat. 2819, que se apresentou à Equipe Técnica como Coordenadora. Inquirida a respeito do berço em questão, esta nos apresentou um (01) termostato o qual fora substituído do berço em referência no setor de manutenção do IMIP (...).*

Sobre o equipamento, berço térmico e o termostato referido, os senhores peritos disseram:

> *a) que o termostato, usado nos referidos berços aquecidos, são regulados através do KNOB (regulagem de temperatura) e um pino (fim do curso), fixados no painel frontal do lado direito do observador, fixando a temperatura máxima em trinta e seis (36) graus centígrados.*
> *b) que, quando esta temperatura é atingida a lâmpada piloto, situada ao centro e na parte*

superior do painel frontal, apaga-se e estabiliza a temperatura. (vide foto nº 06).
c) que, se por algum motivo o termostato elevar a temperatura aos tinta e oito (38º) graus centígrados é acionado dispositivo de segurança, ou seja, um relê-bimetálico, que sofre uma dilatação térmica e desliga automaticamente o circuito interno junto ao cabo de alimentação.

O documento de fls. 27 faz prova de que o berço térmico tombado sob o **nº 06670**, exatamente o mesmo equipamento periciado, foi encaminhado à assistência técnica dois dias depois do acidente, ou seja, no dia 02 de outubro de 1996, para reparar defeito no termostato de temperatura.

Eis o texto do referido documento de fls. 27:

Recife, 14 de outubro de 1996. Berço aquecido, mandado para assistência técnica da Anestenorte Comercio Representações Ltda, solicitado pelo Hospital do IMIP – Instituto Materno Infantil de PE, no dia: 02/10/96 sobre o tombamento nº 06670, ***apresentava defeito no termostato de temperatura, por isso, não regulava a temperatura desejada****. Atenciosamente (assinatura ilegível). (Destaquei).*

A perícia tanatoscópica de fls. 18, realizada no dia do óbito do recém-nato, afirma que o sinal cadavérico de putrefação encontrado só deveria estar presente 18 a 24 horas da hora da morte e o seu aparecimento precoce

ocorre em algumas circunstâncias como nos afogados **e, na ação de calor difuso.**

Afirma ainda que **a temperatura do corpo, na hora da constatação da morte, era de 39,5º** e, portanto, contrária ao processo natural que é o de resfriamento do corpo, tanto mais intenso quanto mais tempo se afaste da hora do óbito.

Os médicos legistas, depois de examinar e relatar outras circunstâncias, concluem:

que a morte se deu pela coagulação tervascular disseminada com formação de trombose no interior dos vasos sanguíneos o que acarretou choque, tendo como ***fator desencadeante o calor difuso****.*

Em face do exposto, concluo que a desconformidade técnica do termostato do berço térmico encontra-se na cadeia de causalidade do evento morte, pois, se o equipamento estivesse perfeito, o desligamento automático noticiado pelos peritos poderia ter evitado a morte do infante.

Não há dúvida, por tudo o que foi anteriormente exposto, que a morte do filho da autora decorreu das apontadas falhas do serviço, restando, evidenciada, a relação de causa e efeito.

Neste diapasão, a conduta das prepostas da ré e o vício do equipamento são **anormais** e o evento danoso não era **previsível** à autora, frustrando, por isso mesmo, sua legítima expectativa de segurança, nos termos mencionados no § 1º do artigo 14 do CDC.

Oportuno registrar que a responsabilidade da ré é objetiva, e torna desnecessário o exame do elemento culpa, pois o seu fundamento é o risco.

A perda de um ente querido traz, sem sombra de dúvida, profunda dor, angústia, caracterizadora de dano de natureza extrapatrimonial, que dispensa maiores considerações e prova concreta da existência, cuja presunção decorre das regras de experiência.

> *Seria até mesmo afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção.*
>
> *Por ser de senso comum, a verdade desta assertiva dispensa demonstração: a morte antecipada, em razão do ato ilícito, de um humano de nossas relações afetivas, mesmo nascituro, causa-nos um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo, de irresignação.*
>
> *São sentimentos justos e perfeitamente identificáveis da mesma forma que certos danos simplesmente patrimoniais, e que se revelam com maior ou menor intensidade, mas que sempre existem".*
>
> *"No estágio atual de nosso direito, com a consagração definitiva, até constitucional, do princípio da reparabilidade do dano moral, não mais se questiona que esses sentimentos feridos pela dor moral comportam ser indenizados; não se trata de ressarcir o prejuízo material representado pela perda de um familiar economicamente proveitoso, mas de reparar a dor com bens de natureza distinta, de caráter compensatório e que, de alguma forma, servem como lenitivo,*

diz a oportuna lição de Yussef Said Cahali, em sua obra Dano Moral, publicada pela Revista dos Tribunais, 2. edição, p. 111.

Os incisos V e X do artigo 5º da CF/88 garantem a reparabilidade dos danos de natureza eminentemente moral ao estabelecerem:

> *V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da* ***indenização por dano*** *material,* ***moral*** *ou à imagem;*
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à* ***indenização pelo dano*** *material ou* ***moral*** *decorrente de sua violação.*

Na mesma linha, a ***efetiva*** prevenção e **reparação de danos de natureza moral** é direito básico dos consumidores, impondo-se a responsabilidade dos fornecedores pelos danos causados à pessoa dos consumidores (artigo 6º, inciso VI c/c artigo 14, *caput*):

> *Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a* ***efetiva*** *prevenção e* ***reparação de danos*** *patrimoniais e* ***morais****, individuais, coletivos e difusos.*
> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde,* ***independentemente da existência de culpa****, pela reparação dos danos causados aos consumido-*

A perda de um ente querido traz, sem sombra de dúvida, profunda dor, angústia, caracterizadora de dano de natureza extrapatrimonial, que dispensa maiores considerações e prova concreta da existência, cuja presunção decorre das regras de experiência.

> *Seria até mesmo afrontoso aos mais sublimes sentimentos humanos negar-se que a morte de um ente querido, familiar ou companheiro, desencadeia naturalmente uma sensação dolorosa de fácil e objetiva percepção.*
>
> *Por ser de senso comum, a verdade desta assertiva dispensa demonstração: a morte antecipada, em razão do ato ilícito, de um humano de nossas relações afetivas, mesmo nascituro, causa-nos um profundo sentimento de dor, de pesar, de frustração, de ausência, de saudade, de desestímulo, de irresignação.*
>
> *São sentimentos justos e perfeitamente identificáveis da mesma forma que certos danos simplesmente patrimoniais, e que se revelam com maior ou menor intensidade, mas que sempre existem".*
>
> *"No estágio atual de nosso direito, com a consagração definitiva, até constitucional, do princípio da reparabilidade do dano moral, não mais se questiona que esses sentimentos feridos pela dor moral comportam ser indenizados; não se trata de ressarcir o prejuízo material representado pela perda de um familiar economicamente proveitoso, mas de reparar a dor com bens de natureza distinta, de caráter compensatório e que, de alguma forma, servem como lenitivo,*

diz a oportuna lição de Yussef Said Cahali, em sua obra Dano Moral, publicada pela Revista dos Tribunais, 2. edição, p. 111.

Os incisos V e X do artigo 5º da CF/88 garantem a reparabilidade dos danos de natureza eminentemente moral ao estabelecerem:

> *V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da* ***indenização por dano*** *material,* ***moral*** *ou à imagem;*
> *X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à* ***indenização pelo dano*** *material ou* ***moral*** *decorrente de sua violação.*

Na mesma linha, a ***efetiva*** prevenção e **reparação de danos de natureza moral** é direito básico dos consumidores, impondo-se a responsabilidade dos fornecedores pelos danos causados à pessoa dos consumidores (artigo 6º, inciso VI c/c artigo 14, *caput*):

> *Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VI - a* ***efetiva*** *prevenção e* ***reparação de danos*** *patrimoniais e* ***morais****, individuais, coletivos e difusos.*
> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde,* ***independentemente da existência de culpa****, pela reparação dos danos causados aos consumido-*

res por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Nestes termos e em razão de tudo o que até aqui foi exposto e analisado, tenho que se encontram presentes todos os pressupostos do direito da autora, quais sejam: **fato gerador**, consubstanciado no vício do serviço prestado pela ré; **dano moral**, materializado na angústia experimentada pela autora em razão da prematura morte de sua única filha e a **relação de causalidade**, posto que o óbito decorreu da conduta das prepostas da ré e vício do berço térmico, elementos caracterizadores da desconformidade do serviço, não restando outro caminho, senão o da condenação da ré, cuja indenização passo a arbitrar.

Antes de definir o ***quantum* devido** pelo dano extrapatrimonial experimentado pela autora e a **forma de seu pagamento**, cumpre analisar o fundamento da indenização correspondente e os paradigmas jurídicos para sua fixação e, para tanto, louvo-me da doutrina e de parte do entendimento jurisprudencial.

Da doutrina colho a lição de Yussef Said Cahali, inserta na já citada obra, vazada nos seguintes termos, cujos destaques são nossos:

Em síntese: no dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não

tivesse ocorrido o fato danoso; com a reposição do equivalente pecuniário, opera-se o ressarcimento do dano patrimonial.

Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; ***a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento;*** *impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido,* ***ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele****, proporciona a este uma reparação satisfativa- Dano Moral, Revista dos Tribunais, 2ª edição, p. 42.*

No mesmo sentido leciona Von Thur:

A diferencia del daño patrimonial que, bien sea mediante reposición en especie o pago en dinero, puede indemnizarse plenamente, restaurando el patrimonio en el estado que presentaría de no haber ocurrido el suceso dañoso, ***los quebrantos morales NO SON SUSCEPTIBLES DE REPARACIÓN mediante recursos jurídicos. LO QUE SÍ CABE, EN CIERTO MODO, ES COMPENSARLOS, o por mejor decir, CONTRAPESARLOS, asignando al ofendido una cantidad de dinero a costa de culpable. ...***

> ***El lesionado tiene de este modo un lucro patrimonial, que puede DESTINAR A PROCURARSE LAS SATISFACCIONES IDEALES O MATERIALES que estime oportunas.*** *Esto, y la conciencia de que los medios para lograrlo salen del patrimonio de culpable, contribuirá a compensar el quebranto que le haya producido la agresión y a acallar ese sentimiento de venganza innato en el hombre, por moderno y civilizado que éste sea.*

O principal vetor da indenização arbitrada no caso de danos de natureza moral, à luz da doutrina exposta, é a mitigação dos efeitos da angústia impingida à vítima pela conduta ou pela atividade do ofensor, sem que o valor fixado signifique enriquecimento injustificado do ofendido. A indenização também visa punir aquele que danos causou e inibir a repetição de situações danosas semelhantes, sem implicar a ruína do obrigado.

O Superior Tribunal de Justiça, como se infere dos ilustrativos acórdãos abaixo transcritos com os nossos destaques, segue a mesma linha:

> ***Ementa****: PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE. DANOS MORAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO. COMPATÍVEL. SITUAÇÃO ECONÔMICA. RÉU. 1.* ***A perda precoce do filho*** *em razão de omissão do Estado configura hipótese de responsabilidade civil por danos morais, os quais devem ser arbitrados pelo juiz,* ***de forma a amenizar a severa dor moral experimentada pela mãe****. 2.* ***O quantum*** *a ser fixado na ação de indenização por danos morais* ***deve assegurar a justa reparação do prejuízo*** *calcado nos cânones da* ***exemplariedade*** *e solidariedade* ***sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor****, devendo, por isso,* ***levar em consideração a capacidade econômica do réu****, tornando a condenação exemplar, suportável. 3. omissis. 4. omissis RESP 418502 /SP. Relator Min. LUIZ FUX (1122). Data da Decisão 05/09/2002. PRIMEIRA TURMA".*

A construção doutrinária e pretoriana em torno da fixação da indenização para satisfação de dano imaterial fundam-se na razoabilidade ou proporcionalidade.

Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO S.P.C. E SERASA. DANO MORAL. ESCRITÓRIO ENCARREGADO DA COBRANÇA. FORNECIMENTO DE DADOS ERRÔNEOS À CREDORA. CO-RESPONSABILIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE 2º GRAU. MATÉRIA DE FATO. REEXAME. SÚMULA N. 7-STJ. VALOR DO RESSARCIMENTO. REDUÇÃO. I. *omissis* II. Dano moral fixado de modo **proporcional** à lesão, a fim de evitar enriquecimento sem causa. III. *omissis*. RESP 389695/RJ. Relator Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Data da Decisão 21/03/2002. Quarta Turma.

Ementa: CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INDEVIDA DEVOLUÇÃO DE CHEQUES. INSCRIÇÃO

DE EMPRESA NO SPC. DANO MORAL. PROVA DO PREJUÍZO. DESNECESSIDADE. CC, ART. 159. TARIFAÇÃO POR ANALOGIA AFASTADA. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. COMPATIBILIDADE DO VALOR DA INDENIZAÇÃO À LESÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. CUSTAS. I. *omissis*. II. Redução do montante indenizatório, quando se verifica que o mesmo se mostra **desproporcional** ao dano sofrido. III. *omissis*. IV. *omissis*.RESP 218241/MA. Relator Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR. Data da Decisão 05/06/2001. Quarta Turma.

Ementa: DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO. VÍTIMA MENOR DE 11 (ONZE) ANOS DE IDADE, QUE NÃO EXERCIA ATIVIDADE REMUNERADA À ÉPOCA DO ACIDENTE. DANO MATERIAL INDEVIDO. PRECEDENTE DA TURMA. DANO MORAL. CRITÉRIOS. RECURSO DESPROVIDO. I - *omissis* II - na fixação do dano moral, deve o juiz orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com **razoabilidade**, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

> *A idéia de justa medida tem uma relação estreita com a idéia de justiça, tanto no exercício dos direitos como na* ***importância de deveres e ônus, de equilíbrio de interesses reciprocamente contrapostos na linha do menor prejuízo possível***"

– Karl Larenz. Metodologia da Ciência do Direito. Lisboa. Fundação Caluste Gulbenkian. 1997. pg. 603. Neste sentido, Aristóteles, em Ética a Nicômacos:

> *o justo é uma das espécies do gênero 'proporcional'... e o proporcional é um meio termo... (de modo que) a injustiça é excesso e falta, no sentido de que ela leva ao excesso e à falta.*
>
> ***Proporcionalidade encerra, assim, a orientação deontológica de se buscar o meio mais idôneo ou a menor restrição possível, a fim de que a lesão de um bem da vida não vá além do que seja necessário ou, pelo menos, defensável em virtude de outro bem ou de um objetivo jurídico revestido de idoneidade ou reconhecido como de grau superior****. Trata-se, pois, de postulado nuclear que se converte em fio condutor metodológico da concretização judicial da norma". (...) Para Gomes Canotilho, proporcionalidade significa que 'qualquer limitação (a direitos, liberdades e garantias) feita por lei ou com base em lei deve ser* ***adequada*** *(apropriada),* ***necessária*** *(exigível) e* ***proporcional*** *(com justa medida). (...) isto significa que 'a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes'. 'Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim'.*

A necessidade ou exigibilidade diz com a medida.

