

ISSN 1983-8662

Revista do CEJ

**Centro de Estudos Judiciários
Tribunal de Justiça de Pernambuco**

Ano I – n. 2 – dezembro 2008



Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano.
Av. Desembargador Guerra Barreto, n. 200, 4º andar/Norte,
Joana Bezerra, Recife-PE.
www.cej.tjpe.jus.br

Ficha Técnica

Título: Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários

Editora: Tribunal de Justiça de Pernambuco

Capa: Micheliny Freitas Pessoa e Hélder Arroxelas Carapeba

Diagramação e Revisão e Impressão: Gráfica e Editora Real Ltda.

Ano: I

Nº de edição: 2

2ª edição: 1.500 exemplares

ISSN: 1983-8662

Revista do CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Ano I, n. 2. Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco. [2008].

Semestral

ISSN: 1983-8662

1. Direito – Periódico. 2. Centro de Estudos Judiciários – Artigos. I. Brasil. Tribunal de Justiça de Pernambuco.



Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Diretoria

Biênio 2008/2010

Desembargador Ricardo de Oliveira Paes Barreto

Diretor

Juiz Alexandre Freire Pimentel

Vice-Diretor

Juiz José André Machado Barbosa Pinto

Coordenador de Cursos de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento

Juiz Sílvio Romero Beltrão

Coordenador de Eventos Científicos e Culturais

Juiz André Vicente Pires Rosa

Coordenador de Divulgação Científica e Cultural

Juíza Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz

Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural

Juiz Carlos Damião Pessoa Costa Lessa

Coordenador de Projetos e Pesquisas

Juíza Nalva Cristina Barbosa Campello

Coordenadora Adjunta de Projetos e Pesquisas

Juiz Carlos Frederico Gonçalves de Moraes

Coordenador de Desenvolvimento do Patrimônio Científico e Cultural



Comissão Editorial

Presidente

Alexandre Freire Pimentel

Membros

André Vicente Pires Rosa

Ivo Dantas

João Maurício Adeodato

Nelson Saldanha

Equipe técnica: Maria de Lourdes Rosa Soares Campos
Elizabeth Gil Rodrigues
Mariana de Andrade Santos Dias
Gerlany Lima da Silva

Sumário

Apresentação

Alexandre Freire Pimentel.....06

Futebol, violência urbana e impunidade

Ailton Alfredo de Souza.....08

Limites do poder normativo do CNJ quanto à prescrição das sanções de censura e remoção compulsória de magistrados

Alexandre Freire Pimentel.....13

Reprodução humana assistida e filiação

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz..... 33

“Relativização” da coisa julgada e embargos à execução fundados na inconstitucionalidade do título executivo - art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil

Catarina Vila-Nova Alves de Lima.....65

Da competência da execução judicial das decisões do Tribunal de Contas na comarca do Recife

José Viana Ulisses Filho.....95

***Spread* bancário no Brasil: suas determinantes e conseqüências**

Nalva Cristina Barbosa Campello.....103

Legitimação extraordinária passiva: um novo modelo compositivo coletivo

Ricardo de Oliveira Paes Barreto.....127

Brevíssimas anotações à Lei 11.719, de 20 de junho de 2008

Teodomiro Noronha Cardozo.....137

Apresentação

A Revista do Centro de Estudos Judiciários (CEJ) do Tribunal de Justiça de Pernambuco mantém a linha editorial estabelecida pelo Diretor da Instituição, Desembargador Ricardo Paes Barreto de Oliveira, isto é, concentra artigos de magistrados do Poder Judiciário Estadual que versam sobre temas de interesse prático dos juízes.

Apresentar a segunda edição da Revista do CEJ representa um verdadeiro prêmio para alguém que integra a atual administração, sobretudo porque designa o alcance antecipado de uma meta de gestão, à medida que este número está a ser lançado ainda no primeiro ano de criação do periódico, que se propõem a circular semestralmente. Na verdade, a Revista foi idealizada nos primórdios do ano em curso pelo Eminentíssimo Diretor, porém, sua edificação exigiu incursões sobre meandros do direito educacional sem as quais o intento não teria logrado êxito. Neste particular contamos com a colaboração gratuita do Professor Doutor João Maurício Adeodato, que apontou os procedimentos a serem seguidos.

Instituir um periódico e, mais ainda, indexá-lo, desde a primeira edição, numa lista internacional coordenada pelo MEC, constitui trabalho árduo, cuja finalização não teria sido atingida sem os esforços e dedicação da Secretária do Centro, Sra. Lourdinha Campos. São dela os méritos pela inclusão deste periódico nos cadastros do Ministério da Educação, sobretudo a introdução na lista: "International Standard Serial Number", com o ISSN: 1983-8662, sem qualquer ônus financeiro para o Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Considerando a inserção da Revista do CEJ no indexador internacional padrão para publicações seriadas, os magistrados pernambucanos passaram a dispor de novo canal editorial para divulgação de suas idéias perante membros da magistratura local e nacional.

Para facilitar a pesquisa dos temas de maior interesse do leitor, todos os artigos são precedidos de resumo do conteúdo temático versado no vernáculo nacional e, também, com tradução para a língua inglesa, porquanto a distribuição do periódico abrangerá os mais elevados tribunais brasileiros, fato que possibilitará a consulta por juízes e juristas estrangeiros.

A presente edição contará com mil e quinhentos exemplares, estando a evidenciar o trabalho intelectual dos membros da magistratura pernambucana para um público leitor de qualidade inquestionável, fazendo emergir trabalhos que lidam sobre os seguintes temas: direito desportivo; limites do poder normativo do CNJ quanto à prescrição das sanções de censura e remoção compulsória de magistrados; reprodução humana assistida e filiação; relativização da coisa julgada em embargos à execução fundados na inconstitucionalidade do título executivo; competência da execução judicial das decisões do Tribunal de Contas na comarca do Recife; *spread* bancário no Brasil, suas determinantes e conseqüências; legitimação extraordinária passiva enquanto um novo modelo compositivo coletivo; e, enfim, sobre as alterações promovidas no procedimento do processo penal em decorrência da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008.

São essas as discussões que o leitor encontrará nesta edição.

Recife, 21 de novembro de 2008.

Alexandre Freire Pimentel

Futebol, violência urbana e impunidade

Ailton Alfredo de Souza¹

Resumo: O Futebol é a expressão maior da arte para o brasileiro, portanto a violência urbana causada por grupos de torcedores não se coaduna com essa percepção. Havia tolerância da sociedade e do Poder Público aos atos de violência nos estádios até a criação do Juizado do Torcedor. As penas alternativas aplicadas são fruto de período de pesquisas em vários estados da federação e alguns países que apontou as diversas faces da violência nos estádios e a real possibilidade de combatê-la. Parcerias entre governos de todos os entes federados, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Nacional do Ministério Público, Defensoria e Confederação Brasileira de Futebol e federações estaduais serão fundamentais.

Palavras-chave: Futebol. Violência urbana. Juizado do Torcedor.

Abstract: The Football is the greatest expression of art for the Brazilian, so urban violence caused by groups of fans does not square with that perception. There was tolerance of society and public authorities to acts of violence in the stadiums until the establishment of the Court of Torcedor. The alternative sanctions applied are the result of period of research in various states of the federation and some countries pointed out that the various sides of the violence in stadiums and the real possibility of

¹ Juiz Coordenador do Juizado do Torcedor-JETEP. Especialização em Ciências Criminais pela UFPE. Mestrando em Direito Processual Penal pela UNICAP.

fighting it. Partnerships between governments of all federal entities, the National Council of Justice, National Council of Public Prosecution, Defense and Brazilian Football Confederation and state federations will be key.

Key words: Football. Urban violence. Court of Torcedor.

“O futebol é o *ballet* dos pobres”, sentenciou o fotógrafo Sebastião Salgado. Essa feliz expressão do consagrado artista brasileiro se encaixa, perfeitamente, com a percepção que o povo brasileiro, em geral, tem do futebol. De fato, o povo brasileiro enxerga o futebol como a expressão máxima da arte. Futebol Arte, então, seria a marca registrada do nosso futebol, segundo cronistas especializados e a “*vox populi*”. Mesmo em tempos de escassez dos chamados “craques” em nossos clubes, o desejo de ver e aplaudir o “futebol arte” domina todos os cronistas e bons torcedores.

Seguindo essa máxima, de que o nosso futebol é uma expressão artística, como compreender a violência urbana nos estádios de futebol? Como explicar os verdadeiros atos de vandalismo, agressões físicas, incentivos as mais diversas modalidades de crimes e contravenções penais contra a paz pública? Atos de torcidas organizadas ou de guerrilhas urbanas?

Este artigo não pretende abordar aspectos da psicologia forense ou mesmo da criminologia para explicar as causas últimas da violência urbana nas praças desportivas brasileiras; sem olvidar a importância de tais abordagens, se debruça sobre o que, efetivamente, pode ser feito pela sociedade organizada diante de tal quadro.

Nesse aspecto, pragmaticamente falando, estou convencido de que essa onda de violência nos estádios de futebol tem origem na tolerância. Por muito tempo, as brigas entre torcedores, os atos de guerrilhas entre “torcidas

organizadas”, a apologia e incitação ao crime, a perturbação do sossego alheio e outras condutas inconvenientes e incompatíveis com a manifestação artística, foram toleradas em nossos estádios, sobretudo pela polícia judiciária, pelo Ministério Público e pelo próprio Poder Judiciário, e por que não dizer pela própria sociedade, atribuindo tais condutas a “coisas do futebol”.

Todas essas manifestações de violência explícita recebiam, apenas, o tratamento da polícia ostensiva, leia-se: Batalhão de Choque da Polícia Militar, que fazia muitas “detenções” de torcedores infratores e, logo após o término da partida, liberava os infratores, os quais, já no próximo evento desportivo, voltavam a delinquir e recebiam, mais uma vez, apenas o tratamento policial. Raros são os casos de violência da espécie em comento que foram levados à Justiça. Nem mesmo os casos de crimes de menor potencial ofensivo recebiam tratamento da polícia judiciária, a qual, quase sempre, deixava de elaborar o Termo Circunstanciado de Ocorrência e encaminhá-lo ao Juizado Criminal.

Diante desse quadro, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, em maio de 2006, em parceria com o Ministério Público, Defensoria Pública, Polícia Militar e Polícia Civil, instituiu o Juizado Especial Cível e Criminal do Torcedor, unidade judiciária autônoma, com sede fixa no Fórum Thomaz de Aquino, atuando também de forma itinerante nos estádios de futebol da Capital, nos dias de jogos.

O Juizado do Torcedor, além de cuidar das causas cíveis de menor complexidade e das infrações de menor potencial ofensivo, assim definidas na Lei 9.099/95, também atua com competência plena cível, criminal e da infância e juventude, durante a atuação itinerante do JETEP, sobre as matérias atinentes ao regime de plantão judiciário, ou seja, as medidas cautelares cíveis e criminais e procedimentos de urgência.

Uma constatação prévia merece destaque: os atos de violência ou má conduta nos estádios de futebol não são praticados, majoritariamente, por pessoas pobres e analfabetas, como sugere o *clichê* ou estereótipos sociais, mas por pessoas da classe média e com educação formal e até profissionais de nível superior.

Após dois anos de atuação, com mais de trezentos maus torcedores afastados dos estádios, a maioria prestando serviços à comunidade, nas mais diversas entidades conveniadas, se pode dizer que a experiência é positiva e que algo pode ser feito, além da indignação e revolta diante da violência.

Depois de dois anos de árdua luta dos voluntários juízes, promotores públicos, defensores, servidores e estudantes e profundo zelo profissional da Polícia Militar e Polícia Civil; depois da realização de visitas técnicas nacionais aos estados das Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul e de visitas técnicas internacionais ao Reino Unido (Londres), Espanha (Madri) e Itália (Roma), estudando as mais variadas formas de violência nos estádios de futebol e as técnicas para combatê-las, algumas conclusões podem ser anunciadas:

a) a violência urbana nas praças desportivas, notadamente nos estádios de futebol e no entorno destes, pode ser combatida com medidas preventivas e curativas alternativas à prisão do torcedor infrator;

b) a violência urbana nos estádios de futebol é multiforme, e em cada estado da federação brasileira, e mesmo em cada país, tem componentes diversos;

c) as torcidas organizadas dos clubes de futebol desempenham papel fundamental no tema pesquisado: podem atuar como voluntários na promoção da cultura da paz, ou como fomentadoras da violência;

d) há, em alguns estados da federação brasileira, relação entre torcida organizada e crime organizado, como variável prejudicial à aplicação de medidas alternativas à pena de prisão;

e) medidas de segurança, higiene e serviços de qualidade nos estádios de futebol, atuam como inibidores das causas de violência;

f) nos casos de prática de infração de menor potencial ofensivo pelo torcedor, as penas alternativas aplicáveis que guardam relação com o evento (como o afastamento temporário dos estádios) quando casadas com a participação compulsória do infrator em cursos, oficinas e vivências práticas que enfatizem a cidadania e a cultura de paz, realçam o caráter pedagógico da pena, tornando-a eficaz;

g) o Poder Judiciário, de forma articulada com os poderes Executivo e Legislativo e em parceria com o Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil e organizações não governamentais, pode atuar de forma preventiva no combate à violência nos estádios de futebol e no entorno destes.

Desde o mês de agosto de 2007, o Juizado do Torcedor vem atuando, também, preventivamente, no combate à violência no futebol, por meio da execução do Projeto Futebol Cidadão, em parceria com universidades locais, que trabalham, pedagogicamente, de forma multidisciplinar, com torcedores infratores e com membros de torcidas organizadas.

Mas, não se pode descansar nessa missão. Cada jogo é um desafio novo para o JETEP. Essa não pode ser apenas uma política de governo ou de mera gestão, tem que se tornar uma política de estado e de instituição pública. O governo e a gestão passam com os seus personalismos, mas o Estado e as suas Instituições são perenes e não dependem dessa fulanização para levar a cabo sua função social.

Limites do poder normativo do CNJ quanto à prescrição das sanções de censura e remoção compulsória de magistrados

Alexandre Freire Pimentel¹.

Sumário: 1 Introdução. 2 Limites constitucionais do poder normativo do conselho nacional de justiça para regulamentar o processo administrativo contra magistrados. 3 Da omissão legislativa do sistema disciplinar da magistratura quanto à regulação de condutas e prazos prescricionais. 4 Da inconstitucionalidade da resolução n. 30/2007-CNJ ao regulamentar a sanção de remoção compulsória para magistrados de segundo grau. 5 Fluência dos prazos prescricionais: considerações finais. Referências.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo a análise da extensão e da eficácia do poder normativo do conselho nacional de justiça no pertinente à regulamentação dos prazos prescricionais para pretensão punitiva disciplinar contra magistrados de primeiro e segundo grau de jurisdição. Ao fixar premissas no sentido de que a Constituição Federal não outorgou ao CNJ poderes para instituir sanções ou prazos prescricionais, em razão do princípio constitucional da legalidade, será procedida uma rápida e crítica leitura sobre a omissão legislativa do sistema disciplinar da magistratura em relação ao

¹ Juiz de Direito. Assessor Especial da Corregedoria Geral da Justiça. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação da ESMAPE. Vice-Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Ex-Promotor de Justiça. Mestre e Doutor em Direito pela FDR-UFPE, Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Católica de Pernambuco (graduação, especialização e mestrado) e da Faculdade de Direito do Recife (FDR-UFPE).

estabelecimento de condutas e prazos prescricionais administrativos.

Palavras-chave: Poder regulamentar. Conselho Nacional de Justiça. Prescrição. Fluência. Prazo.

Abstract: The objective of this current article is the the extension and the efficacy of Justice National Council normative power analysis, witch is pertinent of the prescripional term regulation for the disciplinary punitive pretention against first and second degree jurisdiction magistrates. When the premises are fixed in the sense of the Federal Constitution didn't grant to Justice National Council powers to institute sanctions or prescripional terms, by reason of legality constitutional principle, it will be proceeded a quick and critique reading about the legislative omission of magistracy disciplinary system regarding behavior establishment and administratives prescripionals terms.

Key words: Regulation power. Justice National Council. Prescription. Fluency. Term.

1 Introdução

O presente ensaio destina-se ao exame dos limites constitucionais do poder regulamentar do conselho nacional de justiça, especificamente, propõe-se a demonstrar que as omissões legislativas verificadas na lei orgânica da magistratura nacional, no pertinente à regulamentação das condutas que representam determinadas práticas funcionais, tornaram impositiva a incidência do sistema do Estatuto dos Servidores Públicos Federais de modo supletivo no controle censório dos juízes.

Tal mecanismo integrativo, porém, não foi capaz de suprir todas as omissões considerando a falta de correlação

entre condutas e/ou tipificações, o que acarretou distintas formas interpretativas quanto à precisão do prazo da prescrição de sanções, como a de censura, que não é prevista nem na lei n. 8.112/90.

Fundamentado no poder normativo derivado do artigo 5º, § 2º, da Emenda Constitucional n. 45/2004, o conselho nacional de justiça editou a resolução n. 30/2007-CNJ com intuito de regular o processo e o procedimento disciplinar contra magistrados. Todavia, o artigo 3º desse ato administrativo instituiu a sanção de remoção compulsória para desembargadores, quando a LOMAN a previu tão-somente para juízes de primeira instância.

No vácuo da regulamentação de sanções disciplinares e prazos prescricionais os estados da federação também resolveram legislar acerca de matérias que a Constituição Federal remeteu para a lei complementar, estabelecendo, por exemplo, o prazo da prescrição da sanção de censura. O apontamento da (in)constitucionalidade de disposições como essas constitui também objeto da análise temática deste trabalho.

2 Limites constitucionais do poder normativo do conselho nacional de justiça para regulamentar o processo administrativo contra magistrados

A lei orgânica da magistratura nacional (LOMAN) não estabeleceu critérios acerca da fluência dos prazos prescricionais das sanções administrativas aplicáveis a magistrados, nem regulamentou as condutas de alguns tipos disciplinares.

Considerando o caráter nacional da magistratura brasileira, a jurisprudência resolveu aplicar aos juízes (federais e estaduais) o regime da prescrição das sanções

disciplinares dos servidores públicos federais normatizado pela lei n. 8.112/90.

Com a instituição do conselho nacional de justiça, o processo administrativo destinado à apuração de faltas disciplinares perpetradas por juízes passou a ser regido pela resolução n. 30/2007-CNJ, que, por sua vez, inovou em matéria procedimental, ao tempo em que manteve o mesmo sistema da lei n. 8.112/90, no pertinente à prescrição e à contagem de seu prazo. Conseqüentemente, os tribunais e as corregedorias devem observar o prazo estabelecido em lei para o exercício do dever de investigar magistrados que tenham cometido faltas disciplinares, como se verá no item 5.

O fundamento de juridicidade que permite ao CNJ dispor, de modo normativo, sobre procedimento administrativo contra magistrado é, precisamente, o artigo 5º, § 2º, da Emenda Constitucional n. 45/2004. Evidentemente, que o exercício do poder normativo não pode ultrapassar o princípio da reserva legal quanto à criação de tipologia disciplinar já que a atividade administrativa, consoante o artigo 37 da Constituição Federal², deve respeitar as normas instituidoras de sanções já existentes, exceto aquelas que

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 478: “No Estado Democrático de Direito, a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa. Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares. Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo”.

padecerem de vício de constitucionalidade, pois essas já terão sido revogadas pela própria Constituição Federal³. Aliás, quando o inciso I do artigo 103-B, da Constituição, outorgou poder regulamentar ao conselho nacional de justiça, determinou, outrossim, que observasse e “zelasse” pelo estatuto da magistratura. Tal prescrição constitucional nos permite concluir, desde já, que o CNJ não pode instituir ou alterar qualquer modalidade de sanção disciplinar, isto é, não pode estabelecer tipologia abstrata e genérica similar à da lei, sobretudo quando a LOMAN não a tiver instituído, considerando tratar-se de matéria reservada ao parlamento federal.

O mesmo ocorre quanto à instituição de regras processuais, considerando que estas não se confundem com as instituidoras de meros “procedimentos”. Nessa esteira, o artigo 83 do RICNJ (regimento interno do conselho nacional de justiça) assegura que o “processo” disciplinar contra magistrado (federal ou estadual) deve obedecer ao disposto no estatuto da magistratura, inclusive no pertinente às sanções disciplinares. Noutra banda, o RICNJ, além de instituir modalidades “processuais” não previstas na lei, ainda regulou procedimentos não mencionados ou instituídos na LOMAN, e foi, precisamente, com sustentáculo no artigo 5º, § 2º, da EC n. 45/2004, que esse órgão correicional lastreou-se para, com arrimo no seu poder normativo, editar a resolução n. 30, em 07 de março de 2007,⁴ visando uniformizar as regras sobre procedimento e processo administrativos contra juízes, sem, no entanto,

³ O inciso II, do artigo 103-B, da Constituição Federal, é explícito quanto ao dever de observância do artigo 37, da mesma Carta Política, por parte do conselho nacional de justiça.

⁴ A publicação desse ato normativo ocorreu em 13 de março de 2007.

poder inovar quanto à imposição de sanções disciplinares ou alterar as competências constitucionais já estabelecidas no artigo 93 da Constituição, em razão, também, do assinalado no artigo 22, I, da mesma Carta Política⁵.

Considerando o disposto na Constituição, somente os tribunais ou os seus órgãos especiais são dotados de poderes para instaurar processo administrativo contra membros da magistratura. Noutro giro, as corregedorias gerais da justiça não gozam dessa prerrogativa, o que constitui fator de supervalorização democrática à medida que pulveriza o poder censório, fator deveras salutar ao Estado Democrático de Direito⁶.

⁵ A Resolução n. 30/2007-CNJ respeita a competência dos tribunais ou de seus órgãos especiais para a instauração de processo administrativo contra magistrado, que, sempre, será colegiada. Vejamos a redação dos incisos X e XI, do artigo 93, da Constituição Federal atribuídas pela EC n. 45/2004: “X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; XI nos tribunais com número superior a vinte e cinco julgadores, poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antigüidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno”.

⁶ Observe-se que o procedimento prévio disposto no artigo 19, da Resolução n. 30/2007-CNJ, não passa de mero *procedimento* acautelatório, sem se confundir com o *processo disciplinar*. Com base naquele *procedimento* o Corregedor Geral da Justiça pode colher elementos probatórios acerca da conduta dos juízes de primeira instância, nada mais, porquanto a Constituição Federal não outorgou aos corregedores gerais a prerrogativa de instaurarem *processos* contra magistrados.

3 Da omissão legislativa do sistema disciplinar da magistratura quanto à regulação de condutas e prazos prescricionais

Para superar o problema das omissões normativas acerca dos prazos prescricionais e do estabelecimento de condutas não previstas na LOMAN, porém capazes de ensinar a punição disciplinar dos juizes com as sanções de censura, remoção compulsória, disponibilidade e aposentadoria, a Resolução n. 30/2007-CNJ expressamente admite a aplicação subsidiária das leis n. 8.112/90 e n. 9.784/99⁷. Dessa forma, tentou-se apresentar o sistema de processo disciplinar contra magistrados como um mecanismo dotado de verdadeira fenda cognitiva que serve de elo integrativo com outras regras jurídicas visando o seu fechamento hermético, porquanto, em razão da incidência supletiva de outras leis, pode-se, com base nelas, colmatar possíveis lacunas ou superar eventuais omissões⁸. Mas, em

⁷ A resolução n. 30/2007 reforça a aplicação subsidiária dessas duas leis de caráter geral, conforme disciplina o artigo 24: “Aplicam-se aos procedimentos disciplinares contra magistrados, subsidiariamente, as normas e os princípios das Leis n.ºs 8.112/90 e 9.784/99”; No mesmo sentido, dispõe o art. 83, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça: “O processo disciplinar instaurado contra magistrado obedecerá ao procedimento ditado no Estatuto da Magistratura, inclusive no que concerne à aplicação pelo Conselho das penas disciplinares respectivas, aplicando-se, no que não for incompatível, a Lei nº 8.112/90 e Lei nº 9.784/99.”

⁸ O Princípio do fechamento hermético do sistema jurídico é respaldado por varias leis do nosso ordenamento. Primeiramente, o artigo 4º da lei de introdução ao código civil diz: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”; Na mesma esteira, dispõe o artigo 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as

razão do caráter nacional da magistratura brasileira, bem como em atenção à especificidade do assunto relativo à instituição de normas de caráter punitivo, não é possível perpetrar-se a integração do ordenamento omissivo através da legislação estadual.

Em todo caso, o processo administrativo punitivo objetiva a tutela da disciplina e da conduta ética do juiz. Pressupõe, conseqüentemente, a quebra desses valores e designa um mecanismo de acesso direto à justiça pelo Estado em prol da sociedade civil e do próprio Estado, que tem o poder/dever de apurar e punir os que cometem ilícitos disciplinares ainda que no exercício da função judicante⁹. Porém, há de se garantir sempre ao acusado os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, bem como ao imperativo de que a inocência é presumida até o advento de condenação final transitada em julgado¹⁰, sobretudo

havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

⁹ PIMENTEL, Alexandre Freire. Súmula vinculante nº 05 do STF. Princípios constitucionais e a defesa técnica no processo disciplinar contra magistrado: uma garantia de acesso à justiça. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley. (Coord.) *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Podivm, 2008. p. 16.

¹⁰ NUNES, Adeildo. *Administração pública: princípios, controle e processo*. Recife: Bagaço, 2001, p. 93; COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 209-212: "O controle jurisdicional-constitucional da Administração Pública no Estado Social de Direito não pode ser simplesmente uma investigação do cumprimento de formalidades extrínsecas da lei, senão, e principalmente, um controle substancial da não-violação e da implantação, pela administração, dos grandes vetores constitucionais"; Acertadamente, Paulo Magalhães da Costa Coelho, defende com ênfase e rigor que o controle sobre a Administração Pública há de atentar para o efetivo cumprimento dos princípios e valores constitucionais.

porque a noção de inquérito administrativo, isto é, procedimento de investigação sem dialogicidade é figura do passado, antidemocrática e impossível com a atual ordem constitucional¹¹. Isto se deve ao entrelaçamento do processo administrativo com a Constituição, o que faz também incidir como parâmetro da conduta dos juízes e, maiormente, dos órgãos censórios do poder judiciário os preceitos constantes do artigo 37 da Constituição Federal¹².

Considerando toda essa garantia procedimental, o código de ética da magistratura nacional, em seu artigo 23, limita a atuação do poder correicional ao prescrever que as atividades disciplinares de correição e de fiscalização sobre os juízes devem ser exercidas com o devido respeito e consideração pelos correicionados. Esse verdadeiro princípio da dignidade humana do juiz investigado reforça a possibilidade de fechamento do ordenamento jurídico para que as omissões do sistema disciplinar da magistratura nacional sejam supridas com a recorrência a outros

¹¹ Acertadamente, Egberto Maia Luz considera o inquérito administrativo como verdadeira excrescência processual disciplinar, não podendo ser confundido com o processo administrativo disciplinar. Sua progênie etimológica remonta ao latim e deriva de *inquaerere*, que, além de designar inquirir e pesquisar, traduz mesmo a idéia de inquisicionar, isto é, demonstra que a atuação de determinado órgão administrativo estatal inspira-se na *inquisição* com certa e iniludível intenção de condenação premeditada; MAIA LUZ, Egberto. *Direito administrativo disciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 120.