> *A pessoa tem o direito à menor desvantagem possível... pois o meio deve ser o mais poupado possível quanto à limitação dos direitos". A justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito, diz Gomes Canotilho: "quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coactiva da mesma. Meio e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim.*

Carlos Roberto Siqueira Castro. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2003.

No caso em apreço, não há dúvida de que a fixação de um valor é o meio apropriado (**adequado**); também não tenho dúvida de que a sua fixação é necessária (**exigível**) em razão do dano suportado pela autora, porém, qual o justo valor a ser fixado? Qual o montante indenizatório e ou a forma de pagamento que não implicará a **falta** da satisfação do dano e não significará um **excesso** para a parte demandada?

A carga de subjetividade é intrínseca à fixação da indenização para o ressarcimento de danos de natureza extrapatrimonial, não obstante, o

> *poder de arbítrio do magistrado sofre algumas **limitações**; assim, **quanto à forma de sua estipulação**, ao **momento em que deve ser arbitrado o seu quantum**, aos bens jurídicos objetivados pela reparação, **à função que desempenha a condenação por danos morais**, e a **certas condições objetivamente reveladas** que interferem no arbitramento* – Dano Moral. Yussef Said Cahali. P. 172.

In casu, a infante morta era a única filha da autora – fato incontroverso - e foi a óbito pelo superaquecimento do sangue provocado pela irresponsabilidade de prepostos da ré que dormiram durante o plantão e permitiram que um equipamento defeituoso fosse utilizado.

As circunstâncias que envolvem a morte do recém-nato causam repulsa ao mais frio dos seres humanos e dá uma idéia da dor suportada pela autora, que teve o sonho da maternidade transmutado no pesadelo que para todo o sempre a acompanhará e que determina a fixação de uma indenização que possa mitigar o longevo efeito dessa angústia.

A parte autora, por sua vez, é uma pessoa carente no sentido mais amplo da expressão, conclusão a que não só pela presunção de pobreza material que emana da firmada declaração de pobreza, mas dos indícios constantes dos autos.

O acesso a serviços essenciais, como saúde, assessoria jurídica e justiça só foi possível à autora graças à 'caridade' da sociedade, marcada por enorme desigualdade.

A própria demandada atende a pessoas de baixa renda; no mesmo sentido, a assessoria jurídica que é presta-

da pelo Centro Dom Helder Câmara – CENDHEC, onde a demandante foi buscar socorro e, finalmente, o juízo por onde tramita o presente processo, são serviços essenciais prestados gratuitamente.

Verifico, ainda, que a autora, segundo o laudo pericial do Instituto de Medicina Legal, feito com base na guia de remoção subscrita por médica da demandada, não fez pré-natal, é usuária de maconha e portadora de doenças - condiloma e vulvovaginite – que revelam a precariedade de sua saúde e espancam todas as eventuais dúvidas sobre a pobreza da infeliz mãe.

Neste diapasão, a indenização a ser arbitrada terá a finalidade de suprir essas carências de natureza pessoal. O *quantum* a ser arbitrado servirá de meio para a autora ter acesso a uma adequada assistência à saúde física e, principalmente, mental. Permitir o acesso à moradia digna, dentre outros direitos garantidos na ordem jurídica e que, por certo, lhe trará alegria que possa mitigar a dor da perda da filha.

Não quero com isso dizer que a indenização seja um meio de vida. Em hipótese alguma. A indenização servirá, repito, para criar um ambiente que permita à autora melhor enfrentar os tristes dias de toda a sua existência.

Ainda dentro da análise das condições socioeconômicas da demandante, cumpre enfrentar a questão seguinte: a carência econômica da vítima de dano moral é fator que autoriza a fixação de uma indenização em valor superior ao arbitrado em favor de ofendido mais abastado ou, ao contrário, a pobreza da vítima é causa de uma indenização em valor menor a fim de evitar indevido ganho?

Antes da resposta, penso ser oportuna a reflexão do Poeta sobre a 'desconstrução' como premissa para a reconstrução de novos dias, mormente em uma sociedade que vem aprendendo a se acostumar com determinadas injustiças. Diz o Poeta:

> *Procuro despir-me do que aprendi, Procuro esquecer-me do modo de lembrar que me ensinaram; E raspar a tinta com que me pintaram os sentidos, Desencaixotar as minhas emoções verdadeiras, Desembrulhar-me e ser eu...É preciso esquecer a fim de lembrar, É preciso desaprender a fim de aprender de novo...* (CAEIRO, Alberto (Fernando Pessoa). Poema Alberto Caeiro. Lisboa: Ática, 1979, p. 42)

A dor da perda de um filho não tem diferença. É insuportável. A angústia é exatamente a mesma para todos e independe de sexo, de cor, de credo religioso ou de posição social.

Contudo, tenho que a fragilidade econômica da vítima que se apresenta no presente processo determina a fixação de uma indenização em valor superior ao que se fixaria se outra fosse a sua sorte e digo isso em razão do principal objetivo do *quantum* a ser pago: a contraprestação da alegria à dor, no dizer de Wilson Melo da Silva.

> *Essa reparação compensatória do dano moral torna-se acessível pela via indireta do dinheiro que apareceria, assim, na espécie, não como um fim em si, mas como um meio tendente à obten-*

> *ção daquelas sensações outras, positivas, de euforia e contentamento, capazes de aplacar a dor do lesado.* Wilson Melo da Silva. O dano moral e sua reparação. p. 446.

Neste diapasão, as pessoas carentes, vítimas de danos como o experimentado pela autora, são, por razões óbvias, pessoalmente menos aparelhadas do que aquelas mais abastadas para suportarem e superarem tamanha desgraça, de modo que se justifica uma indenização superior, sem o que, não há a concretização do princípio da isonomia, segundo o qual, o tratamento jurídico há de ser igualitário para os iguais e diferente àqueles que efetivamente são diferentes.

Poder-se-ia imaginar que o mais abastado precisa de uma indenização por danos morais em valor maior do que aquela a ser paga ao materialmente mais desfavorecido, porque maior e mais cara são as exigências dele e, portanto, mais caros são os bens que viabilizariam a mitigação de sua dor.

Penso que essa não é a interpretação mais adequada porque, a entender assim, estaria eu reconhecendo a enfermidade da própria sociedade cujas chagas, dentre outras, seria o consumismo e o materialismo, valores que não se coadunam com os fundamentos da dignidade da pessoa humana; liberdade; justiça; solidariedade e erradicação das desigualdades (inciso I do artigo 1° e incisos I, III e IV do artigo 3°, todos da CF/88).

Pelas mesmas razões, também não há como admitir, posto que distante do bom senso, da razoabilidade ou da proporcionalidade e, por isso mesmo injusto, o raciocínio

de que a riqueza material de uma vítima de dano moral não autorizaria a fixação de uma indenização, como, aliás, já se decidiu:

> *É de ser reformada a sentença que conclui pela indenizabilidade do dano moral pleiteada pelos pais da vítima falecida quando as circunstâncias que revelam que o autor varão é homem de posses, economicamente bem-sucedido, não lhe podendo trazer, decerto, a indenização referida, na forma de pagamento em dinheiro, qualquer satisfação ou compensação pela grave ofensa que sofreu – 'atentado à personalidade afetiva' – com a prematura morte de seu filho* (TJPR. 2ª Câmara. 20.03.1984. RT 598/216)

A angústia pela morte do filho de pessoas mais bem aquinhoadas deve ser indenizada porque dano há a ser ressarcido e conduta ou fato ilícito existe para ser punido. Contudo, o *quantum* em relação aos desvalidos, pelo mesmo dano, há de ser maior.

Os afortunados, por certo, dariam toda a riqueza material que têm para ver de volta o filho morto, o miserável sequer pode fazer tal promessa. Os mais bem aquinhoados não sabem o que é não ter um lar, a sua formação intelectual e cultural é forjada nas melhores escolas. Os ricos desconhecem o desemprego e a fome não os ameaça. A saúde física e psíquica de uma minoria deste País é assistida pelos melhores médicos, psicólogos e até *personal trainer.* Têm eles, os ricos, acesso aos melhores estabelecimentos laboratoriais e hospitalares e todos

esses bens são juridicamente garantidos a todos, porém, os pobres deles só têm notícia.

Penso que a indenização pela perda do filho de um miserável deve lhe permitir o acesso a bens essenciais, como forma de melhor aparelhá-lo para poder enfrentar a angústia vivida.

Que fique absolutamente claro: não se trata de distribuir renda utilizando-se da desgraça do próprio beneficiário. Em hipótese alguma. Trata-se de dar à indenização o fim a que se destina.

Adotar a carência socioeconômica de uma pessoa para fixar o *quantum* indenizatório em valor menor é adotar a injustiça como parâmetro e, conseqüentemente, perpetrar uma nova, agora com a chancela do Poder Judiciário. É não permitir que a indenização atenda ao fim a que se destina. É, por isso mesmo, interpretação ilegal.

As condições socioeconômicas da parte ré também são relevantes na definição do valor da indenização, lembrando, apenas, que tal fato não pode significar o não **ressarcimento integral** do dano, em face do que dispõe o Artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88: *Art. 5º. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;*

A limitação econômica do ofensor, em face da gravidade do dano por ele perpetrado, exige a adoção de mecanismo que permita o equilíbrio de ambos os interesses para que não existam **falta** e **excesso**.

A ré presta importante serviço à comunidade carente e vive de doações da sociedade pernambucana, além do que, se constitui uma referência no Estado, reconhecida nacional e internacionalmente.

É notória a dificuldade com que sobrevivem as instituições cuja receita é formada basicamente da solidariedade, valor hoje tão raro numa sociedade cada vez mais individualista.

Pugnou a autora pela condenação da ré no pagamento da indenização de meio milhão de reais, correspondente hoje a quase dois mil salários mínimos.

Penso que o valor pedido não se encontra dentro dos parâmetros adotados pela jurisprudência, para situações semelhantes.

A primeira Turma do STJ, nos autos do Resp 418502, manteve a condenação do **Estado** no pagamento para a mãe pela morte prematura do filho, no valor correspondente a 400 (quatrocentos) salários mínimos.

Já a segunda Turma, do mesmo Tribunal, manteve a condenação da **UNIÃO** na indenização a ser paga à mãe pela morte do filho (suicídio) internado na ala psiquiátrica do Hospital Militar, fixada em 300 (trezentos) salários mínimos, mesmo valor pago à esposa e três filhos de vítima de acidente rodoviário provado pela má conservação da estrada, respectivamente, Resp's 490836 e 443422.

Ainda quanto às decisões da Segunda Turma do STJ, no Resp 507120, os senhores ministros reduziram para 300 (trezentos) salários mínimos a indenização fixada contra o **Estado** para pagamento à mãe pela morte de filho menor. O mesmo órgão também reduziu a condenação imposta por Tribunal de Justiça contra o **Estado**, no valor de 448,5 (quatrocentos e quarenta e oito e meio) salários mínimos, para 300 (trezentos) salários mínimos, em razão da morte de pessoa vítima de acidente rodoviário ocorrido pela má conservação da rodovia, Resp 549812.

Os mesmos 300 (trezentos) salários foram fixados pela Terceira Turma do STJ pela morte de pessoa, nos autos dos Resp's 193296; 293292 e 348072.

Nos Recursos Especiais 278885/SP e 293260/SP, a Quarta Turma do STJ reconheceu a fragilidade econômica dos autores e condenou a **União** a pagar 500 (quinhentos) salários mínimos para cada um dos pais, pela morte do filho menor, além dos danos materiais.

Acolher o pedido da parte autora foge aos parâmetros referidos e pode significar a ruína da ré, assim como de toda a população carente que, como a autora, se socorre dos serviços prestados, razão pela qual, tenho que o pedido, no caso concreto, se mostra inadequado.

A indenização arbitrada em R$ 150.000 (cento e cinqüenta mil reais) atende à vertente compensatória e serve de reprimenda para que situações semelhantes não tornem a acontecer. Penso que a fixação em um valor menor deixará o dano já experimentado pela autora sem o devido ressarcimento.

Com este valor, a autora poderá ter acesso a bens de natureza material e, principalmente, imaterial, cujo direito a ordem jurídica lhe reconhece. O valor permitirá à autora uma vida cujas alegrias efêmeras possam fazer esquecer por alguns instantes, ao longo de toda a sua existência, a dor vivida no dia em que a sua única filha morreu literalmente queimada.

O valor ora fixado, se pago de uma única vez, pode ainda causar dano ao equilíbrio financeiro da ré. Neste sentido, o parcelamento é o único caminho a ser trilhado, como meio de equacionar os dois interesses.

O não parcelamento da indenização devida imporá a diminuição do *quantum* e estabelecerá a seguinte situação: a mãe que teve seu filho morto pelo vício do serviço prestado por um hospital de maior capacidade econômica terá uma indenização maior do que a mãe que experimentou a mesma dor pelo fato de um serviço prestado por um nosocômio do porte da ré, o que não é de se admitir.

A equidade aqui mais uma vez autoriza a decisão de parcelar, não obstante a jurisprudência recomendar, sem vedar, o pagamento da indenização em uma única parcela, como se infere dos ilustrativos acórdãos que seguem.

Ementa: DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE RODOFERROVIÁRIO. MORTE DE MENOR IMPÚBERE (11 ANOS) QUE NÃO TRABALHAVA. DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. INOCORRÊNCIA DESTES. RECURSO NÃO ACOLHIDO. I - Em princípio, os pais de vítima fatal que, à época do sinistro, era menor impúbere e não trabalhava, não fazem jus a indenização por danos materiais, sendo-lhes devida tão-somente reparação compensatória dos danos morais experimentados "pretium doloris". II - **O "quantum" indenizatório, em casos tais, DEVE PREFERENCIALMENTE ser um valor certo, estabelecido em número de salários-mínimos**. RESP 56288/RJ. Data:22/05/1995. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma.

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO. DANO PATRIMONIAL. DANO MORAL. Em família de poucos recursos, o dano patrimonial resultante da morte de um de seus membros é de ser presumido. **A satisfação de um dano moral DEVE**

ser paga de uma só vez, de imediato. Recurso Parcialmente Provido. Resp 58519/DF. DATA:17/04/1995. Relator Min. Cesar Asfora Rocha. Data da Decisão 20/03/1995. Primeira Turma.

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. **Pedido de pagamento parcelado, em forma de pensão mensal, a contar da data do evento**. Acórdão que, todavia, determinou o pagamento por inteiro, de uma só vez. Configuração da hipótese de decisão ultra petita, vedada no art. 460 do CPC. RECURSO PROVIDO. RESP 6553/SP. Relator Min. Ilmar Galvão Segunda Turma.