¹² De realçar-se que, lamentavelmente, tem prevalecido na jurisprudência o equivocado entendimento pelo qual o juiz só responde perante a lei de improbidade administrativa enquanto estiver a atuar no exercício de atividade administrativa, restando excluídos de incidência dos dispositivos da lei n. 8.429/92 em hipótese de atuação estritamente jurisdicional. A prevalecer esse crasso erro, ter-se-á de admitir que um juiz pode ser processado e condenado por ilícito disciplinar de corrupção passiva, e apesar disso, não lhe poderá ser atribuída a pecha de ímprobo.

instrumentos legislativos, desde que também detenham caráter nacional.

4 Da inconstitucionalidade da resolução n. 30/2007-CNJ ao regulamentar a sanção de remoção compulsória para magistrados de segundo grau

Quanto à tipificação das condutas que ensejam punições disciplinares, a LOMAN apenas legislou acerca do atuar do juiz que é considerado suficiente às sanções de advertência, censura e aposentadoria compulsória¹³. Quanto à

¹³ Neste sentido dispõem os artigos 43 e 44 da LOMAN: “Artigo 43. A pena de advertência aplicar-se-á reservadamente, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo. Artigo 44: A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave”; A Resolução nº 30/2007-CNJ, por sua vez, copiou as disposições desses dois artigos da LOMAN no seu artigo 2º: “O magistrado negligente no cumprimento dos deveres do cargo está sujeito à pena de advertência. Na reiteração e nos casos de procedimento incorreto, a pena será de censura, se a infração não justificar punição mais grave”; Já o artigo 56 da LOMAN dispõe: “O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado: I - manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.”; A Resolução n. 30/2007-CNJ mais uma vez incorporou a LOMAN, e no seu artigo 5º apenas substituiu o superado conselho nacional da magistratura, que nunca saiu do papel, pelo conselho nacional de justiça; Acerca das atividades desempenhadas pelo extinto conselho nacional da magistratura (CNM), José Adércio Leite Sampaio anotou que, à época, vários, porém inócuos, foram os louvores à nova instituição, todavia eles se perderam no tempo e na história ante a posterior constatação de sua ineficiência; SAMPAIO, José Adércio Leite. *O conselho nacional de justiça e a*

disponibilidade e remoção compulsória, não há previsão acerca do ato praticado pelo magistrado, a LOMAN, art. 45, e a Constituição Federal, art. 93, VIII, apenas pressupuseram que os tribunais considerassem a existência de “*interesse público*” enquanto premissa para a aplicação dessas sanções.

Mas especificamente em relação à sanção de *remoção compulsória*, a resolução n. 30/2007-CNJ foi mais além do que poderia, atuando, como diria Pontes, em inequívoca inconstitucionalidade, considerando que a previu como sanção aplicável a magistrados de segunda instância, bem como por haver discriminado as hipóteses de *interesse público* capaz de justificá-la, quando a LOMAN omitira-se e a Constituição também não é expressa a respeito da definição do interesse público justificador da punição. O poder normativo ou regulamentar do CNJ não lhe confere a atribuição de legislar para instituir sanções, sobretudo quando a LOMAN não o fez e quando a Constituição Federal outorgou à lei complementar tal atribuição e, ainda, porque estabeleceu a Carta Política ao conselho nacional de justiça que “zelasse” pela observância do estatuto da magistratura¹⁴.

independência do judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 240; Contreiras de Carvalho, por sua vez, anotou que a função precípua do CNM recaía sobre uma desejada fiscalização sobre os desembargadores, que, lamentavelmente, também não exorbitou as margens do papel no qual a lei fora insculpida; CARVALHO, A. A. Contreiras de. *Lei orgânica da magistratura nacional interpretada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 98.

¹⁴ MIRANDA, Pontes. *Comentários à Constituição 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 316-317: “Se o regulamento cria direitos ou obrigações novas, estranhas à lei, ou faz reviver direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações ou exceções, que a lei apagou, é inconstitucional.”; No mesmo sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 180: “Nem favor nem restrição que já não se contenham previamente na lei regulamentada podem ser agregados pelo regulamento.”

Observemos os dispositivos respectivos numa e noutra norma:

LOMAN	Resolução n. 30/2007-CNJ
<p>Art. 45 - O Tribunal ou seu órgão especial poderá determinar, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto e pelo voto de dois terços de seus membros efetivos¹⁵:</p> <p>I - a remoção de Juiz de instância inferior;</p> <p>II - a disponibilidade de membro do próprio Tribunal ou de Juiz de instância inferior, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço.</p>	<p>Art. 3º O magistrado será removido compulsoriamente, por interesse público, quando incompatibilizado para o exercício funcional em qualquer órgão fracionário, na seção, na turma, na câmara, na vara ou na comarca em que atue.</p>

Quando o artigo 3º da resolução n. 30/2007-CNJ mencionou a incompatibilidade do magistrado “[...] *em qualquer órgão fracionário, na seção, na turma, na câmara, na vara ou na comarca em que atue*”, não resta dúvida que atingiu juízes de segundo grau de jurisdição, pois a regra não se refere a juízes que estejam a atuar em substituição a desembargadores. É interessante observar que a resolução n. 30/2007-CNJ (artigo 1º, § 1º) seguiu a LOMAN no particular de restringir a aplicação das sanções de advertência e censura tão-somente a magistrados de primeiro grau, todavia não manteve a mesma simetria no tocante à remoção compulsória¹⁶. Em

¹⁵ Este dispositivo está revogado, em parte, pela Constituição Federal, que passou a exigir o *quorum* de maioria absoluta dos membros dos tribunais ou de seus órgãos especiais (art. 93, X, com redação atribuída pela EC n. 45/2004).

¹⁶ Estatui o artigo 1º, § 1º, da Resolução n. 30/2007-CNJ, que: “Aos magistrados de segundo grau não se aplicarão as penas de advertência e de censura, não se incluindo nesta exceção os Juízes de Direito Substitutos em segundo grau; O Conselho Nacional de Justiça, neste caso,

matéria de punição disciplinar não é outorgado ao poder regulamentar do CNJ instituir sanção a magistrados, pelas razões já vistas, assim como não podem imperar, no âmbito administrativo-disciplinar, métodos de interpretação extensiva ou analógica, salvo se para beneficiar o sujeito passivo da relação processual e, repita-se, se a norma supressora detiver caráter nacional. Ora, a Constituição Federal, art. 93, VIII, previu a possibilidade de incidência da sanção de remoção, disponibilidade e aposentadoria para “magistrado”, no entanto, outorgou à lei complementar da magistratura nacional a competência para dispor sobre o assunto, logo, sendo a LOMAN omissa, a disposição do artigo 3º da resolução n. 30/2007-CNJ constitui flagrante agressão ao princípio constitucional da reserva da lei (complementar). É norma existente, porém inválida à medida que não pode irradiar eficácia jurídica sem malferir a Constituição Federal. Como diria Marcos Bernardes de Mello: é espécie de ato ilícito¹⁷.

seguiu o artigo 42, parágrafo único da LOMAN: “As penas de advertência e de censura somente são aplicáveis aos Juizes de primeira instância.”

¹⁷ A validade pressupõe não só a existência, mas a licitude do ato: “[...] o ato jurídico inválido, ele próprio, já configura uma categoria especial de ato ilícito [...] somente os atos jurídicos lícitos passam pelo plano da validade, onde o direito faz a triagem entre os válidos e os não-válidos (= inválidos). A ilicitude invalidante nasce, exatamente, nesse plano, onde incidem as normas jurídicas de eficácia invalidante. O ato jurídico ingressa no plano da existência simplesmente como ato jurídico. O ser válido ou inválido apura-se apenas no plano da validade, onde, precisamente, incidem as normas jurídicas cuja eficácia se resume à invalidação dos atos jurídicos (= normas jurídicas invalidantes)”; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da validade. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 18.

Tudo isso decorre do caráter nacional da magistratura brasileira, que, por sua vez, também irradia vício de inconstitucionalidade a leis ou atos normativos locais que impõem restrições às ausências dos juízes das respectivas comarcas, pois, não dispondo a LOMAN sobre o assunto, não podem os estados-membros legislar em caráter supletivo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal é unânime ao constantemente declarar inconstitucionais atos de Conselhos de Magistratura estaduais que condicionam a ausência do magistrado a prévio aviso ou, o que é ainda pior, à autorização de órgãos censórios.¹⁸

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2753/CE. Requerente: Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, DF, 29 de abril de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=2753&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 nov. 2008: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. MAGISTRADO: RESIDÊNCIA NA COMARCA. CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA: REGIMENTO INTERNO: RESTRIÇÃO IMPOSTA À LOCOMOÇÃO DO MAGISTRADO: RI/Conselho Superior da Magistratura do Ceará, art. 13, XII, e. C.F., art. 93, VII. LOMAN, Lei Complementar 35/79, art. 35, V. I. - Recepção, pela CF/88, da LOMAN, Lei Orgânica da Magistratura, Lei Complementar 35/79. C.F., art. 93. II. - Residência do magistrado na respectiva comarca: matéria própria do Estatuto da Magistratura: C.F., art. 93, VII; LOMAN, Lei Complementar 35/79, art. 35, V. III. - Regimento Interno do Conselho Superior da Magistratura do Ceará, art. 13, XII, e: restrição quanto à liberdade de locomoção dos magistrados: necessidade de autorização para que os juízes residentes nas comarcas e circunscrições judiciárias do Estado possam delas se ausentar: inconstitucionalidade. IV. - ADI julgada procedente.”

5 Fluência dos prazos prescricionais: considerações finais

As sanções de censura, remoção compulsória e aposentadoria, são previstas na LOMAN e na resolução n. 30/2007-CNJ, porém não têm os seus prazos prescricionais fixados. O prazo da prescrição da pretensão punitiva inicia-se a partir da data em que o fato se tornar conhecido (lei n. 8.112/90, art. 142, § 1º) e, uma vez instaurado o procedimento, o Estado tem cento e quarenta dias para o concluir, caso contrário o prazo da prescrição volta a correr novamente – por inteiro e por uma única vez¹⁹.

Essa omissão legislativa tem ocasionado o inconveniente problema da divergência de interpretação quanto ao prazo adequado a ser imputado ao membro do judiciário que praticar conduta subsumida pelo tipo do artigo 42 da LOMAN c/c artigo 1º da resolução n. 30/2007-CNJ²⁰. Necessária, então, a recorrência à lei n.

¹⁹ Segundo pacífica construção pretoriana do Supremo Tribunal Federal, atinge-se o prazo de cento e quarenta dias a partir da interpretação dos artigos 142, 152 e 167 da Lei n. 8.112/90. (Confira-se: RMS nº 23436/DF, Relator Ministro Marco Aurélio, In: DJ 15/10/99). A jurisprudência do STJ adota o mesmo entendimento, como se constata no julgamento do MS 8418/DF Ministro Gilson Dipp, In: DJ 09/06/2003; Aliás, sempre que o procedimento administrativo for concluído dentro dos 140 dias, isto é, após a decisão de procedência da demanda disciplinar dentro desse interregno, o prazo da prescrição também volta a fluir, só que da sanção em concreto; Interessa registrar, ainda, que o Supremo Tribunal Federal já consagrou o entendimento de que a prescrição administrativa somente se interrompe uma vez, mas volta a ter curso numa dessas duas hipóteses acima descrita.

²⁰ BRASIL. Lei complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF, 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Lcp/Lcp35.htm>. Acesso

8.112/90 para se estabelecer os parâmetros da prescrição das sanções disciplinares de magistrados, a partir do seu artigo 142, cujo conteúdo é o seguinte:

Art. 142 A ação disciplinar prescreverá:
I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;
II - em 2 (dois) anos, quanto à suspensão;
III - em 180 (cento e oitenta) dias, quanto à advertência.

Das seis sanções instituídas na LOMAN, art. 42, não foram abrangidas pelo artigo supra as de censura, remoção compulsória e aposentadoria. Alguns estados federados, como o de Goiás e do Maranhão, suprimiram a omissão através dos seus códigos de organização judiciária, regulamentando o prazo da prescrição das sanções em questão. De um modo geral, tem-se adotado o prazo de dois anos para as penalidades de censura e remoção compulsória, e de cinco anos para as hipóteses de aposentadoria e

em: 14 out. 2008: “Art. 42 - São penas disciplinares: I - advertência; II - censura; III - remoção compulsória; IV - disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço; V - aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço; VI - demissão. Parágrafo único - As penas de advertência e de censura somente são aplicáveis aos Juízes de primeira instância.”; A Resolução n. 30/2007-CNJ copiou o dispositivo acima transcrito e referendou as sanções impostas pela LOMAN, como se verá a seguir, porquanto o seu poder normativo não é tão amplo a ponto de permitir-lhe dispor sobre matéria reservada à lei. Vejamos, como dispõe o artigo 1º, da Resolução n. 30/2007-CNJ: “São penas disciplinares aplicáveis aos magistrados da Justiça Federal, da Justiça do Trabalho, da Justiça Eleitoral, da Justiça Militar, da Justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios: I - advertência; II - censura; III - remoção compulsória; IV - disponibilidade; V - aposentadoria compulsória; VI - demissão.”

disponibilidade de magistrados. O código de organização judiciária de Pernambuco, todavia, é omissivo no tocante, não só aos prazos, mas, também quanto à estipulação das condutas capazes de ensejar as sanções disciplinares capituladas no parágrafo anterior. A supressão dessa fenda é de suma importância à medida que porá fim às dissidências hermenêuticas (judiciais e administrativas) sobre o assunto. Entretanto, como se obtemperou acima, segundo a Constituição Federal, a regência da matéria é de competência exclusiva da lei complementar federal. Logo, o método integrativo há de se restringir à legislação federal, pois o Supremo Tribunal Federal tem sido constante ao asseverar o caráter nacional da magistratura, bem como tem anulado atos do conselho nacional de justiça que, por exemplo, consideraram válidas regras do COJ-PE que dispunham sobre matéria não regida na LOMAN, precisamente com base nesse argumento. Logo, a supressão do lapso em análise há de ser feita pela lei federal, e não pela estadual.

Ao cabo, permitir a punição de magistrados a bem do interesse público, contudo sem capitular o que se deve entender como tal, consiste em atribuir discricionariedade decisória disciplinar, o que malfere o princípio da vinculação da decisão disciplinar ao preceito tipológico-legal e põe em cheque o Estado Democrático de Direito.

Neste viés, o STJ, com acerto, supre a ausência de regra sobre o prazo da prescrição da sanção de censura para magistrados (na LOMAN e na lei n. 8.112/90) usando o método analógico, com base na sanção de suspensão prevista no estatuto dos servidores públicos federais. De fato, o artigo 130, da lei n. 8.112/90, prevê a punição de servidor federal com suspensão quando houver reincidência de conduta punível com advertência, daí a justificação da analogia. A restrição para suprimir a lacuna, tão-somente em norma

federal, serve, ainda, para evitar tratamento diferenciado a magistrados, risco que se apresentaria como insuperável se cada estado da Federação pudesse legislar a respeito²¹.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 13439. Recorrente: Raymundo Belém do Nascimento Britto Passos Pinheiro. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 29 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200100909110&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 14 nov. 2008: “ADMINISTRATIVO. MAGISTRADO ESTADUAL. PENALIDADE. CENSURA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. LEGISLAÇÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI Nº 8.112/90. GARANTIA. UNICIDADE. TRATAMENTO. MAGISTRATURA NACIONAL. I - A Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN é silente acerca da prescrição administrativa das penalidades nela previstas. Nessa hipótese, o Superior Tribunal de Justiça decidiu ser possível a aplicação analógica da Lei nº 8.112/90 a magistrado federal. Na ocasião concluiu, também, que o lapso a ser observado em relação à pena de censura, previsto no referido Estatuto da Magistratura, seria semelhante àquele relativo à pena de suspensão, elencada no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União. II - O art. 93 e seguintes da Constituição da República, além de fixarem os princípios, garantias e deveres básicos inerentes aos magistrados, remeteram à lei complementar federal a disciplina das demais questões inerentes à magistratura. III - **Preocupação demonstrada, pelo Constituinte, no sentido de conceder tratamento isonômico a todos os integrantes da magistratura nacional, sejam eles juízes vinculados à União ou aos Estados-membros.** IV - **A questão da prescrição das penalidades cometidas por magistrado, sem dúvida, por estar diretamente ligada ao exercício do cargo, é matéria a ser tratada no Estatuto da Magistratura. Entretanto, por ser a atual legislação vigente omissa quanto a esse aspecto e, sendo necessário o tratamento uniforme da matéria, é aplicável subsidiariamente o Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, ainda que se trate de juiz estadual.** V - Interpretando o artigo 142 e demais artigos relativos ao tema, insertos na Lei nº 8.112/90, o Supremo Tribunal Federal concluiu que, embora haja a interrupção da prescrição com a instauração do processo administrativo, recomeçará o início da fluência do lapso prescricional quando ultrapassados 140 (cento e quarenta) dias sem que tenha havido a conclusão do processo disciplinar, porquanto esse seria o prazo legal para seu término.” (Sem saliência no original.)

Referências

BRASIL. Lei complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Brasília, DF, 14 de março de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 14 out. 2008

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 13439. Recorrente: Raymundo Belém do Nascimento Britto Passos Pinheiro. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, DF, 29 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200100909110&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 14 nov. 2008

CARVALHO, A. A. Contreiras de. *Lei orgânica da magistratura nacional interpretada*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAIA LUZ, Egberto. *Direito administrativo disciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*. Plano da validade. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Pontes, em *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

NUNES, Adeildo. *Administração pública: princípios, controle e processo*. Recife: Bagaço.

PIMENTEL, Alexandre Freire. Súmula vinculante nº 05 do SFT. Princípios constitucionais e a defesa técnica no processo disciplinar contra magistrado: uma garantia de acesso à justiça. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Podivm, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O conselho nacional de justiça e a independência do judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Reprodução humana assistida e filiação

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz¹

Sumário: Introdução. 1 Novos paradigmas da filiação. 2 O disciplinamento legal das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil: a necessidade urgente de regulamentação. 3 A filiação decorrente da reprodução humana assistida. 3.1 A filiação na reprodução assistida homóloga. 3.2 A filiação na reprodução assistida heteróloga. 3.3 A filiação decorrente da gestação de substituição. Conclusões. Referências.

Resumo: Os avanços médico-científicos e a disseminação das técnicas de reprodução humana assistida tornaram necessária a imposição de limites éticos e jurídicos à utilização das mesmas, tendo como principal limitador o princípio da dignidade humana. As técnicas de reprodução humana assistida provocaram transformações no Direito de Família, principalmente no que concerne à filiação, já que o biologismo deixou de ser seu critério absoluto, passando a ser igualmente relevante o critério da efetividade. A inexistência de legislação específica no Brasil sobre a matéria da reprodução humana assistida dificulta a solução de conflitos de paternidade e maternidade que podem surgir quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, considerando que os dispositivos do Código Civil em vigor que tratam da matéria ainda são insuficientes para abranger a gama de situações geradas, conforme se pretende demonstrar, no presente trabalho.

¹ Especialista e Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professora de Direito Civil da FAPE e da ESMape. Juíza de Direito Substituta da Capital. Coordenadora Adjunta de Divulgação Científica e Cultural do Centro de Estudos Judiciários do TJPE.

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida. Dignidade da Pessoa Humana. Necessidade de regulamentação. Filiação.

Abstract: The scientific advances in medicine and the dissemination of the human assisted reproduction techniques had made necessary the imposition of ethical and legal limits to their use, considering the dignity of the human being as the main reason for such limit. The human assisted reproduction techniques had caused transformations in the Family Law, especially in the filiation's area. The biologic factor is not the absolute criterion any longer and the affective aspect had become equally important. The inexistence of specific legislation about the human assisted reproduction in Brazil turns it difficult to reach a solution for assisted paternity or maternity conflicts. The norms of the Civil Code are insufficient to solve such problems, that intends to demonstrate in this work.

Key words: Assisted Human Reproduction. Necessity of specific legislation. Dignity Of The Human Being. Filiation.

Introdução

A cada dia nos quedamos perplexos com os avanços da biotecnologia e da engenharia genética. São anunciados clones de animais, utilização de células-tronco no tratamento de doenças, criopreservação de gametas e embriões, fertilização *in vitro*, barrigas de aluguel, enfim, experiências que se relatadas há alguns anos, não passariam de mera ficção científica.

Tamanha revolução, em face de sua rapidez, atropelou a reflexão ética e algumas sólidas instituições jurídicas, despertando uma série de indagações que ainda estão sem resposta, tais como, quando começa a vida, a manipulação genética fere a dignidade humana? A descoberta de novas curas justifica o sacrifício de alguns valores?

No que tange à reprodução humana assistida, desde que nasceu o primeiro bebê de proveta (na Inglaterra, em 1978) quase que diariamente temos alguma nova notícia neste campo. O direito à procriação é reconhecido na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em Paris, em 10 de dezembro de 1978, como direito inerente à espécie humana. A Constituição Federal Brasileira de 1988, por sua vez, também reconhece o direito à procriação, quando trata do respeito ao direito à vida, o incentivo à pesquisa e ao desenvolvimento científico e, ainda, no capítulo VII, do título VII, no qual estabelece competir ao casal a livre decisão quanto ao planejamento familiar. Ressalte-se, ainda, que o desejo de procriar também se relaciona com o princípio da dignidade humana na medida em que se pode dar continuidade a si próprio na figura do filho, legando-lhe o nome, os valores, o patrimônio econômico e genético.²

Ocorre que, diante do avanço científico das técnicas de reprodução humana assistida e dos abusos que vêm sendo noticiados nos veículos de comunicação, é urgente a regulamentação da matéria, embora se reconheça a dificuldade de a lei acompanhar a evolução médica, pelo menos para minimizar os conflitos éticos e jurídicos que vêm surgindo.

² FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. São Paulo: Renovar, 2005. p. 2.

Podemos citar, por exemplo, as questões envolvendo maternidade e paternidade que, com a utilização de tais técnicas, geraram dúvidas hoje não solucionadas pelas normas existentes no Código Civil em vigor.

Os princípios antes tidos como absolutos, tal como o de que a maternidade é sempre certa, foram relativizados. Outrossim, quais as responsabilidades, para o direito de família, do doador do sêmen ou da doadora do óvulo, em relação ao indivíduo gerado com seu material genético? A maternidade deve ser atribuída à gestante ou a fornecedora do material genético em caso de cessão do útero? O erro médico pode acarretar a desconstituição da filiação? Todas as entidades familiares podem se utilizar das técnicas de reprodução humana assistida?

São estas e outras indagações que pretendemos analisar no decorrer da presente exposição, diante das normas e princípios que atualmente norteiam o direito de família, a fim de contribuir para o debate sobre o tema.

1 Os novos paradigmas da filiação

Desde a Constituição de 1988 operou-se uma verdadeira revolução no Direito de Família. O Direito Civil afastou-se da concepção individualista tradicional e conservadora elitista da época das codificações do século passado.³

A norma fundamental consagrou a igualdade entre os filhos, proibindo qualquer discriminação. Os filhos

³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo código civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 106.

antes chamados de legítimos porque oriundos de relação matrimonial possuem os mesmos direitos daqueles oriundos das mais diversas espécies de entidades familiares, sejam biológicos ou não. Através desta nova orientação, prestigiou-se o princípio da dignidade da pessoa humana, resgatando-se o ser humano como sujeito de direito.⁴

O Código Civil de 2002 veio para ordinarizar o que de fato já vinha sendo estabelecido pela norma fundamental, reafirmando os valores por esta reconhecidos.

Importante destacar que, ainda que a lei fale em constância de casamento, as presunções de paternidade e de maternidade também se aplicam à união estável.

A principal reviravolta no que tange à filiação consiste no reconhecimento da afetividade como geradora da relação de filiação. O critério biológico, embora seja o preferido pela jurisprudência pátria, não pode mais ser visto como critério absoluto para a filiação. A filiação biológica não detém a supremacia sobre as demais, como bem salienta Julie Cristina Delenski:

Nada mais autêntico do que reconhecer como pai quem age como pai, que dá afeto, quem assegura proteção e garante a sobrevivência. Imperiosa encontrar novos referenciais, pois não mais se pode buscar na verdade jurídica ou na realidade biológica a identificação dos vínculos familiares. A paternidade não é só um ato físico, mas principalmente, um fato de opção, extrapolando os aspectos meramente biológicos, ou presumidamente biológicos, para adentrar com força e veemência na área afetiva.⁵

⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39.

⁵ DELENSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 12.

A questão da afetividade e da posse do estado de filho passa a ser primordial no estabelecimento da filiação e de seus consequentes direitos e obrigações. O direito de saber sua origem genética existe, evidentemente. Porém, há de se distinguir o direito à origem biológica, como direito de personalidade, com a questão da filiação. Esta não decorre mais apenas do vínculo consanguíneo, basta citar a adoção e a fecundação heteróloga.

Explica Maria Berenice Dias:

A identificação dos vínculos de parentalidade não pode mais se buscar exclusivamente no campo genético, pois situações fáticas idênticas ensejam soluções substancialmente diferentes. As facilidades que os métodos de reprodução assistida trouxeram permitem a qualquer um realizar o sonho de ter um filho. Para isso não precisa ser casado, ter um par ou mesmo manter uma relação sexual. Assim, não há como identificar o pai com o cedente do espermatozóide. Também não dá para dizer se a mãe é a que doa o óvulo, a que cede o útero ou aquela que faz uso do óvulo de uma mulher e do útero de outra para gestar um filho, sem fazer parte do processo procriativo. Submetendo-se a mulher a qualquer desses procedimentos torna-se mãe, o que acaba com a presunção de que a maternidade é sempre certa.⁶

Desta feita, a nova filiação deverá observar três princípios fundamentais: a plena igualdade entre os filhos, a desvinculação do estado de filho do estado civil dos pais e a

⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 321.

doutrina da proteção integral.⁷ Os filhos podem provir de origem genética conhecida ou não, de escolha efetiva do casamento, de união estável, de entidade monoparental ou de outra entidade familiar implicitamente constitucionalizada⁸. O que se deve ter em mente é sempre o sujeito de direito, a pessoa humana e sua dignidade.

2 O disciplinamento legal das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil: a necessidade urgente de regulamentação

Embora a reprodução humana assistida tenha se difundido bastante, as legislações ainda não conseguem disciplinar de forma satisfatória a questão, o que gera inúmeros questionamentos, situação esta agravada pela existência de poucos pronunciamentos dos tribunais sobre a matéria. Na América Latina e nos países em desenvolvimento, por exemplo, praticamente não há regulamentação ou legislação sobre o assunto.

Efetivamente, diante dos avanços médico-científicos, vem surgindo em todo mundo uma preocupação em se considerar os aspectos éticos que envolvem o tema, tarefa esta que se afigura cada vez mais difícil em face dos conflitos que se apresentam entre a evolução médico-

⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., 1999, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: De Rey, 1999. p.135-142.

⁸ LOBO, Paulo Luiz Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausulus*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2003, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 89-107.

científica e os aspectos culturais, filosóficos e religiosos de dada sociedade.

Parece que no Brasil a matéria ainda não despertou muito interesse do legislador, tanto que atualmente não existe lei que regulamente reprodução humana assistida, o que demonstra um incompreensível descaso diante da magnitude do tema. É considerável o número de notícias veiculadas na imprensa brasileira sobre os abusos que vêm ocorrendo com a utilização das técnicas de reprodução assistida, sem que haja um debate ético e jurídico pela sociedade, que apenas assiste perplexa a tudo, em nome da evolução científica.

Talvez, esta falta de legislação específica ocorra pela ainda considerada escassa realização das técnicas de reprodução humana assistida, proporcionalmente ao número de partos ocorridos no país, embora haja um crescimento anual vertiginoso⁹ e pelo fato de tais procedimentos serem realizados, na maioria dos casos, em clínicas particulares, sem atingir, de forma satisfatória, a rede pública de saúde¹⁰,

⁹ SALOMONE, Roberta. *Revista Veja*, a. 38, n. 37, p. 108-109, 12 jul. 2006: Devido à popularização das técnicas de inseminação artificial, entre 1978 - quando nasceu Louise Brown (o primeiro bebê de proveta do mundo) - e 2000, dobrou nos Estados Unidos a quantidade de famílias com filhos gêmeos, e aquelas com trigêmeos e quadrigêmeos multiplicaram-se por sete. No hospital Albert Einstein, em São Paulo, a taxa de partos múltiplos no ano de 2005 foi o dobro, em relação a 2000.

¹⁰ Atualmente, são poucos os hospitais que realizam as técnicas de reprodução humana assistida, tais como o Hospital das Clínicas de São Paulo, o Hospital Perola Byngton, os quais têm mais de 10 mil casais na fila de espera. O Hospital das Clínicas da Universidade Estadual de Campinas chegou a oferecer o serviço, que foi interrompido devido ao alto custo dos remédios, que não são financiados pelo SUS.

com alto custo para os interessados, diante da realidade econômica da população brasileira¹¹.

É imprescindível, porém, que a legislação sobre o tema no país seja aprovada. Em maio de 2001, a revista *Veja* anunciou que já nasceram mais de 300.000 (trezentos mil) bebês de proveta, sendo que 7.000 (sete mil) deles no Brasil; que no Brasil existem cerca de 20.000 (vinte mil) embriões congelados; que 200 embriões brasileiros foram adotados nos últimos cinco anos; e que 99% das mulheres estéreis já podem ser mães.¹² Portanto, é urgente a promulgação de lei que regulamente essas hipóteses.

A situação legislativa atual no Brasil é a existência de normas do Código Civil em vigor insuficientes para solucionar a gama de problemas que o tema apresenta e normas deontológicas previstas na Resolução n. 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, aplicadas aos profissionais médicos, sem previsão de qualquer sanção penal para suas condutas.

Na esteira da Resolução, surgiram alguns projetos de lei sobre a matéria, tais como o Projeto de Lei n. 3.638/93, do Deputado Luiz Moreira e o Projeto de Lei n. 2855/97, do Deputado Confúcio Moura, os quais, na realidade, transcrevem as disposições constantes da Resolução n. 1358/92, sem muito acrescentarem quanto aos efeitos jurídicos da utilização das técnicas de reprodução assistida.

¹¹ Em média, o custo por ciclo de FIV - Fertilização *in vitro* - realizado é de R\$ 5,8 mil reais e, com a inclusão dos gastos com medicamento, dependendo da complexidade do caso, pode perfazer a quantia de R\$ 8 mil até mais de R\$ 20 mil reais. Disponível em: <www.cosmo.com.br>. Acesso em: 30 set. 2008.

¹² CARELLI, G. Tudo por um filho. *Revista Veja*, São Paulo, a. 34, n. 18, p.108-115, 09 maio 2001.

Outrossim, tramita há quase dez anos no congresso o Projeto de Lei n. 90/99, do Senador Lúcio Alcântara, que trata da matéria de maneira ampla, mas pelos entraves burocráticos brasileiros, ainda não saiu do papel. O projeto encontra-se no seu segundo substitutivo, após parecer da Comissão de Assuntos Especiais do Senado Federal, aprovado em 20 de março de 2003.

Podemos citar, ainda, o advento da Lei n. 8.974, de 05 de janeiro de 1995, conhecida por Lei de Biossegurança, que estabeleceu normas para o uso das técnicas de engenharia genética, a qual, no seu artigo 13, inciso I, proibiu quaisquer manipulações de células germinativas humanas, inclusive prevendo como crime tal conduta, visando evitar a clonagem humana e a eugenia. Diante de tal lei, o Conselho Nacional de Saúde editou a Resolução n. 196/96, que dispõe sobre normas e diretrizes regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos, a qual foi posteriormente complementada pela Resolução n. 303/00, do mesmo órgão, para introduzir o tema da reprodução humana.

Mais recentemente, foi promulgada a Lei n. 11.105/05, chamada Lei de Biossegurança, que revogou a Lei n. 8.974/95. O art. 5º, de tal diploma legal,¹³ permitiu,

¹³ BRASIL. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF, 28 de março de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em: 14 nov 2008: “Art. 5º - É

para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, produzidos por fertilização *in vitro*, mediante algumas condições.

No entanto, tal dispositivo foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, proposta pelo Procurador Geral da República, para o qual o artigo supra referido viola os artigos 5º, caput, §1º, inciso III da Constituição Federal, encampando a tese de que a vida humana acontece na, e a partir da, fecundação.

No último dia 29 de maio do corrente, o Supremo Tribunal Federal, num julgamento histórico, por maioria, decidiu pela constitucionalidade da lei, permitindo, assim, a pesquisa científica com embriões.

Note-se que tal diploma legal contém apenas um artigo que se refere à reprodução assistida, não regulamentando, portanto, a matéria.

Desta feita, atualmente, a única norma que trata do tema de maneira específica é a Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, disciplinando mais especificamente a conduta dos médicos, que, baseada na Lei n. 3.268, de 1957, e Decreto n. 44.045, de 1958, introduz as

permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados nos respectivos procedimentos, atendidas as seguintes condições: I – que sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3(três) anos ou mais, na data de publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. §1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. §2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e pesquisa. §3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9434, de 4 de fevereiro de 1997.”

Normas Éticas para Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida.

Não há qualquer outra legislação específica que introduza normas de natureza jurídica sejam civis ou penais, o que é um absurdo, já que as clínicas ficam livres para realizar os procedimentos sem que haja qualquer previsão legal, principalmente no que tange aos aspectos criminais. Assim, pode o médico violar a norma ética e ser punido administrativamente pelo seu órgão de classe, mas não penalmente, se não há um tipo penal que se adeqüe a sua conduta.

A Resolução n. 1.358/92 prevê que as técnicas de reprodução humana assistida têm papel auxiliar na resolução de problemas de infertilidade (art. 1º), devendo ser utilizadas quando as técnicas terapêuticas restarem infrutíferas. Ou seja, o profissional médico não deve, por exemplo, utilizar a técnica apenas porque um casal, embora fértil, deseje gestação múltipla.

Outro requisito para utilização da técnica é que não haja grave perigo para a saúde do paciente ou para o possível descendente, o que evita, assim, a realização de experiências. É realizado o diagnóstico genético pré-implantacional como forma de evitar que doenças hereditárias sejam transmitidas, tratando-se, portanto, de uma intervenção terapêutica.¹⁴ Para tais fins, a Resolução estabelece que o tempo máximo de desenvolvimento de pré-

¹⁴ CAMARGO, Leoleli. A solução no início da vida: pais usam escolha de embriões para evitar o risco de cânceres hereditários nos filhos. *Revista Veja*, São Paulo, a. 39, n. 37, p. 94-95, 20 set. 2006: A técnica vem sendo cada vez mais utilizada por casais para poupar sua prole de nascer com alguma predisposição para alguns tipos de câncer que podem ou não se desenvolver na idade adulta e freqüentemente tem cura, surgindo a indagação ética se seria correto matar vários embriões que poderiam crescer e ter uma vida normal, pela possibilidade de desenvolver doença para a qual existe tratamento eficaz?

embriões *in vitro* será de 14 (quatorze) dias. Tal prazo visa distinguir quando, para fins científicos, pode-se considerar um embrião como vida. Nos primeiros quatorze dias, portanto, trata-se de um pré-embrião e, portanto, a proteção à vida ainda seria tênue.

A informação clara e precisa também é obrigação profissional. O paciente ou o casal deverá firmar um documento de consentimento informado, do qual constarão a técnica que será empreendida, os resultados obtidos com sua utilização, as implicações biológicas, jurídicas, éticas e econômicas.

A Resolução, consoante já dito, salienta que o papel da reprodução humana assistida é auxiliar no problema da infertilidade. Diante de tal orientação é que se veda a utilização das técnicas para seleção de sexo ou de qualquer outra característica biológica do futuro filho. Permite-se, porém, que tal escolha seja feita quando, por exemplo, certa doença esteja ligada ao sexo. É o caso, por exemplo, da hemofilia, ligada ao sexo masculino. Pelas normas éticas, é possível que o casal hemofílico opte por filho do sexo feminino para evitar a transmissão de tal doença hereditária.¹⁵

¹⁵ CAMARGO, Leoleli. A solução no início da vida: pais usam escolha de embriões para evitar o risco de cânceres hereditários nos filhos. *Revista Veja*, São Paulo, a. 39, n. 37, p. 94-95, 20 set. 2006: É sabido que muitas clínicas de reprodução assistida no país, contrariando uma resolução do Conselho Federal de Medicina, testam embriões para que os pais escolham o sexo da criança; “Depois de ser pai de quatro garotos, o sonho do deputado federal Ricardo Rique era ter uma filha. Para satisfazer o marido, a atriz Kristhel Byancco, 38 anos, que **nunca teve problema algum de fertilidade**, submeteu-se à fertilização *in vitro*. Seu objetivo era escolher o sexo do bebê. Evangélica, ela vacilou na hora H. Estava preocupada com os embriões masculinos, pois descartá-los ia contra sua religião. Por sorte, dos cinco óvulos fecundados surgiram três embriões femininos, e a gravidez deu certo de primeira. Rebeca nasceu em agosto do ano passado. Os problemas éticos

O paciente casado ou que vive em união estável deve ter autorização de seu cônjuge ou companheiro, firmando o documento de consentimento informado. Aliás, a norma em questão não se refere ao tipo de entidade familiar que pode utilizar as técnicas de reprodução assistida. A Resolução permite que a mulher solteira se utilize de tal técnica desde que firme o documento de consentimento informado. De outra forma não poderia ser, tendo em vista que a própria Constituição Federal, no art. 226, reconhece, como entidade familiar, a família monoparental.

Cabe às clínicas que aplicam as técnicas de reprodução assistida manter registros das gestações, nascimentos, mal-formações de fetos ou recém-nascidos ocorridas com o emprego das técnicas de reprodução assistida e dos diagnósticos a que é submetido o material biológico humano utilizado.

Importante destacar que a referida Resolução veda a doação lucrativa ou comercial do material genético, assim como exige que as clínicas mantenham sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e pré-embriões, assim como dos receptores. Excepcionalmente, admite-se que os médicos obtenham informações sobre os doadores, mas apenas por questões de saúde, sem que seja revelada a sua identidade civil. Nada reza a Resolução sobre a possibilidade dos filhos gerados nestas condições terem acesso a tais dados.

Cabe ao médico responsável pelo procedimento fazer a escolha dos doadores, recomendando-se que a escolha seja feita de modo a garantir que o doador tenha a maior semelhança fenotípica e imunológica com o receptor.

de Kristhel foram resolvidos quando abortou naturalmente os outros dois embriões. ‘Chorei bastante antes de tomar a decisão’, diz Kristhel. ‘Mas muitos casais se separam por não conseguir o filho desejado.’”

Existe, ainda, a limitação da transferência de até quatro embriões por cada procedimento, com intuito de impedir a transferência de número grande de embriões, que aumentaria os riscos de gestações múltiplas.

Restringe-se, ainda, a participação, como doadores, daqueles que integram a equipe multidisciplinar das clínicas e os médicos nos processos de reprodução humana assistida por eles realizados. Igualmente existe restrição à participação do doador nas gestações, o qual não pode ter produzido mais de duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

Os embriões excedentes não podem ser destruídos. Devem ser preservados pelas clínicas (através da criopreservação) e os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos mesmos, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos e quando desejam doá-los.

Admite, ainda, a Resolução a utilização da chamada gestação de substituição, vulgarmente conhecida como barriga de aluguel, desde que exista um problema que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética. Exige-se que a doadora temporária do útero seja parente da doadora genética, em até segundo grau e que tal doação não tenha caráter lucrativo ou comercial.¹⁶ Entretanto, admite a

¹⁶ LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo. *Revista Veja*, a. 41, n. 18, p. 140-143, 07 maio 2008: “No Brasil, o aluguel de uma barriga é permitido somente em caráter solidário, ou seja, entre mulheres com algum vínculo afetivo e sem a presença de dinheiro. Assim determinam as normas dos conselhos regionais de medicina. Na prática, porém, a história é outra. Dos 170 centros brasileiros de medicina reprodutiva, 10% oferecem a suas clientes um cadastro de mulheres dispostas a locar seu útero – e receber por isso. Uma única clínica de São Paulo, só no ano passado, intermediou doze transações do gênero. As incubadoras humanas também podem ser facilmente encontradas na internet, em sites

Resolução, excepcionalmente, que a doadora não seja da família da receptora, mediante autorização do Conselho Regional de Medicina.

Consoante já mencionado, tais normas são de carácter meramente ético, pois não possuem força de lei, sendo patente a necessidade de lei para regulamentar matéria tão complexa e de consequências tão graves para a sociedade, diante dos abusos e falta total de controle veiculados diariamente pela imprensa.

3 A filiação decorrente da reprodução humana assistida

Com o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, surgiu a necessidade de se regulamentar as relações jurídicas decorrentes de seu emprego, em especial no Direito de Família, no que diz respeito à filiação e ao parentesco.

O Código Civil de 1916 não tratou da matéria. Já o Código Civil de 2002, embora de forma ainda insuficiente, tratou da questão da reprodução humana assistida no capítulo referente à filiação, no artigo 1597, incisos II, IV e V.

Dispõe o artigo 1597 do Código Civil:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

III – havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido

gratuitos de classificados. ‘[...] por motivos financeiros, estou disposta a alugar minha barriga para pessoas que queiram ter filhos e não podem’, anuncia uma dona de casa do interior de São Paulo. Nove meses de aluguel de uma barriga saem em média, por 40.000 reais, mas há casos em que esse valor chega a 100.000 reais.”

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Prevê, tal dispositivo, casos de inseminação artificial homóloga e heteróloga, dizendo-se homóloga aquela em que o material genético pertence ao casal, e heteróloga, aquela em que há utilização de material genético de terceiro.

Importante destacar que embora o dispositivo se refira ao casamento, por força do disposto no art. 226 da Constituição Federal, as regras devem ser aplicadas às hipóteses de união estável, reconhecida como entidade familiar.

3.1 A filiação na reprodução assistida homóloga

A filiação decorrente da reprodução humana homóloga, realizada com sêmen e óvulo do casal, não apresenta grandes discussões. Se houve o consentimento livre e informado de ambas as partes para realização do procedimento, a lei lhes atribui a paternidade e a maternidade do filho assim gerado.

Haverá, portanto, coincidência entre a filiação biológica e a filiação jurídica, nos casos em que se estabelece o vínculo socioafetivo. Isto porque nada impede que os filhos gerados pela reprodução assistida homóloga venham a ser, posteriormente, adotados.

O dispositivo em tela, portanto, atribui a paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial homóloga ao marido ou companheiro, mesmo que o

nascimento tenha ocorrido após o falecimento deste e utilizados os embriões excedentários. Se o marido consentiu na realização da inseminação artificial com seu material genético aceitou a paternidade do filho, independentemente da época de sua concepção e de seu nascimento. Desta feita, os filhos que resultarem de embriões com material genético do marido e da mulher gozam da presunção de paternidade, pois a procedência do material é conhecida.

Realizada, pois, a inseminação artificial com sêmen do marido ou companheiro, estabelece-se a relação de filiação, que não poderá ser questionada segundo a nossa lei civil.

Note-se que a resolução n. 1.358/92 acima referida exige que o casal autorize a utilização do material genético após a morte de um deles ou de ambos.

Do ponto de vista biológico, tais hipóteses não apresentam maiores indagações quanto à paternidade, já que o material utilizado pertence ao casal, de forma que o filho gerado será biologicamente filho do marido e da mulher, embora provoque discussões no âmbito do direito sucessório, considerando que o filho, fruto da inseminação artificial homóloga, pode nascer e até mesmo ser concebido após a morte de seu genitor.

Neste aspecto, adverte Caio Mario que não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte e dela participam as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão (art. 1798).¹⁷

¹⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 318, 5 v.

O Código Civil em vigor silenciou o estado civil da mulher que desejasse utilizar o material genético de seu falecido marido. O enunciado 106 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, editado em 2002, na Jornada de Direito Civil e confirmado na Jornada ocorrida em 2006 estabelece, para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a sua morte.

O intuito é evitar que surja dúvida sobre a paternidade, pois se a mulher mantém nova relação, o filho pode não ser do marido falecido, mas do seu novo marido ou companheiro. Neste caso, entendeu-se que, como preceitua a Resolução n. 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, que deve haver autorização escrita do marido, expressando seu consentimento de que seu material genético seja utilizado após sua morte.

O Enunciado 107, por sua vez, estabelece que, finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inciso IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.

Procura-se evitar o arrependimento de modo a se por em xeque sua paternidade. Portanto, ainda que se arrependa após a realização da implantação dos embriões excedentários, juridicamente será o pai do filho concebido e não poderá voltar atrás.

3.2 A filiação na reprodução assistida heteróloga

O inciso V, do artigo 1597 do Código Civil atribui a paternidade ao marido, dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que aquele tenha autorizado previamente.

Assim, autorizando a realização da inseminação artificial heteróloga na mulher com quem está casado, o marido chama para si a paternidade do filho resultante, fazendo com que incida a presunção estabelecida neste dispositivo. Embora não se trate de paternidade efetiva sob o prisma genético, juridicamente considera-se a existência de laço idêntico ao produzido pela geração natural havida no casamento com a participação dos cônjuges.¹⁸

O Código Civil não estabeleceu a forma pela qual tal autorização deve ser dada, a qual se entendeu que deve ser escrita e expressa, o que garante mais segurança ao procedimento e evita dúvidas quanto à atribuição de paternidade.

Para Paulo Luiz Netto Lobo, a lei não exige que haja autorização escrita, apenas que seja prévia, razão por que pode ser verbal e comprovada em juízo como tal.¹⁹

Alguns entendem que deve ser por escrito, por instrumento público ou particular, de maneira expressa, firmado pelo marido ou por procurador a quem ele tenha conferido poderes especiais.

O Enunciado 104 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, editado em 2002, na Jornada de Direito Civil e confirmado na Jornada

¹⁸ MATIELLO, Fabricio Zamprogna. *Código Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2005. p. 1042.

¹⁹ LOBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 53, 16 v.

ocorrida em 2006, estabelece que: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento.

Portanto, admitiu-se a manifestação implícita da vontade no curso do casamento.

Ressalta Maria Helena Diniz que a impugnação da paternidade conduzirá o filho a uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional médico e ao anonimato do doador do sêmen inoculado na mulher. Ao se impugnar a fecundação heteróloga consentida, estar-se-á agindo deslealmente, uma vez que houve deliberação comum dos consortes, decidindo que o filho deveria nascer. Esta foi a razão do art. 1.597, inciso V do Código Civil que procurou fazer com que o princípio de segurança nas relações jurídicas prevalecesse diante do compromisso vinculante entre cônjuges de assumir paternidade e maternidade, mesmo como componente genético estranho, dando-se prevalência ao elemento institucional e não biológico.²⁰

Por outro lado, é cabível a impugnação da paternidade se o marido provar que, na verdade o filho adveio da infidelidade de sua mulher, fato este que também pode ensejar a separação judicial litigiosa do casal. E neste caso, como ficaria o interesse do filho diante do sigilo do doador? Diante da legislação em vigor atualmente ficaria prejudicado.

²⁰ DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 405, 5 v.

A atribuição da paternidade ou maternidade, nos casos de inseminação artificial heteróloga, demonstra que nem sempre o biologismo deve prevalecer nas relações de filiação - tendência esta flagrantemente assumida pela jurisprudência pátria, com os exames de DNA utilizados nas ações de investigação de paternidade e negatória de paternidade, no país, tidos como prova absoluta - mas sim a relação socioafetiva que se apresenta em cada caso a ser examinado.

Na reprodução humana assistida, o desejo de ter um filho e assumir todas as conseqüências da paternidade e da maternidade é muito mais forte do que qualquer traço genético que une os pais ao filho, assim como ocorre na adoção.

A paternidade atribuída ao marido da mulher em caso de reprodução assistida heteróloga demonstra a tendência de se retirar do biologismo aquela força quase absoluta de que goza no Direito de Família, assumindo a afetividade papel igualmente de destaque.

Nem o Código Civil em vigor nem os enunciados acima expostos são suficientes para dirimir uma série de controvérsias que poderá se apresentar, diante da complexidade do tema, cabendo ao julgador, diante da proibição do *non liquet*, averiguar os princípios constitucionais a serem aplicados na solução dos conflitos que porventura surjam.

O Código Civil não previu a hipótese da utilização de sêmen de doador anônimo por mulher que pretende instituir família monoparental. Neste caso, o sigilo sobre a identidade do doador, segundo a Resolução n. 1.358/1002, deve ser mantido. Não poderá ser atribuída qualquer relação de filiação entre o filho assim gerado e o doador.

3.3 A filiação decorrente da gestação de substituição

Na maternidade de substituição, podemos ter: o material genético do casal que implantado numa terceira pessoa que cede o seu útero; material genético de terceiros, diferente do casal, implantado na cedente do útero; e, ainda, material genético do marido, com óvulo da cedente do útero.

Tais situações podem acarretar dúvidas sobre a maternidade, de modo que o princípio de que a mãe é sempre certa não se afigura mais absoluto diante das técnicas de reprodução humana assistida.

Impende distinguir maternidade de gestação. Maternidade é maternidade, já determinada; já a gestação é o estado físico gestacional. Portanto, quando falamos em gestação de substituição, tem uma razão de ser, porque estamos nos referindo à gestação, ainda não estamos determinando quem é a mãe²¹.

O Código Civil, de 2002, não tratou da filiação nos casos da gestação de substituição, embora a Resolução n. 1.358, do Conselho Federal de Medicina, tenha disciplinado a matéria desde 1992, e se tenha conhecimento de que a prática, há muito, vem sendo realizada no Brasil, inclusive com fins lucrativos, conforme já mencionado. O problema da regulamentação, porém, reside no fato do Código Civil não permitir contrato, seja ele oneroso ou gratuito, que tenha por objeto o ser humano, que seria coisificado, afrontando o princípio constitucional da dignidade humana. Heloísa Helena Barboza afirma que o artigo 199, § 4º, da Constituição Federal impede a

²¹ MEIRELES, Jussara Maria Leal de. Gestação por outrem e determinação da paternidade: “mãe de aluguel”. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE BIODIREITO, 1., Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Escola Superior da Advocacia, 2000. p. 144-153.

comercialização do corpo humano, impossibilitando também a cessão gratuita do útero por comprometer os laços jurídico-familiares.²²

A Resolução, no entanto, prevê a possibilidade dos profissionais médicos empregarem a gestação de substituição ou doação temporária do útero, como alternativa para a infertilidade. Segundo as normas éticas, tal mecanismo é passível de utilização no Brasil pelos médicos, conforme já mencionado supra, desde que a doadora temporária seja da família da doadora genética num parentesco até o segundo grau e que a doação não tenha caráter lucrativo ou comercial. Consoante já dito, admite-se que a cedente do útero não pertença à família da doadora, excepcionalmente, mediante análise pelos Conselhos Regionais de Medicina.²³

²² BARBOZA, Heloisa Helena. A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 91 *apud* GAMA, Guilherme C. Nogueira da. *A nova filiação*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003. p. 859.

²³ SÃO PAULO. Conselho Regional de Medicina. Consulta n. 43.765/2001. Relator Conselheiro Cristiano Fernando Rosa. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br>>. Acesso em: 16 mar. 2007: O Conselho Regional de Medicina de São Paulo opinou favoravelmente à realização de inseminação artificial em útero cedido por mulher sem qualquer vínculo de parentesco com a mãe biológica, desde que seguidas as seguintes recomendações: 1. Proibição compulsória do "útero de aluguel" ou qualquer forma de remuneração ou compensação financeira da mãe gestacional; 2. Consentimento esclarecido à mãe que doará temporariamente o útero dos aspectos e bio-psico-sociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, e dos riscos inerentes da maternidade; 3. Esclarecimento da impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, mesmo que diante de uma anomalia genética, salvo raras exceções autorizadas judicialmente; 4. Garantia de tratamento e acompanhamento médico e de equipes multidisciplinares se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero até o puerpério; 5. Garantia de registro da criança pelos pais genéticos, devendo esta

Diante da tal situação, como ficaria a questão da maternidade? Isto porque o direito brasileiro não contém norma jurídica expressa no sentido de estabelecer a quem seria atribuída a maternidade nestes casos: à mãe biológica ou àquela que gerou? Ou ainda, seria a encomendante ou a mãe idealizadora, quando o óvulo não pertencesse a esta?

Segundo a Resolução n. 1.358/92, a maternidade é atribuída à doadora genética. Desta forma, se um casal se utiliza de material genético próprio e o introduz no útero de outra mulher, a esposa e o marido seriam, respectivamente, a mãe e o pai da criança. A solução neste caso é a que melhor atende, já que o casal que tanto desejou ter um filho provavelmente instituirá uma relação afetiva com a criança, que na realidade é o que deve interessar e não o biologismo.

A solução não se afigura adequada, entretanto, quando se trate de um embrião formado com óvulo de uma doadora estranha ao casal e implantado em uma terceira pessoa. A doadora do óvulo seria, para os efeitos legais, segundo a resolução citada, a mãe da criança, o que não se justifica, posto que, na verdade, a relação de afetividade se instaura entre o casal que procurou a técnica e o nascido, sendo a participação da doadora apenas de auxílio, que no Brasil deve necessariamente ser gratuito. Haveria, portanto, a necessidade de a mulher realizar a adoção da criança, filha de seu marido, com a mãe biológica, estranha aos laços afetivos da família. E como ficaria a situação do marido, uma vez que inexistira a presunção de sua paternidade, pois o filho não seria de sua esposa? Da mesma forma ocorrerá quando o óvulo pertencer à própria mulher que cedeu o seu útero.

documentação ser providenciada durante a gravidez, além de "contrato" entre as partes estabelecendo claramente esta situação; 6. Encaminhamento desta documentação assinada pelas partes envolvidas, casal e doadora temporária do útero a este Regional.