Justiça é

> *equivalência entre o que é dado e o que é dado em retribuição. Ou: equivalência entre a retribuição e o retribuído. Fazer justiça significa realizar a equivalência. O que há de mais difícil, na prática da justiça, é o estabelecimento da equivalência. Só haverá equivalência entre o que é dado e o que é retribuído quando a retribuição é justa.*

Duas são as espécies de justos: o justo por convenção e o justo por natureza. O primeiro

> *é aquilo que é justo por ser conforme a lei positiva, ao contratado, à arbitragem e ao costume. É aquilo que é tido como justo, porque assim se convencionou" (...) "O justo por natureza, porém, é aquilo que é justo por ser conforme à própria natureza das coisas". "Pode, é claro, o justo por convenção*

> *coincidir com o justo por natureza" (...) "essa coincidência possibilita a justiça ideal. Mas tal coincidência, ai de nós!, nem sempre se verifica". (...) "A prática da justiça convencional é a mais simples. Mas melindrosa é a situação de quem é chamado a lidar com os imponderáveis mistérios da alma, e a dar a cada um o que é seu, segundo a verdadeira natureza das coisas. A equivalência entre o que é dado e o que é retribuído, não segundo a norma positiva, mas segundo a natureza das coisas, é a justiça denominada equidade* – TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Max Limonad, [s.d.]. Tomo 2. p. 516 e 517.

No caso em apreço, o parcelamento da indenização fixada evitará danos à saúde financeira da ré e prejuízos incomensuráveis à comunidade pobre que se utiliza dos serviços por ela prestados, assim como, afastará a possibilidade de se fixar uma indenização diferenciada em razão da maior ou da menor capacidade econômica do ofensor, ressarcindo integralmente o dano na primeira hipótese e deixando sem a devida satisfação na última, frustrando assim, o objetivo do instituto jurídico.

Tenho, ainda, que o parcelamento, feito de ofício, também tem amparo na Lei, mais especificamente no artigo 83 do CDC que, *in verbis*, dispõe:

> *Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua **adequada** e **efetiva** tutela.*

Sobre o mencionado dispositivo disse Kazuo Watanabe, em Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto, Editora Forense Universitária. 5. edição. p. 647 e 648:

> *Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se ao revés, de norma auto-aplicável, no sentido de que dele se podem extrair desde logo várias conseqüências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio Chiovendiano, segundo o qual* ***'o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir'.*** *A segunda, que é consectária da anterior, é a da interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela* ***adequação de seu provimento, a TUTELA EFETIVA e completa de todos os direitos dos consumidores.*** *Uma outra conseqüência importante é* ***o encorajamento da linha doutrinária que vem se empenhando no sentido da mudança da visão do mundo****, fundamentalmente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o 'ter' mais que o 'ser',* ***fazendo com que todos os direitos, inclusive os não-patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade*** *(imagem, intimidade, honra etc...),* ***tenham uma tutela processual mais EFETIVA e ADEQUADA.*** *(destaquei)*

Assim, tenho que o parcelamento da dívida em 50 (cinqüenta) prestações, iguais, mensais e sucessivas, garantirá o direito da autora ao recebimento de uma indenização que atenda ao fim a que se destina, servirá à vertente pedagógica da indenização e possibilitará o pagamento sem levar a ré à ruína e, conseqüentemente, dano à sociedade a que serve.

Oportuno registrar que na evolução jurisprudencial do reconhecimento da ressarcibilidade do dano moral, a Suprema Corte, mesmo não admitindo àquela época a reparação do dano moral puro, reconheceu a inclusão da indenização de natureza extrapatrimonial nos valores pagos com base na súmula 491, vazada nos seguintes termos: Súmula 491/STF "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado". É o que se infere do voto do relator do Recurso Extraordinário 85127/RJ, Min. Soares Muñoz (STF):

> *Morte de menor que caiu do trem onde viajava. Na indenização concedida aos pais, pelo prejuízo presumível decorrente da morte do filho menor,* ***está incluído e ressarcimento de dano moral resultante do mesmo fato.***

Sobre o mencionado dispositivo disse Kazuo Watanabe, em Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto, Editora Forense Universitária. 5. edição. p. 647 e 648:

> *Não se trata de mera enunciação de um princípio vazio e inócuo, de um programa a ser posto em prática por meio de outras normas legais. Cuida-se ao revés, de norma auto-aplicável, no sentido de que dele se podem extrair desde logo várias conseqüências. A primeira delas, certamente, é a realização processual dos direitos na exata conformidade do clássico princípio Chiovendiano, segundo o qual* ***'o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir'.*** *A segunda, que é consectária da anterior, é a da interpretação do sistema processual pátrio de modo a dele retirar a conclusão de que nele existe, sempre, uma ação capaz de propiciar, pela* ***adequação de seu provimento, a TUTELA EFETIVA e completa de todos os direitos dos consumidores.*** *Uma outra conseqüência importante é* ***o encorajamento da linha doutrinária que vem se empenhando no sentido da mudança da visão do mundo****, fundamentalmente economicística, impregnada no sistema processual pátrio, que procura privilegiar o 'ter' mais que o 'ser',* ***fazendo com que todos os direitos, inclusive os não-patrimoniais, principalmente os pertinentes à vida, à saúde, à integridade física e mental e à personalidade*** *(imagem, intimidade, honra etc...),* ***tenham uma tutela processual mais EFETIVA e ADEQUADA.*** *(destaquei)*

Assim, tenho que o parcelamento da dívida em 50 (cinqüenta) prestações, iguais, mensais e sucessivas, garantirá o direito da autora ao recebimento de uma indenização que atenda ao fim a que se destina, servirá à vertente pedagógica da indenização e possibilitará o pagamento sem levar a ré à ruína e, conseqüentemente, dano à sociedade a que serve.

Oportuno registrar que na evolução jurisprudencial do reconhecimento da ressarcibilidade do dano moral, a Suprema Corte, mesmo não admitindo àquela época a reparação do dano moral puro, reconheceu a inclusão da indenização de natureza extrapatrimonial nos valores pagos com base na súmula 491, vazada nos seguintes termos: Súmula 491/STF "É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado". É o que se infere do voto do relator do Recurso Extraordinário 85127/RJ, Min. Soares Muñoz (STF):

> *Morte de menor que caiu do trem onde viajava. Na indenização concedida aos pais, pelo prejuízo presumível decorrente da morte do filho menor,* ***está incluído e ressarcimento de dano moral resultante do mesmo fato.***

Em tais hipóteses, as quantias arbitradas são pagas em salários mínimos até uma determinada data, de sorte nada há de incomum ou ilegal no estabelecimento da indenização parcelada.

Entendo não ser adequado, neste caso, o parcelamento da dívida em salários mínimos, posto que, é de conhecimento vulgar que a possibilidade de aquisição dos bens necessários como um salário mínimo só é possível na promessa da Lei Maior, no mundo de papel, no mundo do dever ser, de sorte que se assim o fizesse estaria frustrando o objetivo da indenização.

Não se diga que o parcelamento estabelecido de ofício é processualmente inadequado, em razão dos artigos 128 e 460 do CPC, que dispõem:

"Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte".

> *Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*

A autora pediu a condenação em danos morais, em um valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), importância que, por equidade, entendi não ser a adequada, razão pela qual fixei em R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais).

O limite qualitativo, exigido pelo artigo 460 anteriormente mencionado, foi observado e, quanto ao limite quantitativo, também não houve desrespeito. No que tange ao

parcelamento, a eqüidade que autoriza o arbitramento do *quantum* também autoriza a forma de pagamento, como anteriormente dito e, portanto, independe de iniciativa da parte, como referido na parte final do artigo 128, também retromencionado.

Pugna ainda a parte autora pela correção monetária e dos juros moratórios a partir da ocorrência do dano, qual seja, 30 de setembro de 1996, louvando-se das súmulas 43 e 54 do Superior Tribunal de Justiça, assim ementadas:

Súmula 43 - Enunciado: Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

Súmula 54 - Enunciado: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Em se tratando de indenização por danos de natureza extrapatrimonial, a correção monetária tem fluência a partir da fixação do *quantum* devido, não incidindo a invocada súmula 43.

No que tange aos juros moratórios, a sua incidência tem início na data do evento danoso, na medida em que se cuida de responsabilidade de natureza extracontratual, a teor da súmula 54 referida.

Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Resp 309.725/MA, assim ementado:

> *PROCESSO CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. RESPOSABILIDADE CIVIL. CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE CARACTERIZADOS. REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO N. 7 DA*

Em tais hipóteses, as quantias arbitradas são pagas em salários mínimos até uma determinada data, de sorte nada há de incomum ou ilegal no estabelecimento da indenização parcelada.

Entendo não ser adequado, neste caso, o parcelamento da dívida em salários mínimos, posto que, é de conhecimento vulgar que a possibilidade de aquisição dos bens necessários como um salário mínimo só é possível na promessa da Lei Maior, no mundo de papel, no mundo do dever ser, de sorte que se assim o fizesse estaria frustrando o objetivo da indenização.

Não se diga que o parcelamento estabelecido de ofício é processualmente inadequado, em razão dos artigos 128 e 460 do CPC, que dispõem:

"Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte".

> *Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.*

A autora pediu a condenação em danos morais, em um valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), importância que, por equidade, entendi não ser a adequada, razão pela qual fixei em R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais).

O limite qualitativo, exigido pelo artigo 460 anteriormente mencionado, foi observado e, quanto ao limite quantitativo, também não houve desrespeito. No que tange ao

parcelamento, a eqüidade que autoriza o arbitramento do *quantum* também autoriza a forma de pagamento, como anteriormente dito e, portanto, independe de iniciativa da parte, como referido na parte final do artigo 128, também retromencionado.

Pugna ainda a parte autora pela correção monetária e dos juros moratórios a partir da ocorrência do dano, qual seja, 30 de setembro de 1996, louvando-se das súmulas 43 e 54 do Superior Tribunal de Justiça, assim ementadas:

Súmula 43 - Enunciado: Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.

Súmula 54 - Enunciado: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Em se tratando de indenização por danos de natureza extrapatrimonial, a correção monetária tem fluência a partir da fixação do *quantum* devido, não incidindo a invocada súmula 43.

No que tange aos juros moratórios, a sua incidência tem início na data do evento danoso, na medida em que se cuida de responsabilidade de natureza extracontratual, a teor da súmula 54 referida.

Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Resp 309.725/MA, assim ementado:

> *PROCESSO CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. RESPOSABILIDADE CIVIL. CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE CARACTERIZADOS. REEXAME DE PROVAS. ENUNCIADO N. 7 DA*

SÚMULA /STJ. ATO ILEGAL. DEMISSÃO REFLEXA. ENGENHEIRO CIVIL.DANO MORAL. VALOR DA CONDENÇÃO. EXAGERO. CIRCUNSTÂNCIAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. DATA DA FIXAÇÃO DO VALOR. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. DATA DO EVENTO. RECURSO PARCIALMENTE ACOLHIDO.I (...); II (...); III (...); IV – Determinada a indenização por dano moral em valor certo, o termo inicial da correção monetária é a data em que esse valor foi fixado. V – Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

ISTO POSTO, com base nos incisos V e X, XXXV, XXXII do artigo 5º; inciso V, do artigo 170, ambos da Constituição Federal; artigos 2º, 3º, 6º e seus incisos I, IV e VI; 7º; 14 e seu § 1º; 34 e 83, todos do Código de Defesa do Consumidor; artigo 1.521, inciso III; 1.537, inciso I, estes dois do Código Civil de 1916 c/c os artigos 20; 127; 128; 269, inciso I e 460 do Código de Processo Civil, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO** formulado por **E. S. B.** para condenar, como de fato condeno, a parte ré, **INSTITUTO MATERNO INFANTIL DE PERNAMBUCO – IMIP**, no pagamento da importância de R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais), a título de danos morais pela morte da filha da autora, ocorrida no seu estabelecimento, no dia 30 de setembro de 1996, valor que deverá ser pago em 50 (cinqüenta) parcelas, iguais, mensais e sucessivas, a primeira com vencimento para o primeiro dia após a sua publicação e a última para o mesmo dia do 50º (qüinquagésimo) mês, todas corrigidas monetariamente da data do vencimento até a data do efetivo pagamento, acrescidas dos juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês, tomando-se como termo *a quo* a data do evento morte e como termo *ad quem* o dia do efetivo pagamento. Condeno ainda, ao pagamento da verba honorária, que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, assim como, no pagamento das custas e despesas processuais.

P. R. I.

Recife, 31 de maio de 2004.

DECISÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO. JOGO DO BICHO. PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, DA ISONOMIA E DA EQÜIDADE. AUSÊNCIA DE REPROVABILIDADE SOCIAL DA CONDUTA. FALTA JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA

Paulo Victor Vasconcelos de Almeida
Juiz de Direito

"Matar o elefante é fácil. Difícil é remover o cadáver."
(Mikhail Gorbachev)

Denunciada: W. S. B. F.
Vítima : A SOCIEDADE.
Capitulação: Art. 58 do Decreto-Lei n. 6259/44.

EMENTA: Contravenção Penal. Jogo do bicho. Atendendo-se ao fim social a que se destina a lei, segundo o princípio interpretativo da adequação social. Considerando-se a presunção juris tantum, diante de sua permissividade por parte das autoridades constituídas. Tomando-se em considera-

ção os prlncípios constitucionais da isonomia e da eqüidade. Em razão da ausência de reprovabilidade social da conduta, e, finalmente, diante da falta de justa causa para a ação penal, rejeita-se a denúncia.

DESPACHO

Causou-me estranheza, ao folhear o caderno processual em tela, a pretensão da representante do Parquet de se instaurar ação penal em desfavor de W.S.B.F., qualificada na exordial, pela prática do fato delituoso intitulado exploração de jogo de azar, especificamente, "Jogo do Bicho".

Examinando os autos verifico que, à vista de reclamação trabalhista, pleiteando direitos laborais junto à CASA LOTÉRICA ALIANÇA, na qual exercera a função de cambista, a incriminada, além de não ter seu direito reconhecido, tivera contra si instaurado a presente persecução criminal.

Receber a ação demeritória seria uma caminhada fácil, enquanto aplicador da lei, entretanto, insurgir-se quanto à recepção, contrariando um dispositivo legal, embora, com senso de justiça, o caminho se apresentaria outro..., espinhoso, tortuoso, temerário e, de certa forma, polêmico, no entanto, plagiando o renomado, insigne e saudoso mestre Rui Barbosa, diante da existência de conflito entre o direito e a justiça, procurarei ser justo, razão pela qual, ousando e seguindo a árdua trilha, calçando-me, dentre outros, no princípio interpretativo da adequação social, firmo-me no entendimento de rejeitar da peça acusatória, o que faço nesta oportunidade, pelas razões abaixo elencadas.