O primeiro substitutivo do Projeto de Lei do Senado n. 90, de 1999, no art. 19, dispõe que:

Art. 19 - o doador e a genitora substituta e seus parentes biológicos, não terão qualquer espécie de direito ou vínculo, quanto à paternidade ou maternidade, em relação à pessoa nascida a partir do emprego das técnicas de procriação medicamente assistida, salvo os impedimentos matrimoniais.

Para Olga Jubert Gouveia Krell, esta exclusão jurídica da maternidade da mulher que gera torna a técnica da gestação de substituição polêmica entre nós, pela imagem da criança sendo retirada dos braços daquela que a carregou durante nove meses. Para a mesma, o problema pode ser resolvido atribuindo a maternidade àquela que pariu, com a possibilidade de adoção pela mãe idealizadora, desde que a mãe legal concorde.²⁴

Segundo Zeno Veloso, em caso de conflito de maternidade, tem prevalecido, na legislação comparada, o princípio de que a mãe é a que dá à luz a criança. A maternidade é legalmente estabelecida pelo parto, e não pela transmissão do patrimônio genético.²⁵

Para Cláudia Lima Marques, a lei alemã ao optar por atribuir a maternidade àquela que dá à luz, ainda que sem qualquer participação genética, é exemplo de pragmatismo, “[...] ao relativar o que não é nem paternidade biológica nem afetiva, mas sim necessário relativismo,

²⁴ KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*. Princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2007. p. 197.

²⁵ VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 155.

narração ou forma de desestimular a barriga de aluguel e a participação de terceiros pagos para tal procriação artificial”²⁶.

Segundo Sergio Ferraz, “[...] a mãe é sempre aquela que gerou o óvulo fecundado pelo sêmen”²⁷.

Já para Albertino Daniel de Melo, a gestação faz parte da evolução biológica do embrião e por isso a legislação deve optar entre atribuir a maternidade à mãe biológica ou a gestante²⁸.

É inegável que a gestação faz surgir um vínculo entre a gestante e o filho, independentemente de existir vínculo biológico entre eles. Entendemos, no entanto, que uma vez admitida pela legislação a cessão do útero, seja ela gratuita, como ato de compaixão e altruísmo, seja ela onerosa, como verdadeiro negócio jurídico de bases éticas discutíveis, deve-se estabelecer sua irrevogabilidade, quando da sua aceitação, quanto aos efeitos da maternidade em favor daquele que buscou a realização da técnica, a fim de se evitar qualquer insegurança jurídica no tocante aos aspectos da filiação. Daí a importância do consentimento livre e informado daquela que vai gestar. Esta deve estar ciente de que, ainda que desenvolva laços de afetividade

²⁶ MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em direito brasileiro: direito pós-moderno à descoberta da origem? In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord). *Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000, passim.

²⁷ FERRAZ, Sergio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*: uma introdução. Porto Alegre: Fabris, 1991. p. 58.

²⁸ MELO, Albertino Daniel de. Filiação biológica: tentando diálogo direto - Ciências. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord). *Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 8-10.

com o filho que carrega, uma vez tendo se submetido à técnica, não será mãe para efeitos legais.

Entretanto, atualmente, na ausência de lei específica, a tendência da doutrina e da jurisprudência brasileira é considerar como mãe, para os fins de registro e de efeitos sucessórios, aquela que teve o parto, admitindo-se que a doadora do óvulo realize a adoção, com a concordância da genitora. Já os tribunais americanos têm optado, na ausência de disposição contratual, já que lá se é permitida tal prática, por atribuir a maternidade àquela que encomendou.²⁹

Vale ressaltar que o segundo substitutivo do Projeto de Lei 90/99, do ano de 2003, veda expressamente, em seu art. 3º, a prática da gestação de substituição, orientação esta seguida pela maioria das legislações estrangeiras.³⁰

Os problemas gerados pela gestação de substituição ainda se afiguram nos casos de relacionamentos homoafetivos, em que teríamos o filho com dois pais ou duas mães. Embora seja crescente o número de adeptos ao entendimento de que as relações homoafetivas também são protegidas pela Constituição Federal, o mesmo ainda não é pacificamente consagrado na doutrina e na jurisprudência brasileira. É certo que, na seara da adoção, já se vem admitindo a realização da mesma por homem ou mulher solteira homossexual, figurando no registro o nome de apenas um pai ou de uma mãe.

Assim, os aplicadores do direito, diante da lacuna existente, devem solucionar as questões atinentes à

²⁹ BARBAS, Estela M. de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 144.

³⁰ Na França, na Suíça, na Suécia, na Espanha e em Portugal, por exemplo, a prática é vedada.

maternidade na gestação de substituição à luz dos princípios constitucionais da dignidade humana, da proteção à família e da paternidade responsável, buscando concretizar o fim social da lei e fazer prevalecer os interesses do filho.

Conclusões

As técnicas de reprodução humana, sem dúvida, desde o primeiro bebê de proveta, passaram por um processo evolutivo magnífico, de forma a solucionar problemas de infertilidade e realizar o desejo de procriar.

Ocorre que o direito não foi capaz de acompanhar tantas transformações e se adequar à nova realidade, sendo necessário impor limites éticos e jurídicos a fim de respeitar sempre a dignidade da pessoa humana, posto que o ser humano não pode ser coisificado.

No que concerne à filiação, o Código Civil em vigor contém previsão legal: sobre a inseminação homóloga, das pessoas casadas, com presunção de paternidade em relação ao marido da mulher casada; sobre a inseminação heteróloga, que pode até ser realizada *post mortem*, desde haja autorização do marido, ao qual será atribuída a paternidade. Destaque-se a aplicação de tais normas aos casos de união estável.

É patente, no entanto, a insuficiência de normas para regulamentar o que vem ocorrendo no país, tais como a prática da cessão de útero, sobre a qual inexistente disposição legal quanto à maternidade, socorrendo-se o julgador dos princípios constitucionais e do Direito de Família, em especial o de proteção à família e o do melhor interesse da criança e do adolescente.

A utilização das técnicas de produção humana assistida, portanto, representa um desafio para o Direito de

Família, diante dos conflitos de paternidade e maternidade que pode acarretar. Não é possível deixar sem solução tais conflitos, tendo em vista a proteção integral a crianças e adolescentes, o princípio da afetividade e o direito à origem genética, como direito de personalidade.

Assim, a necessidade de consideração jurídica dos valores bioéticos se torna primordial para a tutela dos valores humanos fundamentais, de modo que o desafio maior é estimular o desenvolvimento da ciência, mas reprimi-lo quando a dignidade da pessoa humana sofrer qualquer ameaça.

Referências

BARBAS, Estela M. de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998.

BARBOZA, Heloisa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1., Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.135-142.

BARBOSA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2003, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.135-142.

CAMARGO, Leoleli. A solução no início da vida: pais usam escolha de embriões para evitar o risco de cânceres hereditários nos filhos. *Revista Veja*, São Paulo, a. 39, n. 37, p. 94-95, 20 set. 2006.

CARELLI, G. Tudo por um filho. *Revista Veja*, São Paulo, a. 34, n. 18, p.108-115, 09 maio 2001.

DELENSKI, Julie Cristine. *O novo direito de filiação*. São Paulo: Dialética, 1997.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004. 5 v.

FERNANDES, Silvia da Cunha. *As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica*. São Paulo: Renovar, 2005.

FERRAZ, Sergio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

GAMA, Guilherme C. Nogueira da. *A nova filiação*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Das relações de parentesco. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coordes.). *Direito de família e o novo código civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução Humana assistida e filiação civil*. Princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2007.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Código civil comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. 16 v.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausulus*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3., 2003, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 89-107.

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a soldo. *Revista Veja*, a. 41, n. 18, p. 140-143, 07 maio 2008.

MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre o teste de paternidade através do exame de DNA em direito brasileiro: direito pós-moderno à descoberta da origem? In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coord.). *Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MATIELLO, Fabricio Zamprogna. *Código Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2005.

MEIRELES, Jussara Maria Leal de. Gestação por outrem e determinação da paternidade: “mãe de aluguel”. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE BIODIREITO, 1., 2000, Porto Alegre. *Anais...* Porto Alegre: Escola Superior da Advocacia, 2000. p. 144-153.

MELO, Albertino Daniel de. Filiação biológica: tentando diálogo direto - Ciências. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (Coordenador). *Grandes temas da atualidade*. DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 8-10.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004. 5 v.

ROSA, Cristiano Fernando. Consulta n. 43765/2001 do Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br>>. Acesso em: 16 mar. 2007.

SALOMONE, Roberta. *Revista Veja*, a. 38, n. 27, p. 108-109, 12 jul. 2006.

VELOSO, Zeno. *Direito brasileiro da filiação e da paternidade*. São Paulo: Malheiros, 1997.

“Relativização” da coisa julgada e embargos à execução fundados na inconstitucionalidade do título executivo - art. 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil

Catarina Vila-Nova Alves de Lima¹

Sumário: Introdução. 1 Evolução legislativa dos embargos fundados no reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo STF. 2 Natureza jurídica do instituto: hipótese de inexigibilidade? 3 Supremacia da Constituição X Intangibilidade da Coisa Julgada: premissa verdadeira? 4 Presunção da constitucionalidade do art. 741, parágrafo único, do CPC até ulterior manifestação do Supremo Tribunal Federal. 5 Conclusão – um ajuste racional na aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC em nome da harmonia do sistema constitucional-processual

Resumo: O objetivo do presente trabalho é estudar a regra gravada no art. 741, parágrafo único, do CPC, apresentando os fundamentos para justificar sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro, as críticas que se apresentam ao referido dispositivo, a natureza jurídica do instituto, seu âmbito material e temporal de aplicação, dentre outros aspectos. Nesse contexto, será dada ênfase para a coisa julgada e para a eventual repercussão de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma que tenha servido de fundamento jurídico para a sentença judicial, notadamente, após o seu trânsito em julgado.

¹ Juíza de Direito Substituta da Comarca de Jaboatão dos Guararapes, Mestrado em Direito Público pela UFPE, ex-Professora da Escola da Magistratura de Pernambuco da Disciplina Direito Administrativo.

Palavras-chave: Coisa Julgada. Inconstitucional. Supremo Tribunal Federal. Art 741 do Código de Processo Civil.

Abstract: The main goal of the present project is to analyze the norm created with the introduction of article 741, first clause of the Civil Procedure Code. This work will specify the reasons that supported its inclusion in the Brazilian legal system, as the critics disposed against the abovementioned article, its juridical nature, the material and time limits imposed to its application, among other aspects.

In this context, the project will emphasize the effect of a definitive judgment and the repercussion of an occasional pronouncement of the Supreme Court regarding the constitutionality or not of the norm that served as juridical foundation to the judicial ruling in question, specifically after its definitive judgment.

Key words: Definitive judgment. Unconstitutional. Supreme Court. Article 741, first clause of the Civil Procedure Code.

Introdução

Após o advento da Lei nº 11.232, 19 de dezembro de 2005, que cuidou de uma das etapas da reforma do processo de execução, especificamente, a que se refere ao título executivo judicial, o artigo 741, do CPC passou a disciplinar especificamente *os embargos à execução de sentença contra a Fazenda Pública*. Caracterizam-se os embargos à execução fundados no reconhecimento da inconstitucionalidade do título pelo Supremo Tribunal Federal (art. 741, parágrafo único, do CPC) como mecanismo de “relativização” da coisa julgada.

O instituto da coisa julgada é uma das pilastras sobre a qual se assenta a atividade do Poder Judiciário, sendo considerado subprincípio do Estado Democrático de Direito. Com efeito, o instituto vem sendo debatido de maneira intensa, por se entender necessária a desconsideração ou, como se tornou mais corriqueiro, a “relativização” da coisa julgada, independentemente, do uso da ação rescisória.

As construções teóricas sobre a “relativização” da coisa julgada, nos moldes expostos no presente trabalho, remontam ao final da última década do século XX, portanto, encontram-se em estágio embrionário, se comparadas com a história do Direito.

Com efeito, “relativização” da coisa julgada pode significar a modificação, por via legislativa, dos contornos da coisa julgada, bem como das situações autorizadoras da rescisão e dos meios de revisão do instituto. De outro turno, a expressão pode assumir o sentido de ampliação, independentemente de previsão legal, das hipóteses de cabimento de rescisão dos julgados, ora concedendo maior extensão ao alcance das normas postas referentes à ação rescisória, ora mediante a desconstituição da coisa julgada fora dos limites temporais e situações taxativamente previstas pelo sistema processual pátrio.

Censura-se a expressão sob o argumento de que constituiria um eufemismo, ou seja, figura lingüística representada pelo emprego de palavra mais agradável com o intuito de suavizar ou minimizar a conotação conferida por outra locução menos agradável.² Aduz-se que os defensores da tese da relativização, na verdade, pretenderiam a desconsideração da coisa julgada “como se ela não tivesse existido”.³

² NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004. p. 505-506.

³ *Ibidem*, p. 505.

Ainda nesse conjunto, critica-se o uso da referida terminologia, porquanto não haveria fundamento lógico a ampará-la diante do modelo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, visto que a coisa julgada há muito não é vista como absoluta, de forma a exigir que, de algum modo, torne-se relativa. Na verdade, como bem salienta o processualista Barbosa Moreira, no âmbito do sistema processual civil pátrio, existe a ação rescisória o que denota a relatividade do instituto.⁴ “Não faz sentido que se pretenda ‘relativizar’ o que já é relativo”, diz o respeitado processualista.⁵

Encontra-se, outrossim, a utilização de uma gama de expressões para designar o fenômeno da relativização. Na doutrina, apresenta-se o emprego dos vocábulos: **desconstituição, desconsideração, revisão, flexibilização, reavaliação, desmistificação**, dentre outros, como sinônimos ou, pelo menos, acepções possíveis para a palavra “relativização”.⁶

⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, a. VI, n. 33, jan./fev. 2005. Rio de Janeiro: Síntese, 2005, p. 5-28.

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, a. VI, n. 33, jan./fev. 2005. Rio de Janeiro: Síntese, 2005, p. 5.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.) *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003, p.184; MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. Coop.: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 13; BERALDO, Leonardo de Faria. A relativização da coisa julgada que viola a Constituição. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (Coord.) *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003, p. 137.

Ao lado da expressão "relativização", apresenta-se a locução “coisa julgada inconstitucional”. Ao leigo, podem parecer sinônimas e, embora, estejam relacionadas ao mesmo fenômeno, na verdade, esta expressão designa a hipótese de cabimento daquela.

1 Evolução legislativa dos embargos fundados no reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo STF

O artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil foi acrescentado originariamente ao diploma processual pela medida provisória nº 1997-37, de 11.04.2000, sendo a última reedição da espécie legislativa a que corresponde ao nº 2.180-35, de 24.08.2001, passando a estabelecer nova hipótese de “inexigibilidade” do título executivo judicial.⁷

Segundo a redação originária do art. 741, caput, do CPC, na execução fundada em título judicial, os embargos somente poderiam versar sobre as matérias ali apresentadas, acrescentando o seu parágrafo único que seria inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Como já referido, após o advento da Lei nº 11.232, 19 de dezembro de 2005, que cuidou de uma das etapas da reforma do processo de execução, especificamente, a que se refere ao título executivo judicial, o art. 741, do CPC passou a disciplinar especificamente os embargos à execução de sentença contra a Fazenda Pública. Em razão das

⁷ ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 330.

controvérsias interpretativas, oriundas da redação truncada do comentado dispositivo, observou-se mudança em seu texto, passando a dispor, na parte final, que a inexigibilidade do título judicial verifica-se quando este fundar-se em “aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal”. Sobre as repercussões da aludida reforma legislativa, trataremos mais adiante.

Nessa abertura, importa ainda destacar a fonte legislativa, em termos de direito comparado, onde se buscou inspiração para o dispositivo em comento.

Foi no direito alemão que se encontraram os alicerces para a regra contida no art. 741, parágrafo único, do CPC. Trata-se do § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão (Bundesverfassungsgericht).⁸

Coube a Gilmar Ferreira Mendes⁹ a sugestão *de lege ferenda* introduzir-se norma semelhante no sistema

⁸ MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 304: (1) É legítimo o pedido de revisão criminal nos termos do Código de Processo Penal contra a sentença condenatória penal que se baseia em uma norma declarada inconstitucional (sem a pronúncia de nulidade) ou nula, ou que se assenta em uma interpretação que o Bundesverfassungsgericht considerou incompatível com a Lei Fundamental. (2) No mais, ressalvado o disposto no § 92 (2), da Lei da Bundesverfassungsgericht ou uma disciplina legal específica, subsistem íntegras as decisões proferidas com base em uma lei declarada nula, nos termos do § 78. É ilegítima a execução de semelhante decisão. Se a execução forçada tiver de ser realizada nos termos da disposição do Código de Processo Civil, aplica-se o disposto no § 767 do Código de Processo Civil. Excluem-se as pretensões fundadas em enriquecimento sem causa”.

⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único). In: *Revista de Processo*, a. V, n. 29, maio/jun. 2004, p. 6-7: O processualista Humberto Theodoro Júnior atribui-se a “paternidade” da inovação legislativa – ou, pelo menos, considera-se a

processual brasileiro, capaz de assegurar a ilegitimidade de processo de execução fundado em título, objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁰

Convém destacar que o paradigma adotado, ou seja, o § 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal alemão, preserva os efeitos pretéritos da coisa julgada, impedindo, tão somente, a execução futura de título executivo, fundado em norma inconstitucional. Nesse contexto, destaque-se o entendimento de Leonardo Greco:

Entretanto, o ilegítimo legislador governamental, com o sectarismo que o caracterizou nos últimos anos, importou a regra pela metade, ou seja, permitiu o bloqueio da execução, mas não garantiu a manutenção intacta dos efeitos pretéritos da coisa julgada. Também omitiu o legislador governamental a ressalva de que não cabe qualquer repetição do que tiver sido recebido com base na lei posteriormente declarada inconstitucional.¹¹

fonte inspiradora desta. Após traçar breve registro histórico de suas colaborações sobre o tema, afirma que o art. 741, parágrafo único surgiu “[...] justamente para tornar expresso o que vínhamos sustentando, ou seja, a coisa julgada não impede que, em embargos à execução de sentença, se argua a inconstitucionalidade da sentença exequenda.”

¹⁰ MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 260 *apud* ASSIS, Araken de. *Eficácia da coisa julgada inconstitucional*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.), *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003, p. 220-221.

¹¹ GRECO, Leonardo. *Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 05 out. 2005.

É por essa razão que o processualista Araken de Assis defende que o “[...] desaparecimento da base legal da condenação se passa no plano da eficácia, apagando-lhe o efeito executivo”. Acrescenta a noção de que a procedência dos embargos não desconstituirá o título, tampouco ensejará a reabertura do processo, limitando-se a tornar inadmissível sua execução. Por todos esses fundamentos, nega o cabimento da ação rescisória nessa hipótese – título fundado na inconstitucionalidade reconhecida pelo STF – ou, dito de outra forma, relega o caráter rescisório deste instrumento.¹²

2 Natureza jurídica do instituto: hipótese de inexigibilidade?

Com efeito, a expressão “inexigibilidade” ressoa imprópria, pois, tradicionalmente, este termo é empregado para referir-se à impossibilidade de execução de título, em razão da obrigação nele consubstanciada, ainda encontrar-se sujeita a termo ou condição.¹³

Segundo Eduardo Talamini as razões que levaram à utilização da nomenclatura, foi “[...] uma tentativa (inútil e atécnica) do ‘legislador’ de enquadrar a nova hipótese de

¹² ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 330.

¹³ MEDINA, José Miguel Garcia. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. Coop. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 72: “[...] não se está diante, propriamente, de inexigibilidade, pois a exigibilidade diz respeito à atualidade da dívida; Nesse mesmo sentido: ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003, p. 221: “[...] autoriza embargos baseados na ‘inexigibilidade’ do título. Não se cuida da atualidade do crédito, relacionada com o inadimplemento do condenado, mas à inexecutibilidade do próprio título”.

embargos em alguma das categorias já existentes, para assim diminuir as censuras e resistência à inovação.”¹⁴

Nesse contexto, com a denominada inexigibilidade ou ineficácia do título judicial, conforme a sistemática agora adotada pelo Código de Processo Civil, diferentemente da ordem tradicional aplicada aos embargos à execução – segundo a qual, apenas a falta ou nulidade da citação, como questões anteriores à sentença, poderiam ser alegadas –, passou-se a admitir a veiculação de matéria anterior à formação do título executivo judicial, alheia aos mencionados vícios.

Com o advento da multireferida norma, fica atenuado o princípio da intangibilidade da coisa julgada, na medida em que a interposição dos embargos poderá se dar, mesmo fora do período de dois anos, dentro do qual seria cabível a ação rescisória.¹⁵

Não parece compatível com o modelo processual brasileiro consagrar-se e admitir-se o art. 741, parágrafo único, do CPC como nova hipótese de rescisão da sentença, desta feita, cabível em sede de execução e mesmo fora do prazo da ação rescisória.¹⁶ Logo, não se mostra aceitável que

¹⁴ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art.741, parágrafo único). In: *Revista de Processo*, a. 27, n. 106, abr./jun. 2002, p. 64.

¹⁵ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art.741, parágrafo único). In: *Revista de Processo*, a. 27, n. 106, abr./jun. 2002, p. 38-40.

¹⁶ Assim, nos embargos à execução, o juiz, após apreciar a questão constitucional relevante suscitada, decidirá se mantém ou desfaz o comando condenatório transitado em julgado. Neste sentido: TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art.741, parágrafo único). In: *Revista de Processo*, a. 27, n. 106, abr./jun. 2002, p. 64-66; ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance

tal instrumento dê ensejo à desconstituição do julgado com efeitos pretéritos e com direito à repetição do indébito.

Ou, mais grave, equiparar-se as sentenças fundadas em norma declaradas inconstitucionais pelo Supremo à situação de inexistência jurídica, visto que, nessa medida, não estariam aptas à formação da coisa julgada e, portanto, dispensariam a propositura de ação rescisória ou de qualquer outro mecanismo de suspensão de seus efeitos.¹⁷

Tampouco se mostra razoável qualificá-la como hipótese de invalidade da sentença, posto que, em regra, a decisão fundada em norma declarada inconstitucional não atinge qualquer dos pressupostos de existência ou validade do processo.

Finalmente, ressoa incoerente a afirmação de que tal provimento é ineficaz e, por outro lado, preservar certos efeitos advindos da mesma norma inconstitucional.

3 Supremacia da Constituição x Intangibilidade da Coisa Julgada: premissa verdadeira?

Segundo Humberto Theodoro, ardoroso defensor da inovação, a regra do art. 741, parágrafo único, do CPC mostra-se salutar e concretiza o Princípio da Supremacia da Constituição, posto que evita que “[...] a coisa julgada se transforme em algo maior que a própria Constituição, em situação de flagrante contraposição a seus preceitos e princípios fundamentais”.¹⁸

do art. 741, parágrafo único do CPC. In: *Revista de Processo*, a. 30, n. 125, jul. 2005, p. 81-82.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: *Revista Síntese de direito civil e processual civil*, a. VI, n. 33, jan./fev. 2005, p. 19.

¹⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.205.

Muito além de um simples conflito entre Supremacia da Constituição e Intangibilidade da Coisa Julgada, a regra insculpida no art. 741, parágrafo único, do CPC, revela a crise de que padece o sistema pátrio de controle de constitucionalidade das normas.¹⁹

As incompatibilidades existentes entre os sistemas de controle de constitucionalidade – difuso e concentrado – permitem que órgão encarregado, precipuamente, de zelar pela Constituição, apenas, em momento muito tardio, venha a fazê-lo, o que demonstra a necessidade de mecanismos de correção destas distorções.

Parece que o legislador começa a despertar para essa problemática e, mais recentemente, vem consagrando instrumentos de fortalecimento do sistema concentrado de controle de constitucionalidade dos quais são exemplos: o instituto da repercussão geral (art.543-B, do CPC); a súmula vinculante; o julgamento imediato do pedido na apreciação da petição inicial (art.285-A, do CPC); a possibilidade de o relator, monocraticamente, negar seguimento a recurso em confronto com jurisprudência do Supremo e, inclusive, do próprio tribunal (art. 557, caput, do CPC), dentre outros mecanismos.

Além do panorama descrito, a malsinada norma demonstra quão graves são as imperfeições geradas com as sucessivas reformas processuais sem a reflexão quanto ao conjunto, isto é, quanto ao sistema como um todo. Tais reformas têm exigido do processualista mais criatividade na difícil tarefa de encontrar harmonia e sistematicidade nas regras de processo. Vários elementos de desajustes podem ser apontados e merecem ser enfrentados pelo legislador antes de procurar, por meio distinto da ação rescisória, conceder

¹⁹ Criação tipicamente brasileira é o sistema misto em que coexistem o sistema concentrado e o sistema difuso de controle de constitucionalidade.

alcance e efeitos mais amplos do que aqueles reconhecidos ordinariamente ao veículo rescisório.

Nesse contexto, observa-se que o prazo de cabimento da ação rescisória, inflexivelmente de dois anos, mostra-se inadequado para algumas situações – como naquelas em se trata de prova nova decorrente de avanços científicos ou em que se verifica afronta ao interesse público – fato que tem sido relegado pelo legislador brasileiro.

Ademais, verifica-se a aplicação de uma única dogmática processual às diversas espécies de demandas (individuais, coletiva e, ainda, de massa ou repetitivas) promove a proliferação de julgamentos desconformes e imprevisíveis, com mácula à racionalidade do sistema.

O estabelecimento de prazos mais consentâneos com novas demandas sociais e com os avanços da ciência – no mais das vezes, já alicerçados em jurisprudência –, bem como o desenvolvimento de dogmática nova, adequada aos três grupos de demandas acima realçados, dariam soluções aos problemas que, efetivamente, dissessem respeito ao instituto da coisa julgada.

Não parece correto sacrificar a proteção à estabilidade e à previsibilidade dos julgados realizada pelo Constituinte e optar pelo abandono de critérios e hipóteses de desconstituição dos julgados, hoje vigentes, para se aventurar em terreno cujos prejuízos advindos para o sistema ainda se mostram incalculáveis, notadamente enquanto não houver o necessário amadurecimento dos intérpretes e aplicadores da norma, objeto do presente estudo.

É preciso indagar se a aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC, como vetor para coibir a chamada "coisa julgada inconstitucional", é desejável e útil para a generalidade dos casos. Mais, é preciso estabelecer parâmetros seguros de aplicação da regra, respondendo-se a indagações como as que seguem: pouco importa que a

inconstitucionalidade preceda ou sobrevenha à constituição do título? O dispositivo diz respeito às técnicas de controle concentrado de constitucionalidade ou abrange também as técnicas de controle difuso? E, neste caso, exige-se a resolução senatorial de suspensão? A liminar concedida no bojo do controle concentrado também tem o condão de atrair a aplicação da regra contida no art.741, parágrafo único, do CPC?

4 Presunção da constitucionalidade do art. 741, parágrafo único, do CPC até ulterior manifestação do Supremo Tribunal Federal

Em que pese os relevantes argumentos aduzidos por aqueles que se mostram contra a referida regra ao defender a inconstitucionalidade do dispositivo em comento, porquanto este afrontaria diretamente dois princípios constitucionais: o que prevê o Estado Democrático de Direito, do qual a coisa julgada seria manifestação (art.1º caput); e aquele que dispõe sobre a garantia individual ou coletiva da intangibilidade da coisa julgada.²⁰

²⁰ Encontram-se nesse grupo: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, comentário ao art. 741, p. 1086; DALLAZEM, Dalton Luiz. Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. Análise do parágrafo único do artigo 741 do CPC, acrescentado pela medida provisória nº 2.180-35. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n.14, p. 21-29, maio 2004; DANTAS, Ivo. Da coisa julgada inconstitucional – novas e breves notas. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região*, n.25, dez. 2004, p. 262-263; YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.255.

Deve-se buscar interpretação que compatibilize a regra do art.741, parágrafo único, do CPC com o subsistema Processual Civil o qual, registre-se, integra o Sistema Constitucional e dele retira sua validade.

Convém lembrar que, até a presente data, não se manifestou o Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.418-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, quanto à regra contida no parágrafo único, do art. 741, do Código de Processo Civil, quer apreciando o pedido de liminar, quer levando a efeito seu julgamento.²¹

Ressalte-se, ainda, que a norma vem sendo aplicada no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Reclamação. Decisão proferida em sede de agravo de instrumento contra decisão que não admitiu o extraordinário. Existência de decisões contraditórias, ambas com trânsito em julgado, sendo que a proferida nesta Suprema Corte é posterior. 1. Não cabe à autoridade executiva descumprir julgado da Corte Suprema com apoio em interpretação sobre o alcance da coisa julgada envolvendo decisões conflitantes. 2. **A existência de tema constitucional relevante deverá ser objeto, se o caso, de atividade jurisdicional de iniciativa na União, não sendo possível à autoridade impetrada desobedecer, sob qualquer argumento, o**

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.418. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Sydney Sanches. Tribunal Pleno. Brasília, DF, 28 de março de 2001.

comando emanado da Suprema Corte do país. 3. Reclamação julgada procedente.²²
(sem grifo no original)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. REAJUSTE DE VENCIMENTOS NO PERCENTUAL DE 11,98%. ADI N. 2.323. LAPSO TEMPORAL. ADI N. 1.797. 1. O Supremo Tribunal firmou orientação no sentido de que os servidores públicos que recebiam antecipadamente seus vencimentos têm direito ao reajuste na razão de 11,98% (onze vírgula noventa e oito por cento), percentual este excluído da remuneração dos agentes públicos em virtude da errônea conversão dos seus estipêndios em URV (ADI n. 2.323, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ de 20.04.01). 2. **A decisão de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade tem efeito vinculante e erga omnes, portanto, em decorrência desse julgamento (ADI n. 1.797), ao juízo da execução cumprirá, no ponto, assentar a inexigibilidade do título judicial (CPC, artigo 741, parágrafo único).** Agravo regimental a que se nega provimento.²³

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 5.151-MG. Reclamante: Peixoto Comércio Indústria Serviços e Transportes Ltda. Reclamado: Delegado da Receita Federal em Uberlândia. Relator: Min. Menezes de Direito. Brasília, DF, 28 de março de 2008.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no agravo de instrumento n. 553.669-SP. Agravante: União. Agravado: Adriana Mendes de Lima e outro. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, DF, 15 de maio de 2006.

Assim, partindo-se da premissa de que não foi reconhecida a inconstitucionalidade do dispositivo pelo órgão competente para dar a última palavra nessa matéria, deve ser perseguido o sentido e o alcance que se mostrem mais harmônicos com o nosso sistema para que não se verifiquem abusos na sua aplicação.

Para responder às críticas de que a redação originária caracterizava-se por “excessiva generalidade”²⁴, o legislador operou modificação no parágrafo único, do art. 741, do CPC, conforme dito alhures, pela Lei nº 11.232/05, que alterou, reduzindo-lhe o alcance.

Afastou-se a redação da novel regra da tese encampada por parte da doutrina – baseada na parte final da redação originária do referido dispositivo – de que o juiz, *mesmo sem o prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal*, estaria credenciado a recusar a execução à sentença que contrariasse preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se houvesse verificado.²⁵

5 Conclusão – um ajuste racional na aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC em nome da harmonia do sistema constitucional-processual

No que se refere aos limites de aplicação da regra contida no art. 741, parágrafo único, do CPC devem ser fixadas algumas premissas.

²⁴ ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.), *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003, p. 223.

²⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único). In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, a. V, n. 29, maio/jun. 2004, p. 26.

Quanto ao efeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não assume relevância para aplicação da regra a data em que aquela foi prolatada. A norma em comento incide, tenha a manifestação da Corte Constitucional se dado antes ou depois do trânsito em julgado da sentença.²⁶

No que atine ao direito intertemporal, apenas os julgamentos posteriores à vigência da Medida Provisória nº 1.997-37, de 11.04.2000 – que introduziu na ordem jurídica pátria tal mecanismo de suspensão dos efeitos da sentença – são suscetíveis de veiculação nos embargos com base no art. 741, parágrafo único, do CPC pelas seguintes razões: primeiro, porque a rescindibilidade da sentença deve se reger pela lei em vigor na data de seu trânsito em julgado²⁷; ademais, por ter a lei processual aplicação imediata e caracterizar-se pela irretroatividade,²⁸ em terceiro, por respeito ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, que

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 87.

²⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 154-155: Explica Barbosa Moreira que inclusive, este foi o entendimento apresentado pelo Supremo quando apreciou aplicabilidade das novas hipóteses de rescisão trazidas pelo Código de Processo Civil de 1973 – ampliadas em relação ao código de 1939 – ao posicionar-se no sentido de que elas não poderiam ser invocadas para rescindir as sentenças transitadas em julgado sob a égide do Código de Processo Civil de 1939; Nesse sentido: RE n.86.836, julgado em 8.3.1977, RE n.85.750, julgado em 85.7520, AR. 944, 5.3.1980, AR n. 1.066, julgado em 18.2.1987.

²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. “Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art.741, parágrafo único do CPC” In: *Revista de Processo*, a. 30, n. 125, jul. 2005, p. 89.

protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.²⁹

Reproduz-se, a seguir, ementas de arestos nos quais se perfilhou esse entendimento:

RECURSO ESPECIAL.
PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO. OMISSÃO.
CONTRADIÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART.
535 DO CPC. CONFIGURAÇÃO.
INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO
JUDICIAL. DECISÕES TRANSITADAS
EM JULGADO APÓS A VIGÊNCIA DA
NORMA. APLICABILIDADE.

Os embargos de declaração são cabíveis quando houver obscuridade, omissão ou contradição e é o que vejo do exame dos autos, pois resta patente a omissão.

Os embargos à execução, fundados na inexigibilidade do título por incompatibilidade com a interpretação da Constituição Federal dada pelo Supremo Tribunal Federal, **somente têm procedência quando o trânsito em julgado da decisão embargada se deu**

²⁹ Nesse sentido: ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.), *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003, p. 226; e ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: *Revista de Processo*, a. 30, n. 125, jul. 2005, p. 89: “Em observância a essa garantia, não há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativamente às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. É que nesses casos há, em favor do beneficiado pela sentença, o *direito adquirido a preservar a coisa julgada*”.

após a vigência da MP nº 2.180/2001, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 741 do Código de Processo Civil. [grifo nosso]
Embargos acolhidos.³⁰ (sem grifo no original)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA PROPOSTA COM BASE NO ART. 652 DO CPC. DEFESA POR VIA DE EMBARGOS. CABIMENTO. CONTUDO, **INCABÍVEL A INVOCAÇÃO DO ART. 741, § ÚNICO DO CPC, JÁ QUE A SENTENÇA EXEQÜENDA TRANSITOU EM JULGADO ANTES DA VIGÊNCIA DA MP 2.180-35, DE 2001.** Embargos de declaração acolhidos, sem modificação do resultado do julgamento.³¹ (sem grifo no original)

PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇA EXEQÜENDA TRANSITADA EM JULGADO ANTES DA VIGÊNCIA DO ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC ACRESCENTADO PELA MEDIDA

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 2005/0075990-3. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 05 de dezembro de 2005.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 2005/0052459-0. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 21 de novembro de 2005

PROVISÓRIA Nº 2.180-35/2001.
INAPLICABILIDADE.

1. As normas de direito processual, dada sua natureza de ordem pública, têm aplicação imediata, atingindo, inclusive, os processos pendentes de julgamento, impondo-se, no entanto, respeitar as situações jurídicas já consolidadas sob a vigência da lei anterior.

2. Assim, não obstante a oposição dos embargos à execução na vigência do art. 741, parágrafo único, do CPC (acrescentado pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24/8/2001), **tem-se que o aludido dispositivo não deve incidir nos processos cuja sentença exequenda passou em julgado antes de sua entrada em vigor, sob pena de violação à coisa julgada.**

3. No caso, muito embora o Tribunal de origem tenha considerado a data da publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal (RE nº 313.382/SC), que reconheceu a constitucionalidade do termo nominal, contido no inciso I do art. 20 da Lei nº 8.880/1994, para afastar a incidência do art. 741, parágrafo único, do CPC, verifica-se que a decisão exequenda transitou em julgado em 14/3/2001 (fl. 39), antes, portanto, da entrada em vigor desse dispositivo, que, como visto, não pode ser aplicado à espécie.

4. Recurso especial a que se nega provimento.³² (sem grifo no original)

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 2004/0127739-2. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 03 de outubro de 2005.

Cabe assentar que é limitado o âmbito material de incidência dos referidos embargos.

Eduardo Talamini defende que o art. 741, parágrafo único, aplica-se, exclusivamente, aos provimentos de natureza condenatória, pois os de natureza declaratória e constitutiva dispensam execução, uma vez que bastam por si sós para a concretização da tutela concedida – isto é, a tutela jurisdicional é suficiente para concretizá-los.³³

A inconstitucionalidade deve repercutir na sentença de mérito e deve ser aspecto suficiente para provocar a mudança ou supressão da decisão, ou seja, a sentença ou acórdão deve mostrar-se absolutamente incompatível com a manifestação do Supremo. Como afirma Araken de Assis, revela-se indispensável que o julgado se baseie, exclusivamente, no preceito inconstitucional.

Se a condenação se funda em outras disposições legais, ou o vencedor alegou várias causas de pedir e qualquer delas se mostrava bastante ao acolhimento do pedido, o pronunciamento resistirá à inconstitucionalidade originária ou superveniente de apenas um dos seus fundamentos.³⁴

Com relação ao âmbito material de eficácia, afirma Teori Albino Zavascki que o art. 741, parágrafo único, do CPC, não tem aplicação universal, mas tem sua margem

³³ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art.741, parágrafo único). In: *Revista de Processo*, a. 27, n. 106, abr./jun. 2002, p. 79-80.

³⁴ ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 330.

restrita às sentenças fundadas em um “vício específico de inconstitucionalidade”, assim reconhecido em precedente do Supremo Tribunal Federal.³⁵

Segundo o autor, não seriam cabíveis os embargos à execução nas hipóteses em que o título executivo deixou de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado) e, ainda, dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; ou, nas situações em que a sentença aplicou dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, revogado ou não-recepcionado³⁶.

Entretanto, apesar das hipóteses ventiladas pelo ilustre jurista não corresponderem estritamente à primeira parte do art. 741, parágrafo único (título fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo), poderiam enquadrar-se na parte final do dispositivo e significar uma situação em que a interpretação da lei ou do ato normativo sobre o qual o título executivo se funda mostrar-se incompatível com a Constituição Federal, razão por que não podem ser tomadas como exceção à regra.

Verificam-se duas distintas hipóteses de cabimento dos embargos à execução: (a) reconhecimento de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, da lei ou do ato normativo sobre o qual o título executivo estiver fundado; (b) aplicação e interpretação da lei ou do ato normativo em que se funde o título executivo serem consideradas incompatíveis, pelo Supremo Tribunal Federal, com a Constituição Federal.

³⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: *Revista de Processo*, a. 30, n. 125, jul. 2005, p. 82.

³⁶ ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.91.

No que se refere ao reconhecimento de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em que houver se fundado o título, impõe-se a distinção do sistema de controle: concentrado ou controle difuso no qual se deu a declaração do Supremo.

Bastante valiosa a contribuição de Araken de Assis nesse particular. Segundo o autor, o dispositivo em comento é vocacionado às técnicas de controle concentrado de constitucionalidade, admitindo sua aplicabilidade com base em precedentes reiterados e convergentes do STF, em controle difuso após a resolução do Senado, suspendendo os efeitos do ato impugnado, uma vez que só a partir daí é que a declaração do Supremo apresentará caráter de definitividade e produzirá efeitos *erga omnes*.³⁷

Dessume-se que, enquanto não suspensa pelo Senado, a norma impugnada continua em vigor, em relação as demais pessoas não atingidas pela decisão do caso concreto e, apesar das críticas que se faz a esse modelo³⁸, não se pode, tomando-se em conta a eventual – dada a quantidade de variáveis que incidem na hipótese – suspensão da norma pelo Senado, afastar a segurança jurídica representada pela decisão judicial acobertada pela coisa julgada.

³⁷ ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 330-331.

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 149; 160-161; Gilmar Ferreira Mendes, após argumentar que a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal foi a forma escolhida para atribuir eficácia *erga omnes* às decisões definitivas desta Corte, conclui que a originalidade da formula tem dificultado seu enquadramento dogmático. Defende, assim, que, ao ato de suspensão praticado pelo Senado, deveria reconhecer-se a simples finalidade de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, em que pese o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, independentemente da manifestação do Senado³⁹, possa dar ensejo à aplicação do art. 741, parágrafo único, esse não deve ser o caminho a ser trilhado, visto que o valor em jogo é a própria segurança jurídica e estabilidade do ordenamento.

Com efeito, a última palavra em matéria de constitucionalidade é aquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, não pode ficar ao livre alvitre de juiz singular ou tribunal a eleição da hipótese que lhe parece inconstitucional, de forma a ensejar a oposição dos ditos embargos.⁴⁰

³⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. Embargos à execução com eficácia rescisória: sentido e alcance do art. 741, parágrafo único do CPC. In: *Revista de Processo*, a. 30, n. 125, jul. 2005, p. 87-88: “É indiferente, também, que o precedente tenha sido tomado em controle concentrado ou difuso, ou que, nesse último caso, haja resolução do Senado suspendendo a execução da norma. Também essa distinção não está contemplada no texto normativo [...]. Além de não prevista na lei, a distinção restritiva não é compatível com a evidente intenção do legislador, já referida, de valorizar a autoridade dos precedentes emanados do órgão judiciário guardião da Constituição”; Igualmente em PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Embargos à execução e decisão de inconstitucionalidade: relatividade da coisa julgada: CPC art.741, parágrafo único – MP 2.180. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 2, maio 2003, p. 102: “[...] o legislador não diferenciou as decisões proferidas em controle abstrato e difuso – que têm eficácia subjetiva distinta -, não cabendo ao interprete fazê-lo. [...] Em se tratando de fiscalização difusa, cuja decisão tem eficácia inter partes, pensamos ser desnecessária a expedição de Resolução do Senado Federal, expulsando do mundo jurídico a norma do sistema”.

⁴⁰ Discorda desse entendimento: THEODORO JUNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único). In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, a. V, n. 29, maio/jun. 2004, p.26: “No bojo dos embargos à execução, portanto, o juiz, mesmo sem o prévio

Decorre daí o entendimento segundo o qual o pronunciamento da Corte constitucional, seja pela via do controle abstrato – ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou argüição de descumprimento de preceito fundamental–, seja pela via do controle difuso, nos moldes antes assinalados, poderá dar ensejo à utilização dos embargos fundados na inconstitucionalidade da norma.

Nesse passo, as liminares concedidas nas ações de controle abstrato, apesar do efeito vinculante e *erga omnes*, não apresentam definitividade – essa é sua nota característica – e, portanto, não se pode afastar a intangibilidade da coisa julgada com supedâneo nas medidas. Apresentam as liminares natureza precária, “[...] ficando submetidos a uma especial condição, suspensiva ou resolutive: a da confirmação da liminar pela sentença final de procedência da ação”.⁴¹ Entender diferente seria conceder excessiva instabilidade ao sistema, porquanto essa medida, de caráter provisório e sem eficácia retroativa, poderia desconstituir relações jurídicas e os atos judiciais aperfeiçoados em período anterior à impugnação da norma objeto da liminar pelo Supremo.

Igualmente, no julgamento definitivo do STF, em controle concentrado, for empregada a técnica prevista no art. 27 da Lei nº 9.868/99 – que permitiu exceção à eficácia *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade –, neste caso, conferindo o Supremo efeitos *ex nunc* ao seu julgamento, nenhuma aplicação terá o art. 741, parágrafo único, quanto às sentenças, baseadas no preceito

pronunciamento do STF, está credenciado a recusar a execução à sentença que contraria preceito constitucional, ainda que o trânsito em julgado já se tenha verificado”.

⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 71.

controvertido, transitadas em julgado antes do marco temporal fixado pelo Tribunal Constitucional, sendo cabível a continuação do processo de execução fundado no referido título.⁴²

Quanto à segunda hipótese de cabimento do art. 741, parágrafo único, qual seja, a de aplicação ou de interpretação da lei ou do ato normativo, sobre o qual o título executivo estiver fundado, ser considerada incompatível com a Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, assumem realce as técnicas de controle de constitucionalidade que, sem promoverem a declaração da inconstitucionalidade, estabelecem interpretação, com a exclusão de outros sentidos, que permite a manutenção da norma no ordenamento. Destacam-se as técnicas de “interpretação conforme”, a declaração de inconstitucionalidade “sem redução de texto” ou “com redução total ou parcial de texto”.

Portanto, sempre que o pronunciamento constitutivo do título executivo se houver fundado em solução incompatível com aquela adotada pelo Supremo, mediante o emprego de uma das técnicas acima mencionadas, tem lugar a aplicação do art. 741, parágrafo único, do CPC, o qual poderá ser usado para desconstituir títulos executivos amparados em interpretação desconforme, quanto aos títulos que hajam considerado a norma inconstitucional sem vislumbrar a interpretação conforme.⁴³

⁴² ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.), *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003, p.224; TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 444-445.

⁴³ TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). In: *Revista de Processo*, a. 27, n. 106, abr./jun. 2002, p. 57-61.

Na hipótese de declaração de constitucionalidade pelo Supremo – seja como decorrência do julgamento procedente de uma ação declaratória de constitucionalidade, seja pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade – para ter lugar a aplicação do art. 741, parágrafo único, deverá enquadrar-se a situação na parte final do dispositivo e considerá-la como “interpretação incompatível com o superveniente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal”. Portanto, impõe-se a verificação dos aspectos constitucionais efetivamente apreciados pelo Supremo, na medida em que novo fundamento pode dar ensejo à abertura de nova discussão quanto à (in)constitucionalidade da norma, desde que fundada em uma nova causa de pedir.

Estabelecidos esses parâmetros, forçoso destacar que o comando sentencial, antes de assumir a qualidade de coisa julgada, teve que passar pelo crivo do judiciário e, muitas vezes, por todas as instâncias ordinárias e extraordinárias, respeitando o devido processo legal e oportunizando às partes amplo direito de defesa. Estando disponíveis todos os mecanismos recursais, processual e constitucionalmente cabíveis, não parece adequado, nessa situação, desconstituir *ex tunc* as sentenças que contaram com o chancela do Poder Judiciário.

Logo, deve ser perseguida a harmonia entre a manifestação do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de normas, quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade e, de outro lado, o respeito à segurança jurídica.

Ao tempo em que a última palavra exarada pelo aludido órgão, incumbido de zelar pela supremacia constitucional, deve ter influência sobre sentenças transitadas em julgado que encontrem lastro em entendimento contrário ao por ele exarado, deve-se preservar a estabilidade do

sistema. Considerando-se a margem interpretativa deixada pelo art. 741, parágrafo único do Código de Processo Civil, a desconstituição dos atos judiciais, para atender as diretrizes acima eleitas, deve ter eficácia *ex nunc*.

Repise-se, no tema em análise, impõe-se uma visão global do problema, pois, não é (só) do dogma da coisa julgada que advém o problema da “injustiça” das decisões. Vários elementos, como visto, podem ser apontados como ensejadores dos desajustes.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Cumprimento de Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.), *Coisa julgada inconstitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003.

BERALDO, Leonardo de Faria. A relativização da coisa julgada que viola a Constituição, In: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.), **Coisa julgada inconstitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003.

CÂMARA, Alexandre Freitas. “Relativização da coisa Julgada material” “Relativização da coisa Julgada material”, **in**: NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.), **Coisa julgada inconstitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: América jurídica, 2003, pp.179-202.

DALLAZEM, Dalton Luiz. Execução de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF. Análise do parágrafo único do artigo 741 do CPC,

acrescentado pela medida provisória nº 2.180-35. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n.14, p. 21-29, maio 2004.

DANTAS, Ivo. Da coisa julgada inconstitucional – novas e breves notas. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região*, n. 25, p. 253-267, dez./2004.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 05 out. 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. In: *Revista de Informação Legislativa*, a. 41, n. 162, p. 149-168, abr./jun. 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: *Revista Síntese de direito civil e processual civil*, a.VI, n. 33, p. 5-28, jan./fev.2005.

NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa julgada inconstitucional. In: _____ *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América jurídica, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. Embargos à execução e decisão de inconstitucionalidade: relatividade da coisa julgada: CPC art.741, parágrafo único – MP 2.180. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 2, p. 99-107, maio 2003.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). In: *Revista de Processo*, a. 27, n. 106, p. 38-83, abr./jun. 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, artigo 741, parágrafo único). In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, a. V, n. 29, p. 5-27, maio/jun. 2004.

_____. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação rescisória em matéria constitucional. In: NERY JÚNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais, vol. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1041-1066.

_____. Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

Da competência da execução judicial das decisões do Tribunal de Contas na comarca do Recife

José Viana Ulisses Filho¹

Sumário: Introdução. 1 Execução fiscal e dívida ativa. 2 Competência das varas da Fazenda Pública e de Executivos Fiscais na comarca do Recife. Conclusão.

Resumo: O presente trabalho objetiva fazer uma reflexão crítica a propósito de equivocada prática que ocorre na comarca do Recife, concernente à violação do princípio do juiz natural, na medida em que as decisões do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco de que resulte na imputação de débito ou multa, portanto dívida ativa da Fazenda Estadual, está sendo executada com base no Código de Processo Civil em varas de Fazenda Pública, quando na verdade a competência originária para processar e julgar tais ações, segundo o Código de Organização Judiciária, é das varas de executivo fiscal estadual, aplicando-se obrigatoriamente a lei especial de regência que é a de Execução Fiscal.

Palavras-chave: Execução fiscal das decisões dos Tribunais de Contas. Competência das varas de execução fiscal na comarca do Recife. Execução judicial da dívida ativa e o juízo natural.

Abstract: The following work aims to make a critical reflection on the subject of mistaken practice that occurs in the District of Recife, regarding violation of the principle of natural judge, while the

¹ Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca do Recife. Professor adjunto da Universidade Católica de Pernambuco. Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Membro do conselho de administração da Associação dos Juizes para a Democracia.

decisions of the Court of Accounts of the state of Pernambuco, resulting in charging Debit or Fine, therefore active due of the Public Issue, is running based on the Civil Procedure Code in Judicial Units of Public Issues, when in fact the original Jurisdiction to process and prosecute such actions, according to the Code of Judicial Organization, belongs to the judicial unit of Executive state tax, mostly applying according to the special law that it requires, which is the Tax Enforcement Law.

Key words: Executive State Tax of the Court of Accounts. Jurisdiction of the judicial units of Tax Enforcement . Judicial Enforcement of the Public Active Debit and the principle of Natural Judge.

Introdução

A jurisdição se concretiza através da distribuição da competência, que poderia ser definida como os limites nos quais os órgãos do judiciário exercem legitimamente a função jurisdicional.

O princípio vetor que rege a competência está estabelecido na Constituição da República, como garantia fundamental do cidadão, onde se consigna no artigo 5º, inciso LIII que “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. É o denominado princípio do juiz natural.

Pois bem, nos propomos nestas breves linhas a tecermos alguns comentários, evidentemente sob censura, posto que não somos especialistas em direito processual, a propósito de curiosa prática vigente na comarca do Recife, que é a propositura de ações de execução judicial das decisões do Tribunal de Contas Estadual, efetivada pela Procuradoria Jurídica do Estado de Pernambuco nas varas da Fazenda Pública, fundamentando a ação no rito das

execuções por quantia certa previsto no artigo 646 e seguintes, do Código de Processo Civil.

O nosso objetivo é demonstrar a impropriedade deste procedimento, pelo fato de estarmos convencidos de que a prática viola o princípio do juiz natural, na medida em que, conforme interpretação sistemática das normas processuais vigentes, inferimos que competente para processar e julgar as citadas ações é a vara dos Executivos Fiscais, hoje em número de duas na comarca do Recife, à qual compete processar os executivos fiscais, seus incidentes e ações acessórias.

Demonstraremos que as execuções em questão são de natureza fiscal, portanto, devendo seguir necessariamente o rito especial estabelecido pela lei n. 6.830/80 que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, com ajuizamento obrigatório em uma das varas do Executivo Fiscal da comarca do Recife, falecendo competência às varas de Fazenda Pública para processar e julgar as ações em questão. Nesta hipótese, estamos diante de uma verdadeira subversão ao critério absoluto de fixação da competência.

1 Execução fiscal e dívida ativa

A execução fiscal no direito positivo pátrio se processa através de uma legislação específica, subsistema de processo civil regulado pela lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. Antes dessa lei, as regras processuais aplicadas ao processo de execução fiscal eram as do Código de Processo Civil, cujo regime de competência era estabelecido pelo artigo 578 do citado Diploma de Ritos.

Com a edição da referida lei n. 6.830/80, passou a incidir sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda

Pública da União, estados, Distrito Federal, municípios e respectivas autarquias um novo procedimento especial, aplicando-se subsidiariamente as regras do Código de Processo Civil.

Desta maneira, da simples leitura do artigo 1º da referida lei especial, podemos inferir que de forma imperativa a “[...] execução judicial para a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta lei” não restando outra alternativa ao intérprete senão aplicar na execução da dívida ativa a presente legislação.

A aplicação da lei especial em questão é cogente com relação ao credor do crédito público, porquanto a mesma foi elaborada trazendo inovações, garantias e privilégios à Fazenda Pública, através de procedimento mais célere, racional e eficaz para a cobrança e garantia da arrecadação do dinheiro público que é bem indisponível, portanto, não ficando ao alvedrio do administrador escolher o procedimento de execução regido pelo Código de Processo Civil, posto que haveria prejuízo aos interesses da Fazenda Pública, considerando que a mesma ficaria privada de, em juízo, gozar das prerrogativas e privilégios processuais específicos garantidos na execução especial do crédito público.

Resta-nos, agora, perquirir quais são os créditos públicos que estão legitimados a serem executados com supedâneo na lei especial que trata da execução fiscal, ou melhor, quais são os créditos que constituem a dívida ativa da Fazenda Pública que podem ser executados.