Antes, faz-se necessário esclarecer que os presentes autos chegaram-me às mãos, oriundos do Juizado Especial Criminal da Capital, atendendo-se previsão legal, em virtude da revelia da incriminada.

Pois bem!

A legislação incriminadora da prática contravencional denominada, explicitamente, "Jogo do Bicho", tido, com propriedade, como jogo de azar, dista de longínquos 58 anos, datando de mais de meio século, vez que, fora instituída pelo Decreto-Lei nº 6.259, datado de 10 de fevereiro de 1944.

No tipo legal do referido decreto incrimina-se todos os participantes, intermediários, bem como, quem realiza, ou quem de qualquer modo promove ou facilita a realização do Jogo do Bicho, incluindo-se, neste particular, a imprensa e o próprio estado.

Sabendo-se que o delito em tela é de natureza plurissubjetiva, impõe-se a identificação do apostador, do cambista, dos intermediários e, principalmente, do pagador do prêmio, ou seja, do banqueiro, para que assim possa configurar a ilicitude contravencional.

Neste primeiro passo, atentando-se para os comportamentos considerados delituosos, receber a acusação em relação, tão-somente, à incriminada, constituiria violação não só do princípio constitucional da isonomia, mas também da minha consciência, posto que, nem o banqueiro, nem os meios de comunicação, nem tampouco, o próprio estado, se fizeram integrar à relação processual.O Jogo de Bicho, por sua vez, fora especificamente tipificado, em razão de sê-lo jogo de azar, figura antes incriminada, bem como, por sê-lo pernicio-

so à moral e aos costumes da época, o que, presentemente, como poderemos verificar, não ocorre.

Define-se jogo de azar como sendo aquele em que predomina a álea, ou seja, a probabilidade de perda, concomitantemente, à probabilidade de lucro, apostando cada competidor na sua sorte ou no azar de outro apostador. Assim, constituem jogos de azar não só o Jogo do Bicho, mas também megasena, a supersena, quina, loteria federal, loteria estadual, bingos beneficentes ou não, bem como, a loteria esportiva, este último, em virtude da premiação estar ligada não tanto ao evento esportivo em si, mas a acertar o apostador os resultados cabalísticos de treze jogos.

Nesta trilha, outra razão se me afigura para rechaçar a peça acusatória, vez que, ontologicamente, na sua essência, o impulso que leva alguém a jogar na quina, na megasena, no bicho e, ou, a comprar um determinado bilhete de loteria é o mesmo, ou seja, apostar na sua sorte ou no azar do outro apostador. Desta forma, punir um participante do Jogo do Bicho e deixar impune um afeiçoado aos jogos tidos como "oficializados" pelo estado, guardando estes, a mesma essência, seria um contra-senso, até porque estaríamos relegando um outro princípio consagrado constitucionalmente: o da eqüidade.

Seguindo este atalho, no que diz respeito a perniciosidade da moral e dos bons costumes, presentemente, não tem respaldo este entendimento, principalmente, nesta região e, no âmbito, permita-me, desta jurisdição, até porque, essa prática, tida como contravencional, funciona livremente em todos os recantos da cidade, desde os mais elitizados aos menos favorecidos e, sob o aspecto social, as pessoas que efetivamente trabalham no jogo de bicho e que dependem direta ou indiretamente dele para subsistirem, não são vistas dentro da esfera social como marginais e ou delinqüentes. A sociedade o absorveu, e, hodiernamente, esta prática, integra a cultura popular, e, como o futebol, empolga e fascina o brasileiro.

Pelo visto, temos que a norma contravencional que pune o Jogo do Bicho já não guarda os mesmos fundamentos que lhe gerou.

Despiciendo esclarecer que, com o passar do tempo, modificações de conceitos e valores operam-se na consciência humana, fazendo com que, tanto os legisladores como os aplicadores da lei, naturalmente, tendam a se curvar aos anseios da comunidade.

À prática do "Jogo do Bicho", é certo, constitui ilícito penal por definição legal, no entanto, a lei que o proíbe, a meu ver, perdera, como perdendo está, eficácia dia-a-dia. O envelhecimento e a caducidade do dispositivo incriminador encontra-se patente, e, poucos são os que se animam em aplicá-lo, diante do contexto social, máxime, quando o próprio Poder Público "oficializou" uma gama de jogos de azar e os explora por meio de campanhas publicitárias de largo alcance, cuja difusão, inclusive do Jogo do Bicho, chega a incutir na consciência do homem do povo a presunção *juris tantum* de sua credibilidade, liberalidade e permissividade. Se a própria autoridade pública o admite e, ou, o tolera, a presunção é de que o mesmo é permitido. Em se considerando a contravenção, diante da presunção do consentimento, estaríamos, em último caso, à frente da figura do erro de proibi-

ção, ou seja, erro sobre a sua ilicitude, que, de certa forma, excluiria o dolo do tipo. Nesta linha de direção, não vislumbro alternativa, senão, em repudiar a acusação.

Noutra estrada, quando um fato, embora típico, se ajusta às exigências próprias da concepção da cultura de um povo, não mais tem razão de ser considerado antijurídico, devendo-se aplicar ao caso em tela o princípio da adequação social, que consiste em restringir o alcance literal da lei aos comportamentos que resultam socialmente adequados.

O efeito repressivo ao Jogo do Bicho perdeu sua objetividade, mostrando-se até inconveniente sua observância, visto que tal prática constitui, hoje, considerável mercado de trabalho à disposição da mão-de-obra não especializada.

Por outro lado, quanto à tecnicidade processual, insubsistente vislumbra-se a acusação, mostrando-se precária à prova indiciária, pois, emprestada de outro processo, e, na forma de confissão da incriminada, vez que, nenhum material destinado à prática do ilícito fora apreendido. É sabido que, em se tratando de uma infração que deixa vestígio, indispensável seria o exame de corpo de delito, não podendo supri-lo a simples confissão.

É certo que o judiciário não tem atribuição de revisor de normas incriminatórias, no entanto, não é menos certo que, ao aplicar a lei deve-se levar em conta os princípios gerais de direito. O entendimento de não se aplicar uma norma em desuso não é manifestamente ilegal, pois previsível, não estando querendo, longe de mim, se sobrepor ao legislativo. Não implica em revogação de maneira anômala de uma norma; não se trata

de querer substituir o legislador, pois os ofícios são distintos, ou, mesmo, desobedecer à lei. A norma foi que perdeu seu supedâneo ético e conteúdo jurídico diante dos outros jogos de azar explorados e incentivados pelo estado. Neste particular, com anuência das autoridades constituídas, criou-se a AVAL (ASSOCIAÇÃO DOS VENDEDORES DE LOTERIAS), órgão legal, autorizado a administrar o referido jogo em Pernambuco, cujas extrações são feitas em sua sede, em lugar acessível ao povo e às autoridades, sem sofrer qualquer tipo de censura ou repressão por parte destas.

Se o legislador não derrogou a lei ora em desuso, bem como, se não existe repressão por parte das autoridades, sendo estas, tolerantes e, até coniventes e ou concorrentes com a prática dessa contravenção, o juiz, a meu ver, não estaria exorbitando de suas funções.

Embasando o posicionamento acima adotado, sirvo-me da inegável função da jurisprudência, como fonte do direito, cuja finalidade precípua é auxiliar a atividade dos Juízes na interpretação dos dispositivos da lei, adequando sua aplicação em determinado momento histórico, bem como, amenizando e temperando, na medida do possível, seus rigores.

> Para ilustrarmos, trago à tona os seguintes ensinamentos: *"A atividade do próprio Poder Público na exploração de jogos de azar retirou, em verdade, do Jogo de Bicho, sua primitiva afeição contravencional, tornando-o prática rotineira de ostensiva aceitação popular (TACRIM-SP-AC- Rel. Celso Limongi-RT 606/338)."*

"Necessário que exista um supedâneo de ordem ética e moral a dar conteúdo jurídico e coercibilidade à norma penal. Sem tal alicerce, a regra não passa de uma ficção, de uma incomensurável hipocrisia imposta à sociedade. Não tem fundamento legítimo. (TACRIM-SP-AC- Rel. Carvalho neto-JUTACRIM 82/463).

"Se o estado promove, autoriza e incentiva as mais diversas modalidades de jogo de azar, não pode pleitear a punição de quem age a seu exemplo. O poder judiciário não é discriminatório, nem estabelece privilégios, nem referenda meras ficções(TACRIM SP-AC- Rel. Renato Talli-JUTACRIM 85/325).

"Não se apurando as identidades do apostador e do banqueiro do jogo do bicho não se caracteriza a infração imputada ao intermediário ou cambista (TACRIM-SP-AC- Rel. Santi Ribeiro - JUTACRIM 605/330)."

"A intermediação significa ligação entre dois pólos: de um lado um apostador; de outro, o recebedor futuro do dinheiro apostado e eventual pagador do prêmio. Inexistindo indicação do apostador e, principalmente, do banqueiro que recebeu a aposta o círculo não se completa e, conseqüetemente, a contravenção não se caracteriza(TACRIM-SP-AC- Rel. Carmona Morales-JUTACRIM 84/435)."

"Para a caracterização da contravenção do "Jogo do Bicho"é preciso que fique demonstrada a existência de um apostador, de um lado, e, do banqueiro, do outro. Ou, bem se punem todos os partícipes da infração, ou nenhum. Não se identificando o banqueiro e o apostador, não se completam os pólos de intermediação atribuída ao cambista. Ainda mais nos dias atuais, quando a infração perdeu quase toda carga de antijuridicidade, diante do esvaziamento do bem jurídico, antes justificadamente tutelado(TACRIM-SP-AC-Rel. Segurado Braz -RT 631/327)."

Arrematando, diante das razões relacionadas, seria adotar um certo farisaísmo penal, estabelecer linha estanque e divisória só pelo fato do estado "ser a banca", punindo o intermediário do "Jogo do Bicho" e deixando de lado os intermediários dos jogos, tidos como "oficializados". Havendo normas que não mais se coadunam com a realidade, certas hipocrisias devem ser afastadas pelo Poder Judiciário.

A lei, diga-se de passagem, está anacronicamente superada do ponto de vista social, e sua aplicação teria, ao certo, um substrato de injustiça.

Assim sendo, atendendo-se ao fim social a que se destina a lei, segundo o princípio interpretativo da adequação social; considerando-se a presunção *juris tantum*, diante de sua permissividade por parte das autoridades constituídas; servindo-me dos princípios constitucionais da isonomia e eqüidade; levando-se em conta a ausência de reprovabilidade social da conduta, e, finalmente, diante da falta de justa causa para a ação penal, REJEITO a DENÚNCIA.

Intimem-se

Após o decurso do prazo recursal, oficie-se à Distribuição no sentido de efetivar as anotações e baixas concementes.

Cumprindo-se o disposto na Portaria 01/96, tomando-se as cautelas de praxe, arquive-se.

CUMPRA-SE

Recife, 31 de outubro de 2002.

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Revistas de 1 a 19



ÍNDICE ONOMÁSTICO

	Núm.	p.
ADA PELLEGRINI		
• *A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*	12	25
ADEILDO NUNES		
• *O CRIME NAS LICITAÇÕES.*	09	25
• *O REGIME DISCIPLINAR NA PRISÃO.*	18	25
ADONIS COSTA E SILVA		
• *DIREITO COMUNITÁRIO FISCAL: APONTAMENTOS PARA UM DIREITO DA HARMONIZAÇÃO FISCAL NO SÉCULO XXI.*	15	19
• *O MANDATO DO § ÚNICO DO ART. 4º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A PRIMEIRA FASE DA EVOLUÇÃO DOS TRATADOS DE INTEGRAÇÃO LATINO-AMERICANA.*	16/17	23
ADRIANA MANDIM THEODORO DE MELLO		
• *O REGIME DO CONTRATO (TÍPICO) DE AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO (REPRESENTAÇÃO COMERCIAL) NO NOVO CÓDIGO CIVIL EM COTEJO COM A SITUAÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO (ATÍPICO) DE CONCESSÃO COMERCIAL. INDENIZAÇÕES CABÍVEIS NA EXTINÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL.*	18	39
AGENOR FERREIRA DE LIMA FILHO		
• *A JUSTIÇA DE CONSENSO NO CAMPO PENAL.*	01	178
• *SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS.*	04	499

	Núm.	p.
ALBA MARIA PIRES BARBOSA		
• *A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO TRABALHISTA.*	03	13
• *TRABALHO EDUCATIVO: UMA NOVA PROPOSTA.*	04	15
ALBERTO FLÁVIO BARROS PATRIOTA		
• *DO INDEFERIMENTO DE PLANO DO AGRAVO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.*	07	17
• *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. REPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA DE CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE À FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS RÉUS. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA IMPROCEDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.*	09	407
ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL		
• *PODER, ESTADO E DIREITO. A SUPRALEGALIDADE DO DIREITO VIVO.*	03	23
• *UM ESTUDO COMPARADO DOS NÚCLEOS CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DOS PODERES REFORMADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS.*	06	17
• *LINGUAGEM, SIMBOLOGIA E LÓGICA APLICÁVEIS AO DIREITO CIBERNÉTICO.*	09	69
• *DO DIREITO NATURAL AO DIREITO ARTIFICIAL.*	10	43
ALEXANDRE DA MAIA		
• *INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO JURÍDICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO: NOTAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DE UMA PERSPECTIVA INDUTIVO-HERMENÊUTICA.*	03	43
• *AUTOPOIESE VERSUS PRÁTICA PROCEDIMENTAL: O FALSO DILEMA DO PODER JUDICIÁRIO.*	09	39
• *O GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI - NOTAS INTRODUTÓRIAS.*	10	25

	Núm.	p.
ALEXANDRE DE MORAES		
• *REFORMA POLÍTICA DO ESTADO E DEMOCRATIZAÇÃO.*	12	45
• *LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS ÀS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.*	14	21
ALEXANDRE MILTON PRAZERES DA COSTA		
• *MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.*	07	29
ALYSSON CAMILO		
• *INQUÉRITO POLICIAL: DO OBSOLETISMO EM FACE DA ESTRUTURA PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL E LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA VIGORANTE.*	14	39
ALFREDO SÉRGIO MAGALHÃES JAMBO		
• *ANOTAÇÕES SOBRE O INDIVÍDUO TRANSGRESSOR.*	03	63
ALVINO AUGUSTO DE SÁ		
• *ALGUMAS PONDERAÇÕES ACERCA DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS CONDENADOA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE*	11	25
AMADOR PAES DE ALMEIDA		
• *AÇÃO REVOCATÓRIA FALENCIAL E A LEI DOS REGISTROS PÚBLICOS.*	13	21
ANA CLÁUDIA MANSO S. O. RODRIGUES		
• *EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - LIMITES CONSTITUCIONAIS.*	05	17
ANA LUÍSA CELINO COUTINHO		
• *A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO NA REFORMA ADMINISTRATIVA.*	09	99
ANA LUIZA WANDERLEY DE MESQUITA		
• *O ESTADO GERENCIAL E SUAS "SOLUÇÕES"*	14	59
ANAMARIA CAMPOS TÔRRES		
• *DA PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL*	*19*	*23*

	Núm.	P.
ANA PAULA DUARTE DAMASCENO		
• *ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.*	12	99
ANA PAULA LIRA MELO		
• *O ESTADO DE NECESSIDADE E O SAQUE.*	12	121
ANA REGINA DE ANDRADE VASQUES		
• *A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO PAGAMENTO DOS TRIBUTOS NOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. "O PRIVILÉGIO DO SONEGADOR FISCAL"*	18	127
ANDRÉ DE ALBUQUERQUE GARCIA		
• *EFEITOS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL*	15	41
ANDRÉ LUIZ ANDRADE VICTOR DE ARAÚJO		
• *QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES NA INTERNET: CONFLITOS EXISTENTES ENTRE NOMES DE DOMÍNIO E MARCA.*	10	61
ANDRÉA SILVA MARROCOS DE OLIVEIRA		
• *MEDIDAS PROVISÓRIAS: O EXECUTIVO EM AÇÃO, A SOCIEDADE EM CHOQUE E A DEMOCRACIA EM XEQUE.*	13	41
ANGÉLIKA DE SOUZA VERÍSSIMO DA COSTA		
• *COMENTÁRIOS AOS PRINCÍPIOS DA FUNGIBILIDADE E DA EFETIVIDADE, COM O ACRÉSCIMO DO § 7º AO ARTIGO 273, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.*	18	155
ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO		
• *A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.*	06	49
ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN		
• *REFLEXÕES SOBRE A HIPERTROFIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE NA TUTELA DA RESERVA LEGAL E DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.*	05	33

	Núm.	P.
ANTÔNIO MACHADO GUEDES ALCOFORADO		
• *ESTUDO DA TERMINOLOGIA PROCESSO ADMINISTRATIVO-TRIBUTÁRIO E DA APLICABILIDADE DE ALGUNS PRINCÍPIOS INERENTES.*	14	77
ANTÔNIO NATANAEL MARTINS SARMENTO		
• *SUFRÁGIO, CIDADANIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL.*	06	61
ANTÔNIO VITAL DE MORAES		
• *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS.*	06	491
• *SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO.*	15	605
• *EXECUÇÃO. BANCO. FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. FINANCIAMENTO. NEVAÇÃO. AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. AUSÊNCIA. NULIDADE DO TÍTULO. EMBARGOS. PROCEDÊNCIA.*	16/17	609
ARAKEN DE ASSIS		
• *ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.*	04	28
ARTUR ORLANDO DE A. DA COSTA LINS		
• *O APERFEIÇOAMENTO DO EFEITO DEVOLUTIVO COMO SINÔNIMO DE EFETIVIDADE DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO.*	15	95
ARTHUR PIO DOS SANTOS NETO		
• *O MAGISTRADO E A REFORMA AGRÁRIA.*	01	123
ARTUR STAMFORD		
• *AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS COMO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL (À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E DA LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO DE LUHMANN).*	07	43

	Núm.	p.
AURÉLIO AGOSTINHO DA BÔAVIAGEM		
• *A AUTONOMIA DA VONTADE, INDICADORA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO.*	15	123
BELIZE CÂMARA CORREIA		
• *O DIREITO DE FAMÍLIA SUMULADO FRENTE AO NOVO CÓDIGO CIVIL.*	18	175
BENEDITO PEREIRA FILHO		
• *A NATUREZA MANDAMENTAL NA EXECUÇÃO POR SOMA*	*19*	*37*
BLANCHE MAYMONE PONTES MATOS		
• *AS DIFICULDADES DE OPERACIONALIZAÇÃO DO CONTRATO DE FACTORING ANTE A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.*	15	149
BRASÍLIO ANTÔNIO GUERRA		
• *O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE COMO UM SISTEMA DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO.*	11	71
BRUNO GALINDO		
• *PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. UMA ABORDAGEM CIENTÍFICA.*	08	19
• *O ESTADO DO SÉCULO XXI: COEXISTÊNCIA OU SUBSTITUIÇÃO PELAS INSURGENTES ORGANIZAÇÕES POLÍTICAS?*	14	103
BRUNO NOVAES BEZERRA CAVALCANTI		
• *A RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL (CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, ESTRUTURA).*	13	73
CAETANO LAGRASTA NETO		
• *MERCOSUL E INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA: O PAPEL DA MAGISTRATURA PERANTE A JUSTIÇA SOCIAL.*	04	55
• *EDUCAÇÃO E JUSTIÇA SUPRANACIONAL.*	06	123
• *REFLEXÕES EM TORNO D' "O SALÃO DOS PASSOS PERDIDOS".*	07	67
• *CRIME E PROCESSO: DOENÇA MENTAL E AIDS.*	12	169

	Núm.	p.
CAIO DRUSO DE CASTRO PENALVA VITA		
• *A CONSOLIDAÇÃO IMAGINÁRIA: DEBATE ESTRATÉGICO E IMAGINÁRIO SOCIAL NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.*	15	173
CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO		
• *A EXECUÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.*	03	95
CARINE DELGADO CAÚLA REIS		
• *ENSINO JURÍDICO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O TEMA.*	09	125
• *NATUREZA JURÍDICA DOS PARTIDOS POLÍTICOS.*	12	181
CARLOS ALBERTO BERRIEL PESSANHA		
• *MERCOSUL: ASPECTOS DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUPRANACIONAL.*	08	41
CARLOS ANTÔNIO R. RIBEIRO		
• *VIOLÊNCIA PRESUMIDA NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL.*	12	211
CATARINA VILA-NOVA ALVES DE LIMA		
• *CONTAGEM DE TEMPO FICTÍCIO: ALTERAÇÕES CONSTITUCIONAIS E SUAS IMPLICAÇOES.*	15	191
CARLOS MÁRIO DA SILVA VELOSO		
• *DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA.*	14	69
CARLOS MORAES		
• *SENTENÇA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA*	08	443
CECILIA LOU		
• *A MEDIDA DE INTERNAÇÃO À LUZ DAS GARANTIAS PROCESSUAIS CONFERIDAS AO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI.*	16/17	49

	Núm.	p.
CECÍLIA MACDOWELL SANTOS		
• *DELEGACIAS DA MULHER EM SÃO PAULO: PERCURSOS E PERCALÇOS*	18	203
CÉLIA MORAIS		
• *"LEASING" FINANCEIRO – DESCONFIGURAÇÃO DO CONTRATO PELO PAGAMENTO ANTECIPADO DO VRG E SUAS CONSEQÜÊNCIAS.*	14	153
CELSO ANTONIO P. FIORILLO		
• *O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.*	04	101
CLARICE MARINHO MARTINS DE CASTRO		
• *CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL*	16/17	87
CLÁUDIA CRISTINE SILVA ARAÚJO		
• *PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À SUA PLENA AUTONOMIA DIDÁTICA.*	18	219
CLÁUDIA OLIVEIRA PACHÚ		
• *OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS EM FACE DO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.*	08	59
• *A INSUFICIÊNCIA DO CRITÉRIO LÓGICO-SISTEMÁTICO PARA AFERIÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS*	16/17	115
• *ASPECTOS GERAIS DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS*	19	73
CLÁUDIO BRANDÃO		
• *A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NA TEORIA DO DELITO.*	05	69
• *PODER DISCIPLINAR: UM DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO?*	07	83
• *PODER DO EMPREGADOR E EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE CRIMINAL.*	11	95

	Núm.	p.
CLÁUDIO DE CICCO		
• *INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA PARA AS LACUNAS DO NOVO CÓDIGO CIVIL DE 2002*	*19*	*99*
CLÁUDIO SOUTO		
• *DIREITO ALTERNATIVO: EM BUSCA DE SUA TEORIA SOCIOLÓGICA.*	01	16
• *PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA DO DIREITO.*	02	107
• *FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.*	04	435
• *A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DO INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.*	05	79
• *DE UM POSSÍVEL CARÁTER UBIQUITÁRIO DO DIREITO.*	08	81
CLÁUDIO VIANNA DE LIMA		
• *ESCOLAS DA MAGISTRATURA.*	02	13
CLÓVIS CEZAR DE MENDONZA		
• *O PERITO E AS PERÍCIAS – SUA IMPORTÂNCIA PARA A JUSTIÇA.*	16/17	137
CRISTIANE GOUVEIA DE BARROS		
• *LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: SUBSÍDIOS PARA UMA DIFERENCIAÇÃO FILOSÓFICA.*	04	126
• *PODER CONSTITUINTE: ANÁLISE E COMPARAÇÕES DA POSIÇÃO DO POSITIVISMO KELSENIANO E SUA RELEVÂNCIA ATUAL.*	06	97
CRISTIANO JACQUES DE LIMA ARAÚJO		
• *A INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA COMO CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.*	16/17	165
CRISTINA OSSIPE MARTINS BOTELHO		
• *CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS INELEGIBILIDADES.*	14	171

	Núm.	p.
DAMÁSIO DE JESUS		
• *CRIME DE BAGATELA: RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO DE DESCAMINHO E SEU EFEITO NOS TIPOS PRIVILEGIADOS DO FURTO E DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA.*	12	229
• *SUSTAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL CONTRA PARLAMENTAR.*	15	213
• *MESA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – A NOVA MAIORIDADE CIVIL: REFLEXOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.*	16/17	191
• *ESTATUTO DO DESARMAMENTO: MEDIDA PROVISÓRIA PODE ADIAR O INÍCIO DE VIGÊNCIA DE NORMA PENAL INCRIMINADORA?*	19	103
DANIELA RAMOS GALVÃO		
• *DANO MORAL*	14	209
DANIEL E SILVA MEIRA		
• *A JURIDICIZAÇÃO DOS TRANSGÊNICOS – O FATO JURÍDICO DA ATUALIDADE.*	16/17	209
DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA		
• *CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL.*	02	249
DÁRIO ROCHA		
• *A PROPÓSITO DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA.*	04	167
• *APRESENTAÇÃO.*	07	13
• *CONSIDERAÇÕES DIGRESSIVAS E NEM SEMPRE ORTODOXAS DE COMO E PORQUE SER E NÃO SER ALTERNATIVO.*	07	103
• *APRESENTAÇÃO.*	08	15
• *JUSTIÇA, VIDA E CORAGEM.*	08	93
• *APRESENTAÇÃO.*	09	21
• *APRESENTAÇÃO.*	10	21
• *MODERNIZAÇÃO E AGILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO - UMA VISÃO SUBSTANTIVA.*	10	107
DARLEY KLEBER TIMÓTEO FLORENTINO		
• *DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - DEC. LEI 911/69.*	07	121

	Núm.	p.
DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO		
• *SENTENÇA CRIMINAL – PROCESSO N. 5.336/92.*	01	292
• *AÇÃO EVICTÓRIA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE. POSSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA DO DENUNCIADO.*	02	362
• *AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO.*	04	156
• *DO DIREITO À PERCEPÇÃO DE VERBA DE REPRESENTAÇÃO PELOS JUÍZES AUXILIARES DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA.*	05	117
• *O PODER INTERATIVO DO JUIZ NOS CONTRATOS DE CONSUMO.*	06	141
• *DA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA DOS CONCILIADORES E JUÍZES LEIGOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.*	07	139
• *SAÚDE COMO "CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO": ASPECTOS REFERENTES AO REAJUSTE DAS MENSALIDADES E AO DIREITO DE RESCISÃO.*	08	99
DENISE FROSSARD		
• *O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO.*	06	155
DJACI FALCÃO		
• *PARECER. MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE.*	05	501
• *PARECER. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ISENÇÃO.*	06	501
DJASON B. DELLA CUNHA		
• *GLOBALIZAÇÃO E ORDEM JURÍDICA: O DILEMA DA CIDADANIA NOS ESTADOS PERIFÉRICOS.*	07	151
• *O DIREITO COMO FATO SOCIAL: A RACIONALIDADE DO MÉTODO POSITIVO.*	09	141
• *A CULTURA E O DIREITO: A DINÂMICA DO FENÔMENO JURÍDICO*	11	115
• *BIODIREITO: O NOVO DIREITO FACE À* BIOÉTICA.	13	93
DOMINGOS TOCHETTO		
• *CRIMINALÍSTICA.*	06	163

	Núm.	p.
DAMÁSIO DE JESUS		
• *CRIME DE BAGATELA: RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO DELITO DE DESCAMINHO E SEU EFEITO NOS TIPOS PRIVILEGIADOS DO FURTO E DA APROPRIAÇÃO INDÉBITA.*	12	229
• *SUSTAÇÃO DO PROCESSO CRIMINAL CONTRA PARLAMENTAR.*	15	213
• *MESA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – A NOVA MAIORIDADE CIVIL: REFLEXOS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.*	16/17	191
• *ESTATUTO DO DESARMAMENTO: MEDIDA PROVISÓRIA PODE ADIAR O INÍCIO DE VIGÊNCIA DE NORMA PENAL INCRIMINADORA?*	19	103
DANIELA RAMOS GALVÃO		
• *DANO MORAL*	14	209
DANIEL E SILVA MEIRA		
• *A JURIDICIZAÇÃO DOS TRANSGÊNICOS – O FATO JURÍDICO DA ATUALIDADE.*	16/17	209
DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA		
• *CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL.*	02	249
DÁRIO ROCHA		
• *A PROPÓSITO DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA.*	04	167
• *APRESENTAÇÃO.*	07	13
• *CONSIDERAÇÕES DIGRESSIVAS E NEM SEMPRE ORTODOXAS DE COMO E PORQUE SER E NÃO SER ALTERNATIVO.*	07	103
• *APRESENTAÇÃO.*	08	15
• *JUSTIÇA, VIDA E CORAGEM.*	08	93
• *APRESENTAÇÃO.*	09	21
• *APRESENTAÇÃO.*	10	21
• *MODERNIZAÇÃO E AGILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO - UMA VISÃO SUBSTANTIVA.*	10	107
DARLEY KLEBER TIMÓTEO FLORENTINO		
• *DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - DEC. LEI 911/69.*	07	121