A resposta dessa indagação podemos encontrar na exegese da própria lei de execução fiscal conjugada com o que disciplina a lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, que dispõe sobre normas gerais de direito financeiro, definindo a lei processual no artigo 2º que a dívida ativa a ser executada é

a de natureza tributária ou não tributária, cabendo à citada lei de direito financeiro especificar no artigo 39, § 2º, que a dívida ativa tributária é a constituída pelo crédito proveniente da cobrança de tributos, e a não tributária os demais créditos da Fazenda Pública, a exemplo de multas de qualquer origem ou natureza (com exceção das tributárias), foros, laudêmios, aluguéis, taxas de ocupação, reposições, restituições, etc.

A inscrição na dívida ativa é a formalização pela administração da Fazenda Pública consistente no controle da legalidade dos atos de execução orçamentária. É a prévia constatação administrativa da legalidade da dívida ativa, quanto à sua existência e valor, tornando a dívida líquida e certa para fins de constituir o título executivo extrajudicial e aparelhar a futura execução fiscal, em consonância com o que preceitua o artigo 2º, § 3º, da lei n. 6.830/80.

Do exposto, cabe-nos indagar qual seria a natureza jurídica das decisões dos tribunais de contas de que resulte a imputação de débito ou multa a serem cobrados judicialmente. Não temos dúvidas em responder a indagação, afirmando que as citadas decisões se integram no conceito de dívida ativa *ex vi* do que dispõe o já citado § 2º, da lei n. 4.320/64 que define como dívida ativa de natureza não tributária as multas de qualquer origem ou natureza (exceto as tributárias), as indenizações, reposições, restituições e os alcances dos responsáveis definitivamente julgados.

Entrementes, o crédito em questão não necessita do controle da inscrição na dívida ativa, eis que por deferência direta de norma constitucional, artigo 71, § 3º, da Carta Republicana, “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo” gozando, portanto, do atributo da exeqüibilidade, não nos sendo forçoso inferir que as decisões do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, integram-se no conceito de dívida ativa estadual, gerando título executivo de natureza

extrajudicial, que goza da presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, estando apto a aparelhar execução fiscal, com embasamento na lei específica.

2 Competência das varas da Fazenda Pública e de Executivos Fiscais na comarca do Recife

Dentre os vários critérios de determinação da competência, encontramos o da competência em razão da matéria, critério absoluto, ocorrendo quando as diversas funções que devem ser exercidas em um mesmo processo são distribuídas entre diversos juízos. É o que ocorre com relação à fixação da competência para o processo de execução fiscal.

No Estado de Pernambuco, a competência das varas judiciais é estabelecida pelo Código de Organização Judiciária, Lei Complementar n. 100, de 21 de novembro de 2007, que dispõe em seu artigo 79, inciso I, que compete ao juízo da Fazenda Pública “[...] processar, julgar e executar as ações, contenciosas ou não, principais, acessórias e seus incidentes, em que o Estado Federado ou o Município, respectivas autarquias, empresas públicas e fundações instituídas ou mantidas pelo poder público forem interessados na condição de autor, réu, assistente ou oponente, excetuadas as de falências e recuperação de empresas e as de acidente do trabalho”.

Dando continuidade, dispõe ainda que compete ao citado juízo “[...] processar e julgar os mandados de segurança, os habeas data, os mandados de injunção e ações populares contra autoridades estaduais e municipais, respeitada a competência originária do Tribunal de Justiça”.

Especificamente com relação ao processo de execução fiscal, dispõe no artigo 80 que “[...] compete ao

juízo de Vara de Executivos Fiscais processar os executivos fiscais, seus incidentes e ações acessórias”.

Na comarca do Recife existem oito varas de Fazenda Pública e quatro varas de Executivos Fiscais, sendo duas destas privativas à execução fiscal de feitos executivos de interesse dos estados e outras duas privativas à execução fiscal de feitos executivos de interesse dos municípios.

Conforme podemos facilmente constatar, as varas de Fazenda Pública não têm competência para processar as execuções fiscais e julgar os seus embargos, cabendo em razão da matéria a função às varas de executivos fiscais.

Além da competência específica das varas de executivos fiscais da comarca do Recife preceituada pelo Código de Organização Judiciária – instituída em razão de interesse público, portanto improrrogável, afirmando um critério absoluto de fixação desta competência –, vislumbra-se do texto da Lei de Execução Fiscal, notadamente em seu 5º, que a competência para processar e julgar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário, o que significa dizer que a prática reiterada de se propor execução de decisões do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco que se constitui em execução de dívidas que resultem da imputação de débitos ou multas nas varas de Fazenda Pública, além de vulnerar as normas internas de organização judiciária do Estado de Pernambuco, ainda viola preceito de ordem pública que estabelece a obrigatoriedade da adoção da Lei de Execução Fiscal para a execução da dívida ativa dos estados.

Conclusão

Por força da redação dos artigos 1º e 5º da lei n. 6.830, de 22.09.80 (Lei de Execução Fiscal), não se deixa

qualquer margem de discricionariedade ao Poder Público para ajuizar ações de execução da dívida ativa da União, estados, Distrito Federal, municípios e respectivas autarquias aplicando-se as normas do processo de execução do Código de Processo Civil, haja vista que os comandos legais referidos impõem a obrigatoriedade de adoção do rito especial dos executivos fiscais, na medida em que afirmam que a execução judicial da dívida ativa das citadas entidades de direito público interno será (emprego do verbo ser no sentido de obrigatoriedade) regida por esta lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil, com a exclusão de qualquer outro juízo por mais privilegiado que possa ser.

Desta forma, as decisões do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco de que resulte imputação de débito ou multa têm a eficácia de título executivo, portanto, gozando dos atributos da liquidez, certeza e exigibilidade, constituindo-se, indubitavelmente, em dívida ativa estadual.

Assim, existindo na comarca do Recife duas varas privativas de execuções fiscais dos feitos da Fazenda Pública Estadual, as mesmas são competentes para processar e julgar os executivos fiscais da dívida ativa do Estado de Pernambuco, inclusive as referidas decisões do Tribunal de Contas, competência esta de natureza absoluta em razão da matéria, ocorrendo uma flagrante violação ao princípio constitucional do juízo natural quando as citadas ações são propostas, processadas e julgadas nas varas de Fazenda pública, conforme tem ocorrido na comarca do Recife, prática esta que necessita ser imediatamente revista por afrontar preceito de ordem pública.

***Spread* bancário no Brasil: suas determinantes e conseqüências**

Nalva Cristina Barbosa Campello¹

Sumário: Introdução. 1 Ficções do Sistema Financeiro. 2 *Spread* bancário – definição e composição 3 Atividade financeira. 4 Intervenção estatal e judicial. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo visa abordar as questões atinentes às determinantes do *spread* bancário no Brasil dentro de uma leitura jurídica do problema. O objetivo é estudar a estrutura do *spread* bancário, destacar seus componentes e discutir as bases que são usadas para formulação das taxas que correspondem aos custos e a relação delas com o lucro dos bancos.

Palavras-chave: Bancos. *Spread* bancário. Juros. Taxas. Lucro. Mercado Financeiro. Regulação Estatal.

Abstract: The present article attempts to look at the questions related to the determinations of the bank spread in Brazil in the context of a legal reading of the problem. The objective is to study the structure of the bank spread, highlight its components and debate the basis of taxes that

¹ Juíza de Direito da Comarca do Recife. Coordenadora Adjunta de projetos e pesquisas do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. Mestra em Direito Civil Comparado pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de São Paulo. Ex-professora da Escola da Magistratura de Pernambuco das Disciplinas Direito do Consumidor, Direito Civil e Organização Judiciária do Estado de Pernambuco. Ex-professora da Universidade Salgado de Oliveira – UNIVERSO da disciplina Direito Civil.

correspond to the costs and their relation to the bank revenue.

Key words: Banks, bank spread, interests, taxes, revenues, financial market, State and legal regulations.

“Dinheiro é uma coisa curiosa. Ele disputa com o amor a primazia de dar ao homem o maior prazer. (...) Em toda a história, ele tem oprimido praticamente todas as pessoas de duas maneiras: ou é abundante e muito instável, ou então estável e muito escasso. Todavia, para muitos tem havido um terceiro motivo de aflição: para estes o dinheiro tem sido ao mesmo tempo tão instável quanto escasso”.

John Kenneth GALBRAITH

Introdução

O presente estudo se propõe de modo perfunctório, e com objetivo distinto de qualquer aprofundamento de natureza econômico-financeira, abordar questões atinentes às determinantes do *spread* bancário no Brasil dentro de uma visão jurídica do problema. O objetivo é estudar sua estrutura destacando os componentes que o integram, discutir os parâmetros que permitem estabelecer as taxas cobradas nas operações financeiras e buscar estabelecer uma correspondência entre o custo do dinheiro e o lucro dos bancos.

Não se ignora que a discussão do *spread* bancário no Brasil tem ultimamente ganhado relevância e força, sobretudo como meio de suspender os abusos eventualmente ocorridos e impedir que possam vir a ser praticados pelas instituições financeiras. Decorre daí que o assunto é de significativa complexidade e de permanente interesse para a sociedade em geral.

Expressiva parcela de usuários das operações bancárias sequer tem noção do que significa *spread* bancário e, muito menos, quais suas determinantes. Como referido acima, a complexidade do assunto e sua mutabilidade exigem constante estudo, e isso vem sendo feito, mas, o problema é que, em grande medida, esses estudos realizados para indicar, explicar e justificar os fatores determinantes da composição do *spread* bancário carregam conteúdo profundo da ciência econômico-financeira, obstando ao leigo a sua compreensão e reservando aos especialistas o debate.

A impressão final é de que, apesar de doutrinariamente irretocáveis, as explicações contidas nesses estudos, não logram êxito para justificar as razões que levam o *spread* bancário a níveis tão indesejados. Essa

inconclusão, não raro, tem duas vertentes: a primeira é o tecnicismo; e a segunda, surge de informações limitadas prestadas pelas próprias instituições financeiras.

Exatamente porque as operações de crédito divergem de banco para banco, de cliente para cliente, de operação para operação, de volume para volume na concessão do empréstimo é que elas, cada vez mais, precisam de transparência na informação dos fatores conducentes à variação do *spread* bancário. Em meio à ausência de informações ao tomador do crédito, o Judiciário é chamado a intervir para declarar abusivos os encargos exigidos nesses contratos, sob a alegação de não guardar razoabilidade nos critérios adotados à aferição de seus componentes. E é por conseqüência dessas obscuridades criadas à matéria, que surge a origem das demandas judiciais que envolvem instituições financeiras e seus clientes.

É indubitável que a demanda do crédito privado representa um ponto de avaliação do crescimento econômico da nação, sendo relevante, para tanto, o desenvolvimento dos mercados financeiros. Nesse contexto, é evidente que o Judiciário tem completa consciência do papel social dos grupos financeiros, atentando sempre, no entanto, para que seu desenvolvimento seja realizado de modo equilibrado. Como sói acontecer, é através da concessão do crédito bancário que se viabilizam projetos de investimentos que repercutem neste referido crescimento; porém, para que toda essa proposta de investimento e crescimento possa acontecer, há que se atentar para os custos desse dinheiro, pois, do contrário, a conseqüência de sua obtenção passa a ser perversa e inversa aos objetivos do crescimento constituindo-se nefasta aos interesses da coletividade.

É claro que a vigente política econômica adotada, variável segundo as circunstâncias da sua conjuntura, reflete na concessão de crédito e no seu custo. O Brasil, e isto não é surpresa para ninguém, caracteriza-se como o país que tem taxas de empréstimos bastante elevadas, acarretando, assim, restrições do volume de crédito, que se torna escasso e caro para grande parte da população, com riscos de inadimplência cada vez mais presentes.

Sabe-se que a atividade bancária é complexa e sua estrutura contábil oferece limitações que interferem na interpretação dos resultados, por isso, não se olvida que a apuração do *spread* pode ser feita a partir de diferentes abordagens, uma vez que a atividade de intermediação financeira tem formas diversas de captação e aplicação dos recursos. Essa flutuação, no entanto, não pode servir de escusa para que o mercado opere de modo livre e absoluto, com disparidades gritantes entre as instituições financeiras, as linhas de crédito e a clientela.

Quando essa discussão de transparência de informações e lucros vem à tona, os bancos argumentam que há uma divulgação equivocada da apuração de seus lucros. Em matéria de *spread* argumenta-se que seu desempenho é tomado a partir do *spread* bruto, e segundo estudos produzidos por solicitação da FEBRABAN, através da FIPECAFI², os resultados da intermediação financeira obtida, a partir daí, são incompletos, parciais, e, portanto, ilusórios. Por outro lado, o chamado *spread* líquido é apurado após dedução das despesas financeiras de captação;

² FIPECAFI. *Estudo sobre a apuração do spread da indústria bancária*: base 1º semestre de 2005, São Paulo. Disponível em: <http://www.febraban.org.br/p5a_52gt34++5cv8_4466+ff145afbb52ffrtg33fe36455li5411pp+e/CNF/HOME/Fipecafi%20-%20Spread%20completa.pdf>. Acesso em: 10 set. 2008.

as despesas identificáveis diretamente com os produtos financeiros; das despesas indiretas; e dos impostos sobre lucros, esse, sim, é havido como fiel para uma divulgação de resultados.

Como se vê, ante às dissonâncias apresentadas, surge a necessidade de estudos que aperfeiçoem a discussão das determinantes do *spread* bancário, divulgando-as de modo mais simplificado e transparente possível. Toda essa política de clareza de resultados, ao final, vai ter por consequência maior confiabilidade do público, fazendo com que as atuais e recorrentes discussões judiciais de abusividade na cobrança do *spread* em financiamentos e empréstimos, sejam – é de se esperar – diminuídas substancialmente, experimentando-se também no tocante às decisões judiciais uma maior inflexibilidade no trato das revisões desses contratos.

1 Ficções do Sistema Financeiro

Há um tema comum ao campo da sociologia, que hoje tem sido aplicado por analogia na Economia, por se saber recorrente o seu efeito. De fato, a formulação que ficou conhecida como Teorema de Thomas³, refere-se à capacidade de determinado grupo converter em realidade, por meio da adequação de suas condutas, situações sociais que eram, apenas, supostamente reais.

Ao se definir uma determinada imagem da realidade, ela pode passar a ter efeitos reais. Conseqüentemente, ao serem definidas situações como

³ William Isaac Thomas, sociólogo da década de 1920. Disponível em: <[Http://Wikipédia.org/wiki/W.I.Thomas](http://Wikipédia.org/wiki/W.I.Thomas)>. Acesso em: 10 set. 2008.

reais, elas serão reais em suas conseqüências. O que sustenta o sociólogo referido, é que o comportamento das pessoas ao adequar-se a uma inverdade, gera conseqüências que são reais, apesar de originária de uma ficção.

Exemplo clássico desse Teorema diz-se quando muitas pessoas seguem o falso rumor de que seu banco está “quebrando” e todos eles, em razão do “boato”, retiram o dinheiro nele depositado, vindo o banco a quebrar em realidade, apesar de a origem da crise haver começado simplesmente com um falso comentário e talvez fosse remota a possibilidade de uma quebra, ou a perspectiva de tão desastroso resultado.

Essa é uma situação não incomum no mercado financeiro. Talvez tenha surgido desse espírito o conto de que determinado rei, vendo seu reinado ir a bancarrota, foi induzido por um dado conselheiro a divulgar que todo o tesouro do seu reino havia sido colocado sob seu castelo. E que, por tais razões, quem quisesse também ser coproprietário desse tesouro deveria comprar papéis que seriam emitidos pelo rei, com chancela oficial. Assim, os compradores ao adquirir tais papéis, assinados por S. Majestade, adquiririam propriedade sobre os tesouros do reino⁴. Teria nascido, dessa forma, o mercado financeiro.

⁴ MOCHON, Francisco; TROSTER, Luis Roberto. *Introdução à Economia*. São Paulo: Makron Books, 1994. p. 235: As transações com papel, como nos lembra Francisco Mochon e Roberto Troster, eram modalidades de trocas mais cômodas aos transatores. Nesse sentido, explica: “[...] o público não reclamava o ouro a que o papel-dinheiro em sua posse lhe dava direito, ou o fazia só parcialmente. Por isso, os ourives começaram a reconhecer dívidas emitindo papel-dinheiro conversível em ouro, porém por um valor superior ao ouro que realmente possuíam. Desta forma, os ourives, ao emitirem papel-dinheiro (empréstimos e certificados de depósitos) por volumes só parcialmente cobertos por suas reservas de ouro, estavam criando o papel-dinheiro *nominalmente* conversível em ouro ou dinheiro

Se a narrativa corresponde à realidade, melhor abstrair a discussão porque é inútil identificar uma data ou um tempo, a partir do qual os bancos passaram a exercer suas funções e quais interesses políticos e econômicos o regulavam. Difícil é afastar a idéia de que seu surgimento não esteja intimamente ligado à função do Estado.

É por tal circunstância que a intervenção do Estado na atividade econômica tem cambiado entre o liberalismo e o intervencionismo, fazendo-se oportuno lembrar a crise mundial de 1929, que gerou grande depressão na maioria dos países ocidentais com pronunciada recessão, quebra de empresas e conseqüente onda de desemprego, levando a intervenção estatal não apenas a ser considerada recomendável, como necessária.

Recentemente, a mídia trouxe à superfície a crise financeira dos EUA, submersa em manobras econômicas dos *subprime*⁵, que deixou perplexos analistas de risco das áreas de gestão de crédito e economistas do mercado financeiro. Dessas evidências, que oscilam entre auge e recessão, depressão e recuperação do mercado financeiro, cada vez mais é benéfica e indispensável a intervenção estatal, perseguindo objetivos de caráter geral que tem por escopo o progresso econômico e social do país, em conformidade com os preceitos insertos nos artigos 170 e 192 da Carta Magna Brasileira.

fiduciário. Em tais circunstâncias, se quisessem efetivar simultaneamente todas as dívidas feitas com os recibos, não poderiam pagá-las.”

⁵ Os USA adotaram a concessão deste empréstimo à habitação, dirigido a um segmento da população com rendimentos mais baixos e situação econômica menos estável. Daí porque o nome dado à sua classificação. É, portanto, uma operação de alto risco. A garantia repousa sobre o próprio imóvel financiado.

2 Spread bancário – definição e composição

Spread é uma expressão inglesa que tem haver com expansão. Os estudos do *spread* tiveram início no final de 1999 e foram realizados pelo Departamento de Pesquisa do Banco Central do Brasil. Após ser estabelecido o regime cambial e implantado o sistema de metas para inflação, o Banco Central passou a registrar uma preocupação com as determinantes do *spread* bancário no sistema financeiro. A Resolução n. 3.517, de 06.12.2007, instituiu o CET - Custo Efetivo Total, conforme dados divulgados pela FGV-GVLaw, baseado nesses estudos do BACEN:

O CET é o custo total que o cliente paga quando contrata um empréstimo ou financiamento. Este custo pode variar em função do prazo, do valor do empréstimo, da tarifa de cadastro, dos tributos, serviços contratados com terceiros, entre outros. O CET é informado na forma percentual anual⁶.

Inicialmente, cumpre destacar o que vem a ser *spread* bancário. Numa linguagem simplificada, *spread* é a diferença entre o que o banco paga ao aplicador para captar um recurso e o quanto esse banco cobra para emprestar esse mesmo dinheiro. Segundo definição do Banco Central do Brasil, *spread* é:

[...] a diferença entre a taxa de empréstimo e a taxa de captação de CDB (certificado de

⁶ SANTOS, Flávio Maia Fernandes dos. Intervenção Judicial na Taxa de Juros [aula ministrada]. In: *JUROS: aspectos econômicos e jurídicos*. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo - FGV, ESMAPE, Recife 2008.

depósito bancário). A taxa média de CDB para o conjunto das instituições financeiras foi calculada a partir de uma média das taxas individuais ponderada pela captação líquida de cada instituição.⁷

Mas, o que vem a ser certificado de depósito bancário? Segundo lição de Eduardo Fortuna⁸, Certificado de Depósito Bancário (CDB) e o Recibo de Depósito Bancário (RDB) são:

[...] os mais antigos e utilizados títulos de captação de recursos pelos bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de desenvolvimento e bancos múltiplos que tenham uma destas carteiras [...] Os recursos captados através desses instrumentos são repassados aos clientes na forma de empréstimos.

Em outras palavras, são papéis de captação no mercado. Além dessa operação, existe aquela que visa atender o fluxo de recursos demandados pelas instituições, para isso se criou o CDI, que são:

[...] títulos de emissão das instituições financeiras e não-monetárias, que lastreiam as operações do mercado interbancário. [...] Sua função é, portanto, transferir recursos de uma instituição financeira para outra. Em

⁷ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Economia bancária e crédito: avaliação de três anos do projeto Juros e spread bancário no Brasil*. Brasília, DF, 2002, p.50.

⁸ FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro produtos e serviços*. 14. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001. p. 153.

outras palavras, para que o sistema seja fluido, quem tem dinheiro sobrando empresta para quem não tem.⁹

Em suma, *spread* nas operações bancárias é a diferença entre o custo de aplicação nas operações de empréstimo - o que é cobrado quando o banco concede um empréstimo - e o custo de captação de recursos pelas instituições financeiras. Essa diferença entre a taxa de captação e de empréstimo, é que faz o lucro dos bancos, portanto, quanto maior o *spread*, maiores serão seus lucros.

O entendimento da composição do *spread* exige detalhamento dos elementos que o compõe, pois há fatores de custo administrativos e operacionais que interferem em sua formação. Como custos administrativos, por exemplo, têm-se os regulatórios estabelecidos pelo BACEN (chamados de compulsórios), os fiscais decorrentes da incidência de diversos impostos sobre a intermediação financeira, os relativos à inadimplência (vinculados ao risco de crédito em face de eventual descumprimento da obrigação pelo tomador do empréstimo, que pode ser total ou parcial).

A composição do *spread*, portanto, determina a remuneração do capital do banco (ganhos gerados na atividade de intermediação). Depois de apurados os custos, calcula-se o resíduo em relação à taxa cobrada, o que configura o ganho do banco. Na conclusão desses estudos dois itens têm destaque garantido nas discussões judiciais: o custo administrativo e o custo da inadimplência.

O quadro a seguir, de modo resumido, e com uma finalidade meramente ilustrativa, mostra

⁹ Ibidem, p. 109.

onde é possível avaliar os diferentes elementos que incidem na composição do *spread* e que deve ser controlado, tanto pela ação da política fiscal do BACEN, quanto pelo Poder Judiciário, quando configurado o cometimento de algum abuso. Senão vejamos:

Composição do <i>spread</i>¹⁰	
Ano.....	2006
% sobre o <i>Spread</i>	100,0
Custos.....	73,6
FGC.....	0,3
Compulsório.....	4,7
Tributos indiretos.....	8,3
Administrativos.....	16,9
Inadimplência.....	43,4
RESÍDUO BRUTO.....	26,4
Imposto direito	7,3
RESÍDUO LÍQUIDO.....	19,0

3 Atividade financeira

O movimento financeiro é um conjunto de atividades que têm por objeto o dinheiro. O dinheiro bancário é constituído pelos depósitos nos bancos¹¹, porém,

¹⁰ Fonte Faculdade Getúlio Vargas GVLAW. *Juros: aspectos econômicos e jurídicos*, Escola de Direito de São Paulo. ESMape, Recife, 2008.

¹¹ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 194: “Banco é todo estabelecimento de crédito, isto é comercial e financeiro, que tem por finalidade o comércio de dinheiro e de crédito

o volume dos empréstimos concedidos é sempre superior ao dos depósitos efetivados pelos clientes. Evidentemente, são os depósitos bancários que servem para lastrear os empréstimos. As retiradas de depósitos de alguns clientes compensam-se pelas entradas líquidas de outros. Os bancos, portanto, têm que demonstrar estarem aptos a uma demanda de liquidez de seus depositantes.

O percentual de reserva que os bancos precisam manter em caixa em relação ao total dos depósitos, é regulado pelo Banco Central do Brasil – BACEN, que fixa a margem dos depósitos compulsórios que os bancos devem possuir como reservas para garantir os depósitos dos clientes.

Os bancos gerenciam serviços de depósitos e empréstimos que implicam proporcionar crédito a tomadores e pagar juros a depositantes. A atividade dos depositantes é atraída pela remuneração de seu capital (pagamento de juros das operações passivas), enquanto, de outra banda, a concessão de empréstimos a pessoas e empresas que necessitam de financiamento para consumo ou investimentos é estabelecida mediante a cobrança de juros (operações de ativo). Logo os bancos, portanto, tanto pagam como recebem os juros. Têm eles a finalidade de remunerar o capital concedido ou tomado pela instituição financeira.

Como dito acima, a título de ilustração, sobre o Teorema de Thomas, é pura verdade, pois se em um determinado momento todos os clientes do banco quiserem retirar seus depósitos, o banco não poderia atender a demanda, por maior que ele seja no mercado financeiro. E

privado. [...] duas facilidades promovem os bancos: a do recolhimento de dinheiros improdutivos, trazidos a seus cofres e a entrega desse dinheiro à circulação para produção de novas riquezas”.

isso é notório, porque apenas remanesce nos bancos uma parte de seus depósitos, todo o restante do capital está girando no mercado.

É lógico que a prática bancária vem se sustentando na certeza de que apenas uma insignificante porcentagem dos depósitos é convertida em parte de disponibilização líquida. Numa singela conclusão, pode-se dizer ser uma ficção do mundo financeiro: a de fornecer créditos acima de seus depósitos e das suas reservas líquidas e ainda obter lucro dessa situação.

4 Intervenção estatal e judicial

O Estado, através do Sistema Financeiro Nacional¹², introduz entre suas medidas intervencionistas as políticas fiscal, cambial, de rendas, e a monetária. Esta última se ocupa, principalmente, em controlar a quantidade de dinheiro e a taxa de juros, que garantam a liquidez ideal de cada momento econômico.

Já ao Judiciário, cabe intervir quando chamado para equilibrar as relações contratuais celebradas entre bancos e consumidores. Essa intervenção judicial tem constantemente preocupado o Banco Central do Brasil e a FEBRABAN. Exemplo disso, são estudos e medidas que vêm sendo propostos no sentido de se implementar uma política de “conscientização dos juízes”.

¹² O Sistema Financeiro Nacional tem no Banco Central seu órgão de controle e disciplina da atividade financeira privada. Fiscaliza e controla as operações de natureza financeira, sobretudo aquelas referentes ao câmbio, ao crédito e à capitalização.

No “Relatório de Economia Bancária e Crédito”, consta apontado como medida de competência do BACEN, a necessidade de conscientizar os juízes brasileiros, nos seguintes termos:

Realizar um **esforço em grande escala junto a juízes** e à sociedade em geral para mostrar que as decisões que beneficiam um tomador de empréstimo específico tem repercussões amplas que podem prejudicar os tomadores de empréstimos, como um todo, em âmbito mais abrangente.¹³ (grifos nossos)

Após leitura do texto, até parece ser o Judiciário um grande vilão. O sentido do vocábulo “conscientizar” sugere dar ou tomar consciência. Na interpretação da proposta do BACEN, estão os juízes, no momento de uma decisão benéfica a um tomador de empréstimo, prejudicando a outros eventuais e futuros tomadores. Ou seja, não está havendo percepção social do Judiciário em relação às suas decisões.

A expressão “beneficiar” é imprópria e inadequada dentro da atividade judicante, pois o Judiciário não beneficia nem prejudica. O efeito de uma decisão pode ter sim, cunho declaratório ou condenatório ou qualquer outro, que impeça desvios ou abusos. Não é o Judiciário que prejudica “em âmbito mais abrangente outro tomador”, pois sua atividade é exclusivamente voltada a corrigir distorções quando existentes.

O grande lema dos bancos é socializar o prejuízo e privatizar os lucros. Se as instituições financeiras evitarem cometer abusos, muito provavelmente o Judiciário não será

¹³ BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Relatório de Economia Bancária e Crédito*. Brasília, DF, 2007 p. 18.

chamado a intervir nessa relação jurídica, como não intervém nos grandes lucros obtidos.

Ao Judiciário está resguarda sua intervenção ante o princípio constitucional da sua inafastabilidade (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal). Uma coisa é certa, se a relação *sub iudice* se apresentar clara, transparente, precisa e com suficiente informação ao consumidor, a decisão, certamente tomada pelo Judiciário será pela manutenção do contrato e do ato jurídico celebrado, desconstituindo a pretensão do demandante. Nesse sentido, várias têm sido as decisões judiciais pela manutenção do contrato, nos termos firmados. Conferir:

MONITORIA – Contrato Bancário – Relação de consumo configurada - Capitalização de juros - Legalidade - Pactuação firmada após a entrada em vigor da MP 1.963-17/2000 - Decreto 22.626/33 - Inaplicabilidade - Súmula 596 do STF - *Spread* - Lucro auferido pela instituição com base nos percentuais fixados pela Lei nº 1.521/51 e Índices pagos a aplicadores - Inadmissibilidade - Instituições financeiras aplicam a seus contratos juros de mercado, os quais são objeto de controle do Conselho Monetário Nacional - Abusividade não demonstrada - Decisão mantida - Recurso desprovido.¹⁴

¹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 7271121000. Apelante: Irina Rysovas de Wilde (Just Grat). Apelado: Banco Nossa Caixa S/A. Relator: Juiz Mauricio Ferreira Leite. São Paulo, SP, 07 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br/ptac/procl.aspx> >. Acesso em: 11 nov. 2008.

A transação realizada sob a égide do Código Civil de 1916 ou de 2002 não impede a análise de ilegalidade em juízo. A legislação sobre cédulas de crédito comercial admite o pacto de capitalização de juros (Súmula 93 do STJ). O *spread* não abusivo é aquele que não discrepa das taxas médias aplicadas na época pelo mercado para operações similares, cabendo tal prova ao banco.¹⁵

Ação cautelar. Não se especificando qual a capitalização que se quer expurgar, anual ou mensal, não se pode entender como incorreto o cálculo de débito Inclusão do capital e juros da operação anterior de empréstimo que não é ilegal Lucro do banco que não pode ser controlado, o chamado '*spread*' Desconto na conta corrente permitido, se não abusivo *Fumus bonis iuris* ausente Possíveis envios do nome dos devedores aos órgãos de restrição ao crédito que não acarretará qualquer prejuízo, pois legítima a atitude *Penculum in mora*, igualmente, que não incide Recurso improvido.¹⁶

¹⁵ _____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 1013616400. Apelante: Banco do Brasil S/A. Apelado: A Valverde e Cia Ltda. Relator: Juiz Eurípedes Gomes Faim Filho. São Paulo, SP, 10 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/juris/getArquivo.do?cdAcordao=3316091>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

¹⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1122671600. Apelantes: A. Ferro Indústria e Comércio Ltda , Wilthon Anselmo Ferro, Amadeu Ferro Comércio e Participações Ltda e Amadeu Ferro. Apelado: Banco Citibank S/A. Relator: Juiz Edison Tetsuzo Namba. São Paulo, SP, 03 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/juris/getArquivo.do?cdAcordao=3316283>>. Acesso em: 11 nov. 2008.

Para o trato da questão da intervenção judicial, é necessário mais prudência. É claro que um ou outro magistrado, individualmente considerado, pode abrigar entendimento que gere benefício a um inadimplente. Mas, convenhamos isso não é regra, pois, assim o fosse, as medidas judiciais se tornariam a força motriz do aumento das taxas de juros cobradas aos tomadores de crédito.

As instituições de crédito nesse particular, enfocam que a taxa de inadimplência, constitutiva do *spread*, aumenta sempre que a obrigação resta configurado. Ou seja, ao levantar um empréstimo o tomador já arca com tal custo, dessa forma já é cobrado por antecipação um custo que ele não contribuiu e não sabe as razões de sua incidência.

A verdade é que há um complexo de determinantes que elevam o custo do dinheiro. Segundo dados do FMI, como registrado anteriormente, nossos patamares de juros têm sido um dos mais altos praticados no mundo. Evidentemente, o impacto dessa política econômica leva aquelas relações jurídicas se ressentirem da intervenção judicial, como meio de harmonizar os atos jurídicos celebrados. A alta volatilidade das taxas de juros tem sido principal foco das discussões jurídicas dos contratos bancários e tem dado margem a estudos e esforços do Banco Central para reduzi-la. Variáveis micros e macroeconômicas são apontadas como a causa de sua elevação, e dentre elas a incerteza do ambiente econômico que envolve os bancos.

Em comentário a necessária intervenção do Judiciário em relações dessa natureza, Joseph Hamel, pontuou:

Cualquiera sea el valor y el poder de los imperativos monetarios, ellos no deben crear una injusticia; en toda sociedad en un estadio dado de su desarrollo, existe un

*concepto de la justicia que la tecnica jurídica no debe jamás desconocer; si no el Derecho, poniéndose en oposición con la conciencia moral de su época, no cumpliría su misión; no crearía sino un orden artificial que las conciencias individuales reprobaban y sabrían tornar ineficaz. [...] Así se ha hecho claro a los intérpretes que, sobre el plano del Derecho Económico, el Derecho Monetario no puede imponer sus imperativos sino en la medida en que ellos no se contradigan con los imperativos nacidos de otros órdenes públicos mas poderosos; así como el orden público civil, el orden público económico está jerarquizado de acuerdo a principios que los juristas deberán fijar combinando las reglas de su ciencia con las emanadas de la ciencia económica.*¹⁷

Conclusão

O presente ensaio ao ter como objetivo o enfrentamento de uma questão que não carrega unicidade interpretativa nem jurisprudencial na ciência do direito, e – ousaria dizer –, nem mesmo unicidade no âmbito da ciência econômica, termina por ser mais uma expectativa de discussão. Muitas são as variáveis apresentadas na formação do *spread* bancário, o que dificulta sua conclusão. No entanto, a par disso, a sua exposição já logra êxito ao permitir ampliar as discussões acerca de sua natureza e composição.

¹⁷ HAMEL Joseph, Clause d'Echelle Mobile et Droit Monetaire, en Revue Economique, 1953, n. 2, p. 181, apud FERRERE-LAMAISSON, Daniel. *El dinero en la teoria juridical - un estudio de las obligaciones pecuniarias en el derecho interno internacional y comparado*. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernandez. Montevideo, Uruguay, 1974, p. 9.

A finalidade desse estudo, como se viu, não é um combate a lucros bancários, pois esses, dês que atinentes a um critério de razoabilidade, são legítimos e perfeitamente admissíveis. O que se tem em mente é que na identificação e análise das determinantes do *spread* bancário, visualizem-se saídas para uma possível redução de seus índices.

O objetivo também é voltado para fazer com que cada tomador de empréstimo, seja devidamente informado do custo do dinheiro por ele levantado, pois, conhecendo de pronto seus componentes, poderá discutir índices que possam estar onerando a operação. Por isso, de forma majoritária, considera-se oportuna a regulação de medidas, através do Sistema Financeiro Nacional, que incluam maior transparência das cobranças e dos balanços bancários. Os esforços que têm sido envidados para aperfeiçoar essa transparência e divulgar com a maior abrangência possível estudos sobre a matéria, refletem a nova consciência social a respeito do tema.

Sem desconsiderar as inúmeras diferenças existentes entre as diversas instituições bancárias, o ideal é que o cálculo do *spread* fosse mantido após estipulação de uma média de mercado, para todas as instituições financeiras, por um tempo mínimo. Nessas condições ao cliente, seria dada a oportunidade, depois de orientado através dessa média divulgada, requerer benefícios próprios ao seu perfil, em razão da concorrência existente.

Essa prática pode gerar um benefício duplo, tanto para o cliente - que deve demonstrar através de seu perfil qualidades para obter benefícios -, quanto para os bancos - que selecionará os bons pagadores mediante informações advindas com seu cadastro perante outras instituições financeiras, ou seja, o cliente valendo-se da portabilidade dessas informações demonstrará seu histórico

cadastral, sua solvabilidade e sua idoneidade, de modo a obter melhores condições aquisitivas do crédito.

Se certo é que as ofertas concedidas no mercado atraem todo tipo de cliente, e a premência do mercado da concorrência nem sempre investiga a fundo essa qualidade, também, certo é, ser da responsabilidade da instituição financeira estimar a quem concederá o crédito.

A concessão feita a clientes cuja idoneidade creditícia não é bem explorada, tem por conseqüência o inadimplimento, situação indesejada por todos. Só que para esse momento os bancos cuidam logo de repassar dentro de suas operações o prejuízo, como forma de estabilizar seus custos e caixa. Ao tempo disso, voltam-se para acusar o Judiciário pela tardança do retorno desse capital, em face dos procedimentos judiciais inerentes a demanda específica para reaver o crédito. Esse *default* em suas contas que é repassado a outros clientes gera excessiva onerosidade nas operações.

Ainda em relação a essa questão, o correto seria que os novos clientes ao adquirirem um empréstimo, não fossem sócios do banco em seus prejuízos. Assim como não o são em relação aos seus lucros.

A velha prática de socializar o prejuízo da inadimplência distribuindo-a em meio a um rateio coletivo figura como injusta aos novos adquirentes do crédito. Os bancos, é bom que se diga, agem com aversão a riscos e o distribuem tanto quanto podem, entre aqueles que precisam de seu dinheiro.

As despesas administrativas e as despesas de inadimplência, sobretudo estas últimas, são calculadas com base em provisionamentos, ajustados sobre o volume total de empréstimos. E aqui permanece o problema já levantado anteriormente quanto a relação entre a taxa efetiva da inadimplência e aquela provisionada. Desse modo tem-se

que a limitação em relação à disponibilidade de dados com o necessário detalhamento impossibilita que se façam maiores avanços no tocante a estimação de eventuais inadimplências e sua participação no *spread* bancário,

.No tocante ao cálculo da participação do compulsório na decomposição do *spread*, a questão é de outra envergadura, pois está em jogo a intervenção do BACEN, como meio de regular o mercado. A política monetária praticada pelo BACEN visa regular a oferta de dinheiro para evitar a inflação. Assim, os bancos são obrigados a recolher percentuais sobre os depósitos à vista, e com eles a consequência - admitida a controvérsia - de que quanto maior o compulsório, mais caro fica o crédito, menor seu volume.

Em suma, (I) sejam aspectos da tributação sobre a intermediação financeira; (II) sejam as classificações de risco promovidas pela inadimplência; (III) sejam as variáveis advindas da incerteza do ambiente econômico; (IV) sejam os níveis elevados do compulsório sobre os depósitos dos bancos; (V) seja a concorrência, enfim, tudo concorre para que o *spread* bancário no Brasil termine dotado de várias causas, sendo expressivamente oneroso, reflexo direto da política econômica criada no país.

Uma constatação interessante que pode ser tirada da atual polêmica sobre o *spread* bancário, é aquela que em razão da escassez do crédito e do seu custo elevado, existe a necessidade de se estudar mecanismos a sua redução; e, ao mesmo tempo, verificar se na ordenação de suas variáveis não estão inseridas determinantes com percentuais abusivos ou arbitrários, que elevam de modo injustificado os custos do empréstimo. Dessa conclusão, resta inquestionável ser imprescindível a intervenção do Poder Judiciário como forma de reprimir abusos e corrigir distorções.

Referências

BANCO CENTRAL DO BRASIL. *Juros e spread bancário no Brasil*. Brasília, DF, 1999. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 3 out. 2008.

_____. *Juros e spread bancário no Brasil: avaliação de um ano do projeto*. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 3 out. 2008.

_____. *Juros e spread bancário no Brasil: avaliação de dois anos do projeto*. Brasília, DF, 2001. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 3 out. 2008.

_____. *Economia bancária e crédito: avaliação de três anos do projeto Juros e spread bancário no Brasil*. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 3 out. 2008.

_____. *Economia bancária e crédito: avaliação de cinco anos do projeto Juros e spread bancário no Brasil*. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 3 out. 2008.

_____. *Relatório de Economia Bancária e Crédito*. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 3 out. 2008.

GALBRAITH, John Kenneth. *A era da incerteza. História das idéias econômicas e suas conseqüências*. Pioneira Editora. Ed Universidade de Brasília. São Paulo, 1979.

FERRERE-LAMAISSON, Daniel. *El dinero en la teoria juridical - un estudio de las obligaciones pecuniarias en el derecho interno internacional y comparado*. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernandez. Montevideo, Uruguay, 1974.

FIPECAPÍ- Fundação instituto de pesquisas contábeis, atuarias e financeiras - *Estudo sobre a apuração do spread da indústria bancária*. 1 semestre de 2005. www.fipecafi.org

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – *GVLaw. Juros - Aspectos Econômicos e Jurídicos*. Programa do curso ministrado na ESMAPE- Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco. Recife, 2008

FORTUNA, Eduardo – *Mercado financeiro produtos e serviços*. 14a Ed revista e atualizada 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Qualitymark, Ed 2001.

MOCHON Francisco e Troster Luis Roberto – *Introdução à economia*. São Paulo: Makron Books, 1994.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Legitimação extraordinária passiva: um novo modelo compositivo coletivo

Ricardo de Oliveira Paes Barreto¹

Sumário: Introdução. 1 O instituto da legitimação processual e suas variadas acepções. 2 Interesses coletivos em espécie. 3 Os efeitos dos julgados coletivos em face do legitimado extraordinário passivo. 4 Mecanismos de integração dos substituídos no pólo passivo legitimado extraordinariamente: a representatividade adequada. Conclusões

Resumo: Este artigo se propõe a abordar o instituto da legitimação extraordinária passiva multitudinária. Centrar-se-á sobre projetos de reformas processuais que se encontram em andamento no parlamento nacional e que visam à implantação de um novo regime compositivo multitudinário passivo, através do método da substituição processual. Busca-se demonstrar que o crescente acesso ao judiciário está a exigir novas formulações acerca da legitimação passiva *ad causam*, enquanto mecanismo apto a proporcionar a resolução de conflitos de massa, salvaguardando a tutela dos direitos de modo célere, eficaz e tempestivo.

Palavras-chave: Legitimação passiva extraordinária. Regime compositivo multitudinário. Representatividade adequada.

¹ Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Mestre em Direito Público pela UFPE. Professor de Direito Processual Civil. Diretor do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Abstract: This article proposes to broach the institute's legitimacy extraordinary passive multitudinous. It will focus on projects of procedural reforms that are going on in the national parliament and aimed to establish a new regime compositivo multitudinous passive through the method of replacement procedural. It aims to demonstrate that increasing access to justice is to require new formulations about the legitimacy passive to the cause as a mechanism able to solve the conflict of mass, while protects the rights in a quick, efficient and well-timed way.

Key words: Legitimacy extraordinary passive. Regime compositivo multitudinous. Appropriate representativity.

Introdução

A concepção clássica do processo, como um instrumento de composição de conflitos intersubjetivos, vem sofrendo reiterados apontamentos pelo legislador nacional, no sentido de garantir cada vez mais sua eficiência, ou seja, o resultado justo e efetivo que se espera da jurisdição provocada.

Depois de reformas pontuais nos procedimentos, nos recursos e na execução, outras se encontram em gestação, e uma delas é aquela que implantará um novo regime compositivo multitudinário passivo em regime de substituição processual.

A multiplicação de processos visando solucionar lides individuais, em tempos de população crescente, de novos desafios tecnológicos e de conflitos de massa, reclama uma normatização adequada no nosso Código de Processo Civil, dedicando atenção à denominada tutela dos interesses coletivos, hoje, basicamente tratada nas restritas

hipóteses da Lei n. 1.531/51, do Mandado de Segurança, e da Lei n. 7.347/85, da Ação Civil Pública.

Numa única sentença, quando procedente mesmo que em parte o pedido feito por legitimado excepcional, seus efeitos extrapolarão os limites subjetivos previstos no art. 472, do CPC, beneficiando todos os substituídos ativos relativamente à pretensão coletiva pleiteada, ante a eficácia *erga omnes* inserida no art. 16, da Lei n. 7.347/85, quando não for o caso de efeito coletivo da sentença concessiva da segurança.

A sede dessa legitimação extraordinária é o art. 6º, do CPC, assinalando que “[...] ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Como se vê, a previsão legal é para pleitear, para propor ação, não para ser acionado, ou seja, a legitimação extraordinária é apenas ativa, e todo o tratamento procedimental que se segue no Código é apenas neste sentido limitativo, de modo que, uma nova sistemática será brevemente imposta e cabe aos operadores do direito, principalmente aos magistrados, desde já, refletirem sobre este novo regramento, e suas conseqüências em relação ao sistema processual como um todo, pois este será o processo do futuro, no qual uma só sentença definirá dezenas, centenas, milhares de matérias controvertidas de uma só vez, igualmente *erga omnes*, logo, também para os substituídos passivos.

1 O instituto da legitimação processual e suas variadas acepções

O direito de ação, como sabemos, é abstrato e pode ser exercido por qualquer pessoa física ou jurídica, de forma isolada ou em litisconsórcio, devendo o pretendente,

em casos concretos, demonstrar o preenchimento das condições da ação para sua admissão e eventual processamento.

Dentre estas condições, assim essenciais ao exercício do direito de ação, temos a legitimação, que implica na titularidade daqueles que deverão figurar não só no pólo ativo, mas também no pólo passivo do processo, sob pena de indeferimento liminar da petição inicial, na forma do art. 267, I, combinado com o art. 295, II, do CPC.

Esta legitimação pode ser ordinária, judiciária ou extraordinária.

Ordinária é a legitimação daquele que pleiteia direito próprio em nome próprio, no pólo ativo, ou que defende direito próprio em nome próprio, no pólo passivo.

Judiciária é a legitimação ativa ou passiva dos entes despersonalizados, como as assembléias legislativas ou os tribunais em geral, ao acionarem ou serem acionados, em defesa de seus interesses institucionais.

Por fim, extraordinária é a legitimação daquele que está autorizado por lei a pleitear direito alheio em nome próprio, entretanto, apenas no pólo ativo, como, por exemplo, o Ministério Público ao ajuizar ação civil pública, visando a tutela difusa do meio ambiente ameaçado, ou as associações de classe, quando ajuízam ações na defesa dos interesses de seus associados.

Partindo dessa classificação, passaremos a enfrentar a questão controvertida que analisaremos em seguida, a qual consiste na extensão da legitimação extraordinária, também conhecida tecnicamente como substituto processual, para o pólo passivo do processo, viabilizando a defesa de direito alheio em nome próprio.

2 Interesses coletivos em espécie

Para que possamos enfrentar o tema proposto, faz-se necessário identificar quais as espécies de interesses coletivos que possam eventualmente estar em juízo contra o legitimado extraordinário passivo, para, em seguida, passarmos ao estudo das conseqüências processuais decorrentes.

Neste particular, penso que os interesses tuteláveis podem ser individuais coletivos, coletivos individuais ou coletivos difusos.

O interesse individual coletivo é aquele que, embora esteja vinculado a um grupo de pessoas, é individualizado e disponível, não homogêneo por essência.

O substituto processual pede, em juízo, direito individual de cada um dos substituídos, os quais poderiam, um a um, se fosse o caso, acionar o legitimado passivo, perseguindo seu direito próprio, e, embora entre os substituídos possa haver identidade de causa de pedir, caso julgado procedente, o pedido é pessoal e só ao substituído interessa.

Podemos exemplificar o caso em que um sindicato impetra mandado de segurança para fazer valer direito líquido e certo de seus sindicalizados, relativamente a um determinado desconto indevido. Os efeitos do julgado positivo serão específicos e disponíveis de cada um dos sindicalizados substituídos.

Já o interesse coletivo individual, também denominado coletivo homogêneo, é aquele relativo a um grupo homogêneo individualizado, embora também seja disponível, no qual a causa de pedir, o pedido e os efeitos de eventual procedência da ação são basicamente os mesmos para todos.

O substituto processual também pede em juízo direito individual de cada um dos substituídos, agora identificados homogeneamente, os quais igualmente poderiam, um a um, se fosse o caso, acionar o legitimado passivo buscando seu direito próprio.

A distinção é que a sentença de procedência na ação civil pública beneficia homogeneamente a todos os substituídos, evitando multiplicidade de ações idênticas e solução bem mais eficiente da controvérsia, que é exatamente a mesma.

Como exemplo, temos a ação civil pública em que uma associação de poupadores é vencedora numa ação aforada contra uma determinada instituição bancária acerca de índices de correção nos seus depósitos, e os efeitos do julgado alcançam todos os substituídos investidores no tocante ao caso concreto de forma coletiva e homogênea.

Por derradeiro, temos o interesse coletivo difuso, que é aquele que diz respeito a todos os envolvidos na questão de fundo posta, porém, não se individualiza e é indisponível.

A qualidade da água, do ar, o meio ambiente sadio, a fauna, a flora, a probidade pública, dentre vários outros, são interesses essencialmente difusos ora de menores grupos, em escala mais localizada, ora ampliando-se a todo o país, nas questões mais abrangentes territorialmente.

É uma espécie de interesse essencialmente tutelável através da ação civil pública, no qual se busca uma sentença de procedência que possa gerar efeitos a todos aqueles que, indistintamente, necessitem da proteção jurisdicional difusa reclamada pelo substituto processual – Ministério Público ou qualquer dos demais legitimados pela lei de regência.

3 Os efeitos dos julgados coletivos em face do legitimado extraordinário passivo

Do que se depreende, até então, a regra vigente é que apenas se poderá pleitear coletivamente direito individual, homogêneo ou difuso em benefício dos substituídos, os quais sequer estarão no processo e sofrerão excepcionais efeitos positivos do julgado, como uma exceção à regra ínsita do art. 472, do CPC, tudo porque há autorização legal em conformidade com a parte final do art. 6º, do CPC.

Vamos agora inverter as posições, caso em que, por exemplo, uma instituição bancária pretendesse ver declarado um direito homogêneo controvertido em face de uma associação de poupadores, como substituta processual desses poupadores.

Quando esta associação é autora, digamos, em relação à mesma causa de pedir, obtendo sentença de procedência, os efeitos positivos alcançarão os substituídos no processo, os quais poderão, inclusive, executar a instituição bancária para haver suas obrigações declaradas.

No sentido contrário, julgada a procedência de ação coletiva da instituição bancária em face da mesma associação, como interpretar os efeitos negativos advindos do julgamento em relação aos substituídos passivos naquele processo?

Em outras palavras, embora a demanda coletiva passiva seja em breve uma realidade, nosso sistema deverá ser ajustado com bastante atenção, pois, até então, ninguém pode sofrer efeitos negativos de qualquer julgado, senão quando lhe oportunizado amplo e efetivo contraditório, sob pena de violação das regras dos artigos 5º, LV, da CF e 472 do CPC.

Estas serão as ações possíveis contra grupos, categorias ou classes, mesmo sem personalidade jurídica, como os denominados “Sem Terra” ou “Sem Teto”, desde que presente representatividade adequada, que se trate de tutela de interesses ou direitos difusos ou homogêneos, e que a tutela se revista de interesse social, sendo certo que as sentenças de procedência terão idênticos efeitos *erga omnes*, que atualmente se irradiam quanto aos substituídos ativos.

4 Mecanismos de integração dos substituídos no pólo passivo legitimado extraordinariamente: a representatividade adequada

Este novo modelo exigirá uma precisa delimitação da representatividade adequada do substituto processual passivo, para que seja efetiva eventual tutela *erga omnes* decretada no processo coletivo específico.

O representante adequado é aquele que tem compromisso com a causa, técnica e racionalmente. É aquele que estará incumbido de exercer direito de defesa, que é garantia constitucional de todos os substituídos que formam a coletividade passiva.

O legitimado extraordinário passivo adequado deverá conquistar a confiança de seus futuros substituídos através de seus atos de gestão, em defesa escorreita e efetiva dos fins a que se propõe, inibindo associações oportunistas que, embora constituídas, na prática se dissociam de seus reais intentos sociais.

Essa representatividade passiva adequada é uma das bases do novo sistema processual denominado molecular, conforme destaca Ada Pellegrini Grinover, uma das principais idealizadoras desse instituto.

Daí é que indagamos: como, então, vincular a coletividade substituída ao representante adequado?

Três são os mecanismos utilizados nas denominadas *class actions* do direito americano, berço desse novo instituto processual, a presença compulsória (*no opt ut class action*), o *opt in* e o *opt out*.

A presença compulsória é aquela que vincula, obrigatoriamente, os substituídos da coletividade acionada a ser defendida pelo legitimado adequado, sistema não recomendável e que, penso, não será admitido na nossa processualística, exatamente pelo fato de impor a substituição processual passiva e seus eventuais efeitos negativos, malferindo as normas constitucional e infra, antes citadas, ressalvadas exceções em possíveis casos concretos.

Pelo sistema do *opt in*, estará presente passivamente em juízo, e, por via de consequência, vinculado pela sentença coletiva, o substituído que expressamente autorizar sua inclusão naquele processo específico.

Se por um lado essa técnica respeita o interesse de cada um dos eventualmente substituídos pelo legitimado adequado, poderá deixar de fora um grande número de interessados, exatamente por falta de comunicação adequada por parte do substituto.

Ao contrário do sistema anterior, o *opt out* faz presumir que os membros da coletividade desejam fazer parte do processo, e serem substituídos, exceto se pugnarem expressamente por sua exclusão.

Aqui há o risco de que o membro da coletividade venha a ser considerado substituído, quando o mesmo não teve oportunidade regular de apresentar seu pedido expresso de exclusão, por falta de conhecimento oportuno, ou mesmo por timidez ou ignorância.

Não obstante os prós e contra referenciados, penso que a regra do *opt in* ainda será a mais adequada em relação à nossa sistemática processual, pois garante o acesso à tutela coletiva passiva, sem violar garantias do devido processo legal substancial.

Conclusões

Qualquer que seja o sistema de integração a ser utilizado na formação do substituto processual multitudinário passivo, e até mesmo em se admitindo mais de uma hipótese em casos concretos, o fato é que o moderno direito processual deve estar atento não somente em fazer atuar a vontade concreta da lei, que é o escopo jurídico da jurisdição, mas essencialmente a pacificar, a compor com justiça, finalidade social do sistema.

A representação adequada, voltada aos reais interesses dos substituídos no pólo passivo do processo, um mecanismo adequado de vinculação desses substituídos em relação ao substituto e remédios executivos próprios, são elementos indispensáveis para que a tutela molecular que se pretende instituir seja de real utilidade compositiva, minimizando, em muito, o excessivo volume de ações individuais, mas com origem coletivizada, que tramitam desnecessariamente no Poder Judiciário.