	Núm.	p.
DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO		
• *SENTENÇA CRIMINAL – PROCESSO N. 5.336/92.*	01	292
• *AÇÃO EVICTÓRIA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE. POSSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA DO DENUNCIADO.*	02	362
• *AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO.*	04	156
• *DO DIREITO À PERCEPÇÃO DE VERBA DE REPRESENTAÇÃO PELOS JUÍZES AUXILIARES DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA.*	05	117
• *O PODER INTERATIVO DO JUIZ NOS CONTRATOS DE CONSUMO.*	06	141
• *DA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA DOS CONCILIADORES E JUÍZES LEIGOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.*	07	139
• *SAÚDE COMO "CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO": ASPECTOS REFERENTES AO REAJUSTE DAS MENSALIDADES E AO DIREITO DE RESCISÃO.*	08	99
DENISE FROSSARD		
• *O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO.*	06	155
DJACI FALCÃO		
• *PARECER. MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE.*	05	501
• *PARECER. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ISENÇÃO.*	06	501
DJASON B. DELLA CUNHA		
• *GLOBALIZAÇÃO E ORDEM JURÍDICA: O DILEMA DA CIDADANIA NOS ESTADOS PERIFÉRICOS.*	07	151
• *O DIREITO COMO FATO SOCIAL: A RACIONALIDADE DO MÉTODO POSITIVO.*	09	141
• *A CULTURA E O DIREITO: A DINÂMICA DO FENÔMENO JURÍDICO*	11	115
• *BIODIREITO: O NOVO DIREITO FACE À* BIOÉTICA.	13	93
DOMINGOS TOCHETTO		
• *CRIMINALÍSTICA.*	06	163

	Núm.	p.
EDIL BATISTA JÚNIOR		
• *O ILÓGICO NECESSÁRIO (CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CRISE DA CODIFICAÇÃO JUSRACIONALISTA)*	13	111
EDSON DE ARRUDA CÂMARA		
• *O DIREITO ACHADO NA RUA. SINAL DOS TEMPOS.*	02	150
• *GOVERNO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. CASO BRASILEIRO.*	03	111
EDUARDO AUGUSTO PAURÁ PERES		
• *SENTENÇA CÍVEL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ANATOCISMO.*	04	526
• *SENTENÇA CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO COM PERDAS E DANOS. TEORIA DA IMPREVISÃO.*	05	525
EDUARDO R. RABENHORST		
• *SUJEITO DE DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO "DIREITO DOS ANIMAIS".*	03	119
ELSON ZOPELLARO MACHADO		
• *DESFORÇO IN CONTINENTI - DESFORÇO IMEDIATO.*	07	189
ELIANE DOS SANTOS M. MASCARENHAS		
• *SENTENÇA CÍVEL: RESSARCIMENTO DE DANOS.*	03	559
ELZANY CINTRA DE MORAIS		
• *CURSO DE CRIMES.*	10	119
EMMANUEL PEDRO S. G. RIBEIRO		
• *ADOÇÃO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA.*	06	181
EMÍLIO GARCIA MENDEZ		
• *ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI (SEGURANÇA CIDADÃ E DIREITOS FUNDAMENTAIS).*	07	199
EMÍLIO D'ALMEIDA LINS		
• *INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS – DIRIGISMO E RELAÇÃO CONTRATUAL DE CONSUMO*	15	219

	Núm.	p.
ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO		
• *A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL E SEU PAPEL DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO.*	02	201
• *FRANÇOIS GENY: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA FILOSOFIA DO DIREITO.*	05	127
• *REGULAÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL*	07	213
ESMAPE		
• *ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO.*	02	500
• *REGULAÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL.*	07	213
ETÉRIO GALVÃO		
• *O JUIZ É UM SER POLÍTICO.*	11	139
• *APRESENTAÇÃO.*	11	21
• *APRESENTAÇÃO.*	12	21
• *APRESENTAÇÃO.*	13	17
EUGÊNIA GIOVANNA SIMÕES INÁCIO CAVALCANTI		
• *O INSTITUTO DO SOLO CRIADO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE URBANÍSTICO.*	06	201
• *O PARTIDO POLÍTICO COMO INSTRUMENTO FUNDAMENTAL DA DEMOCRACIA.*	16/17	217
FÁBIA AMARAL DE OLIVEIRA MELLO		
• *A PROVA ILÍCITA E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NO PROCESSO PENAL.*	15	247
FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA		
• *O ANTI-SEMITISMO POR JEAN PAUL SARTRE.*	08	107
FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA		
• *DEMOCRACIA E LEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.*	04	181
• *O SIGNIFICADO DA CONSTITUCIONALIDADE: NOTAS PARA UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA.*	07	253

	Núm.	p.
FÁBIO EUGÊNIO D. OLIVEIRA LIMA		
• *A COMPETÊNCIA RELATIVA E SUA DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. DERROGAÇÃO IMPRÓPRIA DA SÚMULA 33 DO STJ EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.*	04	204
• *SENTENÇA CÍVEL. ECAD. ARRECADAÇÃO DE IMPORTÂNCIAS RELATIVAS A DIREITOS AUTORAIS. INTERESSE PROCESSUAL.*	06	523
FÁBIO ULHOA COELHO		
• *REPRESENTAÇÃO COMERCIAL: GLOBALIZAÇÃO E INTERNET*	13	141
FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE		
• *A RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DO POLUIDOR - PAGADOR.*	09	159
• *MERCOSUL - MERCADO COMUM – REALIDADE OU UTOPIA.*	12	235
FÁBIO MUNIZ GUERRA NERY		
• *DA NÃO INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE OS ATOS COOPERATIVOS*	18	251
FÁTIMA NANCY ANDZIGHI		
• *DA AÇÃO MONITÓRIA: OPÇÃO DO AUTOR.*	01	9
• *REFLEXÕES SOBRE O FUTURO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.*	05	117
FELIPE PEIXOTO BRAGA NETTO		
• *O LÍCITO NA TEORIA GERAL DO DIREITO: UMA ANÁLISE DAS TEORIAS DE KELSEN E PONTES DE MIRANDA.*	12	259
FERNANDO JOSÉ PEREIRA DE ARAÚJO		
• *PARECER CPRH.*	08	473
FERNANDO CERQUEIRA NORBERTO DOS SANTOS		
• *MANDADO DE SEGURANÇA. ATO LEGISLATIVO. CÂMARA MUNICIPAL.*	02	477
• *SENTENÇA TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL*	08	455

	Núm.	p.
FERNANDO MONTEIRO		
• *DEFINIÇÃO DE DIREITO – UMA PONTE ENTRE FLAVIO LOPEZ DE OÑATE E LUIZ RECAGENS SICHES.*	16/07	229
FLÁVIO AUGUSTO FONTES DE LIMA		
• *A INCIDÊNCIA DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.*	01	202
• *" NOS NOSSOS DIAS NÃO HÁ CRIANÇAS, MAS MOÇAS DE 12 ANOS", ESTUDO DE UM JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL*	03	131
• *O REVOLUCIONÁRIO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO (PRIMEIRAS LINHAS).*	05	215
• *O NOVEL INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO, FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA*	06	213
• *A ELETRICIDADE E O FURTO DE ENERGIA.*	07	291
• *COMPOSIÇÃO DOS DANOS CIVIS NAS INFRAÇÕES PENAIS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CIVILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL?*	08	121
• *INDECLINABILIDADE DO JULGAR.*	10	153
FRANCISCO ALVES DOS SANTOS JÚNIOR		
• *O PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE TRIBUTÁRIA NA DIMINUIÇÃO DAS DIFERENÇAS, NA TERCEIRA VIA E NO CONSENSO DE WASHINGTON*	13	153
FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHA *Ver* ***DÁRIO ROCHA***		
FRANCISCO DEMETRIUS P. DE OLIVEIRA		
• *O PROBLEMA DO DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA*	12	285
FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES		
• *LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO: RESTRIÇÕES INDESEJÁVEIS, PORÉM INEVITÁVEIS.*	05	237
• *EFETIVIDADE DO PROCESSO, CONCEITOS INDETERMINADOS E DIREITO JURISPRUDENCIAL*	18	271
• *MANDADO DE SEGURANÇA LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO MATERIAL INTERESSE E PRESSUPOSTO PROCESSUAIS*	19	117

	Núm.	p.
GERALDO PRADO		
• *REALIDADE E DISFUNÇÕES DO JUDICIÁRIO*	04	222
GÜNTHER KAISER		
• *LA FUNCION DE LA CRIMINALOGIA CON RESPECTO A LA POLITICA LEGISLATIVA PENAL.*	05	251
GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA		
• *JUSNATURALISMO E CONHECIMENTO JURÍDICO.*	03	149
• *OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE EM 1999.*	07	317
HÉLIO SÍLVIO OUREM CAMPOS		
• *I. CONFINS: TRÊS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS.*	01	74
• *PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL.*	02	240
• *OS PRINCÍPIOS E O DIREITO.*	03	177
• *UM CONGRESSO EM HOMENAGEM A GERALDO ATALIBA.*	03	185
• *DA IGUALDADE.*	05	269
• *O INSS EM DEBATE.*	06	243
• *DE 88 EM DIANTE.*	07	339
• *LOURIVAL VILANOVA/TORQUATO CASTRO: CAUSALIDADE E RELAÇÃO NO DIREITO/TEORIA DA SITUAÇÃO JURÍDICA EM DIREITO PRIVADO NACIONAL.*	12	313
• *ESTADO DE DIREITO E ORGANIZAÇÃO DE PODERES – UMA EVOLUÇÃO HISTÓRICA*	16/17	281
• *O ESTADO DE DIREITO NO SÉCULO XXI – DESAFIOS E OPÇÕES*	18	283
• *NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO*	19	129
HIDELBRANDO CAMPESTRINI		
• *LINGUAGEM JURÍDICA E PÓS-MODERNIDADE.*	02	90
HUGO CAVALCANTI MELO FILHO		
• *LIMITAÇÕES LEGAIS À AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA,*	03	191

	Núm.	p.
HUMBERTO BARRETO URQUIZA		
• *ANÁLISE DA DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE APLICAÇÃO DA ACTIO LIBERA IN CAUSA, EXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA E PUNIBILIDADE A TÍTULO DE CULPA, NOS CASOS DE CRIMES COMETIDOS POR AGENTES SOB O ESTADO DE EMBRIAGUEZ COMPLETA, NÃO ACIDENTAL.*	18	343
HUMBERTO BRUNO DE ALMEIDA FERREIRA		
• *BIOÉTICA E DIREITO. INTRODUÇÃO ÀS PROBLEMÁTICAS DOS AVANÇOS MÉDICO-CIENTÍFICOS.*	12	351
HUMBERTO THEODORO JÚNIOR		
• *AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 9.756 DE 17-12-98.*	09	177
• *PARECER – MANDATO. ADMINISTRADOR. PODERES GERAIS E ESPECIAIS. INTERPRETAÇÃO. EXCESSO DE MANDATO. RATIFICAÇÃO.*	11	455
• *RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DERIVADA DE EXECUÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR OU MEDIDA DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA.*	15	265
• *O REGIME DO CONTRATO (TÍPICO) DE AGÊNCIA E DISTRIBUIÇÃO (REPRESENTAÇÃO COMERCIAL) NO NOVO CÓDIGO CIVIL EM COTEJO COM A SITUAÇÃO JURÍDICA DO CONTRATO (ATÍPICO) DE CONCESSÃO COMERCIAL. INDENIZAÇÕES CABÍVEIS NA EXTINÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL.*	18	39
IDÍLIO OLIVEIRA DE ARAÚJO		
• *SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO.*	09	431
INÊS CRISTINA SELBMANN		
• *UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DA VISÃO DOGMÁTICA DE DIREITO.*	07	367
• *RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS ATOS ILÍCITOS DOS EMPREGADOS.*	08	151
• *SERIAM O FORTUITO E A FORÇA MAIOR EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO?*	10	179

	Núm.	p.
• *RESPONSABILIDADE CIVIL NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS*	12	373
IRACEMA REBECA DE MEDEIROS FAZIO		
• *CONCURSO DE PESSOAS.*	08	169
ISAÍAS ANDRADE LINS NETO		
• *QUANDO A SOLUÇÃO ESTÁ NO JUDICIÁRIO.*	09	203
• *SENTENÇA. PODER JUDICIÁRIO. PRIMEIRO JUIZADO ESPECIAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO – RECIFE-PE.*	10	395
• *VARAS ESPECIALIZADAS EM RELAÇÕES DE CONSUMO – UMA EXIGÊNCIA DA LEI 8.078/90.*	11	143
ISABELA LINS CARVALHO DE AGUIAR		
• *A NATUREZA DOS EMBARGOS NO PROCEDIMENTO MONITÓRIO: UMA ANÁLISE DOS EFEITOS DECORRENTES DA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO*	19	149
ISABELLE AMORIM DE MORAES		
• *CONCURSO DE CRIMES.*	08	195
IVAN LUIZ DA SILVA		
• *CRIME ORGANIZADO: ENFOQUES CONCEITUAIS E CRIMINOLÓGICOS.*	05	315
• *O JUDICIÁRIO E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM MATÉRIA CRIMINAL.*	16/17	311
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS		
• *OS DEPÓSITOS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS À LUZ DO (PARÁGRAFO) 30 DO ARTIGO 164 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL*	13	205
• *INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 199, § 3º, DA C.F. - HIPÓTESES EM QUE O CAPITAL ESTRANGEIRO PODE SER ADMITIDO NA ASSISTÊNCIA À SAÚDE – PARECER .*	15	625
IVO DANTAS		
• *SERVIDOR PÚBLICO, APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO.*	03	201
• *AS DENOMINADAS* FAMÍLIAS *DE DIREITO. CIVIL LAW E* COMMON LAW: *SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS.*	11	151

	Núm.	p.
ITAMAR DIAS NORONHA FILHO		
• *UM RESGATE DO PENSAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A GENIALIDADE DO JURISCONSULTO AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS*	19	191
JACKSON BORGES DE ARAÚJO		
• *MANDADO DE SEGURANÇA: DA NORMA DE TRATADO INTERNACIONAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL.*	03	571
• *MANDADO DE SEGURANÇA. DA PROVA POR PRESUNÇÃO E O DIREITO DE AMPLA DEFESA.*	06	191
• *DO DIREITO DO ESTADO AO ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS.*	07	383
JANEIDE OLIVEIRA DE LIMA		
• *TRÁFICO DE HOMENS PARA A PROSTITUIÇÃO.*	03	215
• *A CRIANÇA E A AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL.*	06	249
• *PRODUTOS QUE CAUSAM E QUE PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA: PERSPECTIVA CRÍTICA.*	08	223
J.E. CARREIRA ALVIM		
• *AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O DIREITO DIFUSO À SEGURANÇA PÚBLICA.*	16/17	325
JOÃO ALFREDO DOS ANJOS		
• *ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO*	05	337
JOÃO ARMANDO COSTA MENEZES		
• *DA REDEFINIÇÃO DA CAPACIDADE CIVIL E SEU EFEITO REVOGADOR EM RELAÇÃO AOS ARTIGOS 15, 194, 262 E 564 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*	19	209
JOÃO MAURÍCIO L. ADEODATO		
• *FILOSOFIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA.*	01	266
• *A "CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" DE FRIEDRICH MÜLLER.*	03	233
• *MODERNIDADE E DIREITO.*	06	255

	Núm.	p.
JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA		
• *ALTERNATIVIDADE E RETÓRICA NO DIREITO: PARA ALÉM DO EMBATE IDEOLÓGICO.*	05	383
• *A CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO E O SEU PROBLEMA HERMENÊUTICO-DECISÓRIO.*	07	405
• *JURISDIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROPOSTA DO GARANTISMO JURÍDICO COMO SUPERAÇÃO DO FORMALISMO KELSENIANO*	15	297
JOÃO PAULO CORDEIRO CAVALCANTI		
• *O DIREITO COMO FERRAMENTA DE MELHORIA DA QUALIDADE DE VIDA DOS PORTADORES DE SIDA.*	18	357
JOAQUIM CORREIA DE CARVALHO JÚNIOR		
• *NÓS E OS JUÍZES.*	05	357
JOAQUIM LUSTOSA FILHO		
• *PARECER. TAXA DE PREVENÇÃO E EXTINÇÃO DE INCÊNDIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DO RECIFE. INCONSTITUCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 144 E 145 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.*	11	48
JOILSON ANDRADE DE SOUZA		
• *EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO – CONSEQÜÊNCIAS DECORRENTES DE SUA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA*	18	383
JOEL J. CÂNDIDO		
• *DA ELABORAÇÃO, PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, DE LISTA SÊXTUPLA DE ADVOGADOS PARA INTEGRAR OS TRIBUNAIS ELEITORAIS.*	15	327
JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA		
• *SENTENÇA CÍVEL: PROCESSO Nº 1.178/93.*	01	230
• *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS.*	02	467
• *SENTENÇA CÍVEL : AÇÃO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO.*	03	589

	Núm.	p.
• *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE CRÉDITO.*	05	623
• *SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR.*	09	457
• *SENTENÇA CÍVEL. SEGURO DE VIDA.*	10	409
• *SENTENÇA CÍVEL: NOME COMERCIAL. MARCA. REGISTROS NA JUNTA COMERCIAL E NO INP.I COLIDÊNCIA. EMPRESAS DA MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO.*	11	505
• *SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. DANO MORAL PERFEITAMENTE CARACTERIZADO.*	14	625
• *DIREITO COMERCIAL. FACTORING – EXIGÊNCIA DE GARANTIA DO FATURIZADO. IMPOSSIBILIDADE.*	16/17	619
• *SENTENÇA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO DE DIAGNÓSTICO.*	18	585
• *SENTENÇA CÍVEL.: PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTRATO DE ÊXITO. CONDIÇÃO SUSPENSIVA DIREITO EVENTUAL.*	19	613
JOSÉ ANDRÉ MACHADO BARBOSA PINTO		
• *SENTENÇA CÍVEL: EMBARGOS À EXECUÇÃO*	16/17	635
JOSÉ ARTEIRO VIEIRA DE MELLO		
• *A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA MOROSIDADE NA ATIVIDADE JURISDICIONAL.*	15	349
JOSÉ AUGUSTO DELGADO		
• *REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA.*	03	233
JOSÉ DE MOURA ROCHA		
• *AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. DESTAQUE NO DIREITO CAMBIÁRIO (ENRIQUECIMENTO ILÍCITO).*	03	261
• *PROVA ILÍCITA E CONSTITUIÇÃO.*	04	229
• *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (REFLEXÕES-ALTERAÇÕES-INOVAÇÕES).*	06	275
• *CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO, COSTUME.*	07	449
JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO		
• *A REUTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS DO SECTOR PÚBLICO*	19	219

	Núm.	p.
JOSÉ CARLOS DE ARRUDA DANTAS		
• *CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS.*	07	429
• *A (DES) NECESSIDADE DA FIRMA RECONHECIDA NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO "AD JUDICIA".*	08	233
• *TUTELA CAUTELAR & TUTELA ANTECIPATÓRIA: ELEMENTOS DE DISTINÇÃO.*	09	211
• *A COBRANÇA JUDICIAL DA PENA PECUNIÁRIA NO ESTADO DE PERNAMBUCO.*	12	383
• *A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DO DEPÓSITO RECURSAL PRÉVIO COMO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.*	15	399
JOSÉ DURVAL DE LEMOS LINS FILHO		
• *O LEGADO DAS TEORIAS BIOANTROPOLÓGICAS DA CRIMINALIDADE*	19	247
JOSÉ EDUARDO CARREIRA ALVIM		
• *TUTELA ANTECIPADA ANTES DA SENTENÇA E TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA DE MÉRITO.*	15	417
JOSÉ FERNANDES DE LEMOS		
• *DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PRÁTICA DO CLIENTELISMO.*	03	603
JOSÉ JANGUIÊ BEZERRA DINIZ		
• *OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94.*	02	339
• *FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL.*	03	287
• *PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.*	05	405
• *O VALOR DA JUSTIÇA.*	06	301
• *PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE GLOBALIZADA.*	07	481
JOSÉ LEBRE DE FREITAS		
• *A ACÇÃO POPULAR NO DIREITO PORTUGUÊS.*	16/17	345

	Núm.	p.
JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA		
• *A FUNÇÃO DO JUIZ.*	01	184
JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO		
• *AS NOVAS TECNOLOGIAS E OS DIREITOS DE EXPLORAÇÃO DAS OBRAS INTELECTUAIS.*	12	403
• *O FUTURO DO "DIREITO MORAL".*	16/17	377
JOSÉ MÁRIO WANDERLEY GOMES NETO		
• *REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICAÇÕES E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: UMA BREVE ANÁLISE.*	14	255
JOSÉ RAIMUNDO DOS SANTOS COSTA		
• *O EMPRESÁRIO INDIVIDUAL – A INTRODUÇÃO DA TEORIA DA EMPRESA NO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO PELA LEI Nº 10.406, DE 10.01.2002 (O NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO) – PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA O EXERCÍCIO INDIVIDUAL DA EMPRESA*	19	263
JOSÉ REGINALDO PEREIRA GOMES FILHO		
• *ICMS DE PERNAMBUCO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO.*	15	427
JOSÉ RENATO NALINI		
• *O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER.*	01	211
• *PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA.*	02	28
• *ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL.*	03	325
• *A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO.*	06	337
JOSÉ SOARES FILHO		
• *ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.*	01	107
• *O BRASIL FRENTE À OIT: A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158.*	04	259
JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES		
• *LEGALIDADE E ISONOMIA TRIBUTÁRIA: A QUESTÃO DA SUA DEMARCAÇÃO.*	02	262

	Núm.	p.
• *SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.*	03	311
JOSÉ VIANA ULISSES FILHO		
• *ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: REFLEXÕES CRÍTICAS.*	01	145
• *LEX MERCATÓRIA, ARBITRAGEM E CONTRATOS ECONÔMICOS: NOVAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS.*	02	310
• *O ART. 6º DA LEI Nº 9.099/95: A CAMINHO DE UMA INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO.*	03	355
• *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NULIDADE.*	05	561
• *EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL E DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR.*	16/17	409
• *SENTENÇA DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO CIVIL RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS*	19	621
JUSTIÇA PÚBLICA		
• *SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO Nº 5.336/92.*	01	292
KATARINE KEIT GUIMARÃES FONSECA DE FARIA		
• *A UTILIZAÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE – USOS E ABUSOS.*	13	235
KÉZIA MILKA LYRA DE OLIVEIRA		
• *O EXAURIMENTO DA INSTÂNCIA FISCAL COMO CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL.*	12	441
KYLCE ANNE DE ARAÚJO PEREIRA		
• *O DIREITO E O PROCESSO DE TRABALHO NA SOCIEDADE PERIFÉRICA: FLEXIBILIZAÇÃO.*	10	209
• *DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: ARGUMENTAÇÃO ENTIMEMÁTICA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.*	11	229

	Núm.	p.
LÊNIO LUIZ STRECK		
• *OS MEIOS DE ACESSO DO CIDADÃO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL E A CRISE DE EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO*	13	257
LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA		
• *A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.*	04	282
• *POSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.*	07	501
LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO		
• *DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS*	02	490
• *PROCESSUAL CIVIL: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO.*	03	625
LUCIANA DE ASSUNÇÃO MACIEIRA		
• *A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 27 DA LEI N. 9868/99 QUANTO AO REGULAMENTO PROCESSUAL DOS EFEITOS DO PROVIMENTO FINAL EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO*	13	291
LUCIANA FERNANDES PORTAL DE LIMA		
• *ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL: SUPERAÇÃO DA SOBERANIA OU APENAS MODIFICAÇÃO DE SUA CONCEITUAÇÃO JURÍDICA?*	16/17	463
LUCIANA HELENA SANTOS		
• *UNIÃO ESTÁVEL-EFEITOS SUCESSÓRIOS E PATRIMONIAIS*	12	465
• *A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA DECORRENTE DE CIRURGIAS PLÁSTICAS*	19	295
LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES		
• *O ESTADO ADMINISTRADOR E A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA.*	08	247
LUCIANO MARINHO DE BARROS E SOUZA FILHO		
• *MULTAS ASTREINTES: UM INTUITO CONTROVERTIDO.*	16/17	489

	Núm.	p.
LUCIENE LACERDA SILVA MENDES		
• *A CONVALIDAÇÃO DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO EM FACE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.*	14	287
LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA		
• *O DEVER DE COOPERAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS COM AS PARTES – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO (ALEMANHA, PORTUGAL E BRASIL).*	11	247
• *A CULPA COMO FATOR PARA FIXAÇÃO DOS EFEITOS DO DIVÓRCIO: UMA BREVE ANÁLISE DO DIREITO VIGENTE E DO PROJETO DE CÓDIGO CIVIL SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO.*	12	495
• *BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR E TENTATIVA DE CONCILIAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (ENFOQUE COMPARATÍSTICO).*	13	311
• *A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA EXECUÇÃO.*	14	311
• *A SUCUMBÊNCIA COMO CRITÉRIO PARA A CONDENAÇÃO NAS DESPESAS PROCESSUAIS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO*	19	317
LUDMILA CAMINHA BARROS		
• *DIREITO DE PROPRIEDADE E PRESERVAÇÃO AMBIENTAL.*	18	403
LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO		
• *DIREITO ALTERNATIVO X USO ALTERNATIVO DO DIREITO: UM FALSO DILEMA NA REALIDADE ATUAL BRASILEIRA.*	15	451
LUIZ CARLOS DE FREITAS MEDEIROS		
• *AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA.*	11	275
LUIZ CARLOS VIEIRA DE FIGUEIREDO		
• *DA INAPLICABILIDADE DOS LIMITES MÍNIMOS E MÁXIMOS DA IDADE NOS CONCURSOS PÚBLICOS PARA INGRESSO NA CARREIRA DA MAGISTRATURA NO ESTADO DE PERNAMBUCO.*	14	331

	Núm.	p.
LUIZ DE FREITAS LIMA		
• *A CONSTRUÇÃO CIVIL É ATIVIDADE CIVIL.*	12	511
• *ARREPIO À LEI DO CHEQUE.*	14	345
• *O CÓDIGO COMERCIAL BRASILEIRO SOBREVIVE.*	16/17	513
LUIZ MÁRIO DE GÓES MOUTINHO		
• *SENTENÇA CÍVIL INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS*	19	641
LUIZ VICENTE CERNICCHIARO		
• *INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.*	04	296
MARCELO A. RODRIGUES		
• *O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.*	04	101
MARCÍLIO FLORÊNCIO MOTA		
• *A INTERVENÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO DE DANOS MOVIDA PELO ADMINISTRADO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO OU DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.*	09	247
MARCO MACIEL		
• *ARBITRAGEM E MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL.*	04	312
MARCOS ANTÔNIO NERY DE AZEVEDO		
• *O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO.*	03	375
MARIA ADELAIDE MONTEIRO DE ABREU		
• *EMBARGOS DA AÇÃO MONITÓRIA. NATUREZA JURÍDICA E NÃO APLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA AO AUTOR/EMBARGADO QUE SOBRE ELES NÃO SE MANIFESTA.*	14	357
MARIA ANGELES AHUMADA RUIZ		
• *¿ INFLUIEN LOS VOTOS PARTICULARES EN LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS ?*	15	483

	Núm.	p.
MARIA ANTONIETA LYNCH DE MORAES		
• *O TRESPASSE: A ALIENAÇÃO DO ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL E A CLÁUSULA DE NÃO RESTABELECIMENTO.*	14	381
• *NOTAS SOBRE O TRATAMENTO DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL NO NOVO CÓDIGO CIVIL.*	15	535
• *MARCA – BEM INCORPÓREO PROTEGIDO PELO DIREITO INDUSTRIAL.*	18	417
MARIA BERENICE DIAS		
• *ALIMENTOS, ÔNUS E ENCARGOS*	19	361
MARIA BETÂNIA SILVA		
• *AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.*	02	446
• *UM NOVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM PROJETO.*	04	318
• *SOBRE A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESDOBRAMENTO DE UMA POLÊMICA.*	07	511
MARIA CARLA DE GÓES MOUTINHO		
• *O CÓDIGO DE BARRAS COMO MITIGADOR DO DIREITO À INFORMAÇÃO*	19	367
MARIA DAS GRAÇAS SERAFIM COSTA		
• *CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO AO MEIO AMBIENTE*	18	439
MARIA DE FÁTIMA DE CARVALHO FALCÃO		
• *CONSIDERAÇÕES SOBRE A PALAVRA JUSTIÇA.*	08	299
• *A CULPA STRITU SENSU, COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE.*	10	233
MARIA D'LARA SIQUEIRA DE MELO BORGES		
• *A NORMA JURÍDICA E SUA INTERPRETAÇÃO.*	08	283
• *AS CONTRIBUIÇÕES PARA FISCAIS NO DIREITO DO TRABALHO.*	09	267
MARIA HELENA DE CASTRO OLIVEIRA		
• *O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.*	10	263

	Núm.	p.
MARIA TEREZA PEREZ DE ALMEIDA		
• *CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DANO AO MEIO AMBIENTE*	18	439
MARIANA VIEIRA SARMENTO		
• *A SUBSISTÊNCIA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO APÓS SENTENÇA*	18	459
MARÍLIA MONTENEGRO PESSOA DE MELLO		
• *O PAPEL DOS CÔNJUGES SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.*	13	345
MÁRIO ANTONIO LOBATO DE PAIVA		
• *DIREITO DE TRABALHO MÍNIMO.*	12	525
• *O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL.*	14	403
MARUPIRAJA RAMOS RIBAS		
• *DANOS MORAIS.*	07	527
• *SENTENÇA CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.*	09	475
• *A DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS.*	11	283
MAURÍCIO RANDS		
• *DO GARANTISMO INDIVIDUAL AO GARANTISMO DE ADMINISTRAÇÃO COLETIVA.*	04	344
MAURÍCIO GOMM SANTOS		
• *FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS.*	02	190
MAYRA MARINHO		
• *EXISTE POSSIBILIDADE DE HIERARQUIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS? UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA*	19	403
MICHELE TARUFFO		
• *DIMENSÕES TRANSCULTURAIS DA JUSTIÇA CIVIL.*	11	291
• *LEGALIDADE E JUSTIFICATIVA DA CRIAÇÃO JUDICIÁRIA DO DIREITO.*	14	431