O afastamento da dogmática processual clássica é reclamo urgente de uma realidade social completamente dissociada daquela dos tempos de sua concepção, e disso estão cientes os legisladores, que estão promovendo reformas pontuais, as quais, boas ou más, são os instrumentos que terão os operadores do direito para buscar tornar cada vez mais efetiva a reclamada prestação jurisdicional.

Brevíssimas anotações à Lei 11.719, de 20 de junho de 2008

Teodomiro Noronha Cardozo¹

Sumário: Introdução. 1 Direito Penal substantivo e adjetivo: ainda é possível uma distinção? 1.1 Autonomia científica do Processo Penal. 1.2 Fonte de Produção do Direito. 2 Valor mínimo de indenização. 3 Titularidade do Ministério Público. 4 Adiamento de audiência por falta do advogado. 5 Da citação com hora certa. 6 *Emendatio e mutatio libelli*. 7 Modalidades de prisão cautelar. 7.1 A ponderação de princípios. 7.2 A prisão definitiva. 8 Do procedimento comum ou especial. 9 Da rejeição da denúncia. 10 Da absolvição sumária.

Resumo: O presente estudo pretende analisar as alterações do procedimento do processo penal, introduzidas pela Lei n. 11.719/2008 com a promoção de substanciais mudanças na sistemática do processo penal. São pequenas pinceladas no texto reformado, na busca de melhor compreensão do avanço do legislador reformista, em uma visão dialética do processo, que encerra uma metodologia, enquanto ciência, para solução dos conflitos sociais.

Palavras-chave: Alterações introduzidas pela Lei 11.719/08; reformas do procedimento do processo penal.

Abstract: The present study intends to analyze the alterations of the procedure of the penal process introduced by the Law 11.719/08 that they promoted substantial changes in the systematic of

¹ Juiz de Direito. Doutorando em Direito pela UFPE. Professor Universitário e da Pós-graduação da Esmape.

the penal process. They are small brushstrokes in the reformed text, in the search of a better understanding of the progresses of the legislator in a vision dialectic of the process, that contains a methodology, while science, in the mark of solving the social conflicts.

Key words: Alterations introduced by the law 11.719/08; reforms of the procedure of the penal process.

Introdução

As recentes reformas do Código do Processo Penal, levadas a efeito pela Lei 11.689, de 09 de junho de 2008, com alterações substanciais do Tribunal do Júri Popular; pela Lei n. 11.690, de 09 de junho de 2008, com a promoção de mudanças em matéria de prova e pela lei ora em comento são frutos das tentativas vãs de se fazer uma reforma, reformista, mesmo, de todo o Código do Processo Penal.

Como sistema², um código de leis deve manter sua unidade, para fazer prevalecer a sistemática que ele encerra, como meio legal que visa à instrumentalização do direito material. A unidade do procedimento, consoante lapidar definição de Liebman:

² Sistema é o conjunto de partes entre si coordenadas, como um corpo de doutrina, método. A unidade do sistema deriva de um mesmo princípio. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi. Revisão e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 1077.

[...] reside no fato de que todos os seus atos visam a atingir o ato final, para o qual cada ato dá sua contribuição; o ato final resume todo o procedimento e constituirá o seu resultado, tendo ele eficácia externa, e não meramente processual.³

A idéia de sistematização do direito (*ius*) surgiu na antiga Roma (século XIII), sobretudo na universidade romana, e depois se espalhou para a Alemanha (séculos XV e XVI), mormente, com o fenômeno da recepção.

Para Mario Losano, a partir das sociedades pré-letradas até a pós-industrialização, os homens se movimentam no interior de sistemas de regras complexas, regras estas que são diretamente proporcionais ao grau de intensidade das transações e ao nível cultural de um momento histórico da sociedade.⁴

Todavia, no campo do processo civil a recepção operou-se de acordo com os costumes e as tradições do direito canônico e do direito romano, porquanto o *praetor* romano era um prático que, antes de assumir o cargo de julgador, publicava seus editos. Não obstante, como o direito romano era, essencialmente, costumeiro, o *praetor*, em um caso concreto, poderia negar vigência ao seu próprio

³ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manuale di diritto processuale civile*, 1. v., p. 129 *et sequi*: A relação jurídica que se estabelece em um processo não é uma relação de coordenação, mas de sujeição – com predominância sobre os interesses das partes litigantes – tendo em vista o caráter publicista da relação, no interesse público na solução do conflito; ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de *et alli*. *Teoria geral do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 90.

⁴ LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução Marcela Varejão. Revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 3.

edito para construir uma decisão boa e justa, visão da época, captada pelo jurista Celso, para quem: “[...] o direito romano é a arte do bom e do eqüitativo”: *ius ars boni et aequum*.

Assim, a codificação como a conhecemos, hodiernamente, surgiu, apenas no século XIX. Isto porque o direito romano, rompendo as fronteiras jurídicas do seu próprio império, facilitou a recepção do direito romano pela atual Alemanha e, daí, dispersou-se pelo mundo inteiro. No tópico seguinte faremos uma análise sobre a vetusta distinção entre direito penal substantivo e direito penal adjetivo.

1 Direito Penal substantivo e adjetivo: ainda é possível uma distinção?

A doutrina do utilitarismo inglês, do século XIX, estabelecia distinção entre direito penal substantivo e direito penal adjetivo. Esta distinção está superada à luz dos nossos dias.

A lesão a um bem jurídico faz surgir para o Estado o direito de punir (*ius puniendi*), que é exercido por meio do processo penal com os consectários do devido processo legal: contraditório, ampla defesa e prova lícita, no escopo inarredável de solucionar um litígio, haja vista que, por imperativo constitucional, nenhuma lesão a direito, ou bem jurídico, pode ficar alheia à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da *Magna Charta*), pois, não se pode aplicar o direito material sem a realização de um processo (*nulla poena sine iudicio*).

Bastante recorrente, neste aspecto, é o conceito de lide de Carnelutti: “[...] um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita”.

No mesmo diapasão, para Liebman a lide é um conflito efetivo, ou virtual de postulações, necessariamente, contraditórias, sobre o qual o juiz é convidado a decidir.⁵

1.1 Autonomia científica do Processo Penal

Hoje, todavia, o direito penal e o direito processual penal são saberes diferentes que não se confundem; um não se subordina ao outro, todavia, um não vive sem o outro. Porém, ambos têm autonomia dogmática, objeto e finalidades diferentes.

O direito penal tem por objeto a cominação de uma pena ao autor de um fato típico, antijurídico e culpável, cuja finalidade é a proteção de bens jurídicos (interesses da sociedade) individuais ou coletivos, dogmas ou signos jurídicos positivos, que, sem a proteção jurídica do Estado, tornar-se-ia insuportável o agrupamento social: *ubi societas, ibi hominis, ibi ius*.

Dito de outro modo, a dialética do processo encerra uma metodologia que se propõe, enquanto ciência, a possibilitar a aplicação de uma pena estatal. Na visão de Carnelutti: “[...] *la metodología es ciencia, o mejor, si también la metodología es acción, el problema del método se presenta también a la metodología.*”⁶

⁵ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 137.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Metodología del derecho*. Traducion por el Dr. Angel Ossorio. México: Union Tipográfica Editorial Hispano-America, 1940. p. 10.

1.2 Fonte de produção do Direito

Na lição de Chiovenda, o direito tem como fonte de produção o Estado. Mas, nem por isso, devemos esquecer das críticas de Friedrich Muller⁷, quanto ao método de interpretação do direito de viés positivista.

Em uma sociedade complexa, como a atual, de cunho pós-modernista, faz-se mister a evolução do direito para uma dogmática pluralista, sem negar, é claro, o ponto de partida dogmático: a lei como justificação; e sem negar a obrigatoriedade da decisão: o *non liquet*.

Contudo, entretentes, urge interpretarmos o direito com vista a várias possibilidades tópicas (Theodor Viehweg) do ponto de chegada da decisão judicial, sem, necessariamente, negar o Direito.

Já o direito processual penal tem por objeto o devido processo legal e, por finalidade, a aplicação do direito de punir do Estado (*ius puniendi*), e o realiza por meio do *ius persequendi*, procedimento exterior ao fenômeno do processo.

Na visão de Calamandrei o procedimento interior é de essência; é a relação jurídica que se estabelece entre as partes: *actio trium personarum* (juiz, autor e réu), em que os atores processuais se comunicam entre si, porque o procedimento é de relação, não havendo entre eles compartimentos estanques, cujos atos procedimentais realizam o processo e, conforme Niklas Luhmann, “[...] o processo se legitima pelo procedimento”⁸.

⁷ ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 251.

⁸ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UNB, 1980. p. 04 *et sequi*.

A relação jurídica, no âmbito do processo romano, tinha natureza jurídica contratual, privatística, como lembra Oskar von Bülow: “*Die lehre von den Prozessinreden und die Processvoraussetzungen*”.⁹

Assim, podemos concluir que o devido processo penal realiza o direito material, no escopo de pacificar a sociedade, pelo menos, em uma dimensão retórica. Não devemos nos esquecer da crítica de Franz von Liszt, que no século XIX chegou, mesmo, a afirmar que: “[...] o direito penal e bem assim a lei penal não são instrumentos válidos de reformas sociais, servem, apenas, para manter as liberdades co-existentes”.¹⁰

Ora, se o direito penal e também o processo penal não são capazes de aplacar a insuportável violência dos nossos, parafraseando Gustav Radbruch, eu gostaria de algo melhor que o processo penal e não um processo penal melhor!¹¹

2 Valor mínimo de indenização

O art. 63 combinado com o inciso IV, do art. 387, da Lei 11.719/08, promoveu alterações na ação *ex-delicto*, permitindo a cumulação de pedidos (penal e cível) no juízo criminal, cujo valor mínimo do *quantum debeat*,

⁹ BÜLOW, Oskar von. Giessen, 1868 *apud* FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 36.

¹⁰ LISZT, Franz von *apud* ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 13.

¹¹ RADBRUCH, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. Tradução Vera Barkow. Revisão técnica Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 118-119.

obrigatoriamente fixado pelo juiz criminal na sentença a favor da vítima ou de herdeiros (art. 5º, LXV, da Constituição Federal), inclusive sem a necessidade de pedido formal, faz coisa julgada e, de logo, poderá ser executado no juízo cível.

3 Titularidade do Ministério Público

A titularidade da ação penal, princípio constitucional previsto no art. 129, I, da Constituição Federal, mereceu atenção do legislador infraconstitucional, inclusive, com a dicção do art. 257, da Lei 11.719/08 – a meu ver, desnecessário, porquanto não se nega que o *Parquet* é o *dominus litis* visto e, quando não, é o *custos legis* da ação penal pública –, visto que o juiz, órgão inerte da jurisdição, não poderá prestar a tutela jurisdicional *ex officio: ne procedant iudex sine actione*.

4 Adiamento de audiência por falta do advogado

A nova redação do art. 265, § 1º, do Código de Processo Penal, em obséquio ao princípio constitucional da ampla defesa, permitiu ao juiz adiar a audiência se o advogado não puder comparecer. Provado o impedimento até a abertura da audiência, ao juiz não mais é permitido nomear defensor em substituição, para aquele ato, se o defensor constituído justificou sua ausência.

O verbo “poderá”, em face do princípio da ampla defesa, é norma cogente (*ius cogens*), poder-dever, e não mais uma faculdade do julgador, máxime agora, que o processo penal se rege por audiência de instrução e julgamento única.

5 Da citação com hora certa

O art. 362 da Lei 11.719/08, de forma inusitada, inaugura no processo penal a citação com hora certa, se o réu se oculta para evitar a citação e conseqüente formação da relação processual. Instituto do processo civil, e sem precedentes no processo penal, o legislador, em caráter suplementar, remete o intérprete para os artigos 227 *usque* 229, do Código do Processo Civil.

Citado por edital, se o réu comparece, devolver-se-á o prazo para a defesa. Se procurado e não encontrado, proceder-se-á à citação por edital, consoante o art. 366, do Código do Processo Penal (o *caput* não sofreu alteração). São requisitos da citação com hora certa: a) que haja fundada suspeita de que o réu se oculta para evitar o conhecimento da imputação; b) que o oficial de justiça, a quem cumpre diligenciar, no primeiro momento, certifique a ocorrência e proceda à citação “com hora certa”, procurando o réu em seu endereço, por três vezes, e não sendo este encontrado deve intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar – art. 227, CPC).

Completada a citação com hora certa, formada está a relação processual, impondo ao magistrado nomear defensor dativo, se recalcitrante o réu.

6 *Emendatio e mutatio libelli*

Pela nova redação do art. 383, da multicitada Lei n. 11.719/08, convencendo-se o juiz de nova definição jurídica do fato, se for o caso, havendo possibilidade de

suspensão condicional do processo, agirá de acordo com o art. 89, da Lei n. 9.099/95, em face do princípio do direito romano: *narra mihi factum, dabo tibi ius*.

Ab initio, cabe aqui uma nota: o legislador reformista não cuidou da possibilidade de aplicação do instituto da suspensão condicional do processo para a *mutatio libelli* (art. 384, do Código do Processo Penal, com redação dada pela Lei em análise).

Realizado o aditamento, com a desclassificação da conduta, presentes os requisitos do art. 89 da Lei 9.099/95, deverá o Ministério Público propor a medida despenalizadora da suspensão condicional do processo, em face do direito público subjetivo do acusado, isto porque o processo penal tutela as liberdades públicas e o direito a uma pena alternativa, preenchidos os requisitos legais, circunscreve-se na esfera do princípio da autonomia da liberdade do réu.

Nessa toada, trago à baila o pensamento do sempre atual Carnelutti, no tocante à subjetividade de um direito:

O conteúdo psicológico do direito subjetivo não é um *agere*, mas sim um *iubere*, e se o *iussus* é necessário para que surja uma obrigação, forçoso é reconhecer que não é por força da atribuição de um direito subjetivo, mas sim por força do seu exercício, que se cria a obrigação, convertendo-se o direito em faculdade e a sujeição à obrigação.¹²

Esclareça-se, não obstante, que a titularidade do Ministério Público se cinge à ação penal pública, falecendo-

¹² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejur, 1999. p. 277.

lhe competência naquela de iniciativa privada, de titularidade do ofendido.

Acaso o órgão do Ministério Público não proceda ao aditamento, o juiz lançará mão do disposto no art. 28, do Código do Processo Penal (§ 1º), e, neste aspecto, o texto inovou. De outra ótica, não recebido o aditamento, o processo prosseguirá nos seus ulteriores termos (§ 5º).

Em homenagem a princípio constitucional, os autos devem ser encaminhados ao juiz natural, havendo modificação da competência, operada pelo aditamento (§ 2º).

Mutatis mutandis, a teor da Súmula 453, do Supremo Sinédrio, a *mutatio libelli*, ao dar definição nova ao fato, não se aplica no segundo grau de jurisdição por representar, inclusive, supressão de instância, em flagrante desconsideração ao princípio do juiz natural, fundamento inarredável do Estado Democrático de Direito.

De outra banda, em sede de competência originária, por prerrogativa de função a *mutatio libelli* é amplamente aplicada nos tribunais (Lei n. 8.038/90).

Na prática, o juiz já re-interrogava o réu e nisso o legislador apenas adaptou a lei à realidade já existente. Pela nova reforma, continuada a instrução, o réu será interrogado por último, possibilitando-lhe defesa ampla.

7 Modalidades de prisão cautelar

Pela disposição do parágrafo único, do art. 387, por ocasião da sentença, o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção do réu na prisão, ou imporá prisão cautelar ou outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação.

A Súmula 347, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, já havia negado vigência ao disposto no art. 594, do Código do Processo Penal, revogado expressamente pelo art. 3º, da Lei em exame. De antanho, a vetusta redação do art. 594 – em uma perspectiva de interpretação conforme a Constituição, em sede de controle difuso de constitucionalidade *incidenter tantum* sem redução de texto – não mais poderia prevalecer, em face do princípio maior da presunção do estado de inocência ou não-culpabilidade (art. 5º, LVII, da Lei Fundamental).

As modalidades de prisão por pronúncia e por sentença penal condenatória recorrível foram suprimidas pela novel reforma. Atualmente, são três as prisões processuais de natureza cautelar: em flagrante delito, temporária e preventiva (art. 387, parágrafo único, da Lei n. 11.719/08 e art. 492, inciso I, alínea “e”, da Lei n. 10.689/08).

São requisitos das cautelares penais: o *fumus commissi delicti* (indício de autoria e prova da existência do crime) e o *periculum libertatis* (necessidade de garantia da ordem pública, econômica, conveniência da instrução da prova e eventual aplicação da *sanctio iuris*).

7.1 A ponderação de princípios

A ressaltar, entretanto, que no decreto de prisão cautelar o juiz faça a ponderação do princípio do estado de inocência com o princípio da necessidade da prisão.

A necessidade ou exigibilidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) da *menor ingerência possível*, como corolário do princípio da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsprinzip*), tem maior relevância no

sentido de que o cidadão tem o direito subjetivo a uma menor desvantagem, sempre que houver alguma restrição de seus direitos fundamentais, seja no processo penal, civil, ou por meio de cautelares pessoais de restrição de sua liberdade.

A prisão administrativa (art. 319, do Código do Processo Penal) fora antes sepultada pela Constituição Federal (art. 5º, LXI), e a prisão disciplinar foi mantida para as transgressões militares, cabendo ao judiciário, *a posteriori*, exercer o controle apenas da legalidade formal dessa modalidade de prisão.

7.2 A prisão definitiva

A prisão-pena é aquela de natureza repressiva, imposta depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, cuja finalidade é o cumprimento da pena definitiva, no duplo aspecto: *punitur quia peccatum est* (retribuição) *et punitur ne peccetum* (prevenção).¹³

A pena de prisão de como expiação de um mal, teve sua origem nos mosteiros da idade média. Como punição, os monges e clérigos faltosos se recolhiam às suas celas para se dedicarem, em silêncio, à meditação para o arrependimento das faltas cometidas e, dessa forma, reconciliavam-se com Deus. Quanto à natureza da pena, veja-se, *ad exemplum*, o art. 59 do Código Penal.

¹³ Acepção eloqüente de Sêneca, filósofo romano, preceptor de Nero, que viveu nos séculos 4 a.C a 65. d.C. As teorias mistas ou ecléticas conjugam duas teorias: absolutas e relativas, combinando retribuição da culpabilidade com a função reabilitadora da pena, cuja teoria melhor traduz a idéia de pena pela reprovação e prevenção do crime.

8 Do procedimento comum ou especial

O art. 394, § 1º, incisos I, II e III, do Código de Processo Penal, cuida dos procedimentos comum e especial, sendo o comum: ordinário, sumário e sumaríssimo, a depender da pena máxima, abstratamente, cominada ao delito, resguardando o rito comum sumaríssimo, para os delitos de menor potencial ofensivo (Leis n. 9.099/95 e n. 10.259/01).

O § 2º, do referido artigo, diz: “Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial”.

O § 4º, *ipso facto*, estabelece que as disposições dos artigos 395 a 398, do CPP, aplicam-se a todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados por esse Código.

Com efeito, o § 5º dispõe sobre a aplicação subsidiária aos procedimentos especial, sumário e sumaríssimo das disposições do procedimento ordinário.

Relativamente ao § 2º, havendo conflito aparente de lei, vige o princípio da especialidade: *lex specialis derogat legi generali*, ou seja, entre a norma geral e a norma especial existe uma relação de gênero para espécie. Assim, a espécie prefere ao gênero.

Revogado o art. 398, sobeja a aplicação residual dos artigos 395 a 397, da Lei n. 11.719/08, aos procedimentos de primeiro grau de jurisdição. Aqui existe uma aparente contradição dos §§ 4º e 5º, do art. 394, com o art. 48 *et sequi*, da Lei n. 11.343/06.

O art. 395 trata da rejeição da denúncia, o art. 396, da citação do réu para responder à acusação e, por último, o art. 397, da absolvição sumária. Por sua vez o art. 55, da citada Lei 11.343/06, refere-se a “notificação” em vez de “citação” (art. 396); o art. 56, da aludida Lei determina

que “recebida a denúncia”, ou seja, não sendo ela rejeitada, o juiz designará audiência de instrução e julgamento e, só então, ordenará a citação do réu.

Ressalte-se que nos diferentes momentos para a formação da relação processual (art. 363), estatuídos nos artigos 396 e 56, respectivamente, das Leis n. 11.719/08 e n. 11.343/06, não se vislumbra qualquer mudança no rito especial da Lei Antidrogas.

Pela ótica do art. 396, o juiz recebe ou não a denúncia e, depois, determina a citação do réu para responder à acusação, por escrito; a *contrario sensu*, pela leitura do art. 56, da multicitada Lei n. 11.343/06, a defesa prévia por escrito é feita antes, e o juiz recebe ou não a denúncia, depois; todavia, se a receber, a relação processual está formada.

Dito isto, infere-se que a Lei Antidrogas (11.343/06) possui procedimento especial próprio, como se observa da disposição do art. 48, que prevê a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Penal ao rito da lei especial.

De notar, entretanto, que o legislador reformista não previu a hipótese de concurso de crimes de procedimentos diferentes a exemplo dos artigos 157 e 299 do Código Penal; art. 14 da Lei n. 10.826/03, em concurso material heterogêneo com o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33 da Lei 11.343/06.

Quid iuris? O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão da relatoria da Min. Jane Silva (Desembargadora convocada), entendeu não haver qualquer nulidade procedimental na adoção do procedimento ordinário, mais abrangente que o especial da Lei de Antidrogas, assegurando ampla defesa ao réu.

O cerne da questão residiu no fato de o juiz *a quo* não haver oportunizado à Defesa Técnica a

apresentação de defesa prévia por escrito. A Turma denegou a ordem, porque não reconheceu qualquer nulidade a declarar.¹⁴ *In casu*, oportuna é a parêmia do direito comparado francês: *pás de nullité sans grief*.

Obviamente, não cabe ao intérprete promover qualquer mudança na audiência de instrução e julgamento, prevista no art. 57, da Lei 11.343/06, porque as disposições do art. 400, da Lei 11.719/08, sequer derogaram a sistemática da Lei Especial Antidrogas.

Destarte, da interpretação conjunta dos §§ 4º e 5º, do aludido art. 394, da Lei de Reforma, deduz-se que as disposições gerais do procedimento ordinário aplicar-se-ão de forma subsidiária ao procedimento da Lei Antidrogas, máxime, o instituto da absolvição sumária, do art. 397, não previsto na citada Lei Antidrogas, mas, sua adoção no rito da referida Lei 11.343/06 é indiscutível.

Aparente contradição, também, verifica-se entre os artigos 396 e 399, no tocante ao recebimento da denúncia. Ora, a norma do art. 396 ao ditar “recebê-la-á” é norma cogente, obrigatória. No entanto, não sendo o caso de absolvição sumária (art. 397), recebida a denúncia (tempo pretérito do verbo), designar-se-á audiência de instrução e julgamento.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 117.208-SE. Impetrante: Alexandre Maciel de Santana. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Relatora: Min. Jane Silva (Desembargadora convocada). Brasília, DF, 10 de novembro de 2008. Informativo n. 0374. Período: 27 a 31 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>>. Acesso em: 27 out. 2008.

9 Da rejeição da denúncia

Dispõe o art. 395, do CPP), que a denúncia ou queixa será rejeitada quando: “I – for manifestamente inepta; II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III – faltar justa causa para a ação penal.”

O art. 41, do Código de Processo Penal, trata dos requisitos formais da denúncia ou queixa, e o art. 43 (revogado), do mesmo Diploma Legal, tratava da justa causa e das condições para o exercício da ação penal.

Os pressupostos processuais se dividem em pressupostos de existência e validade, e se subdividem em subjetivos e objetivos. Quanto à existência da relação processual, temos como pressupostos subjetivos: a investidura do órgão de jurisdição e a capacidade de ser parte.

O pressuposto objetivo se traduz na própria demanda – a pretensão resistida. Por outro lado, os pressupostos de validade subjetivos dizem respeito à capacidade processual, capacidade postulatória e competência, e os objetivos são os aspectos formais que garantem a idoneidade aos atos do processo.

A doutrina, de ordinário, arrola como pressupostos de validade objetivos a citação válida e o respeito ao formalismo processual.

Deste modo, são condições da ação: a legitimação, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Já a justa causa em: justa causa formal (fato típico, antijurídico e culpável); e justa causa material (indício de autoria e prova da existência do crime), consoante art. 648, I, do Código do Processo Penal.

10 Da absolvição sumária

A absolvição sumária (art. 397) ocorrerá nos seguintes casos:

I – a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; II – a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade; III – que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou IV – extinta a punibilidade do agente.

As causas excludentes de ilicitude, ou antijuridicidade, (I) são aquelas do art. 23, do Código Penal, e devem ser reconhecidas pelo juiz, quando estremes de dúvida, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal.¹⁵ Quanto às excludentes de culpabilidade, temos: o erro de proibição, por ausência de potencial consciência da antijuridicidade, na esfera do profano; e a inexigibilidade de conduta diversa, por faltar ao agente livre-arbítrio para agir de outro modo, ou seja, conforme ao Direito.

Em relação à inimputabilidade, por não ter o agente pressuposto de culpabilidade, deverá ser instaurado o incidente de insanidade mental, se já não o foi antes, na fase pré-processual. O réu não deve ser absolvido sumariamente, porque a defesa técnica pode argüir uma tese subsidiária. Se provada a incapacidade mental e, ao final, provado o fato delituoso, o juiz absolverá, impropriamente, o réu, aplicando-lhe, não obstante, uma medida de segurança. Todavia, se reconhecido que o réu praticou o fato escudado

¹⁵ Para reconhecimento da excludente de legítima defesa, em sede de absolvição sumária, deve resultar o convencimento estreme de qualquer dúvida da prova dos autos, conforme jurisprudência reiterada do Pretório Excelso: (STF, RTJ 63/833 e 61/334. No mesmo sentido: Tribunal de Justiça de São Paulo, RT 514/348).

por uma causa de justificação, *verbi gratia*, legítima defesa, ele deverá ser absolvido propriamente.

Traçando um paralelo com o art. 415, parágrafo único, da Lei n. 11.689/08, sustentada outra tese defensiva (legítima defesa), não estreme de dúvida, o juiz mandará o réu para julgamento popular, ocasião em que deverá quesitar, unicamente, a tese de legítima defesa, por ser favorável ao réu. Reconhecida a tese subsidiária o réu será absolvido propriamente. Negada esta, já provada a inimputabilidade por perícia técnica, o juiz deverá absolver o réu impropriamente, e aplicar-lhe-á uma medida de segurança.

Por fim, atípico o fato (III) ou extinta a punibilidade (IV) não existe justa causa para a ação penal, por afigurar-se coação ilegal, a teor do art. 648, inciso I, do Código do Processo Penal.



Fórum Desembargador Rodolfo Aureliano.
Av. Desembargador Guerra Barreto, n. 200, 4º andar/Norte,
Joana Bezerra, Recife-PE.
www.cej.tjpe.jus.br