	Núm.	p.
NALVA CRISTINA CAMPELLO		
• *SENTENÇA CÍVEL: REPARAÇÃO DE DANOS.*	03	639
NAPOLEÃO TAVARES		
• *APRESENTAÇÃO.*	01	05
• *APRESENTAÇÃO*	02	11
• *APRESENTAÇÃO.*	03	09
• *APRESENTAÇÃO.*	04	11
• *APRESENTAÇÃO.*	05	13
• *APRESENTAÇÃO.*	06	13
• *AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS.*	06	549
NATÁLIA ASSIS MELO		
• *A PROBLEMÁTICA DA INDENIZAÇÃO DECORRENTE DA RESCISÃO DO CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DO TRATAMENTO DADO PELO NOVO CÓDIGO CIVIL.*	15	545
NELSON SALDANHA		
• *SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL.*	03	409
• *EM TORNO DOS VALORES JURÍDICOS.*	04	356
• *O ESTADO EM QUESTÃO: PRESENTE E FUTURO.*	07	533
• *DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES, HISTÓRICO-CRÍTICAS.*	08	317
• *PENSAMENTO JURÍDICO, RACIOCÍNIO E ARGUMENTAÇÃO*	11	345
• *O RACIONALISMO MODERNO E A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE*	18	481
NILDO NERY DOS SANTOS		
• *AS JURISDIÇÕES COMUNITÁRIAS.*	01	99
• *A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA.*	02	124
• *DESEMPREGO E VIOLÊNCIA.*	04	371
NILSON GUERRA NERY		
• SENTENÇA: AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS MORAIS E MATERIAIS COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	18	595

	Núm.	p.
NIVALDO MULATINHO FILHO		
• *SENTENÇA PENAL. DENÚNCIA DE CRIMES HEDIONDOS. TENTATIVA DE ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. LATROCÍNIO CONSUMADO.*	11	517
• *SENTENÇA CRIMINAL DENÚNCIA CONTRA SEIS POLICIAIS MILITARES. TORTURA E OUTRAS CONDUTAS DELITUOSAS. LESÕES CORPORAIS GRAVÍSSIMAS DA VÍTIMA.*	12	633
OG FERNANDES		
• *JUIZADOS CRIMINAIS: O PROCESSO DE RESULTADOS.*	01	287
OLNEY QUEIROZ ASSIS		
• A SOCIEDADE CONTRATUAL E O SÓCIO INCAPAZ (INCAPACIDADE SUPERVENIENTE) NO CÓDIGO CIVIL DE 2002: UMA EVIDENTE INCONSTITUCIONALIDADE	18	487
PALHARES MOREIRA REIS		
• *O SISTEMA PARTIDÁRIO PLURALISTA E DEMOCRÁTICO.*	09	283
• *NOÇÃO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.*	11	357
• *A SUPREMACIA CONSTITUCIONAL DO MODELO INGLÊS E SUA REPERCUSSÃO NA COLÔNIA AMERICANA.*	13	367
PATRÍCIA CARNEIRO TAVARES		
• *DA EXECUÇÃO DAS PENAS APLICÁVEIS À PESSOA JURÍDICA.*	12	537
PAULA OLIVEIRA MENDONÇA		
• *PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL.*	09	301
PAULO CÉSAR MAIA PORTO		
• *O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS.*	03	419
• *PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES.*	05	439

	Núm.	p.
PAULO CÉSAR SANTOS BEZERRA		
• *IN (TOLERÂNCIA) E PROCESSO SOBRE AS IN (FLEXIBILIDADES) PROCEDIMENTAIS E SEUS REFLEXOS NA EFETIVIDADE DO PROCESSO.*	14	457
PAULO LUIZ NETTO LÔBO		
• *QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 05 - STJ.*	05	465
• *IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES.*	06	361
PAULO VICTOR VASCONCELOS DE ALMEIDA		
• *DECISÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO. JOGO DO BICHO. PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO SOCIAL, DA ISONOMIA E DA EQÜIDADE. AUSÊNCIA DE REPROVABILIDADE SOCIAL DA CONDUTA. FALTA JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA*	19	683
PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA		
• *DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS.*	02	374
RAFAEL JOSÉ DE MENEZES		
• *AS VIRTUDES DO JUÍZ PROFESSOR DE DIREITO*	13	377
RAFAELLA OLIVEIRA PINTO DE CAMPOS		
• *A FINALIDADE DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: UM CAMINHO PARA A RECUPERAÇÃO SOCIAL DO PRESO?*	16/17	533
RAÚL HORACIO OJEDA		
• *O IMPACTO DA ALTA TECNOLOGIA E A INFORMÁTICA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO NA AMÉRICA DO SUL.*	14	403
REGINA CÉLIA DE ALBUQUERQUE MARANHÃO		
• *LATROCÍNIO. PRETERDOLO E DOLO EVENTUAL. CARACTERÍSTICAS.*	14	479

	Núm.	p.
RENATA CRISTINA OTHON LACERDA DE ANDRADE		
• *A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NOS CONTRATOS ENTRE SISTEMAS ELETRÔNICOS*	18	495
RENATA FIGUEIRÊDO ALVES		
• EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	19	437
RENATO PINHEIRO FILHO		
• *O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL - A UTILIZAÇÃO DA FORMA DE COMUNICAÇÃO ORAL E A CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS NUMA PERSPECTIVA DE CONFERIR MAIOR CELERIDADE AO PROCESSO.*	10	305
RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA		
• *O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (DIREITO COMPARADO).*	04	386
RICARDO DE OLIVEIRA PAES BARRETO		
• *SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PROCEDÊNCIA – REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALTERAÇÃO DE DÓLAR NORTE-AMERICANO PARA O INPC.*	11	533
• *POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO OU NEGATIVA DE TUTELA ANTECIPADA NA SENTENÇA: ADEQUAÇÃO RECURSAL.*	15	561
• *A PRECLUSÃO EXTINTIVA DO DIREITO NO PROCESSO COERCITIVO: SUAS EXCLUDENTES.*	16/17	559
• *LIMITAÇÃO FUNCIONAL: MATÉRIAS DEVOLVIDAS AO CONHECIMENTO DO TRIBUNAL NA APELAÇÃO*	18	515
• *DA POSSIBILIDADE DO JULGAMENTO DA CAUSA MADURA* EM SEDE DE EMBARGOS INFRINGENTES	19	467
RICARDO SILVEIRA RIBEIRO		
• *CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: UMA REVISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL.*	10	281

	Núm.	p.
RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS		
• *A JUSTIÇA MILITAR NO OLHO DO FURACÃO.*	01	407
• *O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.*	02	161
• *O USO ALTERNATIVO DO DIREITO PENAL PRIVADO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A SUA POSSIBILIDADE.*	04	413
ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES		
• *LIBERALISMO E DEMOCRACIA O PARADOXO ENTRE LIBERDADE E JUSTIÇA; IGUALDADE E DIREITO.*	08	335
• *RESPONSABILIDADE CIVIL: A RESSARCIBILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO.*	11	367
ROBERTO MAGALHÃES		
• *O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS.*	06	381
ROBERVAL ROCHA FERREIRA FILHO		
• *LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO: NÃO APLICAÇÃO DE PRECLUSÕES PROCESSUAIS À REFORMACIO IN MELIUS*	19	481
ROMUALDO MARQUES COSTA		
• *PUNIBILIDADE E NORMA PENAL.*	01	131
• *PUNIBILIDADE E CONCEITO DE CRIME.*	02	134
• *PUNIBILIDADE E CONCEITO DE PENA.*	03	455
ROQUE DE BRITO ALVES		
• *ALGUNS ASPECTOS DA PROVA EM MATÉRIA CRIMINAL.*	12	565
• *INIMPUTABILIDADE PENAL POR ANORMALIDADE MENTAL.*	14	495
ROSA CÍCERO CORREIA		
• *HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.*	18	547

	Núm.	p.
ROSA MARIA A. NERY		
• *O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.*	04	101
ROSÂNGELA ARAÚJO VIANA		
• *A RESSOCIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA O PROGRESSO DO DIREITO NO BRASIL.*	02	419.
• *A HISTÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO EM PERNAMBUCO*	*19*	*505*
RUY TREZENA PATU JÚNIOR		
• *CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM.*	01	421
• *MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. ALTERNATIVAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONVENCIONAL.*	02	272
• *A ESSÊNCIA, A ÉTICA DO CONTRATO DE TRABALHO. UM BREVE ENSAIO CRÍTICO SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO PELA ORDEM JURÍDICA*	03	469
• *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR.*	04	544
• *SISTEMA DE DEFESA SOCIAL INTEGRADO: POR UM CONTROLE DA CRIMINALIDADE MAIS ARTICULADO E PRÓXIMO DA COMUNIDADE.*	14	503
SAMUEL HORÁCIO DE OLIVEIRA		
• *JUROS ELEVADOS: INCONSTITUCIONALIDADE E LESÃO NOS CONTRATOS.*	09	343
SANTIAGO REIS		
• *VOTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE EXISTÊNCIA E DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO, CUMULADA COM PARTILHA DE BENS*	14	635
SÁVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA		
• *A IMPRENSA E O JUDICIÁRIO.*	02	393
SAULO RAMOS		
• *REFORMA DO JUDICIÁRIO - EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.*	09	367

	Núm.	p.
SOLANGE SOUTO		
• *FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.*	04	435
• *A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DE INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.*	05	079
SÉRGIO BERMUDES		
• *A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.*	06	391
SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA		
• *A MENOR DE CATORZE ANOS E O DELITO DE ESTUPRO.*	04	429
SÉRGIO TORRES TEIXEIRA		
• *A CRIAÇÃO DO DIREITO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE.*	08	367
• *ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O JULGAMENTO DE AÇÃO INDENIZATÓRIA.*	13	385
SIDNEY SANCHES		
• *ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.*	03	511
SÍLVIO NEVES BAPTISTA		
• *ENSAIO SOBRE A TEORIA DO FATO DANOSO.*	02	177
• *CONCEITO DO DIREITO CIVIL.*	07	545
• *A FORÇA OBRIGATÓRIA DOS CONTRATOS E A IMPREVISIBILIDADE EXTRAORDINÁRIA.*	16/17	573
STELLA MARIA MENDES GOMES DE SÁ LEITÃO		
• *UMA PROMESSA DE VIDA OU A ÚLTIMA CHANCE PARA O MEIO AMBIENTE?*	08	389
TEODOMIRO NORONHA CARDOZO		
• *SENTENÇA PENAL.*	10	427
• *DA REPRESENTAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL.*	11	399

	Núm.	p.
• *SENTENÇA CRIMINAL.*	13	517
• *SENTENÇA DE PRONÚNCIA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO.*	14	661
• *SENTENÇA PENAL E PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. CRIME HEDIONDO. CONCURSO DE PESSOAS.*	18	613
• O PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE E A TELEOLOGIA DA APLICAÇÃO DA PENA	19	543
TERENCE DORNELLES TRENNEPOHL		
• *CONTRIBUIÇÃO À DISCUSSÃO ACERCA DA POSSIBILIDADE DO MANEJO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA*	18	569
THALLES FIGUEIREDO SOARES DA SILVA		
• *AUTO-APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS TRANSAÇÕES PELO COMÉRCIO ELETRÔNICO NA "INTERNET".*	15	573
THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES		
• *PENHOR MERCANTIL: POSSIBILIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO PELA TRADIÇÃO SIMBÓLICA DA COISA EMPENHADA.*	11	409
THIAGO DE OLIVEIRA ANDRADE		
• *DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS : A REALIDADE JURÍDICA DIANTE DA VIRTUALIDADE DOS NOVOS TEMPOS*	14	559
VALÉRIA MARIA CAVALCANTI LINS LEMOS		
• *A CRIMINALIDADE FEMININA E SUAS ESPECIFICIDADES.*	03	527
• *A QUESTÃO DA "NOVA CRIMINALIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO.*	04	449

	Núm.	p.
• *AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLÓGICO: INTERPRETAÇÃO E EXPOSIÇÃO CRÍTICA - ELEMENTOS INTERESSANTES PARA O DIREITO.*	06	405
• *OS JOGOS VIRTUAIS VIOLENTOS E SUA RELAÇÃO COM A CRIMINALIDADE NA ADOLESCÊNCIA.*	12	599
VALÉRIA RÚBIA SILVA DUARTE		
• *ALIMENTOS E SUA EXECUÇÃO: ASPECTOS GERAIS.*	06	425
• *SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL.*	09	485
• *SENTENÇA CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL.*	11	543
• *AS NORMAS E OS USOS OU CONVENCIONALISMOS SOCIAIS.*	13	425
• *A PROTEÇÃO DO ESTADO À UNIÃO ESTÁVEL COMO ENTIDADE FAMILIAR E A GARANTIA DO DIREITO DE HERANÇA.*	14	583
VERÔNICA MARIA BEZERRA GUIMARÃES		
• *A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE.*	13	443
VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA		
• *QUESTÕES SOBRE A HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.*	04	467
• *A INSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL.*	06	457
• *FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.*	07	563
• *CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE MORALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.*	08	403
• *PERFIL CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.*	11	423
WALBER DE MOURA AGRA		
• *INFLUÊNCIA SOFISTA NA FILOSOFIA DO DIREITO..*	10	331
• *A CRISE DA NACIONALIDADE NO TEXTO CONSTITUIÇÃO DE 1988.*	13	465

	Núm.	p.
• *LIMITES AO PODER DECORRENTE.*	14	607
• *PÓS-MODERNIDADE, CRISE DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO E CRISE NA LEGITIMAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL*	19	575
WELITON SOUSA CARVALHO		
• *INTERROGATÓRIO DO RÉU À LUZ DA CONSTITUIÇÃO*	13	495
ZÉLIA MARIA LUCENA DE MENDONÇA		
• *OUVIDORIA JUDICIÁRIA – MECANISMO DE APROXIMAÇÃO DO JUDICIÁRIO COM A SOCIEDADE.*	12	613
ZÉLIO FURTADO DA SILVA		
• *O CONTEÚDO SOCIOLÓGICO NA CRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.*	02	79
• *A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO BRASILEIRO.*	03	539
• *ASPECTOS SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS.*	05	469
• *DESAPROPRIAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 12 DA M. P. Nº 1.632 E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.*	07	593
• *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO.*	10	359

ESMAPE - BIBLIOTECA
340.05
P-01
EMPRÉSTIMO